

# **ORZECZNICTWO**

## **TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ**

### **w zakresie zamówień publicznych**

### **w latach 2009 – 2017**



**Fundusze Europejskie**  
Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd  
Zamówień  
Publicznych

**Unia Europejska**  
Europejski Fundusz Społeczny



**Efektywne zamówienia publiczne**  
**– wzmocnienie potencjału administracji**

**Artur Kowalski**

**ORZECZNICTWO  
TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ  
w zakresie zamówień publicznych  
w latach 2009–2017**

*Publikacja została opracowana w ramach projektu  
„Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”.*

*Projekt realizowany w ramach Programu Operacyjnego  
Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne  
dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości  
usługi administracyjne, w latach 2017–2018.*

Warszawa, sierpień 2017 r.

**Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych  
w latach 2009–2017**

**Skład, łamanie i druk:**

**COAR** Centrum Obsługi  
Administracji Rządowej

Wydział Poligrafii  
02-903 Warszawa, ul. Powsińska 69/71

**Wydawca:**

Urząd Zamówień Publicznych  
[www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)  
e-mail: [uzp@uzp.gov.pl](mailto:uzp@uzp.gov.pl)

**Opracowanie i druk współfinansowane przez Unię Europejską  
w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego**

ISBN 978-83-88686-51-1

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2017 r.

# SPIS TREŚCI

<b>Wprowadzenie</b>	9
<b>1. TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI W SYSTEMIE PRAWNYM UNII EUROPEJSKIEJ</b>	11
<b>1.1. Rola i znaczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej</b>	11
<b>1.2. Skład i organizacja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej</b>	13
1.2.1. Skład i organizacja Trybunału Sprawiedliwości	13
1.2.2. Skład i organizacja Sądu	14
1.2.3. Organizacja postępowania i system językowy	15
<b>1.3. Rodzaje postępowań przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej</b>	16
1.3.1. Postępowanie prejudycjalne	16
1.3.2. Postępowanie o stwierdzenie naruszenia	17
1.3.3. Postępowanie o stwierdzenie nieważności aktu prawa wtórnego	18
<b>1.4. Struktura orzeczenia i sposób cytowania</b>	19
1.4.1. Struktura orzeczenia	19
1.4.2. Sposób cytowania orzecznictwa	19
<b>2. OMÓWIENIE WYBRANYCH ORZECZEŃ</b>	21
<b>2.1. Definicja podmiotu prawa publicznego</b>	21
2.1.1. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 <i>Hans &amp; Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg</i> , ECLI:EU:C:2009:358	22
2.1.2. orzeczenie z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11 <i>IVD GmbH &amp; Co. KG przeciwko Ärztekammer Westfalen-Lippe</i> , ECLI:EU:C:2013:543	23
<b>2.2. Definicja zamówienia publicznego</b>	25
2.2.1. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 <i>Hans &amp; Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg</i> , ECLI:EU:C:2009:358	25
2.2.2. orzeczenie z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec</i> , ECLI:EU:C:2009:664	26
2.2.3. orzeczenie z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 <i>Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben</i> , ECLI:EU:C:2010:168	27
2.2.4. orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-271/08 <i>Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec</i> , ECLI:EU:C:2010:426	30
2.2.5. orzeczenie z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-213/13 <i>Impresa Pizzarotti &amp; C. SpA przeciwko Comune di Bari i in.</i> , ECLI:EU:C:2014:2067	30
<b>2.3. Zamówienia quasi-wewnętrzne</b>	32
2.3.1. orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 <i>Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossia</i> , ECLI:EU:C:2009:532	32
2.3.2. orzeczenie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 <i>Econord SpA przeciwko Comune di Cagno i in.</i> , ECLI:EU:C:2012:758	34

2.3.3.	orzeczenie z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-15/13 <i>Technische Universität Hamburg-Harburg i Hochschul-Informations-System GmbH przeciwko Datenlotsen Informationssysteme GmbH</i> , ECLI:EU:C:2014:303 . . . . .	36
2.3.4.	orzeczenie z dnia 19 czerwca 2014 r. w sprawie C-574/12 <i>Centro Hospitalar de Setúbal EPE i Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) przeciwko Eurest (Portugalia) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda</i> , ECLI:EU:C:2014:2004 . . . . .	37
2.3.5.	orzeczenie z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 <i>Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona</i> , ECLI:EU:C:2016:935 . . . . .	38
<b>2.4.</b>	<b>Horyzontalna współpraca publiczno-publiczna . . . . .</b>	<b>40</b>
2.4.1.	orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec</i> , ECLI:EU:C:2009:357 . . . . .	40
2.4.2.	orzeczenie z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 <i>Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.</i> , ECLI:EU:C:2012:817 . . . . .	41
2.4.3.	orzeczenie z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie C-386/11 <i>Piepenbrock Dienstleistungen GmbH &amp; Co. KG przeciwko Kreis Düren</i> , ECLI:EU:C:2013:385 . . . . .	43
2.4.4.	wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-51/15 <i>Remondis GmbH &amp; Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover</i> , ECLI:EU:C:2016:985 . . . . .	44
<b>2.5.</b>	<b>Definicja umowy koncesji . . . . .</b>	<b>46</b>
2.5.1.	orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 <i>Hans &amp; Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg</i> , ECLI:EU:C:2009:358 . . . . .	46
2.5.2.	orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 <i>Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreismunicipalitäten (WAZV Gotha) przeciwko Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH</i> , ECLI:EU:C:2009:540 . . . . .	47
2.5.3.	orzeczenie z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 <i>Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler przeciwko Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau</i> , ECLI:EU:C:2011:130 . . . . .	49
<b>2.6.</b>	<b>Podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu . . . . .</b>	<b>51</b>
2.6.1.	orzeczenie z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 <i>Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano</i> , ECLI:EU:C:2009:317 . . . . .	51
2.6.2.	orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 <i>Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.</i> , ECLI:EU:C:2012:801 . . . . .	52
2.6.3.	orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 <i>Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu</i> , ECLI:EU:C:2017:338 . . . . .	54
2.6.4.	orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 <i>Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu</i> , ECLI:EU:C:2017:557 . . . . .	55
<b>2.7.</b>	<b>Warunki udziału w postępowaniu (poleganie na zdolności innych podmiotów) . . . . .</b>	<b>57</b>
2.7.1.	orzeczenie z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12 <i>Swm Costruzioni 2 SpA i Mannocchi Luigino DI przeciwko Provincia di Fermo</i> , ECLI:EU:C:2013:646 . . . . .	57
2.7.2.	orzeczenie z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 <i>PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta</i> , ECLI:EU:C:2016:214 . . . . .	59
2.7.3.	orzeczenie z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 <i>Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju</i> , ECLI:EU:C:2016:562 . . . . .	61

2.7.4.	orzeczenie z dnia 27 października 2016 r. w sprawie C-292/15 <i>Hörmann Reisen GmbH przeciwko Stadt Augsburg i Landkreis Augsburg</i> , ECLI:EU:C:2016:817 . . . . .	62
2.7.5.	orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 <i>Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu</i> , ECLI:EU:C:2017:338 . . . . .	64
<b>2.8.</b>	<b>Poprawianie i wyjaśnianie treści ofert oraz uzupełnianie i wyjaśnianie dokumentów . . . . .</b>	<b>66</b>
2.8.1.	orzeczenie z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 <i>SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie</i> , ECLI:EU:C:2012:191 . . . . .	66
2.8.2.	orzeczenie z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 <i>Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser przeciwko Manova A/S</i> , ECLI:EU:C:2013:647 . . . . .	67
2.8.3.	orzeczenie z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 <i>Cartiera dell'Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA</i> , ECLI:EU:C:2014:2345 . . . . .	68
2.8.4.	orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 <i>Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu</i> , ECLI:EU:C:2017:338 . . . . .	70
2.8.5.	orzeczenie z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 <i>Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.</i> , ECLI:EU:C:2017:358 . . . . .	71
<b>2.9.</b>	<b>Kryteria udzielenia zamówienia . . . . .</b>	<b>73</b>
2.9.1.	orzeczenie z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 <i>Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów</i> , ECLI:EU:C:2012:284 . . . . .	73
2.9.2.	orzeczenie z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie C-601/13 <i>Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém i Núcleo Inicial – Formação e Consultoria Lda</i> , ECLI:EU:C:2015:204 . . . . .	75
2.9.3.	orzeczenie z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-6/15 <i>TNS Dimarso NV przeciwko Vlaams Gewest</i> , ECLI:EU:C:2016:555 . . . . .	77
<b>2.10.</b>	<b>Warunki realizacji zamówienia . . . . .</b>	<b>78</b>
2.10.1.	orzeczenie z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13 <i>Budesdruckerei GmbH przeciwko Stadt Dortmund</i> , ECLI:EU:C:2014:2235 . . . . .	78
2.10.2.	orzeczenie z dnia 17 listopada 2015 r. C-115/14 <i>Regiopost GmbH &amp; Co. KG przeciwko Stadt Landau in der Pfalz</i> , ECLI:EU:C:2015:760 . . . . .	79
<b>2.11.</b>	<b>Procedury odwoławcze . . . . .</b>	<b>81</b>
2.11.1.	orzeczenie z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 <i>Fastweb SpA przeciwko Azienda Sanitaria Locale di Alessandria</i> , ECLI:EU:C:2013:448 . . . . .	81
2.11.2.	orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 <i>Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA</i> , ECLI:EU:C:2016:199 . . . . .	83
2.11.3.	orzeczenie z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 <i>Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH &amp; Co KG in Wien</i> , ECLI:EU:C:2016:988 . . . . .	85
2.11.4.	orzeczenie z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 <i>Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.</i> , ECLI:EU:C:2017:358 . . . . .	86
2.11.5.	orzeczenie z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych C-439/14 i C- 488/14 <i>S.C. Star Storage SA i in. przeciwko Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) i in.</i> , ECLI:EU:C:2016:688 . . . . .	88

<b>2.12. Zamówienia o wartości poniżej progów stosowania dyrektyw . . . . .</b>	<b>89</b>
2.12.1. orzeczenie z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 <i>Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej</i> , ECLI:EU:T:2010:214 . . . . .	89
2.12.2. orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 <i>Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano</i> , ECLI:EU:C:2009:808 . . . . .	91
2.12.3. orzeczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-470/13 <i>Generali-Providencia Biztosító Zrt przeciwko Közbiztosítási Hatóság Közbiztosítási Döntőbizottság</i> , ECLI:EU:C:2014:2469 . . . . .	93
2.12.4. orzeczenie z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-425/14 <i>Impresa Edilux srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) przeciwko Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani i in.</i> , ECLI:EU:C:2015:721 . . . .	94
2.12.5. orzeczenie z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-278/14 <i>SC Enterprise Focused Solutions SRL przeciwko Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia</i> , ECLI:EU:C:2015:228 . . . .	96
2.12.6. orzeczenie z dnia 6 października 2016 r. w sprawie C-318/15 <i>Tecnoedi Costruzioni Srl przeciwko Comune di Fossano</i> , ECLI:EU:C:2016:747 . . . . .	96
<b>3. TEKSTY ORZECZEŃ . . . . .</b>	<b>99</b>
3.1. orzeczenie z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 <i>Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano</i> , ECLI:EU:C:2009:317 . . . .	99
3.2. orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec</i> , ECLI:EU:C:2009:357 . . . . .	101
3.3. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 <i>Hans &amp; Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg</i> , ECLI:EU:C:2009:358 . . . . .	104
3.4. orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 <i>Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossia</i> , ECLI:EU:C:2009:532 . . . . .	109
3.5. orzeczenie z dnia z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 <i>Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) przeciwko Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH</i> , ECLI:EU:C:2009:540 . . . . .	115
3.6. orzeczenie z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec</i> , ECLI:EU:C:2009:664 . . . . .	120
3.7. orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 <i>Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano</i> , ECLI:EU:C:2009:808 . . . . .	125
3.8. orzeczenie z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 <i>Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben</i> , ECLI:EU:C:2010:168 . . . . .	129
3.9. orzeczenie z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 <i>Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej</i> , ECLI:EU:T:2010:214 . . . . .	134
3.10. orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-271/08 <i>Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec</i> , ECLI:EU:C:2010:426 . . . . .	160
3.11. orzeczenie z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 <i>Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler przeciwko Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau</i> , ECLI:EU:C:2011:130 . . . . .	169
3.12. orzeczenie z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 <i>SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie</i> , ECLI:EU:C:2012:191 . . . . .	173
3.13. orzeczenie z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 <i>Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów</i> , ECLI:EU:C:2012:284 . . . . .	176
3.14. orzeczenie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C- 183/11 <i>Econord SpA przeciwko Comune di Cagno i in.</i> , ECLI:EU:C:2012:758 . . . . .	188

3.15.	orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 <i>Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.</i> , ECLI:EU:C:2012:801 . . . . .	191
3.16.	orzeczenie z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 <i>Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.</i> , ECLI:EU:C:2012:817 . . . . .	201
3.17.	orzeczenie z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie C-386/11 <i>Piepenbrock Dienstleistungen GmbH &amp; Co. KG przeciwko Kreis Düren</i> , ECLI:EU:C:2013:385 . . . . .	203
3.18.	orzeczenie z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 <i>Fastweb SpA przeciwko Azienda Sanitaria Locale di Alessandria</i> , ECLI:EU:C:2013:448 . . . . .	205
3.19.	orzeczenie z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11 <i>IVD GmbH &amp; Co. KG przeciwko Ärztekammer Westfalen-Lippe</i> , ECLI:EU:C:2013:543 . . . . .	207
3.20.	orzeczenie z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12 <i>Swm Costruzioni 2 SpA i Mannocchi Luigino DI przeciwko Provincia di Fermo</i> , ECLI:EU:C:2013:646 . . . . .	209
3.21.	orzeczenie z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 <i>Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser przeciwko Manova A/S</i> , ECLI:EU:C:2013:647 . . . . .	212
3.22.	orzeczenie z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-15/13 <i>Technische Universität Hamburg-Harburg i Hochschul-Informations-System GmbH przeciwko Datenlotsen Informationssysteme GmbH</i> , ECLI:EU:C:2014:303 . . . . .	214
3.23.	orzeczenie z dnia 19 czerwca 2014 r. w sprawie C-574/12 <i>Centro Hospitalar de Setúbal EPE i Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) przeciwko Eures (Portugalia) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda</i> , ECLI:EU:C:2014:2004 . . . . .	215
3.24.	orzeczenie z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-213/13 <i>Impresa Pizzarotti &amp; C. SpA przeciwko Comune di Bari i in.</i> , ECLI:EU:C:2014:2067 . . . . .	218
3.25.	orzeczenie z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13 <i>Budesdruckerei GmbH przeciwko Stadt Dortmund</i> , ECLI:EU:C:2014:2235 . . . . .	221
3.26.	orzeczenie z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 <i>Cartiera dell'Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA</i> , ECLI:EU:C:2014:2345 . . . . .	223
3.27.	orzeczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-470/13 <i>Generali-Providencia Biztosító Zrt przeciwko Közbeszerezési Hatóság Közbeszerezési Döntőbizottság</i> , ECLI:EU:C:2014:2469 . . . . .	226
3.28.	orzeczenie z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie C-601/13 <i>Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém i Núcleo Inicial – Formação e Consultoria Lda</i> , ECLI:EU:C:2015:204 . . . . .	229
3.29.	orzeczenie z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-278/14 <i>SC Enterprise Focused Solutions SRL przeciwko Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia</i> , ECLI:EU:C:2015:228 . . . . .	230
3.30.	orzeczenie z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-425/14 <i>Impresa Edilux srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) przeciwko Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani i in.</i> , ECLI:EU:C:2015:721 . . . . .	233
3.31.	orzeczenie z dnia 17 listopada 2015 r. C-115/14 <i>Regiopost GmbH &amp; Co. KG przeciwko Stadt Landau in der Pfalz</i> , ECLI:EU:C:2015:760 . . . . .	237
3.32.	orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 <i>Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA</i> , ECLI:EU:C:2016:199 . . . . .	241
3.33.	orzeczenie z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 <i>PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta</i> , ECLI:EU:C:2016:214 . . . . .	245
3.34.	orzeczenie z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 <i>Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju</i> , ECLI:EU:C:2016:562 . . . . .	261



3.35.	orzeczenie z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-6/15 <i>TNS Dimarso NV przeciwko Vlaams Gewest</i> , ECLI:EU:C:2016:555 . . . . .	271
3.36.	orzeczenie z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych C-439/14 i C- 488/14 <i>S.C. Star Storage SA i in. przeciwko Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) i in.</i> , ECLI:EU:C:2016:688 . . . . .	273
3.37.	orzeczenie z dnia 6 października 2016 r. w sprawie C-318/15 <i>Tecnoedi Costruzioni Srl przeciwko Comune di Fossano</i> , ECLI:EU:C:2016:747 . . . . .	278
3.38.	orzeczenie z dnia 27 października 2016 r. w sprawie C-292/15 <i>Hörmann Reisen GmbH przeciwko Stadt Augsburg i Landkreis Augsburg</i> , ECLI:EU:C:2016:817 . . . . .	279
3.39.	orzeczenie z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 <i>Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona</i> , ECLI:EU:C:2016:935 . . . . .	282
3.40.	wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-51/15 <i>Remondis GmbH &amp; Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover</i> , ECLI:EU:C:2016:985 . . . . .	285
3.41.	orzeczenie z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 <i>Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH &amp; Co KG in Wien</i> , ECLI:EU:C:2016:988 . . . . .	289
3.42.	orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 <i>Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu</i> , ECLI:EU:C:2017:338 . . . . .	291
3.43.	orzeczenie z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 <i>Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.</i> , ECLI:EU:C:2017:358 . . . . .	306
3.44.	orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 <i>Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu</i> , ECLI:EU:C:2017:557 . . . . .	317
	<b>Literatura uzupełniająca</b> . . . . .	323

## Wprowadzenie

Znaczenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach z zakresu zamówień publicznych jest nie do przecenienia. Z jednej strony, dokonując wykładni przepisów prawa unijnego, Trybunał doprecyzowuje znaczenie przepisów prawa wtórnego – jak w przypadku definicji podmiotu prawa publicznego – przede wszystkim w świetle przyświecającego im celu oraz zasad podstawowych i przepisów prawa pierwotnego, przedkładając wykładnię funkcjonalną nad pozostałe reguły interpretacyjne. Niekiedy w drodze wykładni Trybunał wprowadza na grunt zamówień publicznych nowe pojęcia, nieprzewidziane wprost w przepisach prawa. Sztandarowym przykładem takiej niemal prawotwórczej działalności Trybunału Sprawiedliwości w dziedzinie zamówień publicznych są zamówienia udzielane podmiotom *quasi-wewnętrznym* (tzw. zamówienia typu in-house) oraz inne formy współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi wyjęte spod reżimu udzielania zamówień publicznych. Z drugiej strony Trybunał stoi na straży przestrzegania unijnego prawa w dziedzinie zamówień w przypadku podejrzenia jego naruszenia czy to przez państwa członkowskie, czy przez instytucje unijne.

Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017. W okresie od początku 2009 r. do końca lipca 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości wydał około stu dwudziestu orzeczeń w sprawach z zakresu zamówień publicznych i koncesji, w tym w sześciu sprawach prejudycjalnych z wniosku polskich organów. Na potrzeby niniejszej publikacji dokonano wyboru czterdziestu czterech orzeczeń, które można uznać za najistotniejsze z punktu widzenia systemu zamówień publicznych.

Część pierwsza publikacji poświęcona jest roli i znaczeniu Trybunału w systemie prawnym Unii Europejskiej, jego składowi i organizacji, rodzajom postępowań przed Trybunałem Sprawiedliwości oraz wskazówkom praktycznym.

W części drugiej omówione zostały wybrane orzeczenia Trybunału wydane w latach 2009–2017 w ujęciu tematycznym. Opracowanie obejmuje orzeczenia dotyczące: (1) definicji podmiotu prawa publicznego, (2) definicji zamówienia publicznego, (3) zamówień *quasi-wewnętrznych*, (4) horyzontalnej współpracy publiczno-publicznej, (5) definicji umowy koncesji, (6) podstaw wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, (7) warunków udziału w postępowaniu i polegania w tym zakresie na zdolności innych podmiotów, (8) poprawiania i wyjaśniania ofert oraz uzupełniania i wyjaśniania dokumentów, (9) kryteriów udzielenia zamówienia, (10) warunków realizacji zamówienia, (11) procedur odwoławczych oraz (12) zamówień o wartości poniżej progów stosowania dyrektyw.

Część trzecia zawiera ułożoną w porządku chronologicznym treść – we fragmentach lub w całości – wybranych, omówionych w części drugiej orzeczeń.

Oddając w Państwa ręce niniejszą publikację, stanowiącą bogate źródło wiedzy dotyczącej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz jego orzecznictwa, żywię nadzieję, że będzie ona stanowić cenne wsparcie zarówno dla zamawiających prowadzących postępowania, jak i dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie wyrażam przekonanie, że obszerny zasób wiedzy dostępnej w opracowaniu posłuży Państwu jako wartościowa pomoc w rozwiązywaniu kwestii budzących wątpliwości interpretacyjne, a tym samym znajdzie odzwierciedlenie w poprawności i efektywności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Prezes  
Urzędu Zamówień Publicznych



Małgorzata Stręciwilk



# 1. Trybunał Sprawiedliwości w systemie prawnym Unii Europejskiej

## 1.1. Rola i znaczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Trybunał Sprawiedliwości został utworzony w 1952 r. na mocy Traktatu Paryskiego z 1951 r. jako Trybunał Sprawiedliwości Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali. Kiedy na mocy Traktatów Rzymskich z 1957 r. ustanowione zostały Europejska Wspólnota Gospodarcza i Europejska Wspólnota Energii Atomowej (Euratom), na mocy umowy o wspólnych instytucjach Trybunał Sprawiedliwości Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali stał się Trybunałem Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i objął swoją jurysdykcją sprawy wszystkich trzech Wspólnot. Gdy na mocy Traktatu z Maastricht powstała Unia Europejska, nazwa Trybunału pozostała niezmienną – aż do Traktatu z Lizbony.

Od momentu wejścia w życie Traktatu z Lizbony, tj. od dnia 1 grudnia 2009 r., Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest jedną z siedmiu – obok Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komisji, Europejskiego Banku Centralnego i Trybunału Obrachunkowego – wymienionych w art. 13 Traktatu o Unii Europejskiej, dalej: TUE, instytucji Unii Europejskiej, które mają na celu propagowanie jej wartości, realizację jej celów, służenie jej interesom, a także interesom jej obywateli oraz interesom państw członkowskich, jak również zapewnianie spójności, skuteczności i ciągłości jej polityk oraz działań. Trybunał jest zarazem jedyną unijną instytucją o charakterze sądowym.

W myśl art. 19 ust. 1 zdanie drugie TUE Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zapewnia poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów. Jego rolą jest zatem zagwarantowanie przestrzegania prawa unijnego zarówno przez unijne instytucje, jak i przez państwa członkowskie. W tym celu Trybunał realizuje następujące zadania:

- dokonuje wykładni prawa unijnego na wniosek sądów krajowych,
- czuwa nad przestrzeganiem przez państwa członkowskie obowiązków wynikających z Traktatów oraz
- kontroluje legalności aktów instytucji Unii Europejskiej.

Przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony, tj. do końca listopada 2009 r., sądami wspólnotowymi były Trybunał Sprawiedliwości, Sąd Pierwszej Instancji (utworzony przy Trybunale Sprawiedliwości w 1988 r.) i izby sądowe. Natomiast od dnia 1 grudnia 2009 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w myśl art. 19 ust. 1 zdanie pierwsze TUE, obejmuje Trybunał Sprawiedliwości, Sąd (następcę Sądu Pierwszej Instancji) i sądy wyspecjalizowane (nowa nazwa izb sądowych). Obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z siedzibą w Luksemburgu obejmuje jedynie dwa organy sądowe: Trybunał Sprawiedliwości i Sąd. Utworzony w 2004 r. Sąd do spraw Służby Publicznej zakończył działalność w dniu 1 września 2016 r. po powierzeniu jego właściwości Sądowi, w ramach reformy systemu sądowniczego Unii Europejskiej.

Kognicja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej została w sposób ogólny określona w art. 19 ust. 3 TUE, w myśl którego Trybunał Sprawiedliwości orzeka zgodnie z Traktatami:

- w zakresie skarg wniesionych przez państwa członkowskie, instytucje, osoby fizyczne lub osoby prawne;
- w trybie prejudycjalnym, na wniosek sądów państw członkowskich, w sprawie wykładni prawa Unii lub ważności aktów przyjętych przez instytucje;
- w innych sprawach przewidzianych w Traktatach.

Na mocy art. 256 ust. 1 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej: Traktat albo TfUE, Sąd jest właściwy do rozpoznawania następujących rodzajach spraw:

- skargi o stwierdzenie nieważności aktu prawa wtórnego,

- skargi na bezczynność unijnych instytucji,
- spory o odszkodowanie w ramach odpowiedzialności pozaumownej za szkody wyrządzone przez unijne instytucje lub pracowników Unii przy wykonywaniu ich funkcji,
- spory między Unią a jej pracownikami,

jak również

- na mocy klauzuli arbitrażowej – spory powstałe na tle umów prawa publicznego lub prywatnego zawartych przez Unię lub w jej imieniu,

z tym że w sprawach skarg o stwierdzenie nieważności aktu prawa wtórnego i skarg na bezczynność wniesionych przez państwo członkowskie przeciwko

- Parlamentowi Europejskiemu lub Radzie<sup>1</sup> lub obu tym instytucjom łącznie
- Komisji w zakresie wzmocnionej współpracy pomiędzy państwami członkowskimi

właściwy jest Trybunał Sprawiedliwości.

Jednocześnie Traktat wyłącza właściwość Sądu w sprawach należących do kognicji sądów wyspecjalizowanych, gdyby zostały utworzone.<sup>2</sup>

Od orzeczeń wydanych przez Sąd w sprawach leżących w zakresie jego właściwości, na warunkach i w zakresie określonym przez Statut Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej,<sup>3</sup> przysługuje prawo odwołania się do Trybunału Sprawiedliwości, ograniczone do kwestii prawnych.

Traktat przyznaje ponadto Sądowi kompetencje do rozpatrywania jeszcze dwóch kategorii spraw, które jednak nie są obecnie realizowane:

- mocą art. 256 ust. 2 TfUE Sąd jest właściwy do rozpoznawania odwołań od orzeczeń sądów wyspecjalizowanych; w przypadku poważnego ryzyka naruszenia jedności lub spójności prawa unijnego, orzeczenia wydane przez Sąd w tych sprawach mogłyby zostać w drodze wyjątku poddane kontroli Trybunału Sprawiedliwości;
- w myśl art. 256 ust. 3 TfUE Sąd jest właściwy do rozpoznawania pytań prejudycjalnych w poszczególnych dziedzinach określonych w Statucie, z zastrzeżeniem że Sąd zawsze mógłby uznać, że sprawa wymaga orzeczenia co do zasad, które może mieć wpływ na jedność lub spójność prawa unijnego, i w takiej sytuacji Sąd mógłby przekazać sprawę do rozpoznania Trybunałowi Sprawiedliwości; jak w przypadku odwołań od orzeczeń sądów wyspecjalizowanych, orzeczenia wydane przez Sąd w sprawach pytań prejudycjalnych mogłyby zostać poddane kontroli Trybunału Sprawiedliwości, gdyby zachodziło poważne ryzyko naruszenia jedności lub spójności prawa unijnego.

<sup>1</sup> z wyjątkiem decyzji przyjętych przez Radę w sprawach z zakresu pomocy publicznej na podstawie artykułu 108 ustęp 2 akapit trzeci TfUE, aktów Rady przyjętych zgodnie z rozporządzeniem Rady dotyczącym handlowych środków ochronnych w rozumieniu artykułu 207 TfUE oraz aktów Rady, poprzez które Rada wykonuje uprawnienia wykonawcze zgodnie z artykułem 291 ustęp 2 TfUE

<sup>2</sup> zgodnie z art. 257 TfUE Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą utworzyć przy Sądzie sądy wyspecjalizowane, do rozpoznawania w pierwszej instancji niektórych kategorii skarg wniesionych w konkretnych dziedzinach; Parlament Europejski i Rada stanowią w drodze rozporządzeń na wniosek Komisji i po konsultacji z Trybunałem Sprawiedliwości albo na wniosek Trybunału Sprawiedliwości i po konsultacji z Komisją; rozporządzenie ustanawiające sąd wyspecjalizowany określa zasady organizacji sądu i zakres przyznanej mu właściwości; od orzeczeń wydanych przez sądy wyspecjalizowane przysługuje prawo odwołania się do Sądu, ograniczone do kwestii prawnych lub – jeżeli jest to przewidziane w rozporządzeniu ustanawiającym sąd wyspecjalizowany – obejmujące również kwestie faktyczne; członkowie sądów wyspecjalizowanych są wybierani spośród osób o niekwestionowanej niezależności i mogących zajmować stanowiska sędziowskie; są mianowani przez Radę, stanowiącą jednomyślnie; sądy wyspecjalizowane ustanawiają w porozumieniu z Trybunałem Sprawiedliwości swój regulamin proceduralny, który wymaga zatwierdzenia przez Radę; z zastrzeżeniem odmiennych postanowień rozporządzenia ustanawiającego sąd wyspecjalizowany, postanowienia Traktatów dotyczące Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz postanowienia Statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stosują się do sądów wyspecjalizowanych; Tytuł I Statutu określający status sędziów i rzeczników generalnych oraz przepis art. 64 dotyczący systemu językowego w Trybunale Sprawiedliwości mają w każdym przypadku zastosowanie do sądów wyspecjalizowanych

<sup>3</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pl-div-c-0000-2016-201606984-05\\_00.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pl-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf)

W pozostałym zakresie właściwy jest Trybunał Sprawiedliwości.

## 1.2. Skład i organizacja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

### 1.2.1. Skład i organizacja Trybunału Sprawiedliwości

Zgodnie z art. 19 ust. 2 zdanie pierwsze TUE w skład Trybunału Sprawiedliwości wchodzi jeden sędzia z każdego państwa członkowskiego.

W myśl art. 19 ust. 2 zdanie drugie TUE Trybunał Sprawiedliwości jest wspomagany przez rzeczników generalnych. Przepis art. 252 TfUE stanowi, że Trybunał Sprawiedliwości jest wspomagany przez ośmiu rzeczników generalnych, przy czym na wniosek Trybunału Sprawiedliwości Rada, stanowiąc jednomyślnie, może zwiększyć liczbę rzeczników generalnych. Zadaniem rzecznika generalnego jest publiczne przedstawianie, przy zachowaniu całkowitej bezstronności i niezależności, uzasadnionych opinii w sprawach, które wymagają jego zaangażowania. Jeśli Trybunał uzna, że w sprawie nie występuje nowe zagadnienie prawne, po wysłuchaniu rzecznika generalnego może zdecydować o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii rzecznika generalnego.

Obecnie w skład Trybunału Sprawiedliwości wchodzi 28 sędziów i 11 rzeczników generalnych.<sup>4</sup>

Zgodnie z art. 253 TfUE sędziowie i rzecznicy generalni Trybunału Sprawiedliwości są wybierani spośród osób o niekwestionowanej niezależności i mających kwalifikacje wymagane w ich państwach do zajmowania najwyższych stanowisk sądowych lub będących prawnikami o uznanej kompetencji. Są oni mianowani za wspólnym porozumieniem przez rządy państw członkowskich na sześcioletnią kadencję, po konsultacji z przewidzianym w art. 255 TfUE komitetem, którego zadaniem jest opiniowanie kandydatów do wykonywania funkcji sędziego i rzecznika generalnego w Trybunale Sprawiedliwości.<sup>5</sup> Co trzy lata następuje częściowe odnowienie składu sędziowskiego i składu rzeczników generalnych. Częściowe odnowienie składu Trybunału obejmuje połowę liczby sędziów, zaś w przypadku gdyby liczba wszystkich sędziów była nieparzysta, liczbę sędziów, których dotyczy częściowe odnowienie składu, stanowi – na zmianę – liczba zaokrąglona w górę lub w dół połowy liczby wszystkich sędziów. Takie same reguły znajdują zastosowanie do częściowego odnowienia składu rzeczników generalnych. Ustupujący sędziowie i rzecznicy generalni mogą być ponownie mianowani.

Sędziowie wybierają spośród siebie na okres trzech lat prezesa Trybunału Sprawiedliwości, którego mandat jest odnawialny. Trybunał Sprawiedliwości mianuje swojego sekretarza i określa jego status. Przepis art. 253 TfUE upoważnia ponadto Trybunał Sprawiedliwości do przyjęcia swojego regulaminu postępowania, który wymaga zatwierdzenia przez Radę.

Na mocy art. 251 TfUE Trybunał Sprawiedliwości obraduje w izbach lub w składzie wielkiej izby. W przypadkach przewidzianych w może obradować również w pełnym składzie. Trybunał powołuje izby składające się z trzech lub pięciu sędziów. Sędziowie wybierają spośród siebie prezesów izb. Prezesi izb złożonych z pięciu sędziów wybierani są na trzy lata. Ich mandat może być jednokrotnie odnowiony. Wielka izba składa się z piętnastu sędziów. Przewodniczy jej prezes Trybunału. W skład wielkiej izby wchodzi także wiceprezes Trybunału oraz, zgodnie z warunkami określony-

<sup>4</sup> liczba rzeczników generalnych została zwiększona z ośmiu do dziewięciu ze skutkiem od dnia 1 lipca 2013 r. i do jedenastu ze skutkiem od dnia 7 października 2015 r. na mocy decyzji Rady 2013/33/UE z dnia 25 czerwca 2013 r. w sprawie zwiększenia liczby rzeczników generalnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 179 z 29.6.2013, str. 92)

<sup>5</sup> komitet składa się z siedmiu osób wybranych spośród byłych członków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu, członków krajowych sądów najwyższych i prawników o uznanej kompetencji, przy czym jedną z kandydatur proponuje Parlament Europejski; Rada, na wniosek Prezesa Trybunału Sprawiedliwości, w drodze decyzji 2010/124/UE z dnia 25 lutego 2010 r. ustanowiła zasady działania tego komitetu (Dz. Urz. UE L 50 z 27.2.2010, str. 18), zaś w drodze decyzji 2014/76/UE z dnia 11 lutego 2014 r. mianowała jego członków (Dz. Urz. UE L 41 z 12.2.2014, str. 18)

mi w regulaminie postępowania,<sup>6</sup> trzech prezesi izb złożonych z pięciu sędziów i inni sędziowie. Wielka izba obraduje na żądanie państwa członkowskiego lub instytucji Unii, które są stroną w postępowaniu. Trybunał Sprawiedliwości obraduje w pełnym składzie w sprawach wymienionych w Statucie. Ponadto Trybunał może, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, skierować sprawę do pełnego składu, jeśli uzna, że wniesiona sprawa ma wyjątkowe znaczenie.

Obrady Trybunału Sprawiedliwości są ważne jedynie wtedy, gdy zasiada nieparzysta liczba jego członków. Obrady izb złożonych z trzech lub pięciu sędziów są ważne jedynie wtedy, gdy zasiada trzech sędziów. Obrady wielkiej izby są ważne jedynie wtedy, gdy zasiada jedenastu sędziów. Obrady pełnego składu Trybunału są ważne jedynie wtedy, gdy zasiada siedemnastu sędziów. W sytuacji, gdy jeden z sędziów izby nie może uczestniczyć w obradach, można, zgodnie z warunkami określonymi w regulaminie postępowania, wezwać do uczestnictwa w obradach sędziego z innej izby.

Od sędziów, rzeczników generalnych i sekretarza wymaga się, aby zamieszkiwali w miejscu, w którym znajduje się siedziba Trybunału Sprawiedliwości.

### 1.2.2. Skład i organizacja Sądu

Na mocy art. 19 ust. 2 akapit drugi TUE w skład Sądu wchodzi co najmniej jeden sędzia z każdego państwa członkowskiego. Zarazem na podstawie art. 254 TfUE liczbę sędziów Sądu określa Statut Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Statut może przewidywać, że Sąd będzie wspierany przez rzeczników generalnych.

Obecnie Statut Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ustala tę liczbę na 47 sędziów, z tym że w czerwcu 2017 r. urząd pełniło 45 sędziów.<sup>7</sup>

Zgodnie z art. 254 Traktatu członkowie Sądu są wybierani spośród osób o niekwestionowanej niezależności i mogących zajmować wysokie stanowiska sądowe. Są oni mianowani za wspólnym porozumieniem przez rządy państw członkowskich na okres sześciu lat, po konsultacji z przewidzianym w art. 255 TfUE komitetem, którego zadaniem jest opiniowanie kandydatów do wykonywania funkcji członka Sądu. Co trzy lata następuje częściowa wymiana składu. Jak w przypadku Trybunału Sprawiedliwości, częściowe odnowienie składu Sądu obejmuje połowę liczby sędziów, zaś w przypadku gdyby liczba wszystkich sędziów była nieparzysta, liczbę sędziów, których dotyczy częściowe odnowienie składu, stanowi – na zmianę – liczba zaokrąglona w górę lub w dół połowy liczby wszystkich sędziów. Ustupujący sędziowie mogą być mianowani ponownie.

Sędziowie wybierają spośród siebie na okres trzech lat prezesa Sądu, którego mandat jest odnawialny. Sąd mianuje swojego sekretarza i określa jego status. Przepis art. 254 TfUE upoważnia również Sąd do przyjęcia, w porozumieniu z Trybunałem Sprawiedliwości, swojego regulaminu postępowania, który wymaga zatwierdzenia przez Radę.

Sąd obraduje w izbach złożonych z trzech lub pięciu sędziów. Sędziowie wybierają spośród siebie prezesów izb. Prezesów izb złożonych z pięciu sędziów wybiera się na trzy lata. Ich mandat może być jednokrotnie odnowiony. Skład izb i przydzielanie im spraw określa regulamin postępowania przed Sądem.<sup>8</sup> W niektórych przypadkach określonych w regulaminie proceduralnym Sąd może obradować w pełnym składzie lub w składzie jednoosobowym. Regulamin postępowania przed

---

<sup>6</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp\\_pl.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_pl.pdf)

<sup>7</sup> art. 48 Statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2015/2422 z dnia 16 grudnia 2015 r. zmieniającym Protokół nr 3 w sprawie Statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 341 z 24.12.2015, str. 14) – przewiduje, że od dnia 1 września 2019 r. w skład Sądu wchodzić będzie po dwóch sędziów z każdego państwa członkowskiego

<sup>8</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rp\\_pl.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rp_pl.pdf)



Sądem może również przewidywać, że Sąd obraduje w składzie wielkiej izby w sprawach i na warunkach w nim wyszczególnionych.

Obrady Sądu są ważne jedynie wtedy, gdy zasiada nieparzysta liczba jego członków. Obrady izb złożonych z trzech lub pięciu sędziów są ważne jedynie wtedy, gdy zasiada trzech sędziów. Obrady pełnego składu Sądu są ważne jedynie wtedy, gdy zasiada siedemnastu sędziów. W sytuacji, gdy jeden z sędziów izby nie może uczestniczyć w obradach, można, zgodnie z warunkami określonymi w regulaminie postępowania, wezwać do uczestnictwa w obradach sędziego z innej izby.

W Sądzie nie ma stałych rzeczników generalnych, ale członkowie Sądu mogą być wezwani do wykonywania zadań rzecznika generalnego, jeżeli wymaga tego zawiałość prawna lub skomplikowany stan faktyczny sprawy.<sup>9</sup>

Od sędziów i sekretarza wymaga się, aby zamieszkiwali w miejscu, w którym znajduje się siedziba Sądu.

### 1.2.3. Organizacja postępowania i system językowy

Stosowana przed Trybunałem Sprawiedliwości i Sądem procedura składa się z dwóch części: pisemnej i ustnej.

Na procedurę pisemną składa się przekazywanie stronom oraz instytucjom Unii, których decyzje są przedmiotem sporu, skarg, pism procesowych, argumentów obrony i uwag oraz odpowiedzi na nie, jeśli takie są, jak też wszelkich pism i dokumentów na ich poparcie lub ich uwierzytelnionych odpisów. Materiały przekazuje sekretarz w trybie i w terminie określonych w regulaminie proceduralnym.

Na procedurę ustną składa się wysłuchanie przez, odpowiednio, Trybunał lub Sąd pełnomocników, doradców i adwokatów lub radców prawnych oraz opinii rzecznika generalnego, jak również, w stosownych przypadkach, przesłuchiwanie świadków i biegłych.

System językowy Trybunału powinien zostać określony, na wniosek Trybunału Sprawiedliwości i po konsultacji z Komisją i Parlamentem Europejskim albo na wniosek Komisji i po konsultacji z Trybunałem Sprawiedliwości i Parlamentem Europejskim, rozporządzeniem Rady stanowiącej jednomyślnie. Do tego czasu stosuje się postanowienia regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości i przed Sądem, których zmiana w tym zakresie wymaga jednomyślnej zgody Rady.

Językiem postępowania może być każdy z dwudziestu czterech języków urzędowych Unii Europejskiej: angielski, bułgarski, chorwacki, czeski, duński, estoński, fiński, francuski, grecki, hiszpański, irlandzki, litewski, łotewski, maltański, niderlandzki, niemiecki, polski, portugalski, rumuński, słowacki, słoweński, szwedzki, węgierski albo włoski.<sup>10</sup> Co do zasady, w sprawach ze skarg bezpośrednich język po-

<sup>9</sup> każdy członek Sądu, z wyjątkiem prezesa, wiceprezesa i prezesów izb Sądu, może w danej sprawie funkcję rzecznika generalnego; członek Sądu wezwany do pełnienia obowiązków rzecznika generalnego nie może brać udziału w orzekaniu w tej sprawie; decyzję o wyznaczeniu rzecznika generalnego w określonej sprawie podejmuje zgromadzenie plenarne, na wniosek izby, której ta sprawa została przydzielona lub przekazana; sędziego, który będzie pełnił funkcję rzecznika generalnego w danej sprawie, wyznacza prezes Sądu

<sup>10</sup> por. rozporządzenie Rady nr 1 z dnia 15 kwietnia 1958 r. w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz. Urz. WE 17 z 6.10.1958, str. 385; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 01, t. 1, str. 3) zmienione przez Akt Przystąpienia Danii, Irlandii i Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (Dz. Urz. WE L 73 z 27.3.1972, str. 14), Akt Przystąpienia Grecji (Dz. Urz. WE L 291 z 19.11.1979, str. 17), Akt Przystąpienia Hiszpanii i Portugalii (Dz. Urz. WE L 302 z 15.11.1985, str. 23), Akt Przystąpienia Austrii, Szwecji i Finlandii (Dz. Urz. WE C 241 z 29.8.1994, str. 21) i Akt dotyczący warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w Traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej (Dz. Urz. L 236 z 23.9.2003, str. 33) oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 920/2005 z dnia 13 czerwca 2005 r. zmieniające rozporządzenie nr 1 z dnia 15 kwietnia 1958 r. w sprawie określenia systemu języ-



postępowania wybiera skarżący, zaś w postępowaniach prejudycjalnych językiem postępowania jest język sądu odsyłającego, który wystąpił do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego. Języka postępowania używa się w szczególności w pismach procesowych i wystąpieniach stron, włączając w to przedstawione lub załączone materiały i dokumenty, w protokołach oraz w orzeczeniach Trybunału. Dokumenty i materiały sporządzone w innym języku są tłumaczone na język postępowania. Państwo członkowskie może używać swojego języka urzędowego w razie udziału w postępowaniu prejudycjalnym, w razie przystąpienia do postępowania w charakterze interwenienta oraz w sprawach ze skargi o stwierdzenie naruszenia wniesionych przez jedno z państw członkowskich przeciwko innemu państwu członkowskiemu. Państwom będącym stronami porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), innym niż państwa członkowskie, jak również Urzędowi Nadzoru EFTA, może zostać przyznane prawo do używania jednego z języków urzędowych Unii Europejskiej, innego niż język postępowania, w razie udziału w postępowaniu prejudycjalnym albo w razie przystąpienia w charakterze interwenienta do sprawy zawisłej przed Trybunałem.

### 1.3. Rodzaje postępowań przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Najistotniejsze w punktu widzenia zamówień publicznych rodzaje postępowań przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej to omówione niżej

- postępowanie prejudycjalne,
- postępowanie o stwierdzenie naruszenia oraz
- postępowanie o stwierdzenie nieważności aktu prawa wtórnego.

#### 1.3.1. Postępowanie prejudycjalne

W myśl art. 267 TfUE Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym w odpowiedzi na skierowane przez sądy krajowe pytania dotyczące:

- wykładni Traktatów;
- ważności i wykładni aktów przyjętych przez unijne instytucje, organy lub jednostki organizacyjne.

Traktat przewiduje ogólne uprawnienie, a niekiedy obowiązek wystąpienia do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego w trybie prejudycjalnym:

- w przypadku gdy pytanie dotyczące wskazanych wyżej kwestii jest podniesione przed jakimkolwiek sądem jednego z państw członkowskich, sąd ten może zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku;
- w przypadku gdy takie pytanie jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, na sądzie tym ciąży obowiązek zwrócenia się do Trybunału.

---

kowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej oraz rozporządzenie nr 1 z dnia 15 kwietnia 1958 r. w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej oraz wprowadzające tymczasowe środki stanowiące odstępstwa od tych rozporządzeń (Dz. Urz. UE L 156 z 18.6.2005, str. 3), rozporządzenie Rady (WE) nr 1791/2006 z dnia 20 listopada 2006 r. dostosowujące niektóre rozporządzenia i decyzje w takich dziedzinach, jak: swobodny przepływ towarów, swobodny przepływ osób, prawo spółek, polityka konkurencji, rolnictwo (w tym prawo weterynaryjne i fitosanitarne), polityka transportowa, opodatkowanie, statystyka, energia, środowisko naturalne, współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych, unia celna, stosunki zewnętrzne, wspólna polityka zagraniczna i bezpieczeństwa oraz instytucje w związku z przystąpieniem Bułgarii i Rumunii (Dz. Urz. UE L 363 z 20.12.2006, str. 1) i rozporządzenie Rady (UE) nr 517/2013 z dnia 13 maja 2013 r. dostosowujące niektóre rozporządzenia i decyzje w takich dziedzinach, jak swobodny przepływ towarów, swobodny przepływ osób, prawo spółek, polityka konkurencji, rolnictwo, bezpieczeństwo żywności, polityka weterynaryjna i fitosanitarna, polityka transportowa, energia, podatki, statystyka, sieci transeuropejskie, wymiar sprawiedliwości i prawa podstawowe, sprawiedliwość, wolność i bezpieczeństwo, środowisko, unia celna, stosunki zewnętrzne, polityka zagraniczna, bezpieczeństwo i obrony oraz instytucje w tej dziedzinie, w związku z przystąpieniem Republiki Chorwacji (Dz. Urz. UE L 158 z 10.6.2013, str. 1)

Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału, sąd krajowy ostatniej instancji może być zwolniony z powyższego obowiązku w następujących przypadkach:

- odpowiedź na pytanie nie pozostawia żadnych uzasadnionych wątpliwości (*acte clair*);<sup>11</sup>
- odpowiedź na pytanie wynika w sposób jednoznaczny z orzecnictwa (*acte éclairé*).<sup>12</sup>

Niemniej w obu tych przypadkach sądy krajowe – w tym sądy krajowe, których orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego – zachowują pełną swobodę wnoszenia spraw do Trybunału, jeżeli uznają to za wskazane. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że przepis art. 99 regulaminu postępowania upoważnia Trybunał do rozstrzygnięcia sprawy, na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, w drodze postanowienia z uzasadnieniem, jeżeli pytanie skierowane w trybie prejudycjalnym jest identyczne z pytaniem, w którego przedmiocie Trybunał już orzekał, jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne można wywieść w sposób jednoznaczny z orzecnictwa lub jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne nie pozostawia żadnych uzasadnionych wątpliwości.

Natomiast w celu ustalenia, czy organ występujący z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest do tego uprawniony, czyli czy jest „sądem” w rozumieniu tego przepisu – w świetle dotychczasowego orzecnictwa – Trybunał bierze pod uwagę szereg przesłanek, w szczególności:

- umocowanie w przepisach rangi ustawowej,
- stały charakter organu,
- obligatoryjny charakter jego jurysdykcji,
- kontradiktoryjność postępowania,
- stosowanie przez organ przepisów prawa oraz
- jego niezawisłość.<sup>13</sup>

### 1.3.2. Postępowanie o stwierdzenie naruszenia

W myśl art. 258 TfUE, jeśli Komisja uzna, że państwo członkowskie uchybiło jednemu z zobowiązań, które na nim ciążyą na mocy Traktatów, wydaje ona uzasadnioną opinię w tym przedmiocie, po uprzednim umożliwieniu temu państwu przedstawienia swych uwag. Jeśli państwo to nie zastosuje się do opinii w terminie określonym przez Komisję, może ona wnieść sprawę do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W praktyce procedura o stwierdzenie naruszenia, o której mowa w tych przepisach, wygląda w ten sposób, że w przypadku podejrzenia naruszenia prawa unijnego przez państwo członkowskie służby Komisji kontaktują się z administracją państwa członkowskiego najpierw w sposób nieformalny. Jeśli ta faza postępowania nie przyniesie rozwiązania, Komisja kieruje do państwa członkowskiego zarzuty formalne. W kolejnym etapie postępowania, jeśli państwu członkowskiemu nie uda się rozwiać wątpliwości Komisji w odpowiedzi na zarzuty formalne, Komisja kieruje do tego państwa uzasadnioną opinię, wyznaczając jednocześnie termin – z reguły jednego lub dwóch miesięcy – na usunięcie naruszenia. W przypadku bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii Komisja może skierować przeciwko państwu członkowskiemu skargę do Trybunału.

<sup>11</sup> zob. wyrok z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della sanità*, ECLI:EU:C:1982:335

<sup>12</sup> por. wyrok z dnia w sprawach połączonych od 28/62 do 30/62 *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV przeciwko Administration fiscale néerlandaise*, ECLI:EU:C:1963:6

<sup>13</sup> zob. orzeczenie z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH przeciwko Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, ECLI:EU:C:1997:413, pkt 23 i orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2012 r. w sprawie C-443/09 *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA) di Cosenza przeciwko Grillo Star Srl*, ECLI:EU:C:2012:213, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo

Artykuł 260 ust. 1 TfUE stanowi, że jeśli Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdzi, że państwo członkowskie uchybiło jednemu z zobowiązań, które na nim ciąży na mocy Traktatów, państwo to jest zobowiązane podjąć środki, które zapewnią wykonanie wyroku Trybunału.

Jeżeli w ocenie Komisji dane państwo członkowskie nie podjęło środków zapewniających wykonanie wyroku Trybunału, może ona, na podstawie art. 260 ust. 2 TfUE, po uprzednim umożliwieniu państwu członkowskiemu przedstawienia swoich uwag skierować sprawę do Trybunału Sprawiedliwości, proponując odpowiednią do okoliczności wysokość ryczałtu lub okresowej kary pieniężnej do zapłacenia przez to państwo członkowskie. Jeżeli Trybunał stwierdzi, że dane państwo członkowskie nie zastosowało się do jego wyroku, może na nie nałożyć karę ryczałtową, okresową karę pieniężną lub obie te kary łącznie.<sup>14</sup>

Wyjątkiem od zasady, zgodnie z którą Trybunał może nałożyć na państwo członkowskie kary finansowe dopiero w orzeczeniu wydanym w postępowaniu ze skargi na podstawie art. 260 ust. 2 TfUE, są postępowania o naruszenie prowadzone w związku z brakiem notyfikacji krajowych środków wykonawczych przenoszących na grunt prawa wewnętrznego przepisy unijnych dyrektyw. Zgodnie z art. 260 ust. 3 TfUE, jeżeli Komisja wniesie skargę na podstawie art. 258 TfUE, uznając, że państwo członkowskie uchybiło obowiązкови poinformowania o środkach podjętych w celu transpozycji dyrektywy przyjętej zgodnie z procedurą ustawodawczą, Komisja może, o ile uzna to za właściwe, wskazać kwotę ryczałtu lub okresowej kary pieniężnej do zapłacenia przez dane państwo, jaką uzna za odpowiednią do okoliczności. Jeżeli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie prawa, może nałożyć na dane państwo członkowskie ryczałt lub okresową karę pieniężną w wysokości, która nie przekracza kwoty proponowanej przez Komisję. Zobowiązanie do zapłaty staje się skuteczne w terminie określonym w wyroku Trybunału.

Ponadto przepis art. 259 TfUE upoważnia każde państwo członkowskie do wniesienia sprawy do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jeśli uznaje, że inne państwo członkowskie uchybiło jednemu z zobowiązań, które na nim ciąży na mocy Traktatów. Zanim państwo członkowskie wniesie przeciwko innemu państwu członkowskiemu skargę opartą na zarzucanym naruszeniu zobowiązania, które na nim ciąży na podstawie Traktatów, powinno wnieść sprawę do Komisji. Komisja wydaje uzasadnioną opinię, po umożliwieniu zainteresowanym państwom przedstawienia, na zasadzie spornej, uwag pisemnych i ustnych. Jeśli Komisja nie wyda opinii w terminie trzech miesięcy od wniesienia sprawy, brak opinii nie stanowi przeszkody we wniesieniu sprawy do Trybunału.

### 1.3.3. Postępowanie o stwierdzenie nieważności aktu prawa wtórnego

Mocą art. 263 Traktatu Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kontroluje legalność następujących rodzajów aktów unijnego prawa wtórnego:

- aktów ustawodawczych,
- aktów Rady, Komisji i Europejskiego Banku Centralnego, innych niż zalecenia i opinie,

oraz

- aktów Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich, a także
- aktów organów lub jednostek organizacyjnych Unii, które zmierzają do wywarcia skutków prawnych wobec osób trzecich.

W tym celu Trybunał jest właściwy do orzekania w zakresie skarg wniesionych przez państwo członkowskie, Parlament Europejski, Radę lub Komisję, podnoszących następujące zarzuty:

---

<sup>14</sup> zob. wyrok z dnia 12 lipca 2005 r. w sprawie C-304/02 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECLI:EU:C:2005:444

- zarzut braku kompetencji,
- zarzut naruszenia istotnych wymogów proceduralnych,
- zarzut naruszenia Traktatów lub jakiegokolwiek reguły prawnej związanej z ich stosowaniem lub
- zarzut nadużycia władzy.

Trybunał jest właściwy, na tych samych warunkach, do orzekania w zakresie skarg wniesionych przez Trybunał Obrachunkowy, Europejski Bank Centralny i Komitet Regionów, zmierzających do zapewnienia ochrony ich prerogatyw.

Każda osoba fizyczna lub prawna może wnieść, na tych samych warunkach, skargę na akty, których jest adresatem lub które dotyczą jej bezpośrednio i indywidualnie oraz na akty regulacyjne, które dotyczą jej bezpośrednio i nie wymagają środków wykonawczych.

Akty tworzące organy i jednostki organizacyjne Unii mogą przewidywać wymagania i warunki szczególne dotyczące skarg wnoszonych przez osoby fizyczne lub prawne na akty tych organów lub jednostek organizacyjnych zmierzające do wywarcia skutków prawnych wobec tych osób.

Termin na wniesienie skarg przewidzianych w omawianym przepisie wynosi dwa miesiące liczone, w zależności od sytuacji, od daty publikacji aktu lub jego notyfikowania podmiotowi skarżącemu lub, w razie braku publikacji i braku notyfikacji, od daty powzięcia przez podmiot skarżący wiadomości o zaskarżanym akcie.

## 1.4. Struktura orzeczenia i sposób cytowania

### 1.4.1. Struktura orzeczenia

Zgodnie z art. 87 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości wyrok Trybunału musi zawierać: a) wskazanie, iż został wydany przez Trybunał; b) oznaczenie składu orzekającego; c) datę jego ogłoszenia; d) nazwiska prezesa oraz sędziów, którzy uczestniczyli w naradzie, ze wskazaniem sędziego sprawozdawcy; e) nazwisko rzecznika generalnego; f) nazwisko sekretarza; g) oznaczenie stron lub podmiotów określonych w art. 23 statutu, które uczestniczyły w postępowaniu; h) nazwiska przedstawicieli stron; i) w odniesieniu do skarg bezpośrednich i odwołań – żądania stron; j) w stosownym przypadku – datę przeprowadzenia rozprawy; k) wzmiankę o zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego i, w stosownym przypadku, datę przedstawienia przez niego opinii; l) zwięzłe omówienie stanu faktycznego; m) motywy; n) sentencję wraz z rozstrzygnięciem, w stosownym przypadku, w przedmiocie kosztów.

Podobnie, na podstawie art. 117 regulaminu postępowania przed Sądem, wyrok Sądu obowiązkowo zawiera: a) wskazanie, iż został wydany przez Sąd; b) oznaczenie składu orzekającego; c) datę jego ogłoszenia; d) nazwiska prezesa oraz sędziów, którzy uczestniczyli w naradzie, ze wskazaniem sędziego sprawozdawcy; e) nazwisko rzecznika generalnego, o ile został wyznaczony; f) nazwisko sekretarza; g) oznaczenie stron; h) nazwiska przedstawicieli stron; i) żądania stron; j) w stosownym przypadku – datę przeprowadzenia rozprawy; k) w razie potrzeby wzmiankę o zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego i, w stosownym przypadku, datę przedstawienia przez niego opinii; l) zwięzłe omówienie stanu faktycznego; m) motywy; n) sentencję wraz z rozstrzygnięciem w przedmiocie kosztów.

### 1.4.2. Sposób cytowania orzecznictwa

W 2011 r. Rada Unii Europejskiej przyjęła *Konkluzje zalecające wprowadzenie europejskiej sygnatury orzecznictwa (European Case Law Identifier – ECLI) oraz minimalnego zestawu znormalizowanych metadanych orzecznictwa* (Dz. Urz. UE nr C 127 z 29.4.2011, str. 1). Sygnatura ECLI służy do odsyłania w jednoznaczny sposób do orzecznictwa sądów krajowych i europejskich. Ma ona zatem ułatwiać przeszukiwanie i cytowanie orzecznictwa sądów Unii Europejskiej.

Idąc za sformułowanym przez Radę zaleceniem, Trybunał przyporządkował sygnatury ECLI wszystkim orzeczeniom wydanym przez unijne organy sądowe, a także opiniom rzeczników generalnych i zajmowanym przez nich stanowiskom, począwszy od 1954 r.

W niniejszej publikacji, cytując orzecznictwo, podaje się datę wydania orzeczenia, sygnaturę akt, pełną nazwę sprawy oraz sygnaturę w formacie ECLI, a gdzie to ma zastosowanie, także numer cytowanego punktu orzeczenia.

## 2. Omówienie wybranych orzeczeń

### 2.1. Definicja podmiotu prawa publicznego

Unijne dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych, poczynwszy od początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia, definiują podmiot prawa publicznego jako podmiot, który spełnia następujące warunki: po pierwsze, został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego; po drugie, posiada osobowość prawną; oraz po trzecie, jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego. Trzeci element tej definicji zawiera trzy alternatywne przesłanki świadczące o ścisłej zależności – finansowej lub organizacyjnej – od władz publicznych.

W praktyce zakwalifikowanie konkretnego podmiotu do tej kategorii zamawiających może niekiedy narażać na pewnych trudności.

Definicja podmiotu prawa publicznego, wprowadzona po raz pierwszy w dyrektywach 92/50/EWG<sup>15</sup>, 93/36/EWG<sup>16</sup>, 93/37/EWG<sup>17</sup> i 93/38/EWG<sup>18</sup>, a następnie powtórzona w dyrektywach 2004/17/WE<sup>19</sup> i 2004/18/WE<sup>20</sup>, zaś ostatnio w dyrektywach 2014/23/UE<sup>21</sup>, 2014/24/UE<sup>22</sup> i 2014/25/UE<sup>23</sup>, była wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.<sup>24</sup> W swoim orzecznictwie Trybunał wielokrotnie podkreślał, że nadrzędnym celem unijnych przepisów w dziedzinie zamówień publicznych jest uniknięcie ryzyka uprzywilejowanego traktowania wykonawców krajowych przy udzielaniu zamówień przez instytucje i podmioty zamawiające oraz zapobieganie

<sup>15</sup> dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE L 209 z 24.7.1992, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 1, str. 322)

<sup>16</sup> dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawę (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 2, str. 110)

<sup>17</sup> dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993, str. 54; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 2, str. 163)

<sup>18</sup> dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993, str. 84; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 2, str. 194)

<sup>19</sup> 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)

<sup>20</sup> 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)

<sup>21</sup> 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)

<sup>22</sup> 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)

<sup>23</sup> 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)

<sup>24</sup> zob. w szczególności Constant De Koninck, Thierry Ronse, *European Public Procurement Law. The European Public Procurement Directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Texts and Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008 r., str. 187 i nast. oraz cytowane tam orzecznictwo, a także: orzeczenie z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 *Bayerischer Rundfunk i inni przeciwko GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, ECLI:EU:C:2007:786; oraz orzeczenie z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2008:213



sytuacjom, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, udzielając zamówień, mogłyby kierować się względami innymi niż ekonomiczne. W świetle tego celu należy dokonywać wykładni definicji podmiotu prawa publicznego.

W okresie objętym zakresem niniejszego opracowania Trybunał dwukrotnie zajmował się wykładnią pierwszej z trzech alternatywnych przesłanek trzeciego elementu definicji podmiotu prawa publicznego, tj. finansowaniem w przeważającej części przez państwo, władze regionalne, lokalne i inne podmioty prawa publicznego.

### **2.1.1. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg*, ECLI:EU:C:2009:358**

W sprawie, której dotyczył wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego skierowany do Trybunału przez Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf, izbę odwoławczą ds. zamówień publicznych wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie, niemiecki zamawiający, ustawowa kasa chorych AOK Rheinland połączona z AOK Hamburg, wezwała do składania ofert na wykonanie i dostawę obuwia ortopedycznego w ramach zintegrowanego zaopatrzenia zdrowotnego. W toku postępowania odwoławczego powstały wątpliwości dotyczące przede wszystkim uznania niemieckich kas chorych za podmioty prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE w związku z krajowymi uregulowaniami w zakresie ubezpieczeń zdrowotnych,<sup>25</sup> a także charakteru zamówienia mieszanego obejmującego zarówno dostawę, jak i usługi, oraz odróżnienia zamówienia na usługi od koncesji na usługi.

Trybunał, orzekając w tej sprawie, w oparciu o wcześniejsze orzecznictwo, w tym w szczególności wyrok w sprawie *Bayerischer Rundfunk i in.*<sup>26</sup>, w pierwszej kolejności przypomniał, że brzmienie art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadku pierwszy dyrektywy 2004/18/WE nie zawiera żadnego wskazania, w jaki sposób ma się odbywać finansowanie, o którym mowa w tym przepisie. Trybunał zwrócił w szczególności uwagę, że przepis ten nie wymaga, by działalność podmiotów prawa publicznego była finansowana bezpośrednio przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego w celu spełnienia tej przesłanki. Oznacza to, że pośredni sposób finansowania jest w tym zakresie wystarczający.

Następnie Trybunał zwrócił uwagę na następujące cechy finansowania niemieckich kas chorych:

- finansowanie powszechnych kas chorych jest, zgodnie z regulacjami prawa krajowego, zapewnione przez składki ubezpieczonych, bezpośrednie wpłaty władz federalnych i płatności wyrównawcze pomiędzy kasami wynikające z reżimu wyrównywania pomiędzy nimi ryzyka; przeważającą część finansowania tych kas stanowią obowiązkowe składki ubezpieczonych;
- składki ubezpieczonych są przekazywane bez konkretnego świadczenia wzajemnego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału<sup>27</sup>: żadne umowne świadczenie wzajemne nie jest związane

<sup>25</sup> Pierwsze pytanie przedstawione Trybunałowi przez Oberlandesgerichts Düsseldorf brzmiało następująco:

1.a) Czy znamiona stanu faktycznego „finansowania przez państwo” zgodnie z art. 1 ust. 9 akapit 2 lit. c) możliwość pierwsza dyrektywy 2004/18/WE należy rozumieć w ten sposób, że państwo wprowadza obowiązkowe ubezpieczenie zdrowotne i obowiązek członkostwa i opłacania w danej kasie chorych składek w wysokości uzależnionej od dochodów, przy czym kasa chorych określa wysokość składki, a kasy chorych są powiązane ze sobą systemem solidarnego finansowania przedstawionym dokładniej w uzasadnieniu i zabezpieczającym wykonanie zobowiązań przez każdą z kas chorych?

1.b) Czy znamiona stanu faktycznego w art. 1 ust. 9 akapit 2 lit. c) możliwość druga, polegające na tym, że zarząd danego podmiotu „podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów” należy rozumieć w ten sposób, że w wystarczającym zakresie spełnia je państwowy nadzór prawny, dotyczący zarówno bieżącej, jak i przyszłej działalności, – ewentualnie wraz z innymi możliwościami interwencji państwa przedstawionymi z uzasadnieniem?

<sup>26</sup> por. cyt. wyrok w sprawie *Bayerischer Rundfunk i inni*, pkt 34 i nast.; zob. także opinia rzecznika generalnego Dámaso Ruiz-Jarabo Colomera przedstawiona w dniu 6 września 2007 r. w tej sprawie, ECLI:EU:C:2007:487, pkt 51–55

<sup>27</sup> zob. podobnie wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 *The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, ECLI:EU:C:2000:529, pkt 23–25

z przekazywaniem niemieckim kasom chorych środków, ponieważ ani obowiązek uiszczania składek, ani ich wysokość nie wynikają z umowy pomiędzy powszechnymi kasami chorych a ubezpieczonymi; zarówno ubezpieczenie w kasie chorych, jak i obowiązek uiszczania składek powstaje z mocy prawa<sup>28</sup>; co więcej, kwota składek jest wyłącznie funkcją zdolności każdego ubezpieczonego do ich ponoszenia, przy czym inne elementy, takie jak stan zdrowia lub liczba współubezpieczonych, są bez znaczenia w tym zakresie;

- wprowadzie wysokość składek, inaczej niż w przypadku opłaty abonamentowej, której dotyczył cyt. wyżej wyrok w sprawie *Bayerischer Rundfunk i in.*, jest ustalona przez same publiczne kasy chorych, a nie przez władze publiczne, jednak margines swobodnego uznania tych kas jest niezwykle ograniczony, w zakresie w jakim ich misją jest zapewnienie świadczeń przewidzianych krajowymi regulacjami w zakresie ubezpieczeń zdrowotnych; z uwagi na to, że świadczenia i związane z nimi wydatki wynikają z przepisów prawa oraz że kasy chorych nie wykonują swoich zadań w celu zarobkowym, stawka składek jest ustalana w taki sposób, że wynikające z nich wpływy nie są ani wyższe, ani niższe od wydatków;
- ustalenie wysokości składek przez publiczne kasy chorych wymaga każdorazowo zgody właściwych publicznych organów nadzoru, a zatem wysokość składek jest w pewnym stopniu narzucona przez prawo;
- część składki należna od ubezpieczonego jest pobierana z jego wynagrodzenia przez jego pracodawcę i wpłacana właściwej publicznej kasie chorych wraz z częścią składki obciążającą pracodawcę; pobranie składki dokonywane jest zatem bez żadnej możliwości interwencji ze strony ubezpieczonego, w sposób przymusowy, na podstawie przepisów prawa publicznego;
- wpłaty bezpośrednie władz federalnych, chociaż o niewielkim znaczeniu, stanowią niewątpliwie bezpośrednie finansowanie przez państwo.

Podsumowując, podobnie jak w cyt. wyroku w sprawie *Bayerischer Rundfunk i in.*, Trybunał uznał, że finansowanie, które jak w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego wynika z aktu prawa publicznego, w praktyce jest gwarantowane przez państwo i zapewniane poprzez mechanizm poboru składek wynikający z przepisów prawa publicznego, spełnia przesłankę „finansowania przez państwo” w kontekście zastosowania przepisów unijnych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

W świetle powyższego Trybunał stwierdził, że art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadek pierwszy dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas, gdy działalność powszechnych kas chorych jest finansowana zasadniczo z obciążających ubezpieczonych składek, które są nakładane, obliczane i pobierane według zasad prawa publicznego takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym. W konsekwencji Trybunał uznał niemieckie powszechne kasy chorych za podmioty prawa publicznego, a co za tym idzie, instytucje zamawiające dla celów określenia podmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy 2004/18/WE.

### **2.1.2. orzeczenie z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11 IVD GmbH & Co. KG przeciwko Ärztekammer Westfalen-Lippe, ECLI:EU:C:2013:543**

W innej sprawie z wniosku tego samego düsseldorfskiego wyższego sądu krajowego Ärztekammer Westfalen-Lippe, lekarska izba zawodowa Westfalii Lippe, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na druk i dystrybucję swojego biuletynu oraz sprzedaż ogłoszeń i prenumeraty. Po wykluczeniu dwóch innych oferentów wyboru dokonywano pomiędzy IVD a WWF Druck + Medien GmbH, a ostatecznie została przyjęta oferta tej ostatniej. IVD zakwestionowała rozstrzygnięcie postępowania, wnosząc sprzeciw do zamawiającego, a później odwołanie do Vergabekammer,

---

<sup>28</sup> zob. podobnie cyt. wyrok w sprawie *Bayerischer Rundfunk i in.*, pkt 45 oraz cyt. opinia rzecznika generalnego w tej sprawie, pkt 56–60



organu administracyjnego właściwego do rozpatrywania odwołań w zakresie zamówień publicznych, twierdząc, że zwycięski wykonawca nie przedstawił niektórych referencji wymaganych przez Ärztekammer. Organ ten oddalił odwołanie IVD, uznając jej żądania za bezzasadne. Natomiast Vergabesenat des Oberlandesgericht Düsseldorf, do którego wniesiona została skarga na decyzję organu pierwszej instancji, postanowił zbadać z urzędu kwestię statusu Ärztekammer jako instytucji zamawiającej w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE i zwrócił się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego.<sup>29</sup>

Sąd krajowy nabrał wątpliwości, czy prawo izby lekarskiej do pobierania składek od jej członków stanowi pośrednie finansowanie przez państwo, wypełniające przesłankę zawartą w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18/WE w świetle wyroku w sprawie *Bayerischer Rundfunk i in.* oraz wyroku w sprawie *Oymanns*. Sąd odsyłający zwrócił uwagę, że z przywołanych orzeczeń wynika, że pośrednie finansowanie przez państwo ma miejsce w sytuacji, gdy państwo określa podstawę i wysokość składek lub oddziałuje – za pośrednictwem przepisów, które szczegółowo opisują świadczenia, jakie dana osoba prawna ma wykonywać, i które regulują sposób ustalania wysokości składek – w taki sposób, że dany podmiot posiada wyłącznie niewielki margines uznania w zakresie określenia wysokości składek.

Zgodnie z informacjami dostarczonymi przez sąd krajowy, w sprawie będącej przedmiotem odwołania prejudycjalnego sytuacja przedstawiała się następująco:

- przepisy nie określały wysokości składek pobieranych przez Ärztekammer, ani nie ustalały zakresu i zasad wykonywania wyznaczonych jej zadań w taki sposób, aby izba mogła decydować o wysokości składek tylko w wąskich granicach;
- izba lekarska dysponowała szerokim marginesem uznania przy wypełnianiu swoich zadań oraz przy określaniu swoich potrzeb finansowych i, co za tym idzie, przy ustalaniu wysokości składek należnych od jej członków;
- wprawdzie istniał system zatwierdzania przez organ nadzoru regulaminu określającego wysokość składek należnych od członków izby lekarskiej, jednak zatwierdzenie to miało na celu jedynie zapewnienie równowagi budżetowej izby lekarskiej.

Trybunał podzielił wątpliwości sądu odsyłającego i stwierdził, że powyższe okoliczności uniemożliwiały uznanie zawodowych izb lekarskich za podmiot pozostający w ścisłej zależności od władz publicznych. W szczególności, w ślad za rzecznikiem generalnym<sup>30</sup>, Trybunał zwrócił uwagę, że regulamin określający wysokość składek członkowskich jest przyjmowany przez zgromadzenie osób, które same uiszczają te składki. Z kolei dokonywana przez organ nadzoru kontrola *ex post*, polegająca na zatwierdzeniu decyzji określającej wysokość składek zapewniających zasadniczą część jego finansowania, ogranicza się do zbadania, czy budżet izby jest zbilansowany. W rezultacie, w ocenie Trybunału, zasady finansowania izby lekarskiej nie stanowiły finansowania w przeważającej mierze przez władze publiczne, ani nie pozwalały władzom publicznym na sprawowanie nad nią kontroli zarządzania.

W konkluzji wyroku w sprawie *IVD* Trybunał stwierdził, że art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18/WE należało interpretować w ten sposób, że podmiot taki jak izba zawodowa prawa publicznego nie spełnia kryterium dotyczącego finansowania w przeważającej części przez władze publiczne, jeżeli jest finansowany w przeważającej mierze z uiszczanych przez jego członków skła-

<sup>29</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:

Czy podmiot prawa publicznego (w niniejszej sprawie izba zawodowa) w rozumieniu art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18/WE jest „finansowany w przeważającej części przez państwo” lub jego „zarząd podlega nadzorowi ze strony” państwa, jeśli:

- podmiot ten został wyposażony przez ustawę w uprawnienie do pobierania składek od swoich członków, jednak ustawa nie określa ani wysokości składek, ani zakresu świadczeń podlegających finansowaniu ze składek, i zarazem
- regulamin pobierania składek wymaga jednak zatwierdzenia przez państwo?

<sup>30</sup> zob. opinia rzecznika generalnego Paola Mengozziego przedstawiona w dniu 30 stycznia 2013 r. w sprawie C-526/11 *IVD GmbH & Co. KG przeciwko Ärztekammer Westfalen-Lippe*, ECLI:EU:C:2013:40, pkt 65 i nast.

dek, których wysokość jest ustalana i które są pobierane zgodnie z obowiązującą ustawą przez ten podmiot, w sytuacji gdy ustawa ta nie określa zakresu i zasad działań podejmowanych przez wskazany podmiot przy wypełnianiu powierzonych mu prawem zadań finansowanych z tych składek, ani też nie spełnia on kryterium dotyczącego kontroli zarządzania przez władze publiczne wyłącznie z uwagi na fakt, że decyzja, na mocy której podmiot ten określa wysokość rzeczonych składek, musi być zatwierdzona przez organ nadzoru.

Na uwagę zasługuje również przedstawiona w tej sprawie opinia rzecznika generalnego Mengozziego, w szczególności w zakresie, w jakim zwięźle podsumowuje wynikające z orzeczeń w sprawie *Bayerischer Rundfunk i in.* oraz w sprawie *Oymanns* elementy mechanizmu finansowania świadczące o pośrednim finansowaniu przez władze publiczne:

- publiczne i wiążące się z przymusem źródło środków finansowych;
- władczy charakter ich pobierania od osób objętych obowiązkiem zapłaty;
- władczy charakter zasad ustalania ich wysokości,
- zakres i intensywność kontroli tych zasad wykonywanej przez publiczne organy nadzoru,
- prerogatywy władzy publicznej przyznane takim podmiotom w celu zapewnienia możliwości ściągania tych środków.<sup>31</sup>

## 2.2. Definicja zamówienia publicznego

Kluczowe z punktu widzenia systemu zamówień publicznych pojęcie zamówienia publicznego również było wielokrotnie interpretowane przez Trybunał Sprawiedliwości.<sup>32</sup>

### 2.2.1. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg*, ECLI:EU:C:2009:358

W omówionym wyżej wyroku w sprawie *Oymanns*, oprócz definicji podmiotu prawa publicznego, Trybunał zajmował się też zagadnieniem mieszanego zamówienia publicznego obejmującego zarówno dostawy jak i usługi, ponieważ drugie pytanie niemieckiego sądu odsyłającego dotyczyło zakwalifikowania spornej umowy na wyprodukowanie i dostawę obuwia ortopedycznego jako zamówienia na dostawy albo zamówienia na usługi.<sup>33</sup>

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał zwrócił przede wszystkim uwagę, że dyrektywa 2004/18/WE w art. 1 ust. 2 lit. d) akapit drugi nakazywała, w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest równocześnie dostawa produktów i świadczenie usług, kierować się wartością produktów i usług zawartych w zamówieniu. Z kolei w przypadku gdy przedmiotem zamówienia są równocześnie roboty budowlane i świadczenie usług, dyrektywa 2004/18/WE w art. 1 ust. 2 lit. d) akapit trzeci wskazywała kryterium głównego przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Trybunał przypomniał, że już w wyroku w sprawie *Auroux*<sup>34</sup>, orzekając na gruncie dyrektywy 93/37/EWG, Trybunał uznał, że kryterium głównego przedmiotu zamówienia było decydujące dla ustalenia, którą ze wspólnotowych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych należało zastosować, w przypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i ele-

<sup>31</sup> cyt. opinia rzecznika generalnego w tej sprawie, pkt 57 i nast.

<sup>32</sup> zob. w szczególności Constant De Koninck, Thierry Ronse, op.cit., str. 178 i nast. oraz przytoczone orzecznictwo

<sup>33</sup> Niemiecki sąd w swoim drugim pytaniu zastanawiał się, czy art. 1 ust. 2 lit. c) i lit. d) dyrektywy 2004/18/WE należy rozumieć w ten sposób, że udostępnienie produktów wytworzonych i dopasowanych do indywidualnych potrzeb danego klienta oraz indywidualne porady dla klienta dotyczące wykorzystania tych produktów należy uznać za „zamówienia na dostawy” czy też za „zamówienia na usługi” oraz czy należy przy tym kierować się tylko wartością tych usług

<sup>34</sup> orzeczenie z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 *Jean Auroux i inni przeciwko Commune de Roanne*, ECLI:EU:C:2007:31, pkt 37; zob. także orzeczenie z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 *Gestión Hotelera Internacional SA przeciwko Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria i Gran Casino de Las Palmas SA*, ECLI:EU:C:1994:155, pkt 29

menty stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego. Zarazem Trybunał zaznaczył, że ani z mających zastosowanie przepisów prawa unijnego, ani z utrwalonego orzecznictwa nie wynikało, aby kryterium głównego przedmiotu zamówienia miało być dodatkowo uwzględniane w przypadku zamówienia mieszanego obejmującego dostawy i usługi.

Co istotne, w wyroku w tej sprawie Trybunał podkreślił, że zgodnie z definicją pojęcia „zamówienia publicznego na dostawy” zawartego w art. 1 ust. 2 lit. c) akapit pierwszy dyrektywy 2004/18/WE – która zasadniczo pozostała niezmieniona na gruncie dyrektywy 2014/24/UE – pojęcie to dotyczy takich transakcji jak np. kupno lub dzierżawa „produktów”, bez wyszczególnienia w tym zakresie i bez rozróżnienia w zależności od tego, czy dany produkt został wytworzony w sposób standardowy, czy zindywidualizowany, tj. zgodnie z konkretnymi preferencjami i potrzebami klienta. W konsekwencji pojęcie „produktu”, do którego odsyła w sposób ogólny ten przepis, obejmuje też proces produkcji, niezależnie od tego, czy rozważany produkt jest udostępniany konsumentom jako gotowy, czy po wytworzeniu go zgodnie z wymaganiami klientów.

W konsekwencji na zadane pytanie Trybunał odpowiedział w ten sposób, że gdy przedmiotem mieszanego zamówienia publicznego są jednocześnie produkty i usługi, kryterium, które na gruncie dyrektywy 2004/18/WE należało stosować w celu ustalenia, czy dane zamówienie należy uznać za zamówienie na dostawy, czy za zamówienie na usługi, była wartość produktów i usług objętych zamówieniem. Trybunał dodał, że w przypadku towarów produkowanych i dostosowywanych do indywidualnych potrzeb każdego klienta, i w zakresie korzystania z których każdy klient powinien uzyskać indywidualne porady, wyprodukowanie tych towarów, dla celów obliczenia wartości każdego składnika danego zamówienia, musi zostać sklasyfikowane w części obejmującej dostawy.

Jako że obowiązujące dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE, odpowiednio w art. 3 ust. 2 akapit pierwszy i art. 5 ust. 2 akapit pierwszy, przewidują, że zamówień, których przedmiotem są co najmniej dwa rodzaje zamówień (roboty budowlane, usługi lub dostawy), udziela się zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie do rodzaju zamówień, który odpowiada głównemu przedmiotowi danego zamówienia, wyrok Trybunału w sprawie *Oymanns* w tym zakresie ma znaczenie jedynie historyczne.

### **2.2.2. orzeczenie z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:664**

W wyroku w tej sprawie, znanym jako wyrok w sprawie *KölnMesse*, Trybunał zajmował się zakwalifikowaniem umowy najmu budynków, które miały dopiero powstać, jako zamówienia publicznego na roboty budowlane.

*KölnMesse*, spółka prawa prywatnego, której przedmiot działalności stanowi organizowanie targów i wystaw mających na celu wspieranie rozwoju przemysłu, handlu i rzemiosła, w grudniu 2003 r. sprzedała spółce inwestycyjnej GKM-GbR grunt pod budowę czterech hal wystawowych wraz z planem zagospodarowania. W sierpniu 2004 r. miasto Kolonia zawarło z GKM-GbR umowę najmu tego terenu, w której GKM-GbR zobowiązała się do wybudowania czterech hal wystawowych zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami miasta Kolonii. Kilka dni później miasto Kolonia podnajęło nieistniejące jeszcze hale wystawowe spółce *KölnMesse*, upoważniając ją do reprezentowania miasta w stosunkach z GKM-GbR. Hale wystawowe zostały ukończone i oddane głównemu najemcy w grudniu 2005 r., zaś w styczniu 2006 r. odbyły się w nich pierwsze targi międzynarodowe.

Komisja uznała, że sporna umowa stanowiła w istocie zamówienie publiczne na roboty budowlane i wniosła skargę do Trybunału Sprawiedliwości.

Trybunał w pierwszym rzędzie podkreślił, że zakwalifikowanie danej umowy jako zamówienia publicznego na roboty budowlane należy do właściwości prawa wspólnotowego i że kwalifikacja

dokonana według prawa krajowego jest w tym względzie nieistotna.<sup>35</sup> Podobnie rzecz się ma z kwalifikacją dokonaną przez strony umowy.

Następnie Trybunał przypomniał, że definicja pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane”, obejmuje wszelkie przedsięwzięcia, w których między zamawiającym a wykonawcą zawarta zostaje umowa o charakterze odpłatnym, bez względu na jej formalne zakwalifikowanie, której przedmiotem jest wykonanie przez tego wykonawcę obiektu budowlanego rozumianego jako wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. W tym względzie zasadniczym kryterium jest to, by obiekt budowlany był wykonany zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, bez względu na środki używane w celu jego wykonania.

Trybunał zwrócił uwagę, że sporna umowa została przez jej strony formalnie zakwalifikowana jako umowa najmu i rzeczywiście zawierała elementy takiej umowy, lecz w momencie jej zawarcia budowa hal wystawowych będących przedmiotem najmu jeszcze się nawet nie rozpoczęła. Świadczyłoby to o tym, że celem umowy było wybudowanie tych hal. Co więcej, wspomniane hale miały zostać wybudowane zgodnie z określonymi przez miasto Kolonię szczegółowymi specyfikacjami, które wykraczały znacznie poza zwykłe wymagania najemcy.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, w przypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia, to dla ustalenia przepisów mających zastosowanie decydujący jest jej główny przedmiot.

W świetle powyższego, w ocenie Trybunału, sporną umowę należało zakwalifikować jako zamówienie publiczne na roboty budowlane. W konsekwencji w wyroku w tej sprawie Trybunał stwierdził, że ze względu na to, iż miasto Kolonia zawarło z GKM-GbR umowę z dnia 6 sierpnia 2004 r. zatytułowaną: „umowa najmu dotycząca gruntu z czterema halami wystawowymi”, nie zastosował procedury przetargowej, o której mowa w przepisach art. 7 ust. 4 i art. 11 dyrektywy 93/37/EWG, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyły na mocy tych przepisów.

### **2.2.3. orzeczenie z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 *Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2010:168**

W sprawie, której dotyczył wniosek niemieckiego sądu, Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, federalny urząd do spraw nieruchomości, sprzedał grunt, na którym nabywca miał następnie wykonać roboty odpowiadające celom rozwoju urbanistycznego określonym przez miasto Wildeshausen. Działająca w sektorze nieruchomości spółka Helmut Müller GmbH zakwestionowała ważność tej umowy, podnosząc, że przedmiotowa transakcja posiadała cechy zamówienia publicznego na roboty budowlane i powinna zostać zawarta z podmiotem wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oberlandesgericht Düsseldorf, przed którym zawiśł spór, podzielił wątpliwości skarżącego i skierował do Trybunału dziewięć pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni pojęcia „zamówienia na roboty budowlane” na gruncie dyrektywy 2004/18/WE.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> por. cyt. wyrok w sprawie *Auroux*, pkt 40

<sup>36</sup> Sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. czy konstytutywną przesłanką zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE jest, aby roboty budowlane zostały wykonane na rzecz instytucji zamawiającej w rozumieniu rzeczywistej i fizycznej realizacji obiektu oraz aby stanowiły jej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym?
2. Jeżeli zgodnie z definicją zamówienia publicznego na roboty budowlane zawartą w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE nie można zrezygnować z elementu realizacji obiektu: Czy zgodnie z wariantem drugim powyższego przepisu należy przyjąć realizację obiektu, jeżeli roboty budowlane mają na celu realizację dla instytucji zamawiającej określonego celu publicznego (na przykład ma służyć rozwojowi urbanistycznemu rejonu gminy), a na mocy zamówienia instytucja zamawiająca uzyskuje kompetencję prawną do zapewnienia realizacji celu publicznego oraz do zapewnienia, aby obiekt ten został udostępniony w przyszłości właśnie w tym celu?
3. Czy pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane zgodnie z wariantem pierwszym i drugim art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE wymaga, aby przedsiębiorca budowlany zobowiązany był, bezpośrednio

### **pytanie pierwsze i pytanie drugie**

W swoich dwóch pierwszych pytaniach sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy pojęcie „zamówienia publicznego na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia były wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej i stanowiły dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym, czy też wystarczy, by roboty te realizowały cel publiczny, taki jak rozwój urbanistyczny części gminy.

Udzielając odpowiedzi na te pytania, Trybunał przypominał, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem odpłatny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego, w zamian za świadczenie wzajemne otrzymuje z tego tytułu świadczenie, które polega na wykonaniu robót budowlanych określonych przez instytucję zamawiającą. Świadczenie takie powinno stanowić bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej, przy czym nie jest konieczne, by świadczenie to miało formę przeniesienia własności przedmiotu materialnego. Jednak zdaniem Trybunału samo wykonywanie kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji, mające na względzie interes ogólny, nie ma na celu uzyskania świadczenia umownego, ani bezpośredniego przysporzenia dla instytucji zamawiającej.

W konsekwencji w odpowiedzi na pytania pierwsze i drugie Trybunał stwierdził, że pojęcie „zamówienia publicznego na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE nie wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia zostały wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej, jeżeli stanowią dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym, ale dla spełnienia tej przesłanki nie jest wystarczające wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji.

### **pytanie trzecie i pytanie czwarte**

Pytania trzecie i czwarte miały na celu ustalenie, czy z definicji „zamówienia publicznego na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE wynika, że wykonaw-

---

lub pośrednio, do wykonania robót budowlanych? Czy ewentualnie musi istnieć możliwość egzekwowania wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej?

4. Czy pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane zgodnie z wariantem trzecim art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE wymaga, aby przedsiębiorca budowlany zobowiązany był do wykonania robót budowlanych lub aby takie roboty stanowiły przedmiot zamówienia?
5. Czy zamówienia, które za pośrednictwem wymogów określonych przez instytucję zamawiającą mają zagwarantować, że obiekt budowlany, który ma zostać wykonany, będzie udostępniony w określonym celu publicznym oraz które jednocześnie przyznają instytucji zamawiającej (na mocy uzgodnień umownych) kompetencję prawną do zapewnienia (w pośrednim interesie własnym) możliwości korzystania z obiektu budowlanego w celach publicznych, są objęte zakresem pojęcia zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu wariantu trzeciego art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE?
6. Czy przesłanki pojęcia «wymogi określone przez instytucję zamawiającą» występującego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE są spełnione, jeżeli roboty budowlane mają zostać wykonane zgodnie z projektami zweryfikowanymi i zatwierdzonymi przez instytucję zamawiającą?
7. Czy zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE nie można uznać, że przyznano koncesję na roboty budowlane, jeżeli posiadacz koncesji jest lub stanie się właścicielem nieruchomości, na której ma powstać obiekt budowlany lub jeżeli koncesja na roboty budowlane zostaje przyznana na czas nieokreślony?
8. Czy dyrektywa 2004/18/WE znajduje zastosowanie – ze skutkiem prawnym w postaci obowiązku instytucji zamawiającej do przeprowadzenia procedury przetargowej – także wówczas, gdy sprzedaż nieruchomości przez osobę trzecią oraz udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane nastąpią w pewnym odstępie czasowym i przy zawarciu umowy kupna nieruchomości zamówienie publiczne na roboty budowlane nie zostało jeszcze udzielone, jednakże w momencie zawarcia tej umowy instytucja zamawiająca miała zamiar udzielenia takiego zamówienia?
9. Czy różniące się od siebie, lecz mające ze sobą związek czynności dotyczące zbycia nieruchomości oraz udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane należy traktować jako całość w rozumieniu prawa zamówień publicznych, jeżeli zamiar udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane istniał w momencie zawarcia umowy kupna nieruchomości i strony świadomie stworzyły między tymi umowami ścisły merytoryczny – i ewentualnie także czasowy – związek (w nawiązaniu do wyroku Trybunału z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 [Komisja przeciwko Austrii])?



ca powinien bezpośrednio lub pośrednio zobowiązać się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej.

Odpowiadając na te pytania, Trybunał ponownie przypomniał, że cyt. dyrektywa definiuje zamówienia publiczne jako umowy o charakterze odpłatnym, co oznacza, że wykonawca, zawierając umowę w sprawie zamówienia na roboty budowlane, zobowiązuje się do ich wykonania własnymi środkami albo zapewnienia ich wykonania przez podwykonawców. Siłą rzeczy, skoro zobowiązania wynikające z umowy są prawnie wiążące, musi istnieć możliwość ich dochodzenia na drodze sądowej. W braku regulacji w prawie unijnym, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, określenie szczegółowych zasad wykonywania takich zobowiązań pozostawione jest prawu krajowemu.

Na pytania trzecie i czwarte Trybunał odpowiedział zatem w ten sposób, że pojęcie „zamówienia publicznego na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE wymaga, by wykonawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązał się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej na zasadach określonych w prawie krajowym.

#### ***pytanie piąte i pytanie szóste***

Pytania piąte i szóste zmierzały do ustalenia, czy „wymagania określone przez instytucję zamawiającą” w rozumieniu trzeciego wariantu podanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE mogą oznaczać bądź to wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji do upewnienia się, czy obiekt budowlany, który ma zostać zrealizowany, odpowiada interesowi ogólnemu, bądź to wykonanie przez instytucję zamawiającą przysługującej jej kompetencji do sprawdzenia i zatwierdzenia planów budowy.

Odpowiadając na te pytania, Trybunał podkreślił, że aby można było uznać, że instytucja zamawiająca określiła swe wymagania w rozumieniu tego przepisu, konieczne jest, by podjęła jakieś kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie.

W rezultacie w odpowiedzi na pytania piąte i szóste Trybunał stwierdził, że „wymagania określone przez instytucję zamawiającą” w rozumieniu trzeciego wariantu podanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE nie mogą oznaczać, że organ publiczny jedynie bada pewne przedkładane mu projekty budowlane lub wydaje decyzje należące do zakresu kompetencji w dziedzinie regulacji urbanistycznej.

#### ***pytanie siódme***

Pytanie siódme miało na celu ustalenie, czy kwestionowana umowa może być uznana za koncesję na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE.

Zdaniem Trybunału, w przypadku gdy ten sam przedsiębiorca, któremu może być udzielona koncesja, jest już właścicielem terenu, na którym ma zostać wzniesiony obiekt budowlany, lub w przypadku gdy koncesja ta jest udzielona bez ograniczeń w czasie, koncesja na roboty budowlane jest wykluczona.

#### ***pytanie ósme i pytanie dziewiąte***

Dwa ostatnie pytania niemieckiego sądu odsyłającego dotyczyły możliwości traktowania sprzedaży terenu i ewentualnego późniejszego udzielenia zamówienia na roboty budowlane na tym terenie jako całości z prawnego punktu widzenia. Ze względu na niewiążący charakter zobowiązań co do ewentualnych przyszłych zamówień na roboty budowlane w sprawie przed sądem krajowym, w ocenie Trybunału, przepisy dyrektywy 2004/18/WE nie znajdowały zastosowania do spornej umowy.

#### **2.2.4. orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-271/08 Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2010:426**

W wyroku w tej sprawie Trybunał zajmował się zakwalifikowaniem zbiorowych umów pracowniczego ubezpieczenia emerytalnego pracowników służb komunalnych jako zamówień publicznych na usługi.

Komisja Europejska argumentowała w swojej skardze, że bezpośrednie udzielanie tego rodzaju umów stanowi naruszenie unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Trybunał zauważył, że ani dyrektywa 92/50/EWG, ani dyrektywa 2004/18/WE nie dokonywały rozróżnienia między zamówieniami publicznymi udzielanymi przez zamawiającego w celu wykonywania zadań związanych z zaspokojeniem potrzeb w interesie ogólnym a zamówieniami udzielanymi bez związku z tymi zadaniami. W oparciu o wyrok w sprawie *Mannesmann*<sup>37</sup> Trybunał podkreślił, że brak takiego rozróżnienia wynika z nadrzędnego celu przyświecającego unijnym regulacjom w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest unikanie faworyzowania wykonawców krajowych przy udzielaniu zamówień przez instytucje i podmioty zamawiające.

Odnosząc się z kolei do odpłatnego charakteru spornych umów, Trybunał zwrócił uwagę, że na mocy niemieckich przepisów dotyczących pracowniczych programów emerytalnych pracodawca jest odpowiedzialny za zagwarantowanie pracownikom świadczeń w tym zakresie. Ponadto zgodnie z obowiązującym układem zbiorowym pomiędzy federacją stowarzyszeń pracodawców komunalnych a zjednoczonym związkiem sektora usług pracownikom służb komunalnych przysługuje uprawnienie do żądania od pracodawcy przekształcania części wynagrodzenia w oszczędności emerytalne. Pracodawcy przekazują zatem ubezpieczycielom składki potrącone z wynagrodzenia pracowników w zamian za usługi ubezpieczeniowe związane ze spoczywającym na pracodawcach obowiązkiem zapewnienia świadczeń emerytalnych pracownikom, którzy zdecydowali się na przekształcanie części wynagrodzenia w oszczędności emerytalne. Wypełnienie tego obowiązku Trybunał uznał za bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym świadczące o odpłatnym charakterze spornych umów. Fakt, że ostatecznymi beneficjentami świadczeń emerytalnych są pracownicy zamawiających, pozostaje, w ocenie Trybunału, bez wpływu na odpłatny charakter tych umów.

Tym samym Trybunał uznał umowy pracowniczych programów ubezpieczenia emerytalnego za zamówienia publiczne na usługi.

W konsekwencji Trybunał stwierdził, że w zakresie, w jakim umowy na obsługę pracowniczych programów emerytalnych zostały udzielone bezpośrednio bez przeprowadzania konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na poziomie unijnym przez pracodawców komunalnych, Republika Federalna Niemiec dopuściła się uchybienia zobowiązaniom ciążącym na niej do dnia 31 stycznia 2006 r. na mocy przepisów art. 8 w związku z tytułami III–VI dyrektywy 92/50/EWG, a od dnia 1 lutego 2006 r. na mocy przepisów art. 20 w związku z art. 23–55 dyrektywy 2004/18/WE.

#### **2.2.5. orzeczenie 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**

W sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu, gmina Bari opublikowała w dniu 14 sierpnia 2003 r. ogłoszenie dotyczące „badania rynku” mającego na celu realizację nowej siedziby sądów. W ogłoszeniu określono wymagania, jakie miał spełniać projekt, żądano rozpoczęcia robót przed dniem 31 grudnia 2003 r. oraz oczekiwano wskazania informacji dotyczących kosztów i zasad płatności przy uwzględnieniu, że miasto dysponowało kwotą 43,5 mln EUR ze środków Ministerstwa Sprawiedliwości oraz 3 mln EUR rocznie ze środków gminy odpowiadających kosztom po-

<sup>37</sup> orzeczenie z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG i in. przeciwko Strohal Rotationsdruck GesmbH*, ECLI:EU:C:1998:4, pkt 32 i nast.

noszonym wówczas przez miasto w związku z najmem nieruchomości na użytek sądów w Bari. Spośród czterech otrzymanych ofert gmina wybrała tę złożoną przez Impresa Pizzarotti & C. SpA, zgodnie z którą gmina nabyłaby część budynków za cenę w kwocie 43,5 mln EUR, a pozostałą część wynajmowałaby za kwotę czynszu w wysokości 3 mln EUR rocznie. Wskutek odebrania miastu środków z budżetu resortu sprawiedliwości spółka ostatecznie wyraziła gotowość wynajęcia gminie budynków na potrzeby przyszłej siedziby sądów w zamian za czynsz w rocznej wysokości 3 mln EUR. Wobec bezczynności miasta spółka Pizzarotti zwróciła się do sądu o stwierdzenie obowiązku podjęcia przez gminę działań mających doprowadzić do zawarcia tej umowy. Wprawdzie TAR Puglia, regionalny sąd administracyjny w Apulii, w pierwszej instancji wydał wyrok niekorzystny dla spółki, jednak Consiglio di Stato, rozstrzygając w drugiej instancji, przyznał jej rację i nakazał gminie Bari zakończenie postępowania dotyczącego realizacji nowej siedziby sądów na zmienionych warunkach finansowych i zgodnie ze zmodyfikowaną ofertą. Do zawarcia umowy jednak nie doszło. Co więcej, pojawiły się wątpliwości, czy sporna umowa nie powinna zostać uznana za zamówienie publiczne na roboty budowlane i, jako taka, objęta obowiązkiem stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych. Sprawa ponownie trafiła do Consiglio di Stato, który zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi definicji zamówienia na roboty budowlane oraz możliwości wzruszenia prawomocnych orzeczeń krajowych niezgodnych z wykładnią przepisów prawa unijnego dokonaną przez Trybunał.<sup>38</sup>

Opierając się na wcześniejszym orzecznictwie, w szczególności na omówionych wyżej wyrokach w sprawie *KölnMesse* i w sprawie *Helmut Müller*, Trybunał przypomniał, że definicja zamówienia publicznego na roboty budowlane podlega wykładni autonomicznej na gruncie prawa unijnego, zaś kwalifikacja danej umowy na gruncie prawa krajowego nie jest w tym względzie rozstrzygająca oraz że w przypadku gdy umowa zawiera elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny przedmiot zamówienia, dla ustalenia, jakie przepisy powinny znaleźć zastosowanie, decydujący jest główny przedmiot umowy.

Podobnie jak w sprawie *KölnMesse* Trybunał zwrócił uwagę, że w dniu zawarcia spornej umowy budowa budynku sądów nawet się nie rozpoczęła. Świadczyło to o tym, że głównym przedmiotem rzekomej umowy najmu było wykonanie obiektu budowlanego. Co więcej, w ocenie Trybunału, fakt, że wymagania zamawiającego szczegółowo określały właściwości techniczne planowanego budynku, jak również – w oparciu dane statystyczne dotyczące liczby spraw cywilnych i karnych, tygodniowej liczby rozpraw, liczby sędziów, prokuratorów, policjantów śledczych, pracowników administracyjnych, pracowników ochrony, adwokatów itp. – szczegółowe potrzeby sądu okręgowego w Bari w zakresie liczby niezbędnych biur i sal rozpraw, konferencyjnych, narad i archiwów oraz miejsc parkingowych, dowodził, że obiekt budowlany miał być wykonany zgodnie z wymaganiami instytucji zamawiającej, jak tego wymaga unijna definicja zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Bez znaczenia zdaniem Trybunału było to, że czynsz najmu w trakcie osiemnastoletniego okresu, na jaki miała być zawarta umowa, w wysokości 63 milionów EUR był znacznie niższy od kosztów robót budowlanych szacowany na blisko 330 milionów EUR. Rozstrzygający był w tym zakresie główny przedmiot umowy. Ponadto nic nie stało na przeszkodzie, by przedmiotowa umowa po

<sup>38</sup> Consiglio di Stato zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy umowa przyszłego najmu, która ma zostać zawarta, w szczególności w sugerowanej w ostatniej kolejności formie zobowiązania do wynajmu odpowiada zamówieniu publicznemu na roboty budowlane, mimo iż posiada pewne elementy charakterystyczne umowy najmu, a zatem nie może być zaliczona do umów wykluczonych z zakresu stosowania przepisów dotyczących przetargów publicznych zgodnie z art. 16 dyrektywy 2004/18/WE?
2. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy sąd krajowy, a w szczególności niniejszy sąd odsyłający, może uznać za nieskuteczne prawomocne orzeczenie, które zapadło w rozpatrywanej sprawie i zostało przedstawione w niniejszym postanowieniu, w zakresie w jakim prowadzi ono do zaistnienia sytuacji pozostającej w sprzeczności z prawem wspólnotowym zamówień publicznych i czy zatem możliwe jest wykonanie prawomocnego orzeczenia pozostającego w sprzeczności z prawem wspólnotowym?



upływie okresu, na jaki miała zostać zawarta, była przedłużona na czas, który pozwoliłby wykonawcy na uzyskanie zwrotu znaczącej części, jeśli nie całości poniesionych nakładów.

W rezultacie w wyroku w tej sprawie w odpowiedzi na pierwsze pytanie włoskiego sądu Trybunał stwierdził, że art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37/EWG należy interpretować w ten sposób, że umowa, której głównym przedmiotem jest wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą, stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane i nie jest zatem objęta wyłączeniem, o którym mowa w art. 1 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 92/50/EWG, nawet jeśli obejmuje ona zobowiązanie do wynajmu tego obiektu budowlanego.

Ponadto, odpowiadając na drugie pytania sądu odsyłającego, Trybunał uznał, że o ile pozwalają na to obowiązujące krajowe zasady proceduralne, sąd krajowy, taki jak sąd odsyłający, który rozstrzygał w ostatniej instancji, bez uprzedniego zwrócenia się do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TfUE, powinien uzupełnić wydane orzeczenie posiadające powagę rzeczy osądzonej, które prowadziło do sytuacji niezgodnej z przepisami unijnymi w dziedzinie zamówień publicznych, lub dokonać zmiany tego orzeczenia, uwzględniając wykładnię tych przepisów dokonaną przez Trybunał.

### 2.3. Zamówienia quasi-wewnętrzne

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przeprowadzenie formalnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obowiązkowe, nawet gdy kontrahentem instytucji zamawiającej jest podmiot formalnie od niej odrębny, w sytuacji gdy instytucja zamawiająca sprawuje nad tym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, pod warunkiem że podmiot ten wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go instytucji zamawiającej.<sup>39</sup> Taka kontrola może być sprawowana łącznie przez dwie i więcej instytucji zamawiających. W takiej sytuacji, aby możliwe było wyłączenie spod reżimu udzielania zamówień publicznych, podmiot kontrolowany powinien wykonywać swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz instytucji zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

Orzecznictwo Trybunału w tym zakresie zostało skodyfikowane w przepisach dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE.<sup>40</sup>

#### 2.3.1. orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa*, ECLI:EU:C:2009:532

W grudniu 2006 r. gmina Ponte Nossa powierzyła bezpośrednio, tj. bez przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, świadczenie usług zbiórki, transportu i unieszkodliwiania odpadów spółce Setco, w której była mniejszościowym udziałowcem, a pozostałe udziały należały do kilku innych gmin Val Seriana, zaś większościowym udziałowcem była gmina Clusone, przy czym statut spółki miał z założenia gwarantować wszystkim jednostkom samorządu terytorialnego będących jej udziałowcami sprawowanie kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami. Spółka Sea, która wcześniej świadczyła na rzecz gminy Ponte Nossa te usługi, wniosła skargę do Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Lombardia, regionalny sąd administracyjny w Lombardii, argumentując, że bezpośrednie powierzenie świadczenia przedmiotowych usług nie było zgodne z prawem z uwagi na brak kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami. TAR Lombardia nabrał wątpliwości, czy potencjalne otwarcie spółki akcyjnej na udziałowców prywatnych oraz to, że zamawiający jest jedynie mniejszościo-

<sup>39</sup> zob. przede wszystkim wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562, pkt 50

<sup>40</sup> zob. art. 17 ust. 1-3 i 5 dyrektywy 2014/23/UE, art. 12 ust. 1-3 i 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 28 ust. 1-3 i 5 dyrektywy 2014/25/UE

wym udziałowcem tej spółki, nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu tego zamówienia spółce Setco jako podmiotowi wewnętrznemu w rozumieniu orzecznictwa, i zwrócił się do Trybunału z pytaniem dotyczącym dopuszczalności spornej transakcji na gruncie prawa unijnego.<sup>41</sup>

Odpowiadając na pytanie sądu krajowego, w oparciu o ugruntowaną linię orzecniczą, w tym w szczególności orzeczenia wydane w sprawach *Stadt Halle*<sup>42</sup>, *ANAV*<sup>43</sup> i *Carbotermo*<sup>44</sup>, Trybunał przypomniał po raz kolejny, że ani to, że podmiot, któremu zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia na usługi, jest spółką kapitałową, ani potencjalne otwarcie tej spółki na udziałowców prywatnych nie stoją na przeszkodzie uznaniu kontroli sprawowanej nad tym podmiotem za analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, o ile w chwili udzielenia zamówienia w spółce nie ma kapitału prywatnego i nie istnieje realna perspektywa rzeczywistego przejścia choćby mniejszościowej części udziałów w ręce prywatne w krótkiej perspektywie czasowej. Gdyby jednak w trakcie realizacji zamówienia do tego doszło, konieczne byłoby przeprowadzenie konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do kwestii mniejszościowego udziału zamawiającego w podmiocie wewnętrznym, w ślad za wyrokiem w sprawie *Coditel Brabant*<sup>45</sup>, Trybunał zwrócił uwagę, że w takim przypadku prawo unijne nie wymaga, by kontrola nad podmiotem, któremu powierzana jest realizacja zamówienia, była sprawowana indywidualnie przez każdego z kontrolujących go zamawiających, a zatem ta kontrola może być sprawowana łącznie. Procedura podejmowania decyzji, w szczególności podejmowanie decyzji większością głosów, jest w tym zakresie bez znaczenia.

W następnej kolejności Trybunał zbadał właściwe regulacje ustawowe i statutowe, ewentualny cel rynkowy oraz mechanizmy kontroli funkcjonujące w spółce, celem ustalenia, czy kontrola sprawowana łącznie przez gminy będące udziałowcami spółki ma charakter kontroli analogicznej do sprawowanej przez nie nad własnymi służbami.

W odniesieniu do kontekstu regulacyjnego Trybunał zwrócił uwagę, że zarówno przepisy ustawowe, jak i zapisy statutowe pozwalały na bezpośrednie powierzanie przez mniejsze gminy świadczenie usług podmiotom prawnie od nich odrębnym jedynie w przypadku sprawowania przez nie nad tymi podmiotami kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami w rozumieniu prawa unijnego, nie definiując zarazem pojęcia „kontroli analogicznej”. Ponadto z odesłania odsyłającego wynikało, że gminy, do których należały udziały w spółce Setco, dokonały w jej statucie zmian, które miały na celu poddanie spółki takiej kontroli z ich strony. Zarazem żaden element stanu faktycznego nie pozwalał sądzić, że zmiany statutu miały na celu obejście unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych.

Co do celu rynkowego, który mógłby podważyć sprawowanie przez gminy kontroli nad spółką, Trybunał zauważył, że zgodnie ze statutem Setco przedmiotem jej działalności było zarządzanie lokalnymi usługami publicznymi na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, zaś obszar działalności spółki ograniczał się do terenu gmin będących jej udziałowcami. Jednocześnie statut przy-

<sup>41</sup> Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia skierował do Trybunału następujące pytanie:  
Czy przyznanie bezpośrednio zamówienia na wykonanie usług zbiórki, transportu i unieszkodliwiania stałych odpadów miejskich spółce akcyjnej z kapitałem w całości publicznym i statutem określonym – w celach art. 113 dekretu ustawowego nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r. – w sposób przedstawiony w uzasadnieniu jest zgodne z prawem wspólnotowym, a w szczególności ze swobodą przedsiębiorczości lub świadczenia usług, z zakazem dyskryminacji i zobowiązaniami dotyczącymi równego traktowania, przejrzystości i wolnej konkurencji, o których mowa w art. 12, 43, 45, 49 i 86 Traktatu?

<sup>42</sup> 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

<sup>43</sup> wyrok 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

<sup>44</sup> wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308

<sup>45</sup> orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621

znawał spółce uprawnienie do świadczenia usług na rzecz podmiotów prywatnych, o ile nie było to sprzeczne z celami spółki i przyczyniało się do ich realizacji. Zawieranie umów z podmiotami prywatnymi miało charakter akcesoryjny w stosunku do zbiórki odpadów. W ocenie Trybunału, jeśli uprawnienia przyznane spółce w zakresie świadczenia usług podmiotom prywatnym jest tylko akcesoryjne w stosunku do jej działalności głównej, to istnienie tego uprawnienia nie jest wystarczające do uznania, że działalności spółki przyświeca cel rynkowy, który mógłby podważyć sprawowanie nad nią kontroli przez gminy będące jej udziałowcami.

W odniesieniu do mechanizmów kontroli Trybunał zwrócił uwagę, że w wyniku zmian w statucie spółki ustanowione zostały połączony komitet i komitety techniczne dla każdego działu działalności, którym przyznano szerokie uprawnienia decyzyjne i kontrolne w stosunku do walnego zgromadzenia i zarządu. Połączony komitet i komitety techniczne składały się z przedstawicieli gmin będących udziałowcami spółki, przy czym każdemu z udziałowców w ramach każdego z komitetów przysługiwał jeden głos niezależnie od wielkości gminy czy posiadanego przez nią udziału.

Ogół powyższych okoliczności, w ocenie Trybunału, dowodził, że gminy będące udziałowcami spółki były w stanie skutecznie wywierać decydujący wpływ na jej strategiczne i inne istotne decyzje, chociaż Trybunał zastrzegł jednocześnie, że krajowy sąd odsyłający powinien zweryfikować dokonane ustalenia w oparciu o wykładnię przepisów prawa krajowego.

W konsekwencji w wyroku w tej sprawie Trybunał stwierdził, że przepisy art. 43 i 49 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, dalej: TWE (obecnie art. 49 TfUE i art. 56 TfUE), czyli swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług, a także zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu zamówienia publicznego na usługi spółce akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym, gdy jednostka samorządu terytorialnego będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami, a spółka ta wykonuje zasadniczą część swej działalności na rzecz będącej jej właścicielem jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego.

Zastrzegając konieczność weryfikacji przez sąd krajowy skuteczności konkretnych zapisów statutowych, Trybunał uznał, że kontrola sprawowana przez jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami nad taką spółką może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy:

- działalność spółki jest ograniczona do terytorium tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz, oraz
- te jednostki samorządu terytorialnego mają decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki, poprzez organy statutowe, w skład których wchodzi ich przedstawiciele.

### **2.3.2. orzeczenie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno i in.*, ECLI:EU:C:2012:758**

W sprawie, której dotyczył wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego skierowany do Trybunału przez włoski Consiglio di Stato, gminy Cagno i Solbiate powierzyły świadczenie usług wywozu odpadów miejskich bezpośrednio, tj. bez przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, utworzonej przez gminę Varese spółce ASPEM. Gmina Varese utworzyła spółkę ASPEM w celu świadczenia tego rodzaju usług i posiadała w niej niemal wszystkie akcje. Z akt postanowienia odsyłającego wynikało, że kapitał akcyjny spółki wynosił 173 785 EUR i dzielił się na 173 785 akcji o wartości nominalnej 1 EUR, z których 173 467 posiadała gmina Varese, a pozostałych 318 akcji było podzielonych między trzydzieści sześć gmin posiadających od 1 do 19 akcji. Gminy Cagno i Solbiate posiadały po jednej akcji. Jednocześnie na mocy porozumienia akcjonariuszy każdej z gmin przysługiwało prawo do bycia konsultowaną, prawo do powoływania

jednego członka rady nadzorczej i prawo do wyznaczenia jednego członka zarządu. Econord, przedsiębiorca zainteresowany świadczeniem tego rodzaju usług, zakwestionował decyzje obu gmin, argumentując, że w obu przypadkach nie został spełniony warunek dotyczący kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami. Consiglio di Stato zdecydował zawiesić postępowania i zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności bezpośredniego powierzenia świadczenia usług w takiej sytuacji.<sup>46</sup>

W ślad za wyrokiem w sprawie C-371/05 *Komisja przeciwko Włochom*,<sup>47</sup> Trybunał najpierw przypomniał, że instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką, a także, jak w orzeczeniu w sprawie *Coditel Brabant*<sup>48</sup>, że kontrola ta musi być skuteczna.

W tym kontekście, jak to zostało wskazane w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Sea srl*, jeśli organ publiczny zostanie mniejszościowym wspólnikiem spółki akcyjnej o kapitale wyłącznym publicznym w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną, kontrola, którą będące wspólnikami tej spółki organy publiczne sprawują nad nią, może zostać uznana za analogiczną do kontroli wykonywanej nad ich własnymi służbami, gdy sprawują ją łącznie. W omawianym wyroku jednak Trybunał stwierdził, że chociaż w wypadku gdy liczne organy publiczne korzystają ze wspólnej jednostki w celu wypełniania wspólnych zadań w zakresie usług publicznych, rzeczywiście nie jest nieodzowne, aby każdy z tych organów sam posiadał indywidualne uprawnienia kontrolne w stosunku do tej jednostki, to sprawowana nad tą jednostką kontrola nie może opierać się na samych uprawnieniach kontrolnych organu publicznego posiadającego udział większościowy w kapitale danej jednostki, i to pod rygorem pozbawienia znaczenia samego pojęcia łącznej kontroli.

Podobnie jak w orzeczeniu w sprawie *Coname*<sup>49</sup> Trybunał zwrócił uwagę, że pozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu niezapewniająca jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką pozwalałaby bowiem na obchodzenie przepisów prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu „analogicznej kontroli” nad tą jednostką.

W konsekwencji Trybunał stwierdził, że w przypadku gdy liczne organy publiczne jako instytucje zamawiające tworzą wspólnie jednostkę odpowiedzialną za wypełnianie ich zadań w zakresie usług publicznych lub gdy organ publiczny przystępuje do takiej jednostki, ustanowiony w orzecznictwie warunek, zgodnie z którym organy publiczne są zwolnione ze spoczywającego na nich obowiązku zorganizowania konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile łącznie sprawują nad tą jednostką kontrolę analogiczną do kontroli, jaką sprawują nad swymi własnymi służbami, jest spełniony, jeżeli każdy z tych organów uczestniczy zarówno w kapitale tej jednostki, jak też w jej organach kierowniczych.

---

<sup>46</sup> Consiglio di Stato zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:

Czy zasada, zgodnie z którą sytuacja pojedynczej jednostki publicznej wchodzącej w skład spółki funkcjonalnej nie ma znaczenia znajduje zastosowanie również wtedy gdy jedna z gmin należących do grupy posiada tylko jedną akcję w spółce funkcjonalnej a porozumienia o charakterze spółek zawarte między jednostkami publicznymi nie przewidują możliwości żadnej skutecznej kontroli spółki przez gminę należącą do grupy z takim skutkiem, że udział w spółce można jedynie uważać za konstrukcję formalną mającą przysłać zawartą w rzeczywistości umowę o świadczenie usług?

<sup>47</sup> wyrok z dnia 18 lipca 2008 r. w sprawie C-371/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2008:410, pkt 26

<sup>48</sup> cyt. wyrok w sprawie *Coditel Brabant*, pkt 47 i 50

<sup>49</sup> wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*, ECLI:EU:C:2005:487, pkt 24

### 2.3.3. orzeczenie z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-15/13 *Technische Universität Hamburg-Harburg i Hochschul-Informations-System GmbH przeciwko Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ECLI:EU:C:2014:303

W 2011 r. uniwersytet politechniczny w Hamburgu postanowił nabyć komputerowy system zarządzania od Hochschul-Informations-System (HIS) bez przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaineresowana uzyskaniem tego zamówienia spółka Datenlotsen Informationssysteme zaskarżyła tę decyzję do Vergabekammer, organu odwoławczego pierwszej instancji w sprawach z zakresu zamówień publicznych, który przyznał jej rację i uwzględnił skargę. Uniwersytet i HIS odwołały się od rozstrzygnięcia organu pierwszej instancji do Vergabesenat przy Hanseatisches Oberlandesgericht, wyższym sądzie krajowym w Hamburgu, argumentując, że wprawdzie nie ma między nimi stosunku kontroli, ale zarówno uniwersytet, jak i HIS są kontrolowane przez miasto Hamburg. Sąd odsyłający zdecydował się zwrócić do Trybunału z pytaniem dotyczącym możliwości rozszerzenia wypracowanego w orzecznictwie wyłączenia spod obowiązku stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych w przypadku powierzania zadań podmiotom kontrolowanym na zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez ten sam podmiot (siostrzana relacja typu in-house).<sup>50</sup>

Trybunał zwrócił uwagę, że kontrola sprawowana przez miasto Hamburg nad uniwersytetem obejmuje tylko część działalności tego ostatniego, to znaczy wyłącznie zamówienia, ale nie dziedziny badań i nauczania, w których uniwersytet dysponuje szeroką autonomią. Uznanie istnienia „kontroli analogicznej” w takiej sytuacji częściowej kontroli byłoby sprzeczne z utrwalonym orzecznictwem. W tej sytuacji Trybunał nie badał, czy wyjątek dotyczący zamówień wewnętrznych może znaleźć zastosowanie do siostrzanej relacji typu in-house.

W rezultacie na zadane pytania Trybunał odpowiedział, iż art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że umowa, której przedmiotem jest dostawa produktów, zawarta między uniwersytetem będącym instytucją zamawiającą, który jest kontrolowany w dziedzinie nabywania produktów i usług przez niemiecki kraj związkowy, a przedsiębiorstwem prawa prywatnego posiadanym przez państwo federalne i niemieckie kraje związkowe, w tym przez ten kraj związkowy, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu tego przepisu, a zatem powinna podlegać zasadom udzielania zamówień publicznych przewidzianym tą dyrektywą.

Warto zwrócić uwagę, że rzecznik generalny Mengozzi w swojej opinii w tej sprawie nie wykluczał, co do zasady, możliwości wyłączenia spod obowiązku stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych umów zawieranych w ramach siostrzanej relacji typu in-house.<sup>51</sup> Obecnie możliwość wyłączenia spod obowiązku stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych w przypadku powierzania zadań podmiotom kontrolowanym na zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez ten sam podmiot przewidują dyrektywy 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg zwrócił do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy pod pojęciem „zamówienie publiczne” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 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 należy rozumieć także umowę, w przypadku której zamawiający nie sprawuje wprawdzie nad wykonawcą kontroli podobnej do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami, jednak zarówno zamawiający, jak i wykonawca są kontrolowani przez tę samą instytucję, która z kolei jest instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/18, zaś zamawiający i wykonawca wykonują zasadniczą część swojej działalności na rzecz wspólnej instytucji nadrzędnej (horyzontalne zamówienie typu in-house)?  
W razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej
2. Czy kontrola, taka jak nad własnymi służbami, musi obejmować całą działalność wykonawcy, czy wystarczy, gdy ogranicza się ona do dziedziny zamówień publicznych?

<sup>51</sup> opinia rzecznika generalnego Paola Mengozziego przedstawiona w dniu 23 stycznia 2014 r. w sprawie C-15/13 *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informations-System GmbH przeciwko Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ECLI:EU:C:2014:23, pkt 42 i nast.

<sup>52</sup> zob. art. 17 ust. 2 dyrektywy 2014/23/UE, art. 12 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE i art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE



#### 2.3.4. **orzeczenie z dnia 19 czerwca 2014 r. w sprawie C-574/12 Centro Hospitalar de Setúbal EPE i Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) przeciwko Eurest (Portugalia) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, ECLI:EU:C:2014:2004**

W 2011 r. publiczny szpital w Setúbal powierzył na okres pięciu lat świadczenie usług dostarczania posiłków pacjentom i personelowi szpitala bezpośrednio, tj. z pominięciem konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w drodze porozumienia z Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH). SUCH jest stowarzyszeniem o celach niezarobkowych utworzonym w celu wykonywania zadań użyteczności publicznej. Jego członkami mogą być zarówno podmioty należące do sektora publicznego, jak i podmioty należące do sektora socjalnego, a mianowicie instytucje solidarności społecznej niemające celu zarobkowego, w tym służby i instytucje ministerstwa zdrowia i innych ministerstw, przy czym większość prawa głosu w zgromadzeniu ogólnym ma pozostawać w rękach publicznych członków, którzy podlegają nadzorowi członka rządu właściwego w sprawach ochrony zdrowia. Podstawowym celem istnienia SUCH jest zaspokajanie wewnętrznych potrzeb jego członków oraz poprawa wydajności i skuteczności działań w tym zakresie. Dodatkowo SUCH może świadczyć usługi podmiotom niebędącym jego członkami, o ile taka działalność nie szkodzi interesom członków i nie przekracza 20% rocznych obrotów. W dniu zawarcia porozumienia z 2011 r. SUCH liczył 88 członków, w tym 23 instytucje solidarności społecznej działające w celach niezarobkowych, z czego 20 to były organizacje charytatywne. Eurest (Portugalia) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, przedsiębiorca działający w sektorze usług restauracyjnych i cateringowych, zaskarżył decyzję szpitala do Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada, sądu administracyjnego pierwszej instancji, podnosząc, że w przypadku spornego porozumienia nie było podstaw do zastosowania wyłączenia spod obowiązku stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych. Sąd pierwszej instancji przyznał rację skarżącemu, wskazując, że liczba niepublicznych członków SUCH, jego szeroka autonomia i niezależność względem władz publicznych, rzeczywista dynamika funkcjonowania zarządu i fakt, że jest to przedsiębiorstwo o istotnym rozmiarze i złożoności, nie pozwalają uznać, iż przesłanki zastosowania wyłączenia dotyczące zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym zostały spełnione. Sąd administracyjny drugiej instancji podtrzymał to stanowisko. Supremo Tribunal Administrativo, naczelny sąd administracyjny, do którego szpital i SUCH odwołali się w drodze skargi rewizyjnej, zawiesił postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości sześć pytań dotyczących możliwości zakwalifikowania spornego porozumienia jako transakcji wewnętrznej typu in-house.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Supremo Tribunal Administrativo skierował do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy jest zgodna z orzecnictwem wspólnotowym w dziedzinie udzielania zamówień wewnętrznych „in-house” sytuacja, w której szpital publiczny – nie przeprowadzając przewidzianego w ustawie w odniesieniu do takiego zamówienia postępowania – udziela stowarzyszeniu o celu niezarobkowym, w którym jest zrzeszony i które dąży do realizacji powierzonego mu w dziedzinie ochrony zdrowia zadania z zakresu usług publicznych, mając na celu bardziej sprawne i skuteczne funkcjonowanie swych członków, zamówienia na wchodzącą w zakres kompetencji tego stowarzyszenia usługę dostarczania posiłków szpitalnych, przenosząc w ten sposób na nie odpowiedzialność za swą działalność w tym zakresie, jeśli, zgodnie ze statutem tego stowarzyszenia, mogą zrzeszać się w nim nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również te należące do sektora społecznego, i jeśli w momencie udzielenia zamówienia 23 z łącznie 88 jego członków było działającymi w celach niezarobkowych prywatnymi instytucjami solidarności społecznej (IPSS), wśród których znajdowały się również instytucje charytatywne?
2. Czy można uznać, że oferent, któremu udzielono zamówienia, znajduje się w stosunku podporządkowania decyzyjnego od stowarzyszonych w nim publicznych członków polegającego na tym, iż ci członkowie sprawują indywidualnie lub wspólnie kontrolę analogiczną do tej, którą sprawują nad własnymi służbami, jeśli zgodnie ze statutem tego oferenta winien on zapewnić, że większość praw głosu należy do tych zrzeszonych w nim członków, podlegających zarządowi, nadzorowi i kontroli przez członka rządu odpowiedzialnego w ochronę zdrowia i jeśli zarząd tego oferenta również składa się w większości z tych stowarzyszonych w nim publicznych członków?
3. Czy w świetle wspólnotowego orzecnictwa w dziedzinie udzielania zamówień wewnętrznych („in-house”) warunek „analogicznej kontroli” można uznać za spełniony, jeśli zgodnie z jego statutem oferent, któremu udzielono zamówienia, podlega uprawnieniom kontrolnym członka rządu odpowiedzialnego w ochronę zdrowia, do którego zadań należy mianowanie prezesa i wiceprezesa zarządu, zatwierdzanie przyjętych przez walne zgromadzenie uchwał w przedmiocie zaciągania kredytów pociągających za sobą zadłużenie netto w wysokości co najmniej 75 % kapitału własnego w poprzednim roku finansowym, zatwierdzanie uchwał w przedmiocie zmiany statutu, zatwierdzanie przyjętych przez walne zgromadzenie uchwał w przedmiocie rozwiązania tego oferenta, a także określanie, jak w przypadku rozwiązania należy rozdisponować jego aktywa?

Wątpliwości sądu odsyłającego dotyczyły tego, czy wnioski płynące z wyroku w sprawie *Stadt Halle*<sup>54</sup> znajdują zastosowanie, skoro SUCH jest stowarzyszeniem o celu niezarobkowym, a prywatnymi członkami wchodzącymi w jego skład w chwili zawarcia spornego porozumienia były również nieposiadające celu zarobkowego instytucje prywatne solidarności społecznej.

W ocenie Trybunału wniosków płynących z cyt. orzeczenia w sprawie *Stadt Halle* nie można ograniczać wyłącznie do przypadków udziału w podmiocie realizującym zamówienie przedsiębiorstw handlowych działających w celach zarobkowych. Kluczowe w tym zakresie jest to, że podmioty prywatne w swojej działalności kierują się względami innego rodzaju niż względy interesu publicznego, co wyklucza możliwość sprawowania przez zamawiającego nad takim podmiotem kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami. Co więcej, bezpośrednie udzielenie zamówienia takiemu podmiotowi skutkowałoby przyznaniem podmiotom prywatnym posiadającym w nim udziały nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej.

Trybunał wskazał, że w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego interesy i cele prywatnych członków SUCH, niezależnie od tego, jak istotne ze społecznego punktu widzenia, mają charakter różniący się od charakteru celów interesu publicznego, realizowanych przez instytucje zamawiające. Poza tym nie jest wykluczone, że prywatni członkowie SUCH, niezależnie od ich statutu instytucji solidarności społecznej działających w celach niezarobkowych, mogą prowadzić działalność gospodarczą konkurencyjną wobec innych podmiotów gospodarczych, a zatem bezpośrednie udzielenie zamówienia SUCH mogłoby przynieść jego prywatnym członkom korzyść względem konkurentów.

W konsekwencji w wyroku w tej sprawie Trybunał stwierdził, że jeżeli wykonawcą zamówienia publicznego jest stowarzyszenie pożytku publicznego działające w celach niezarobkowych, którego członkami w chwili udzielenia tego zamówienia są nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również instytucje prywatne solidarności społecznej działające w celach niezarobkowych, to przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli”, ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, aby możliwe było uznanie udzielenia zamówienia publicznego za transakcję „in-house”, nie jest spełniona, co oznacza, że dyrektywa 2004/18/WE znajduje zastosowanie.

### **2.3.5. orzeczenie z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, ECLI:EU:C:2016:935**

Gmina Sulmona w 2014 r. powierzyła świadczenie usługi zarządzania zintegrowanym cyklem odpadów komunalnych Cogesie, spółce o całkowicie publicznym kapitale, należącym do kilku gminu włoskiego

4. Czy stosunek istniejący między oferentem, któremu udzielono zamówienia, a stowarzyszonymi w nim członkami publicznymi można uznać za udzielenie zamówienia o czysto wewnętrznym (lub „in-house”) charakterze, skoro ten oferent jest podmiotem znacznych rozmiarów i znacznego stopnia złożoności, prowadzącym działalność na całym terytorium portugalskim, jego stowarzyszonymi członkami jest większość służb i instytucji Serviço Nacional de Saúde, w tym także największe w kraju szpitale; jego spodziewana wielkość sprzedaży wynosi 90 mln EUR, a prowadzona przezeń działalność dotyczy różnego rodzaju złożonych dziedzin; osiąga on nadzwyczajne wskaźniki dotyczące tej działalności, zatrudnia 3 300 pracowników i jest zrzeszony w dwóch organizacjach przedsiębiorców i dwóch spółkach handlowych?
5. Czy warunek udzielenia zamówienia wewnętrznego („in-house”) można uznać za spełniony, w szczególności w zakresie dotyczącym ustanowionego w art. 5 ust. 2 lit. b) CCP warunku „podstawowej działalności”, można uznać za spełniony, skoro ten oferent, któremu udzielono zamówienia, może zgodnie ze swym statutem świadczyć na zasadach konkurencji usługi niestowarzyszonym w nim podmiotom publicznym oraz krajowym i zagranicznym podmiotom prywatnym i) jeśli nie wyrządza to żadnej szkody stowarzyszonym w nim członkom oraz jest korzystne dla nich i dla tego oferenta zarówno pod względem gospodarczym, jak i technologicznym, oraz ii) jeśli świadczenie tych usług nie przekracza 20 % jego osiągniętej w poprzednim roku finansowym wielkości sprzedaży?
6. W przypadku, gdy udzielenie odpowiedzi na którekolwiek z powyższych pytań nie wystarcza samo w sobie do rozstrzygnięcia, czy spełnione zostały ustanowione w art. 5 ust. 2 CCP warunki, czy dokonana w świetle wspólnotowego orzecznictwa w dziedzinie udzielania zamówień wewnętrznym („in-house”) łączna analiza odpowiedzi na te pytania pozwala na rozstrzygnięcie, czy chodzi o ten rodzaj udzielenia zamówienia?

<sup>54</sup> zob. cyt. orzeczenie w sprawie *Stadt Halle*, pkt 49 i nast.



regionu Abruzja, w tym do gminy Sulmona, która w momencie zawarcia tej transakcji posiadała pakiet 200 z 1 200 akcji spółki. Gmina Sulmona zawarła równoległe porozumienie z pozostałymi udziałowcami celem zagwarantowania im mechanizmów sprawowania nad spółką Cogesa kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami. Dodatkowo władze regionu Abruzji zobowiązały tę spółkę, zgodnie z zasadami samowystarczalności, bliskości i subsydiarności, do przetwarzania i odzyskiwania odpadów komunalnych innych, niebędących jej udziałowcami, gmin tego regionu.

Undis Servizi, przedsiębiorca zainteresowany świadczeniem tego rodzaju usług na rzecz gmin, zaskarżył decyzję gminy Sulmona do Tribunale Amministrativo Regionale, regionalnego sądu administracyjnego w Abruzji, argumentując, że bezpośrednie, tj. z pominięciem konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powierzenie tego zamówienia było niedopuszczalne ze względu na niespełnienie warunków dotyczących udzielania zamówień typu in-house. Sąd regionalny, orzekając w pierwszej instancji, oddalił skargę Undis Servizi. W ocenie tego sądu warunek dotyczący kontroli analogicznej został spełniony wskutek porozumienia zawartego przez gminę Sulmona z pozostałymi. Co do warunku dotyczącego zasadniczej działalności, sąd pierwszej instancji uznał, że działalność wykonywana przez spółkę na rzecz gmin będących jej udziałowcami przekraczała 90%, gdyby do jej działalności nie wliczać działalności zleconej jej w drodze władczej decyzji przez organ administracji wyższego rzędu niebędący jej współnikiem na rzecz gmin również niebędących jej współnikami.

Consiglio di Stato, do którego sprawa trafiła wskutek odwołania wniesionego przez Undis Servizi, zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi sposobu liczenia zasadniczej części działalności podmiotu kontrolowanego.<sup>55</sup>

Trybunał najpierw wyjaśnił, że warunek wykonywania przez podmiot kontrolowany zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma na celu zapewnienie, że przepisy w dziedzinie udzielania zamówień publicznych znajdą zastosowanie, gdy podmiot kontrolowany przez jedną lub kilka jednostek samorządu będące jego współnikami działa aktywnie na rynku, a tym samym może konkurować z innymi przedsiębiorstwami. Sama kontrola analogiczna do sprawowanej nad własnymi służbami nie wyklucza bowiem możliwości wykonywania znacznej części działalności na rzecz osób trzecich. Natomiast wyłączenie obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych jest uzasadnione jedynie w przypadku, gdy podmiot kontrolowany wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego. Przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych, które mają na celu zagwarantowanie konkurencji, nie mają bowiem, w optyce Trybunału Sprawiedliwości, racji bytu w sytuacji, gdy organ administracji publicznej korzysta z przysługującego mu uprawnienia do wykonywania ciężących na nim zadań własnymi środkami czy też za pomocą podmiotów kontrolowanych stanowiących niemalże część jego wewnętrznych służb.<sup>56</sup>

Jednocześnie Trybunał wskazał, że każdą działalność podmiotu kontrolowanego, która jest wykonywana na rzecz osób innych niż jego współnicy, to znaczy osób, które nie pozostają w żadnym stosunku kontroli z tym podmiotem, nawet gdy osoby te są organami administracji publicznej, należy uznać za działalność wykonywaną na rzecz osób trzecich. Co za tym idzie, w ocenie Trybunału, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz będących jego współnikami i kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego, do działalności tej nie należy zaliczać działalności zleconej

<sup>55</sup> Consiglio di Stato zadał Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy dla celów ustalenia zasadniczej części działalności wykonywanej przez kontrolowaną jednostkę, należy brać także pod uwagę działalność powierzoną administracji publicznej niebędącej współnikiem wykonywaną na rzecz publicznych jednostek terytorialnych niebędących współnikami?
2. Czy, dla celów ustalenia zasadniczej części działalności wykonywanej przez kontrolowaną jednostkę, należy brać także pod uwagę udzielenie zamówień na rzecz publicznych jednostek terytorialnych będących współnikami przed spełnieniem wymogu dotyczącego tzw. analogicznej kontroli?

<sup>56</sup> zob. podobnie cyt. wyrok w sprawie *Carbotermo*, pkt 60 i nast.

temu podmiotowi przez organ administracji publicznej niebędący jego współnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są współnikami tego podmiotu ani nie sprawują nad nim żadnej kontroli, którą to działalność trzeba uznać za wykonywaną na rzecz osób trzecich.

Zarazem w tym samym orzeczeniu Trybunał uznał, że w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które są jego współnikami i które sprawują nad nim łącznie kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy, i dopuścić uwzględnianie w tym zakresie również działalności, jaką podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonywał dla tych samych jednostek samorządu terytorialnego, zanim sprawowanie przez nie łącznie kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami stało się skuteczne.

## **2.4. Horyzontalna współpraca publiczno-publiczna**

Inną formą współpracy, która zgodnie z orzecznictwem Trybunału jest wyłączona spod obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych, jest współpraca pomiędzy podmiotami publicznymi, która ma na celu realizację wspólnej misji tych podmiotów, określana mianem niezinstytucjonalizowanej współpracy horyzontalnej. Orzecznictwo Trybunału w tym zakresie, podobnie jak w przypadku zamówień *quasi-wewnętrznych*, znalazło odzwierciedlenie w przepisach dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE.<sup>57</sup>

Odrębnym zagadnieniem w ramach współpracy publiczno-publicznej jest przekazanie kompetencji, którym Trybunał również się zajął w okresie objętym niniejszą publikacją.

### **2.4.1. orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisia Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357**

Zimą 1995 r. cztery niemieckie Landkreise, powiaty ziemskie, w Dolnej Saksonii zawarły, z pominięciem konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, porozumienie, na mocy którego powierzyły Stadtreinigung Hamburg, miejskim służbom oczyszczania Hamburga, świadczenie usług unieszkodliwiania odpadów w nowopowstającym zakładzie odzysku termicznego w Rugenberger Damm o mocy przerobowej 320 000 ton, wywarzającym jednocześnie energię elektryczną i ciepłą, którego otwarcie planowano na wiosnę 1999 r. W zawartym na okres dwudziestu lat porozumieniu Hamburg zobowiązał się zapewnić czterem powiatom zdolność przerobową na poziomie 120 000 ton rocznie. Cena miała być ustalana dla każdego z powiatów według tego samego wzoru i płatna zakładowi odzysku termicznego za pośrednictwem służb oczyszczania miasta.

W 2004 r. Komisja Europejska wszczęła przewidziane Traktatem postępowanie o stwierdzenie naruszenia, ponieważ w jej ocenie takie działanie stało w sprzeczności z przepisami obowiązującej wówczas dyrektywy 92/50/EWG koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na usługi. Republika Federalna Niemiec natomiast twierdziła, że sporne porozumienie miało na celu wspólne wykonywanie misji publicznej przez powiaty ziemskie i miasto Hamburg. Jej zdaniem, sporne porozumienie między jednostkami samorządu terytorialnego dotyczyło działalności w sferze publicznej i nie miało wpływu na rynek usług, w związku z czym nie było objęte regulacjami w dziedzinie zamówień publicznych.

W listopadzie 2006 r. Komisja zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE) ze skargą o stwierdzenie, że ze względu na fakt, iż powiaty Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. oraz Stade udzieliły zamówienia z wolnej ręki na unieszkodliwianie odpadów zakładowi oczyszczania miasta Hamburga, nie wszczynając formalnego konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o zasięgu europejskim,

<sup>57</sup> zob. art. 17 ust. 4–5 dyrektywy 2014/23/UE, art. 12 ust. 4–5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 28 ust. 4–5 dyrektywy 2014/25/UE

Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyły na mocy unijnych przepisów w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

Trybunał zwrócił uwagę na podnoszony przez Republikę Federalną Niemiec fakt, że sporna umowa ustanawiała współpracę pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej, a mianowicie unieszkodliwiania odpadów. Zdaniem Trybunału umowę zawartą pomiędzy Stadtreinigung Hamburg i wspomnianymi Landkreise rozpatrywać należało jako wynik zabiegów na rzecz współpracy międzygminnej pomiędzy jej stronami oraz że zawierała ona zapisy właściwe dla zapewnienia wykonania misji unieszkodliwiania odpadów. Celem umowy było umożliwienie Hamburgowi budowy i oddania do użytku zakładu przetwarzania odpadów na najbardziej korzystnych warunkach dzięki dostarczającym przez sąsiadujące Landkreise odpadom, co pozwalało osiągnąć zdolność przerobową 320 000 ton rocznie. Z tego powodu decyzja co do budowy zakładu została podjęta i wykonana dopiero po porozumieniu się czterech Landkreise i podjęciu przez nie zobowiązań w tym zakresie. Sporna umowa stanowiła zarówno podstawę, jak i ramy prawne dla przyszłej budowy i prowadzenia zakładu termicznego odzyskiwania odpadów. Porozumienie zostało zawarte wyłącznie przez organy publiczne bez udziału podmiotów prywatnych i w żaden sposób nie przesądzało o udzieleniu zamówienia na budowę i prowadzenie zakładu przetwarzania odpadów.

Trybunał przypomniał, że organy publiczne mają możliwość wypełniania ciężących na nich zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do ich służb i że mogą to czynić również we współpracy z innymi organami publicznymi.<sup>58</sup> Prawo unijne nie wymaga przy tym żadnej szczególnej formy prawnej dla zapewnienia wspólnego wykonywania misji publicznej.

W ocenie Trybunału współpraca pomiędzy organami publicznymi nie podważa głównego celu przepisów z zakresu zamówień publicznych, jeżeli:

- ze współpracy wyłączone są jakiekolwiek podmioty prywatne,
- przedmiotem współpracy jest zapewnienie wykonania wspólnej misji publicznej,
- ustanowienie współpracy określone jest względami leżącymi w interesie publicznym oraz
- zasada równego traktowania jest zagwarantowana w taki sposób, że żadne przedsiębiorstwo prywatne nie znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej.

W rezultacie Trybunał oddalił skargę Komisji, nie stwierdzając naruszenia.

Warto zwrócić uwagę, że warunki niezinstytucjonalizowanej współpracy horyzontalnej pomiędzy organami publicznymi ustalone przez Trybunał Sprawiedliwości w omawianym wyroku w sprawie C- 480/06 *Komisia przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, zwanym też wyrokiem w sprawie *Hamburg*, znalazły odzwierciedlenie w przepisach w nowych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji z 2014 r.<sup>59</sup>

#### **2.4.2. orzeczenie z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, ECLI:EU:C:2012:817**

W 2009 r. Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASL), miejscowy zakład opieki zdrowotnej w Lecce, zlecił bezpośrednio, nie wszczynając konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, salentyńskiemu uniwersytetowi w Lecce badanie wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitali należących do prowincji Lecce. Szereg samorządów i stowarzyszeń

<sup>58</sup> por. cyt. wyrok w sprawie Stadt Halle, pkt 48; wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2007:227, pkt 65; cyt. wyrok w sprawie *Coditel Brabant*, pkt 48 i nast.

<sup>59</sup> zob. art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE, art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE i art. 28 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE

zawodowych zakwestionowały legalność takiego działania, wnosząc skargi do regionalnego sądu administracyjnego w Apulii, który wszystkie skargi uwzględnił, uznając, że sporna umowa stanowiła zamówienie na usługi inżynierskie objęte reżimem udzielania zamówień publicznych. ASL i uniwersytet odwołały się od rozstrzygnięć sądu pierwszej instancji do Consiglio di Stato, podnosząc, że sporna umowa stanowiła wewnątrzadministracyjne porozumienie o współpracy w zakresie działalności w interesie publicznym, które nie jest objęte zakresem regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Zwracały też uwagę, że odpłatne – przy ograniczeniu należnego wynagrodzenia do zwrotu poniesionych kosztów – świadczenie usług badawczych i doradczych jest jednym z zadań instytucjonalnych salentyńskiego uniwersytetu. Consiglio di Stato zawiesił postępowanie w tej sprawie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczenia wstępnego.<sup>60</sup>

Trybunał przywołał omówiony wyżej wyrok w sprawie C-480/06 *Komisja przeciwko Niemcom*, w którym Trybunał wyłączył obowiązek stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych w przypadku umów ustanawiających współpracę pomiędzy podmiotami publicznymi mającą na celu zapewnienie wykonywania przez nie wspólnej misji publicznej. Jak wynika z cytowanego orzeczenia, takie umowy nie są objęte reżimem udzielania zamówień publicznych, jeżeli:

- zawierane są wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału podmiotów prywatnych,
- żaden usługodawca prywatny nie znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej względem swoich konkurentów oraz
- ustanowiona współpraca jest dyktowana wyłącznie względami i wymaganiami związanymi z realizacją celów leżących w interesie publicznym.

Możliwość wyłączenia obowiązku stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych zachodzi jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia powyższych warunków.

W świetle powyższego Trybunał zwrócił uwagę, że sporna umowa w zasadniczej części dotyczyła działalności wykonywanej co do zasady przez inżynierów i architektów, która wprawdzie jest oparta na podstawach naukowych, jednak nie stanowi działalności w zakresie badań naukowych. Wątpliwe zatem było, by sporna umowa miała na celu zapewnienie wykonywania misji publicznej, która byłaby wspólna dla ASL i uniwersytetu. Co więcej, jak zauważył Trybunał, sporna umowa mogła prowadzić do uprzywilejowania prywatnych przedsiębiorstw, zważywszy że uniwersytetowi przysługiwało uprawnienie do wykwalifikowanych współpracowników zewnętrznych, w tym prywatnych usługodawców.

W rezultacie, z zastrzeżeniem, że dokonanie wszystkich niezbędnych ustaleń w sprawie będącej przedmiotem odesłania należy do sądu krajowego, Trybunał uznał, że prawo unijne w dziedzinie zamówień publicznych sprzeciwia się zawarciu umowy, na mocy której podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę, jeżeli zachodzi przynajmniej jedna z wymienionych poniżej okoliczności:

- przedmiotem umowy nie jest zapewnienie wykonania misji publicznej wspólnej dla tych podmiotów,
- umowa ta nie jest dyktowana wyłącznie względami i wymaganiami związanymi z realizacją celów leżących w interesie publicznym lub
- umowa może prowadzić do uprzywilejowanego traktowania prywatnego usługodawcy względem jego konkurentów.

---

<sup>60</sup> Consiglio di Stato zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:  
Czy przepisy prawa krajowego, które zezwalają na zawieranie pomiędzy dwoma instytucjami zamawiającymi pisemnych umów dotyczących wykonania badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych, w świetle krajowych przepisów dotyczących bezpieczeństwa budowli, a w szczególności budynków strategicznych, za wynagrodzeniem nieprzekraczającym kosztów poniesionych w związku z wykonaniem świadczenia, jeżeli podmiot publiczny wykonujący zamówienie może działać w charakterze podmiotu gospodarczego, są sprzeczne z dyrektywą 2004/18/WE, a w szczególności z art. 1 ust. 2 lit. a) i d), art. 2, art. 28 i załącznikiem II, kategorie nr 8 i 12?

### 2.4.3. orzeczenie z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie C-386/11 *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren*, ECLI:EU:C:2013:385

W 2011 r. Kreis Düren, powiat w Nadrenii Północnej Westfalii, obejmujący kilka gmin, w tym miasto Düren, zawierał z tym miastem umowę, na mocy której przeniósłby na nie obowiązek utrzymywania w czystości swoich budynków wykorzystywanych na cele biurowe, lokali administracyjnych oraz szkół położonych na terenie miasta. Projekt umowy przewidywał rekompensatę finansową w oparciu o stawki godzinowe i zastrzegał na rzecz powiatu prawo odstąpienia od umowy w przypadku jej nienależytego wykonywania. Zadania utrzymania w czystości miały być wykonywane przez Dürener Reiningsgesellschaft mbH, spółkę należącą do miasta.

Spółka Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, przedsiębiorca świadczący tego rodzaju usługi, zaskarżył decyzję powiatu, argumentując, że sporna umowa powinna być zawarta z wykonawcą wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie spółki Piepenbrock do tej umowy nie znajdowało zastosowania ani wyłączenie dotyczące zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym, ani wyłączenie dotyczące niezinstytucjonalizowanej współpracy horyzontalnej pomiędzy organami publicznymi.

Skarga spółki Piepenbrock została w pierwszej instancji oddalona ze względu na to, że strony spornej umowy zakwalifikowały ją jako umowę delegującą w rozumieniu ustawy landu Nadrenii Północnej Westfalii regulującej współpracę międzygminną, czyli wyłączony spod reżimu udzielania zamówień publicznych transfer kompetencji. Od decyzji sądu pierwszej instancji spółka Piepenbrock odwołała się do Oberlandesgericht Düsseldorf, wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie, który zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym kwalifikacji spornej umowy na gruncie prawa unijnego.<sup>61</sup>

W pierwszej kolejności Trybunał uznał, że umowa będąca przedmiotem postępowania w sprawie głównej – jako umowa odpłatna zawarta na piśmie pomiędzy wykonawcą a instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest świadczenie usług – spełnia wszystkie elementy definicji zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE. Zwrócił przy tym uwagę, że z punktu widzenia tej definicji nie jest istotne, że wykonawca sam jest instytucją zamawiającą, ani to że nie ma zasadniczo celu zarobkowego, nie jest przedsiębiorstwem czy to że nie jest stale obecny na rynku.<sup>62</sup> Poza tym przedmiotem spornej umowy były usługi sprzątania, które zostały wymienione w załączniku IIA do dyrektywy 2004/18/WE jako tzw. usługi priorytetowe, do których przepisy dyrektywy znajdują zastosowanie w całej rozciągłości. Wreszcie Trybunał przypominał, że fakt, iż wynagrodzenie wykonawcy jest ograniczone do zwrotu poniesionych kosztów, pozostaje bez wpływu na odpłatny charakter umowy.

Następnie Trybunał rozważył, czy sporną umowę można zaliczyć do którejś z dwóch kategorii zawieranych przez podmioty publiczne umów, które zgodnie z utrwalonym orzecznictwem są wyłączone spod reżimu udzielania zamówień publicznych, czyli zamówień wewnętrznych albo niezinstytucjonalizowanej współpracy horyzontalnej. Z uwagi na brak kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami i niespełnienie warunku dotyczącego zasadniczej części działalności Trybunał wykluczył możliwość potraktowania spornej transakcji jako zamówienia o charakterze wewnętrznym.

Analizując z kolei ustalone w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Hamburg* przesłanki zastosowania wyłączenia dotyczącego współpracy między podmiotami publicznymi mającej na celu zapewnienie wykonywania przez nie wspólnej misji publicznej, Trybunał raz jeszcze podkreślił, że dla możliwości skorzystania z wyłączenia spod obowiązku stosowania reguł udzielania zamówień publicznych nie-

<sup>61</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem: Czy pod pojęciem „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE należy rozumieć także umowę między dwiema jednostkami samorządu terytorialnego, na podstawie której jedna jednostka przenosi na rzecz drugiej ściśle ograniczoną kompetencję w zamian za zwrot kosztów, w szczególności w przypadku, kiedy stanowiące przedmiot przekazania zadanie nie dotyczy czynności z zakresu wykonywania władzy publicznej jako takiej, lecz czynności pomocniczych?

<sup>62</sup> por. omówiony wyżej wyrok w sprawie *ASL Lecce*, pkt 26



zbędne jest, by umowa ustanawiała między umawiającymi się podmiotami publicznymi współpracę mającą na celu realizację wspólnej misji publicznej. W ocenie Trybunału spornej umowie nie przyświecał taki cel. Co więcej, jak w sprawie *ASL Lecce*, umowa upoważniała miasto Düren do skorzystania z usług podmiotów trzecich w celu wykonania zadań objętych przedmiotem umowy, wskutek czego te podmioty trzecie mogłyby zyskać przewagę konkurencyjną nad innymi przedsiębiorstwami działającymi na tym samym rynku.

W konsekwencji Trybunał stwierdził, że umowa, na mocy której jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej – bez ustanawiania współpracy mającej na celu realizację wspólnej misji publicznej – zadanie utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół, zastrzegając sobie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania, w zamian za rekompensatę finansową mającą odpowiadać poniesionym kosztom, przy czym ta druga jednostka jest ponadto uprawniona do skorzystania z podmiotów trzecich, które w danym przypadku są zdolne do działania na rynku w celu realizacji tego zadania, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE.

#### **2.4.4. 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**

W sprawie, której dotyczył wniosek niemieckiego sądu, region Hanower i stolica kraju związkowego Hanower powołały związek celowy, któremu powierzyły bezprzetargowo świadczenie usług w zakresie gospodarowania odpadami. Pytania sądu odsyłającego dotyczyły definicji zamówienia publicznego na gruncie przepisów dyrektywy 2004/18/WE w kontekście współpracy publiczno-publicznej oraz przekazania kompetencji.<sup>63</sup>

W omawianym wyroku Trybunał dostarczył wskazówek, jak odróżnić instytucję przekazania kompetencji, do którego nie znajdują zastosowania przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych, od zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem organy władzy publicznej mogą swobodnie decydować, czy skorzystać z zamówień publicznych w celu realizacji ciężących na nich zadań użyteczności publicznej. Władza publiczna ma bowiem możliwość wypełniania zadań ciężących na niej w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb i może czynić to również we współpracy z innymi organami publicznymi.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Oberlandesgericht Celle skierował do Trybunału następujące pytania:

1. Czy umowa pomiędzy dwiema jednostkami samorządu terytorialnego, na podstawie której jednostki te w drodze statutu zakładają wspólny związek celowy z odrębną osobowością prawną, który od tego momentu na własną odpowiedzialność zapewnia wykonanie określonych zadań, należących dotychczas do zainteresowanych jednostek, stanowi „zamówienie publiczne” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli to przeniesienie zadań dotyczy usług w rozumieniu tej dyrektywy i następuje odpłatnie, związek celowy realizuje działania wykraczające poza zapewnienie wykonania zadań, które uprzednio należały do zainteresowanych jednostek, a przeniesienie zadań nie należy do „dwóch rodzajów zamówień”, które – mimo że są udzielane przez instytucje publiczne – według orzecnictwa Trybunału (ostatnio wyrok *Piepenbrock*, C-386/11, pkt 33 i nast.) nie wchodzą w zakres stosowania unijnego prawa zamówień publicznych?
2. W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej: Czy pytanie, czy utworzenie związku celowego i związane z tym przeniesienie na niego zadań w drodze odstąpienia nie wchodzi w zakres stosowania unijnego prawa zamówień publicznych, na zasadach, które wypracował Trybunał w odniesieniu do umów pomiędzy instytucją publiczną a prawnie odrębnym od niej podmiotem, według których zastosowanie unijnego prawa zamówień publicznych jest wyłączone, gdy instytucja sprawuje nad danym podmiotem podobną kontrolę jak nad jej własnymi służbami, a wskazany podmiot jednocześnie zasadniczo działa na rzecz instytucji, która (które) posiada(ją) w nim udziały (zob. podobnie m.in. wyrok *Teckal*, C-107/98, pkt 50), czy też zastosowanie znajdują zasady, jakie wypracował Trybunał w odniesieniu do umów, które ustanawiają współpracę między instytucjami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej (zob. wyrok *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., C-159/11, pkt 34 i nast.)?

<sup>64</sup> orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357, pkt 45

Odnosząc się do kwestii przekazania kompetencji Trybunał zwrócił uwagę, że podział kompetencji w państwie członkowskim jest chroniony na podstawie art. 4 ust. 2 TUE, zgodnie z którym Unia powinna uszanować tożsamość narodową państw członkowskich, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego.<sup>65</sup> W ślad za rzecznikiem generalnym<sup>66</sup> Trybunał zwrócił uwagę, że ten podział kompetencji nie jest ustanowiony na stałe, więc nadana przez art. 4 ust. 2 TUE ochrona dotyczy również reorganizacji kompetencji wewnątrz państwa członkowskiego. Taka reorganizacja, mogąca przyjąć postać przeniesienia kompetencji z jednego organu władzy publicznej na drugi, zarządzanego przez organ wyższej rangi, lub dobrowolnego przekazania sobie kompetencji przez organy władzy publicznej, ma taki skutek, że organ uprzednio odpowiedzialny zostaje zwolniony z obowiązku i prawa realizacji danego zadania publicznego lub się od nich uwalnia, a innemu organowi ten obowiązek i to prawo zostają przydzielone.

Trybunał następnie podkreślił, że przeniesienie kompetencji, w odróżnieniu od zamówienia publicznego, nie ma charakteru odpłatnego, tj. nie skutkuje bezpośrednim przysporzeniem o charakterze gospodarczym po stronie zamawiającego.<sup>67</sup>

W oparciu o wcześniejsze orzeczenie w sprawie C-264/03 *Komisja przeciwko Francji*<sup>68</sup> Trybunał zaznaczył, że przekazanie kompetencji musi wiązać się z przeniesieniem nie tylko odpowiedzialności związanej z przekazanymi kompetencjami, w szczególności obowiązku wypełnienia zadań wiążących się z tymi kompetencjami, lecz również uprawnień, które są z tą odpowiedzialnością związane. Organ, któremu zostają powierzone kompetencje, musi mieć uprawnienia do zorganizowania wykonania objętych nimi zadań, a także ustanowienia ram regulacyjnych dla tych zadań, i mieć autonomię finansową pozwalającą zapewnić finansowanie tych zadań. Inaczej mówiąc, organ władzy publicznej, któremu przekazane zostały kompetencje, wykonuje je w sposób autonomiczny i na własną odpowiedzialność.

Jednocześnie Trybunał zgodził się z rzecznikiem generalnym, że taka autonomia działania nie oznacza, że nowy podmiot musi pozostawać poza wszelkim wpływem jakiegokolwiek innego podmiotu publicznego. Podmiot przekazujący kompetencje może bowiem zachować określone prawa nadzoru nad tymi zadaniami publicznymi, chociażby za pośrednictwem organu złożonego z przedstawicieli wcześniej właściwych jednostek samorządu terytorialnego. Wpływ taki nie może jednak oznaczać wkraczania w konkretne sposoby realizacji zadań objętych zakresem przekazanych kompetencji.<sup>69</sup>

Ponadto, zdaniem Trybunału, przeniesienie kompetencji nie musi być nieodwracalne. Nic nie stoi na przeszkodzie, by kompetencje przekazane lub przeniesione w ramach reorganizacji usług publicznych zostały później znowu przekazane lub przeniesione w ramach kolejnej reorganizacji.

Wreszcie decyzja co do tego, czy podmiot, któremu zostały przekazane kompetencje, może dodatkowo, poza działalnością prowadzoną w interesie ogólnym, prowadzić działalność na rynku, jako kwestia z zakresu wewnętrznej organizacji państw członkowskich należy, w ocenie Trybunału, do państw członkowskich i pozostaje bez wpływu na charakter przeniesienia kompetencji jako takiego.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> orzeczenie z dnia 12 czerwca 2014 r. w sprawie *Digibet Ltd i Gert Albers przeciwko Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, ECLI:EU:C:2014:1756, pkt 34

<sup>66</sup> zob. przedstawiona w dniu 30 czerwca 2016 r. opinia rzecznika generalnego Paola Mengozziego w sprawie C- 51/15 *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover*, ECLI:EU:C:2016:504, pkt 41 i 42

<sup>67</sup> por. orzeczenie z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 *Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2010:168, pkt 47-49

<sup>68</sup> wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECLI:EU:C:2005:620

<sup>69</sup> zob. cyt. opinia rzecznika Mengozziego w sprawie C-51/15 *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover*, pkt 56

<sup>70</sup> por. orzeczenie 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 48



Podsumowując, Trybunał uznał, że nie jest zamówieniem publicznym porozumienie zawarte przez dwie jednostki samorządu terytorialnego, takie jak to rozpatrywane w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego, na podstawie którego jednostki te przyjmują uchwałę o utworzeniu związku celowego, mającego osobowość publicznoprawną, i o przekazaniu temu nowemu podmiotowi publicznemu określonych kompetencji, które dotychczas należały do tych jednostek samorządu, a które od tej chwili należą do związku celowego. Jednak takie przekazanie kompetencji w zakresie realizacji zadań publicznych następuje wyłącznie wówczas, gdy dotyczy ono jednocześnie obowiązków związanych z przekazanymi kompetencjami oraz towarzyszących im uprawnień, tak aby ten nowy kompetentny organ władzy publicznej miał autonomię decyzyjną i finansową, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

## 2.5. Definicja umowy koncesji

Umowa koncesji na usługi lub roboty budowlane definiowana jest jako umowa tego samego rodzaju co zamówienie publiczne z tą różnicą, że wynagrodzeniem wykonawcy (koncesjonariusza) jest albo wyłącznie prawo do ekonomicznego wykorzystania przedmiotu umowy, albo takie prawo wraz z płatnością. W praktyce zakwalifikowanie danej umowy jako koncesji na usługi lub roboty budowlane nierzadko okazuje się niełatwe.

### 2.5.1. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg*, ECLI:EU:C:2009:358

W omawianym wyżej wyroku w sprawie Oymanns, oprócz definicji podmiotu prawa publicznego i zagadnienia umów mieszanych obejmujących zamówienia na dostawy i zamówienia na usługi, Trybunał zajmował się również definicją koncesji na usługi, gdyż trzecie pytanie izby odwoławczej ds. zamówień publicznych wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie dotyczyło zakwalifikowania umowy na wyprodukowanie i dostawę dostosowanego do indywidualnych potrzeb pacjentów obuwia ortopedycznego jako zamówienia publicznego na usługi albo koncesji na usługi.<sup>71</sup>

W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał, że z definicji koncesji na usługi – rozumianej jako umowa tego samego rodzaju co zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do gospodarczego wykorzystania tej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością – wynika, że w przypadku koncesji na usługi prawo do świadczenia usługi jest przenoszone przez instytucję zamawiającą na koncesjonariusza, który posiada pewien zakres swobody gospodarczej, ponosząc zarazem w znacznym stopniu ryzyko związane z tą działalnością.<sup>72</sup> Natomiast w przypadku umowy ramowej – rozumianej jako umowa zawarta pomiędzy jedną instytucją lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym wykonawcą lub kilkoma wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień,

<sup>71</sup> Niemiecki sąd, zadając swoje trzecie pytanie, chciał się dowiedzieć, czy w przypadku gdy udostępnienie produktów, o którym mowa w pytaniu drugim, należałoby lub można uznać za „usługę”, art. 1 ust. 4 dyrektywy [2004/18/WE] – w odróżnieniu od umowy ramowej w rozumieniu art. 1 ust. 5 [cyt.] dyrektywy – należy rozumieć w ten sposób, że za „koncesję na usługi” należy uznać także udzielenie zamówienia w formie, w której: (i) decyzję o tym, czy i w jakich przypadkach następuje każdorazowo udzielenie zamówienia wykonawcy, podejmują osoby trzecie, a nie zamawiający, (ii) płatności na rzecz wykonawcy dokonuje zamawiający, ponieważ tylko ten ostatni jest z mocy ustawy jedynym dłużnikiem z tytułu wynagrodzenia, pozostając wobec osób trzecich zobowiązanym do wykonania usługi, oraz (iii) wykonawca nie musi wykonywać ani prowadzić żadnego rodzaju usług przed wystąpieniem o to przez osobę trzecią.

<sup>72</sup> por. w szczególności wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG, przy udziale Herold Business Data AG*, ECLI:EU:C:2000:669, pkt 58; postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 *Buchhändler-Vereinigung GmbH przeciwko Saur Verlag GmbH & Co. KG i Die Deutsche Bibliothek*, ECLI:EU:C:2002:317, pkt 27 i 28; wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605, pkt 40; oraz wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2007:445, pkt 34

które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości – działalność przedsiębiorcy jest ujęta w ramy określone w tej umowie.

Następnie Trybunał wskazał następujące elementy charakterystyczne umowy zawartej między powszechną kasą chorych a przedsiębiorcą (szewcem-ortopedą) w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego:

- przedsiębiorca zobowiązywał się do wykonania świadczeń na rzecz ubezpieczonych, chociaż ilość obuwia, którą należało dostarczyć, nie była w umowie określona;
- ceny za różne rodzaje świadczeń oraz jej obowiązywania były określone w umowie;
- kasa chorych była odpowiedzialna względem przedsiębiorcy za zapłatę jego wynagrodzenia.

W dalszej części rozważań Trybunał przyznał, że przedsiębiorca ponosił w związku z umową pewne ryzyko gospodarcze, gdyż jego produkty i usługi mogły nie być poszukiwane przez ubezpieczonych, jednak ryzyko to było ograniczone z następujących przyczyn:

- przedsiębiorca nie ponosił ryzyka związanego z uzyskaniem swego wynagrodzenia i niewypłacalnością klientów indywidualnych, ponieważ z prawnego punktu widzenia to kasa chorych była wobec niego odpowiedzialna za zapłatę wynagrodzenia;
- mimo że szewc-ortopeda musiał posiadać odpowiedni warsztat, by świadczyć swoje usługi, nie musiał ponosić znaczących wydatków przed zawarciem indywidualnej umowy z ubezpieczonym;
- ilość ubezpieczonych mających syndrom stopy cukrzycowej, którzy mogą się do niego zwrócić, była znana z wyprzedzeniem, wobec czego przedsiębiorca mógł z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć ilość wniosków w tym zakresie.

W konkluzji Trybunał stwierdził, że ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej nie było w przypadku spornej umowy ponoszone przez przedsiębiorcę i umowa ta nie mogła być uznana za koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE. W ocenie Trybunału, umowę, taką jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym, zawartą pomiędzy powszechną kasą chorych a przedsiębiorcą, określającą wynagrodzenie za różnego rodzaju świadczenia oczekiwane od przedsiębiorcy oraz jej okres obowiązywania, w której przedsiębiorca zobowiązywał się do wykonania świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którzy o nie wystąpią, a kasa chorych była odpowiedzialna za zapłatę wynagrodzenia za świadczenia przedsiębiorcy, należało uważać za „umowę ramową” w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE.

Jako że definicje koncesji na usługi, jak i umowy ramowej pozostały co do istoty niezmienione na gruncie nowych dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE, wskazówki interpretacyjne, jakich Trybunał dostarczył w wyroku w sprawie *Oymanns*, zachowują aktualność.

#### **2.5.2. orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)* przeciwko *Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2009:540**

W sprawie, której dotyczył wniosek Thüringer Oberlandesgericht, wyższego sądu krajowego w Turynii, niemiecki zamawiający, Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), związek gmin zajmujący się realizacją zadań z zakresu dystrybucji wody pitnej i odprowadzania ścieków, zamierzał powierzyć wykonywanie przydzielonego mu przez przepisy administracyjnoprawne zadania z zakresu usług wodociągowych i kanalizacyjnych podmiotowi zewnętrznemu. WAZV Gotha chciał wyłonić wykonawcę w nieoficjalnym, tzn. niepodlegającym reżimowi zamówień publicznych, jednak przejrzystym i uporządkowanym postępowaniu ofertowym. W tym celu zamawiający opublikował we wrześniu 2007 r. – nie będąc, jego zdaniem, do tego zobowiązany na mocy przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych – ogłoszenie

o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z którego wynikało, iż WAZV Gotha zamierza przyznać wyłonionemu wykonawcy na okres dwudziestu lat (z możliwością przedłużenia o kolejnych pięć lat) koncesję na usługi z zakresu zaopatrywania w wodę i odprowadzania ścieków na obszarze swojej własności. Ogłoszenie o zamówieniu i projekt umowy przewidywały, że koncesjonariusz będzie na podstawie umów prawa cywilnego zawartych we własnym imieniu i na własną rzecz świadczył usługi użytkownikom zamieszkującym na obszarze objętym działalnością WAZV Gotha oraz że będzie pobierał wynagrodzenie od tych użytkowników. Koncesjonariusz miał być uprawniony do ustalania, na własną odpowiedzialność, należnego mu wynagrodzenia za świadczone usługi w sposób zgodny z zasadą słuszności, przy czym uprawnienie to było jednakże ograniczone, gdyż koncesjonariusz musiał do dnia 31 grudnia 2009 r. stosować cenniki obowiązujące w chwili publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a ustalane przez niego cenniki po tej dacie miały być zgodne z postanowieniami turyńskiej ustawy krajowej o podatkach gminnych. Zarazem WAZV Gotha zobowiązywał się do wprowadzenia, w drodze zarządzenia, obowiązku przyłączenia do publicznych sieci dystrybucji wody i odprowadzania ścieków oraz korzystania z nich, a także do przekazywania, w granicach wyznaczonych prawem, otrzymywanych subwencji publicznych koncesjonariuszowi.

Eurawasser, jeden z przedsiębiorców działających w sektorze gospodarki wodnej, zwrócił WAZV Gotha uwagę, że przedmiotowa umowa stanowi w istocie zamówienie na usługi i powinna zostać zawarta z wykonawcą wyłonionym w toku formalnego postępowania o udzielenie zamówienia. WAZV Gotha oddalił kolejne zażalenia Eurawasser w tym zakresie, co skłoniło tego wykonawcę do wniesienia skargi na działania zamawiającego do Vergabekammer, organu odwoławczego pierwszej instancji w sprawach z zakresu zamówień publicznych, który przyznał mu rację. WAZV Gotha odwołał się od tej decyzji do wyższego sądu krajowego w Turynii, który postanowił zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi kwalifikacji danej umowy jako zamówienia na usługi bądź koncesji na usługi na gruncie dyrektywy 2004/17/WE.<sup>73</sup>

Trybunał w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że okoliczność, że usługodawca jest wynagradzany kwotami pochodzącymi od osób trzecich, w tym przypadku od użytkowników danej usługi, jest jedną z postaci, jakie może przybrać wykonywanie przyznanego usługodawcy prawa do gospodarczego wykorzystania usługi. Bez znaczenia jest przy tym, czy takie wynagrodzenie podlega przepisom prawa prywatnego czy publicznego. We wcześniejszym orzecznictwie Trybunał stwierdził istnienie koncesji na usługi w przypadku wynagrodzenia usługodawcy pochodzącego z płatności dokonywanych przez użytkowników parkingów<sup>74</sup>, usług transportu<sup>75</sup> i telewizyjnych sieci kablowych<sup>76</sup>. Zarazem Trybunał zaznaczył, że pojęcia „prawo do gospodarczego wykorzystania”

<sup>73</sup> Thüringer Oberlandesgericht zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy umowę dotyczącą usług (w tym przypadku usług z zakresu gospodarki wodno-ściekowej), z treści której nie wynika, że instytucja zamawiająca wypłacała wynagrodzenie bezpośrednio dostawcy, lecz że dostawca ten ma prawo pobierania opłat prywatnoprawnych od osób trzecich, należy z tej tylko przyczyny uznać za koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE, w odróżnieniu od odpłatnego zamówienia na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i d) tej dyrektywy?
2. W przypadku udzielenia na pierwsze pytanie prejudycjalne odpowiedzi przeczącej: czy umowy tego rodzaju, który opisano w pierwszym pytaniu, można uznać za koncesje na usługi, gdy, na podstawie publicznoprawnego uregulowania przedmiotowej usługi (nałożenie obowiązku przyłączenia i korzystania; kalkulacja cen według zasady pokrycia poniesionych kosztów), ryzyko powiązane z prowadzeniem działalności jest wprawdzie od samego początku – a zatem także wtedy, gdy instytucja zamawiająca sama świadczyłaby usługę – znacznie ograniczone, lecz ponosi je całkowicie lub przynajmniej w przeważającym stopniu dostawca?
3. W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej również na drugie pytanie prejudycjalne: czy wykladni art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE należy dokonywać w ten sposób, że ryzyko powiązane ze świadczeniem usługi, w szczególności ryzyko handlowe, musi jakościowo niemal odpowiadać ryzyku występującemu zwykle w warunkach wolnego rynku, na którym prowadzi działalność wielu konkurencyjnych dostawców?

<sup>74</sup> zob. cyt. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 40

<sup>75</sup> zob. wyrok 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 16

<sup>76</sup> zob. wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621, pkt 24

i „wynagrodzenie” wymagają doprecyzowania w ten sposób, że wynagrodzenie w postaci prawa do gospodarczego wykorzystania usługi oznacza, że usługodawca przejmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usługi.<sup>77</sup> Całkowity brak przeniesienia na usługodawcę ryzyka związanego ze świadczeniem usługi powodowałby, że mielibyśmy do czynienia z zamówieniem na usługi, a nie koncesją na usługi.

Zarazem Trybunał zauważył, że pewne sektory działalności, w szczególności sektor użyteczności publicznej, taki jak dystrybucja wody i odprowadzanie ścieków, jest przedmiotem reglamentacji mogącej prowadzić do ograniczenia ponoszonego ryzyka gospodarczego. W takich okolicznościach nie sposób wymagać od zamawiającego, by przeniósł na koncesjonariusza czynniki ryzyka, które są na mocy przepisów regulujących wykonywanie tego rodzaju działalności wyłączone. W każdym razie, w ocenie Trybunału, nawet jeśli związane z prowadzoną działalnością gospodarczą ryzyko ponoszone przez instytucję zamawiającą jest bardzo ograniczone, w celu stwierdzenia istnienia koncesji na usługi, niezbędne jest, by instytucja zamawiająca przeniosła na koncesjonariusza całość lub znaczną część ponoszonego przez nią ryzyka prowadzenia tej działalności.

W konsekwencji w wyroku w tej sprawie Trybunał stwierdził, że okoliczność, iż w ramach umowy dotyczącej usług kontrahent nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od instytucji zamawiającej, lecz uprawniony jest do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, wystarcza, by umowa została uznana za „koncesję na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE, o ile kontrahent przejmuje całość lub znaczną część ryzyka instytucji zamawiającej, nawet jeśli ryzyko to jest bardzo ograniczone ze względu na uregulowania prawa publicznego w zakresie organizacji danej usługi.

### **2.5.3. orzeczenie z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler przeciwko Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, ECLI:EU:C:2011:130**

W sprawie, której dotyczył wniosek monachijskiego wyższego sądu krajowego, Oberlandesgericht München, spór dotyczył kwalifikacji umów dotyczących świadczenia usług ratownictwa medycznego jako zamówień publicznych albo koncesji w oparciu o przepisy dyrektywy 2004/18/WE.<sup>78</sup>

Trybunał Sprawiedliwości w pierwszej kolejności podkreślił, że definicje zamówienia publicznego i koncesji na usługi należą do domeny prawa unijnego, w związku z czym kwalifikacja danej umo-

<sup>77</sup> por. w szczególności cyt. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 40

<sup>78</sup> Oberlandesgericht München zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy umowa dotycząca usług (w niniejszej sprawie usług pogotowia ratunkowego), której treść nie przewiduje, iż wynagrodzenie jest wypłacane wykonawcy bezpośrednio przez instytucję zamawiającą, lecz że
  - a) opłaty za korzystanie z usług, które mają być świadczone, określane są w drodze negocjacji pomiędzy wykonawcą a osobami trzecimi, które ze swojej strony są instytucjami zamawiającymi (w niniejszej sprawie instytucjami zabezpieczenia społecznego),
  - b) w przypadku nieosiągnięcia porozumienia przewidziana jest decyzja wyznaczonego w tym celu organu arbitrażowego, która podlega kontroli sądów krajowych, oraz
  - c) opłaty są wypłacane wykonawcy w formie regularnych płatności zaliczkowych nie bezpośrednio przez użytkowników, lecz przez centralne biuro ds. rozliczeń, z którego usług wykonawca musi korzystać zgodnie z ustawą,winna być uważana z tego tylko powodu za koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy – w odróżnieniu od zamówienia na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i d) dyrektywy?
2. W przypadku gdy na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi przeczącej: czy z koncesją na usługi mamy do czynienia wówczas, gdy ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usługi publicznej jest ograniczone, ponieważ
  - a) zgodnie z przepisami ustawy opłaty za korzystanie z usług winny być oparte na kosztach szacowanych zgodnie z zasadami gospodarki, które odpowiadają prawidłowemu świadczeniu usług, gospodarnemu i oszczędnemu prowadzeniu działalności, a także efektywnej organizacji, oraz
  - b) opłaty za korzystanie z usług są należne od wypłacalnych instytucji zabezpieczenia społecznego,
  - c) zapewniona jest pewna wyłączność korzystania na obszarze określonym w umowie,jednak wykonawca przejmuje w całości to ograniczone ryzyko?

wy jako zamówienia czy koncesji w prawie krajowym pozostaje bez wpływu na zakres zastosowania prawa unijnego właściwego dla zamówień publicznych i koncesji.<sup>79</sup> Następnie Trybunał wskazał na podstawową różnicę między zamówieniem publicznym a koncesją, która wynika wprost z ich definicji i polega na innym sposobie wynagradzania wykonawcy: w przypadku zamówień wykonawca otrzymuje wynagrodzenie bezpośrednio od zamawiającego, natomiast w przypadku koncesji wynagrodzenie wykonawcy polega na prawie do ekonomicznego wykorzystania przedmiotu koncesji albo takim prawie wraz z płatnością. Ponadto, opierając się na wcześniejszym orzecznictwie w tym zakresie, Trybunał wskazał, że w sytuacji gdy wynagrodzenie wykonawcy opiera się na prawie do ekonomicznego wykorzystania przedmiotu koncesji, dodatkowym kryterium jest ryzyko ekonomiczne związane z prowadzoną działalnością i brak przeniesienia na wykonawcę tego ryzyka powoduje, że dana umowa powinna zostać zakwalifikowana jako zamówienie publiczne na usługi, a nie koncesja na usługi. Zarazem, jak to zostało wskazane w omówionym wyżej wyroku w sprawie *WAZV Gotha*, to ryzyko może być wprawdzie od początku bardzo ograniczone, jednak w celu stwierdzenia istnienia koncesji na usługi niezbędne jest, by instytucja zamawiająca przeniosła na koncesjonariusza całość lub przynajmniej znaczną część ponoszonego przez nią ryzyka.

Wśród rodzajów ryzyka, jakie składają się na ryzyko związane z prowadzeniem danej działalności, podsumowując dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie, Trybunał wskazał:

- ryzyko narażenia na niebezpieczeństwa rynku,

które może przekładać się na

- ryzyko konkurencji ze strony innych wykonawców,
- ryzyko braku równowagi pomiędzy podażą a popytem na usługi,
- ryzyko niewypłacalności ze strony dłużników winnych opłat za świadczone usługi,
- ryzyko braku pełnego pokrycia wydatków przychodami oraz
- ryzyko odpowiedzialności za szkodę powstałą w wyniku uchybienia w świadczeniu usług.

Jednocześnie Trybunał zaznaczył, że ryzyko takie jak (i) ryzyko nieprawidłowego zarządzania przedsiębiorstwem lub (ii) ryzyko popełnienia przez wykonawcę błędów w ocenie nie jest decydujące dla celów zakwalifikowania umowy jako zamówienia publicznego lub jako koncesji na usługi, bowiem te rodzaje ryzyka są związane z każdą umową, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne, czy też o koncesję na usługi.

W przedmiotowej sprawie Trybunał uznał, że nastąpiło przeniesienie na wykonawcę ryzyka ekonomicznego związanego ze świadczeniem usług ratownictwa medycznego. Zwrócił przy tym w szczególności uwagę na fakt, że wysokość opłat za korzystanie z omawianych usług zależy od wyników negocjacji prowadzonych co roku z osobami trzecimi i wykonawca nie ma gwarancji pełnego pokrycia kosztów poniesionych w ramach prowadzenia działalności zgodnie z zasadami ustanowionymi przez prawo krajowe.

Tym samym, w ocenie Trybunału, w sytuacji gdy wynagrodzenie wybranego wykonawcy jest w pełni zapewnione przez osoby inne niż instytucja zamawiająca, z którą zawarł on umowę w przedmiocie świadczenia usług pogotowia ratunkowego, i gdy wykonawca ten jest narażony na ryzyko prowadzenia działalności, nawet jeśli jest ono bardzo ograniczone, w szczególności w związku z tym, że wysokość opłat za korzystanie z omawianych usług zależy od wyników negocjacji prowadzonych co roku z osobami trzecimi i wykonawca nie ma gwarancji pełnego pokrycia kosztów poniesionych w ramach prowadzenia działalności zgodnie z zasadami ustanowionymi w prawie krajowym, umowę tę należy zakwalifikować jako „koncesję na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE.

---

<sup>79</sup> zob. w szczególności cyt. wyrok w sprawie C-382/05 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 31



## 2.6. Podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu

### 2.6.1. orzeczenie 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

W 2003 r. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, mediolańska izba przemysłowa, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi kurierskie w zakresie odbioru i dostarczania korespondencji. W toku postępowania powstały wątpliwości dotyczące przepisu prawa krajowego przewidującego wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców powiązanych kapitałowo. Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Lombardia, regionalny sąd administracyjny w Lombardii, przed którym zawisł spór, wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności takiej podstawy wykluczenia na gruncie prawa unijnego.<sup>80</sup>

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że katalog podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu odnoszących się do wypłacalności, wiarygodności i uczciwości zawodowej ma charakter zamknięty. Mimo to, jak w orzeczeniu w sprawie *Michaniki*, Trybunał wskazał, że ten zamknięty katalog podstaw wykluczenia nie wyłącza jednak uprawnień państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia, poza tymi podstawami wykluczenia, norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości, które stanowią podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem jednak przestrzegania zasady proporcjonalności, czyli pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.<sup>81</sup>

Trybunał zwrócił uwagę, że sporny przepis prawa włoskiego nakładał na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy złożyli odrębne i konkurencyjne względem siebie oferty, jeżeli pozostają względem siebie w stosunku dominacji. W ocenie Trybunału sporna podstawa wykluczenia, w zakresie w jakim rozciąga zakaz udziału w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na sytuacje, w których łączący zainteresowanych wykonawców stosunek dominacji nie ma wpływu na ich zachowania w toku postępowania, wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu w postaci zapewnienia stosowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Podobnie jak we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *Fabricom*, a także wspomnianym wyżej orzeczeniu w sprawie *Michaniki*, Trybunał stwierdził, że taki przepis, oparty na niewzruszalnym domniemaniu, że powiązani ze sobą wykonawcy, przedstawiając swoje oferty w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, działają w porozumieniu, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia takim wykonawcom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko zakłócenia konkurencji.<sup>82</sup>

W konsekwencji w omawianym wyroku Trybunał uznał, prawo unijne sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargo-

<sup>80</sup> Włoski sąd zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

Czy art. 29 dyrektywy 92/50/EWG, przewidując siedem przypadków wykluczenia z udziału w zamówieniach na usługi, określa wyczerpującą listę przypadków wykluczenia, stojąc zatem na przeszkodzie temu, by w art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/94 (obecnie zastąpionym art. 34 ostatni akapit dekrety ustawodawczego nr 136/06) wprowadzono zakaz wspólnego uczestnictwa w przetargu przedsiębiorstw, które łączy stosunek kontroli?

<sup>81</sup> wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE przeciwko Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, ECLI:EU:C:2008:731, pkt 44 i nast.

<sup>82</sup> wyrok z dnia w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA przeciwko państwu belgijskiemu*, ECLI:EU:C:2005:127, pkt 33 i 35; zob. także cyt. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 65

wym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania.

## **2.6.2. orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.*, ECLI:EU:C:2012:801**

Tytułem wstępu warto zaznaczyć, że sprawa C-465/11 była pierwszym odesłaniem prejudycjalnym w zakresie zamówień publicznych ze strony polskiego organu.

Spór w tej sprawie powstał na tle prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Poczta Polską S.A. postępowania o udzielenie zamówienia na doręczanie przesyłek pocztowych. Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawców Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych, który przewidywał obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawców, z którymi zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosił odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Obaj wykluczeni z udziału w postępowaniu wykonawcy wnieśli odwołania od tych decyzji zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej, podnosząc zarzut niezgodności przywołanego przepisu prawa krajowego z prawem unijnym, w szczególności z przepisem art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE. Izba podzieliła wątpliwości odwołujących i zwróciła się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego, zadając dwa pytania prejudycjalne.<sup>83</sup>

W swoim pierwszym pytaniu Izba zmierzała do ustalenia, czy art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE należało interpretować w ten sposób, że stał on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi w takich sytuacjach jak opisane w art. 24 ust. 1 pkt 1a polskiej ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

<sup>83</sup> Krajowa Izba Odwoławcza przedłożyła Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy art. 45 ust. 2 pkt d) dyrektywy 2004/18/WE w brzmieniu: z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające w zw. z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE można interpretować w ten sposób, że za takie zawnione poważne wykroczenie zawodowe można uznać sytuację, w której dana instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?
2. W przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie 1 - czy, jeśli państwo członkowskie może wprowadzić inne niż wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uzna za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słusznym interesów instytucji zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, za zgodną z tą dyrektywą oraz Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej można uznać sytuację, w której wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?



Odpowiadając na to pytanie, Trybunał zwrócił uwagę, że przepis art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE wprawdzie nie zawierał odesłania do krajowych przepisów ustawowych i wykonawczych, lecz art. 45 ust. 2 akapit drugi cyt. dyrektywy stanowił, że państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów tego ustępu zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa Unii. Co za tym idzie, pojęcia „poważnego” „wykroczenia” „zawodowego” mogły zostać wyjaśnione i doprecyzowane w prawie krajowym, zawsze jednak z poszanowaniem prawa unijnego.

Trybunał zgodził się ze stanowiskiem Rzeczypospolitej Polskiej wyrażonym w uwagach na piśmie przedłożonych w tej sprawie, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. W związku z tym, w ocenie Trybunału, niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe. Jednakże zdaniem Trybunału pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Co więcej, stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.

Tymczasem sporny przepis prawa polskiego nakładał na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy, jeżeli ponosił odpowiedzialność za okoliczności, z powodu których zamawiający rozwiązał, wypowiedział albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym wykonawcą w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości umowy. Trybunał zwrócił w szczególności uwagę, że pojęcie „okoliczności, za które [wykonawca] ponosi odpowiedzialność” jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że sporny przepis prawa polskiego nie ograniczał się do wytyczenia ogólnych ram stosowania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, przekraczając tym samym zakres uznania przysługujący państwom członkowskim na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy, i uznał, że przepis art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE stoi na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych takich jak przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych w ówczesnym brzmieniu.

Drugie pytanie Izby miało na celu ustalenie, czy zasady i przepisy prawa unijnego z zakresu zamówień publicznych uzasadniają, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania o udzielenia zamówienia wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej była mowa w pytaniu pierwszym.

Celem udzielenia odpowiedzi na to pytanie Trybunał najpierw przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE zawierał zamknięty katalog podstaw mogących uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności i dotyczących jego cech zawodowych, a w związku z tym stał na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie tego katalogu o inne podstawy wykluczenia wynikające z kryteriów dotyczących cech zawodowych. W sytuacji, gdy dana podstawa wykluczenia nie jest związana z cechami zawodowymi wykonawcy, a zatem nie podlega wyczerpującemu wyliczeniu w postaci takiego zamkniętego katalogu, można rozważać ewentualną dopuszczalność takiej podstawy w świetle zasad i innych norm pra-

wa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, o czym była mowa w szczególności w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Assitur*. W ocenie Trybunału kwestionowany przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych ustanawiał podstawę wykluczenia dotyczącą cechy zawodowej zainteresowanego wykonawcy. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że zasady i normy prawa unijnego w dziedzinie zamówień nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe zobowiązywały zamawiającego do automatycznego wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który ponosił odpowiedzialność za okoliczności, z powodu których zamawiający rozwiązał, wypowiedział albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym wykonawcą w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości umowy.

Wskutek orzeczenia, jakie Trybunał wydał w tej sprawie, przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy został zmieniony.

Mimo że wyrok Trybunału w tej sprawie został wydany na gruncie dyrektywy 2004/18/WE, zachowuje on swoją aktualność, dostarczając wskazówek interpretacyjnych przydatnych do właściwego rozumienia podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość. W wyroku tym należy zarazem upatrywać genezy podstawy wykluczenia wykonawcy przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE, mocą którego instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do przedterminowego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Dyrektywa 2014/23/UE w przepisach art. 38 ust. 7 lit. c) i f) zawiera analogiczne rozwiązania.

## **2.6.3. orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o.* przeciwko Województwu Łódzkiemu, ECLI:EU:C:2017:338**

W sprawie, której dotyczył wniosek Krajowej Izby Odwoławczej, polski zamawiający, Województwo Łódzkie, prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę zintegrowanego systemu szpitalnego do obsługi części administracyjnej (szarej) i medycznej (białej) w szpitalu w Piotrkowie Trybunalskim. Jednym z warunków udziału w postępowaniu było posiadanie doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień obejmujących dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego w części białej i szarej, o wartości nie mniejszej niż 450.000,00 PLN brutto, dla zakładu opieki zdrowotnej z minimalną liczbą 200 łóżek. Celem udowodnienia spełniania tego warunku wykonawcy mieli przedstawić wykaz wykonanych głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Komputer Konsultant Sp. z o.o., przedłożył wykaz dwóch takich zamówień zrealizowanych w konsorcjum z Konsultant IT Sp. z o.o. dla szpitali w Słupsku i w Nowym Sączu. Inny wykonawca, Esaprojekt Sp. z o.o., podał w wątpliwość rzetelność informacji dotyczących jednego z tych zamówień (dla szpitala w Słupsku), wskazując, że to zamówienie było realizowane na podstawie dwóch odrębnych umów, oddzielnie na część białą i część szarą. Po wezwaniu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów wykonawca uzupełnił wykaz o umowy ze szpitalami w Janowie Lubelskim i w Lublinie zrealizowane przez Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o., powołując się jednocześnie na

zdolności tego podmiotu trzeciego. Oferta Komputer Konsultant Sp. z o.o. ponownie została wybrana jako najkorzystniejsza, przy czym za spełniające wymagania dotyczące doświadczenia zamawiający uznał umowę ze szpitalem w Nowym Sączu z pierwotnego wykazu zrealizowaną przez Komputer Konsultant Sp. z o.o. w konsorcjum z Konsultant IT Sp. z o.o. i umowę ze szpitalem w Lublinie z wykazu dostaw zrealizowanych przez Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Ta decyzja również została zaskarżona przez Esaprojekt Sp. z o.o. W ocenie odwołującego zwycięski wykonawca powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu jako winny poważnego wprowadzenia w błąd poprzez złożenie nieprawdziwych informacji. Dodatkowo odwołujący zakwestionował treść zobowiązania podmiotu trzeciego (Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o.) do udostępnienia Komputer Konsultant Sp. z o.o. zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się w tej sprawie do Trybunału Sprawiedliwości z siedmioma pytaniami prejudycjalnymi, z których jedno dotyczyło wykluczenia wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji (pytanie szóste).

Zadając szóste pytanie, sąd odsyłający chciał się dowiedzieć, czy art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, umożliwiający wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, można zastosować niezależnie od umyślności działania wykonawcy, jeżeli przekazane informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania.<sup>84</sup>

W odpowiedzi na to pytanie Trybunał uznał, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.

Należy jednak pamiętać, że przepis art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy z 2004 r. został obecnie zastąpiony przepisami art. 57 ust. 4 lit. h) i i) dyrektywy z 2014 r. Obowiązujące regulacje doprecyzowują stopień winy wykonawcy w zależności od zakresu przekazanych nieprawdziwych informacji. Ze względu na inne brzmienie tych przepisów wyrok Trybunału w tym zakresie będzie miał znaczenie jedynie historyczne.

#### **2.6.4. orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu*, ECLI:EU:C:2017:557**

W sprawie, której dotyczył wniosek Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę utrzymania drogi ekspresowej wokół Poznania. Termin związania wykonawców ofertą w tym postępowaniu miał wynosić 90 dni. W toku postępowania zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o 60 dni. Następnie większość wykonawców samodzielnie przedłużała termin związania ofertą, przedłużając jedno-

<sup>84</sup> Szóste pytanie zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej sprawie brzmiało następująco:

6. Czy art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Czy za „winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji” można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy też wykonawcę, który przedstawił informacje co prawda prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?

cześniej okres ważności wadium, aż do czasu rozstrzygnięcia postępowania. Zamówienie zostało udzielone Przedsiębiorstwu Budownictwa Drogowego S.A. i Zakładowi Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Od tej decyzji zamawiającego odwołali się wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcy Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., podnosząc, że wykonawcy, którzy nie przedłużali samodzielnie terminu związania ofertą po upływie dodatkowych 60 dni, powinni byli zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza, przed którą zawisł spór, zdecydowała zawiesić toczące się postępowanie i zwróciła się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności z dyrektywą 2004/18/WE.<sup>85</sup>

Trybunał, na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, uznał, że odpowiedź na pytania postawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odwołaniu prejudycjalnym może być wywiedziona w sposób jednoznaczny z dotychczasowego orzecnictwa, w szczególności z orzeczenia w sprawie C-27/15 *Pizzo*<sup>86</sup>, i na podstawie art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem orzekł w tej sprawie w drodze postanowienia z uzasadnieniem.

W omawianym wyroku Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że pytania zadane przez sąd odsyłający należy rozpatrywać łącznie, i przeformułował je, uznając, że Izba dążyła w istocie do ustalenia, po pierwsze, czy art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości dopuszczają wykluczenie wykonawcy, odrzucenie jego oferty lub uznanie jej za nieważną, w przypadku gdy wykonawca nie przedłużył okresu związania ofertą, jeżeli takie skutki nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, a po drugie, czy instytucja zamawiająca może w takich okolicznościach wymagać od wykonawców utrzymania ważności ustanowionego jako zabezpieczenie oferty wadium, bez możliwości przerwy, do dnia zawarcia umowy.

Następnie Trybunał przypomniał, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy wykonawcy mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich wykonawców były poddane tym samym warunkom. Poza tym zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wymagają, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na wykonawcach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z warunkami, na jakich prowadzone jest postępowanie, oraz mieć pewność, że takie same wymagania obowiązują wszystkich konkurentów. Trybunał przypomniał ponadto, że dyrektywa 2004/18/WE nakłada na zamawiających obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o podstawach wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (zob. załącznik VII A, część dotycząca ogłoszenia o zamówieniu, pkt 17), a także że zamawiający ma obowiązek przestrzegać ustalonych przez siebie kryteriów.

<sup>85</sup> Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami:

1. Czy art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, przy zastosowaniu również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że:
  - a) przepis ten zezwala na wykluczenie wykonawcy z postępowania lub odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, w przypadku gdy sankcja taka nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca jest zainteresowany zawarciem umowy,
  - b) pomimo niedokonania oficjalnej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, o której mowa w [lit. a)], przepis ten zezwala na uznanie, że oferta wykonawcy wygasła z powodu upływu terminu związania ofertą i tym samym przestała istnieć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem nie można zawrzeć z nim umowy (istnieje zakaz zawarcia umowy), choć wykonawca jest takim zawarciem umowy zainteresowany, gdy uznanie wygaśnięcia oferty i zakaz zawarcia umowy nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia?
2. Czy art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, z zastosowaniem również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że zezwala on na żądanie przez zamawiających utrzymania przez wykonawców ważności wniesionego wadium zabezpieczającego ofertę, bez możliwości przerwy, aż do chwili zawarcia umowy, bez określenia w przepisach, ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalnego, racjonalnego okresu, w którym wykonawcy zobowiązani są do utrzymania ważności wniesionego wadium?

<sup>86</sup> wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404

W ocenie Trybunału podstawa wykluczenia wykonawcy wynikająca z orzecznictwa i praktyki jest szczególnie niekorzystna dla wykonawców mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem krajowych wykonawców.

W wyroku w sprawie *Pizzo*<sup>87</sup> Trybunał stwierdził, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub z obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tym zakresie luk.

Z postanowienia odsyłającego wynikało, jakoby wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu ze względu na upływ terminu związania ofertą nie było wyraźnie przewidziane ani w polskiej ustawie, ani w ogłoszeniu o zamówieniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co więcej, zdaniem organu odsyłającego, mimo występujących od lat sporów dotyczących skutków upływu terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie skutkujące brakiem pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających.

Nie badając powyższego, Trybunał oparł się na założeniach przedstawionych w odesłaniu prejudycjalnym i w omawianym postanowieniu w tej sprawie stwierdził, że art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

## **2.7. Warunki udziału w postępowaniu (poleganie na zdolności innych podmiotów)**

### **2.7.1. orzeczenie 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**

W 2011 r. włoska prowincja Fermo prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane obejmujące modernizację i rozbudowę drogi. O udzielenie tego zamówienia mogli ubiegać się jedynie wykonawcy posiadający wydawane przez jednostki certyfikujące, *società organismo di attestazione*, tzw. SOA, certyfikaty odpowiadające charakterowi i wartości robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.<sup>88</sup> W postępowaniu udział wzięło między innymi tymczasowe konsorcjum utworzone przez *Swm Costruzioni 2 SpA* i *Mannocchi Luigino DI*, które celem potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego posiadania certyfikatu SOA powołało się na certyfikaty dwóch podmiotów trzecich. Mając na uwadze przepisy prawa krajowego zakazujące, co do zasady, powoływania się na zdolności więcej niż jednego podmiotu trzeciego w celu uzyskania certyfikatu SOA w odniesieniu do danej kategorii kwalifikacji, zamawiający wykluczył to konsorcjum z udziału w postępowaniu. Wykluczone konsorcjum odwołało się od tej decyzji.

Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, regionalny sąd administracyjny w regionie Marche, przed którym zawisł spór, zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem preju-

---

<sup>87</sup> cyt. wyrok w sprawie *Pizzo*, pkt 51

<sup>88</sup> na gruncie włoskich przepisów krajowych zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej określony próg (w stanie faktycznym sprawy będącej przedmiotem odesłania – w wysokości 150 000 EUR) mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy posiadający certyfikaty SOA odpowiadające kategoriom kwalifikacji, w zależności od charakteru robót, oraz klasom określającym wartość zamówień, do których certyfikat dawał dostęp; certyfikaty SOA potwierdzają, że dany wykonawca spełnia warunki o charakterze ekonomicznym i finansowym, jak również technicznym i organizacyjnym, niezbędne do wykonywania robót budowlanych



dycjalnym dotyczącym dopuszczalności takiej regulacji w świetle przepisów dyrektywy 2004/18/WE.<sup>89</sup>

W omawianym orzeczeniu Trybunał najpierw przypomniał, że przepisy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE przyznawały każdemu wykonawcy, w przypadku konkretnego zamówienia, uprawnienie do powoływania się na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, pod warunkiem że udowodnił on instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami w celu wykonania zamówienia, zaś art. 47 ust. 3 i art. 48 ust. 4 tej dyrektywy przewidywały tę samą możliwość w przypadku grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.<sup>90</sup> W ślad za rzecznikiem generalnym Jääskinenem Trybunał zauważył, że konsekwentne posłużenie się w tych przepisach liczbą mnogą wskazuje, że co do zasady nie zakazują one wykonawcom powoływania się na kwalifikacje wielu podmiotów trzecich w celu wykazania, że spełniają warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego.<sup>91</sup> Tym bardziej, zdaniem Trybunału, przytoczone przepisy nie ustanawiały żadnego zasadniczego zakazu odwoływania się przez wykonawcę w tym celu do kwalifikacji jednego lub wielu podmiotów trzecich w połączeniu z własnymi kwalifikacjami. Co więcej, taka możliwość wynikała też z wcześniejszego orzecznictwa Trybunału, w szczególności z orzeczeń w sprawie *Holst Italia*<sup>92</sup> i w sprawie *Siemens*<sup>93</sup>.

W świetle powyższego Trybunał stwierdził, że dyrektywa 2004/18/WE umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile wykonawca powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów był w stanie wykazać, że będzie dysponował udostępnionymi przez te podmioty środkami, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Trybunał podkreślił, że taka wykładnia jest zgodna z podstawowym celem unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających.<sup>94</sup> Ponadto, jak zauważył rzecznik generalny Jääskinen, możliwość udziału oferentów w grupach powołujących się na zdolności podmiotów trzecich jest szczególnie istotna przy ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do rynków, co jest jednym z założeń unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych.<sup>95</sup> Zarazem Trybunał nie wykluczył, że mogą istnieć szczególne zamówienia, które będą wymagały poziomu kwalifikacji niemożliwego do uzyskania przez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucji zamawiającej powinno przysługiwać uprawnienie do wymagania, by minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów trzecich, o ile taki wymóg będzie związany z przedmiotem zamówienia i w stosunku do niego proporcjonalny. Sytuacje takie mają jednak charakter wyjątkowy i nie mogą stanowić reguły.

<sup>89</sup> Włoski sąd odsyłający chciał się dowiedzieć, czy wykładni art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE należy dokonywać w ten sposób, że co do zasady sprzeciwia się on obowiązywaniu przepisów państwa członkowskiego, takich jak włoskie przepisy zawarte w art. 49 ust. 6 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, które wykluczają z wyjątkiem szczególnych przypadków możliwość powołania się na kwalifikacje więcej niż jednego przedsiębiorstwa pomocniczego stanowiąc, że „w zakresie robót budowlanych oferent może odwołać się wyłącznie do jednego podmiotu pomocniczego w odniesieniu do każdej kategorii kwalifikacji. Ogłoszenie o zamówieniu może dopuścić powołanie się na kwalifikacje wielu przedsiębiorstw pomocniczych z uwagi na wartość zamówienia lub szczególnie charakter świadczeń [...]”.

<sup>90</sup> por. art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE; zob. także art. 79 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 38 ust. 2 i 3 dyrektywy 2014/23/UE

<sup>91</sup> zob. opinia rzecznika generalnego Niila Jääskinenia przedstawiona w dniu 28 lutego 2013 r. w sprawie C-94/12 *Svm Costruzioni 2 SpA i Mannocchi Luigino DI przeciwko Provincia di Fermo*, ECLI:EU:C:2013:130, pkt 18

<sup>92</sup> wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 *Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari przy udziale Ruhrwasser AG International Water Management*, ECLI:EU:C:1999:593, pkt 26 i nast.

<sup>93</sup> wyrok z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 *Siemens AG Österreich i ARGE Telekom & Partner przeciwko Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, ECLI:EU:C:2004:159, pkt 43

<sup>94</sup> 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 37

<sup>95</sup> zob. cyt. opinia rzecznika generalnego w tej sprawie, pkt 33 i 37

W konsekwencji na pytanie włoskiego sądu Trybunał odpowiedział, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się przepisowi krajowemu takiemu jak ten będący przedmiotem postępowania głównego, który zakazuje co do zasady podmiotom gospodarczym uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane powoływanie się na kwalifikacje wielu przedsiębiorstw w odniesieniu do danej kategorii kwalifikacji.

### **2.7.2. orzeczenie z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta, ECLI:EU:C:2016:214**

W sprawie, której dotyczył wniosek Krajowej Izby Odwoławczej, spór powstał na tle prowadzonego przez warszawski Zakład Oczyszczania Miasta (ZOM) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic miasta w sezonie zimowym i letnim w latach 2014–2017. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy w celu udowodnienia posiadania wystarczających zdolności technicznych musieli przedstawić wykaz usług polegających na zimowym utrzymaniu jezdni dróg technologią zwilżoną wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu złożenia oferty. Całkowita minimalna wartość tych usług powinna wynosić 1 000 000 PLN w odniesieniu do każdej z ośmiu części, na jakie podzielono zamówienie. W rezultacie w celu złożenia oferty na całe zamówienie wykonawca musiał wykazać się wykonaniem usług o wartości co najmniej 8 000 000 PLN. W tej sprawie Izba zwróciła się do Trybunału z dziesięcioma pytaniami prejudycjalnymi.<sup>96</sup>

<sup>96</sup> Krajowa Izba Odwoławcza zadała Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania:

1. Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE można interpretować w ten sposób, że za „stosowne sytuacje”, w których wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, należy uznać każdą sytuację, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać? Czy też wskazanie, że wykonawca może polegać na zasobach innych, podmiotów, jedynie w „stosownych sytuacjach” należy uznać za ograniczenie wskazujące, że takie powoływanie się może następować jedynie wyjątkowo, a nie jako reguła przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?
2. Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE można interpretować w ten sposób, że poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia „niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań” oraz „dysponowanie zasobami” tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu) albo udział ten może polegać na „doradztwie”, „konsultacjach”, „szkoleniu” itp.? Czy też art. 48 ust. 3 należy interpretować w ten sposób, że podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?
3. Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE można interpretować w ten sposób, że wykonawca, który ma własne doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu (np. niewystarczającym dla złożenia oferty na wszystkie części zamówienia), może powoływać się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu?
4. Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE można interpretować w ten sposób, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może (lub nawet powinien) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?
5. Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zdolności innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3, w ramach którego nastąpi sumowanie zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają zdolności w zakresie wiedzy doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą?
6. A tym samym, czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na taką interpretację art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez instytucję zamawiającą może być jedynie formalne dla celów udziału w postępowaniu i niezależne od rzeczywistych kwalifikacji wykonawcy?
7. Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na to, by, w przypadku, gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wykonawca po złożeniu ofert, np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, zadeklarował, do



W swoich pytaniach od pierwszego do trzeciego oraz piątym i szóstym sąd odsyłający zwracał się o określenie przesłanek, które muszą być spełnione, aby wykonawca mógł polegać na zdolnościach innych podmiotów w rozumieniu art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz wyjaśnienie zasad udostępnienia niezbędnych zasobów przez takie podmioty, a zatem ich ewentualnego udziału w wykonaniu danego zamówienia. W pytaniu czwartym sąd odsyłający dążył do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma możliwość wskazania wyrażnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów. W pytaniu siódmym sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uwzględniła wnioski wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia, o wzięcie pod uwagę jego oferty do celów udzielenia wyłącznie niektórych części tego zamówienia. Natomiast poprzez pytania ósme i dziewiąte sąd odsyłający dążył do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik. Wreszcie poprzez pytanie dziesiąte sąd odsyłający chciał się dowiedzieć, czy przepisy dyrektywy 2004/18/WE mogą być interpretowane w świetle przepisów dyrektywy 2014/24/UE, mimo iż termin transpozycji tej ostatniej jeszcze nie upłynął, i w zakresie, w jakim przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie są sprzeczne z przepisami dyrektywy 2004/18/WE.

W wyroku Trybunał uznał, że na pytania od pierwszego do trzeciego oraz piąte i szóste należy odpowiedzieć, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że:

- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz
- nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu tego zamówienia.

Odpowiadając na pytanie czwarte, Trybunał stwierdził, że art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele,

---

której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu?

8. Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na unieważnienie przeprowadzonej aukcji i powtórzenie aukcji elektronicznej w przypadku, gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty?
9. Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku takiej aukcji bez jej powtarzania, w przypadku, gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik?
10. Czy przy interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18/WE dozwolone jest posługiwanie się treścią przepisów i preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, pomimo że nie upłynął czas na jej implementację, jako przesłanką interpretacyjną w zakresie, w jakim wyjaśnia ona pewne założenia i intencje ustawodawcy unijnego, a nie jest sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18/WE?

instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz względem nich proporcjonalne.

Na pytanie siódme Trybunał odpowiedział, iż wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się temu, by instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia, o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

Na pytania ósme i dziewiąte Trybunał odpowiedział, że wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.

W odpowiedzi na dziesiąte pytanie Trybunał uznał, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE nie mógł być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 nowej dyrektywy 2014/24/UE.

### **2.7.3. orzeczenie 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**

W sprawie, której dotyczył wniosek Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie, polski zamawiający, miasto Wrocław, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę północnej obwodnicy śródmiejskiej we Wrocławiu. Zamówienie było współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zawarł zapis, zgodnie z którym wykonawca był zobowiązany wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem. Instytucja Wdrażająca, Centrum Unijnych Projektów Transportowych (CUPT), w ramach czynności kontrolnych stwierdziła naruszenie polegające na ustaleniu przez zamawiającego procentowego ograniczenia podwykonawstwa i zdecydowała o nałożeniu korekty finansowej w wysokości 5% kwoty kosztów kwalifikowanych. Zamawiający odwołał się od tej decyzji do Ministra Rozwoju Regionalnego, który utrzymał w mocy decyzję CUPT. Zamawiający złożył skargę do WSA w Warszawie, który zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności procentowego ograniczenia podwykonawstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie przepisów dyrektywy 2004/18/WE. Dodatkowo, w przypadku stwierdzenia niedopuszczalności takiego ograniczenia, warszawski WSA chciał wiedzieć, jakie są skutki takiego ograniczenia w świetle zasad dokonywania korekt finansowych uregulowanych w rozporządzeniu nr 1083/2006<sup>97,98</sup>

Odnosząc się do kwestii dopuszczalności procentowego ograniczenia podwykonawstwa, Trybunał przypomniał, że w wyroku w sprawie C-314/01 *Siemens* Trybunał uznał, że zgodnie z art. 25 akapit

<sup>97</sup> rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.7.2006, str. 25)

<sup>98</sup> Polski sąd odsyłający przedłożył Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy w świetle art. 25 dyrektywy 2004/18/WE dopuszczalne jest określenie przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem?
2. W razie odpowiedzi negatywnej na pytanie pierwsze, czy skutkiem zastosowania wymogu opisanego w pytaniu pierwszym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest takie naruszenie przepisów prawa Unii Europejskiej, które uzasadnia konieczność dokonania korekty finansowej w trybie art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006/WE?

pierwszy dyrektywy 92/50/EWG 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.<sup>99</sup> W omawianym wyroku stwierdził jednak, że nie ma to zastosowania w przypadku klauzuli, która nakłada ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru odnośnych zadań. Zdaniem Trybunału we wszystkich tych aspektach taka klauzula okazuje się niezgodna z dyrektywą 2004/18/WE. Co więcej, w ocenie Trybunału taka klauzula byłaby niedopuszczalna nawet gdyby przyjąć, że stanowi warunek realizacji zamówienia w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18/WE, ze względu na niezgodność z cyt. dyrektywą, a zatem z prawem unijnym. W konsekwencji Trybunał uznał, że instytucja zamawiająca nie jest uprawniona do wymagania w drodze klauzuli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, by przyszły wykonawca tego zamówienia wykonał własnymi siłami pewną, określoną procentowo część robót objętych zamówieniem.

W odniesieniu do korekt finansowych uregulowanych w rozporządzeniu nr 1083/2006 Trybunał stwierdził, że okoliczność, że w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące projektu korzystającego z unijnej pomocy finansowej instytucja zamawiająca wymagała, aby przyszły wykonawca realizował siłami własnymi co najmniej 25% wskazanych robót, z naruszeniem dyrektywy 2004/18/WE, stanowi „nieprawidłowość” w rozumieniu art. 2 pkt 7 cyt. rozporządzenia, uzasadniającą konieczność dokonania korekty finansowej na mocy art. 98 tego rozporządzenia, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. Kwotę tej korekty należy określić przy uwzględnieniu wszystkich konkretnych okoliczności, które są istotne z punktu widzenia kryteriów wskazanych w art. 98 ust. 2 akapit pierwszy cyt. rozporządzenia, a mianowicie charakteru stwierdzonej nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz.

#### **2.7.4. orzeczenie z dnia 27 października 2016 r. w sprawie C-292/15 *Hörmann Reisen GmbH przeciwko Stadt Augsburg i Landkreis Augsburg*, ECLI:EU:C:2016:817**

W 2015 r. miasto i powiat Augsburg wszczęły postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi autobusowego przewozu osób na kilku liniach regionalnych. Zgodnie z warunkami zamówienia wskazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu wykonawcy mogli zlecić podwykonawcom do 30% stanowiących przedmiot zamówienia usług, liczonych w kilometrach według rozkładów jazdy. Hörmann Reisen GmbH, jeden z wykonawców zainteresowanych tym zamówieniem, odwołał się do Vergabekammer Südbayern, izby do spraw zamówień publicznych Południowej Bawarii, kwestionując zgodność takiego ograniczenia podwykonawstwa na gruncie dyrektywy 2004/18/WE. W ocenie odwołującego do przedmiotowego postępowania nie znajdowały zastosowania dopuszczające możliwość takiego ograniczenia podwykonawstwa przepisy rozporządzenia 1370/2007<sup>100</sup>. Vergabekammer zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności takiego ograniczenia na gruncie przepisów prawa unijnego.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> cyt. orzeczenie w sprawie *Siemens*, pkt 45

<sup>100</sup> rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. Urz. UE nr L 315 z 3.12.2007, str. 1; zob. także sprostowanie opublikowane w Dz. Urz. UE nr L 240 z 16.9.2015, str. 65)

<sup>101</sup> Niemiecki sąd odsyłający zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy w procedurze przetargowej na podstawie art. 5 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w związku z dyrektywą 2004/18/WE lub dyrektywą 2014/24/UE zastosowanie znajdują zasadniczo tylko przepisy tych dyrektyw, z tym skutkiem, że przepisy rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 stanowiące odstępstwo od powyższych dyrektyw muszą pozostać niezastosowane?
2. Czy w związku z tym dopuszczalność zlecania świadczeń podwykonawcom w procedurze przetargowej na podstawie art. 5 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w związku z dyrektywą 2004/18/WE lub dyrektywą 2014/24/UE należy oceniać wyłącznie na podstawie zasad określonych przez Trybunał w odniesieniu do dyrek-

Przede wszystkim Trybunał zwrócił uwagę, że w myśl art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia 1370/2007 zamówienia na usługi podlegają co do zasady przepisom tego rozporządzenia. Jednak na mocy art. 5 ust. 1 zdanie drugie tego rozporządzenia zamówienia na usługi publicznego transportu autobusowego i tramwajowego powinny być udzielane zgodnie z przepisami dyrektyw 2004/17/WE lub 2004/18/WE, chyba że przyjmują formę koncesji na usługi. Zgodnie z art. 5 ust. zdanie trzecie cyt. rozporządzenia, w przypadku gdy zamówienia na usługi publicznego transportu autobusowego i tramwajowego podlegają przepisom dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE, przepisy art. 5 ust. 2 do 6 rozporządzenia 1370/2007 nie mają zastosowania. Z brzmienia tych przepisów wynika, że przepisy art. 5 ust. 2 do 6 rozporządzenia 1370/2007 mają zastosowanie do umów dotyczących usług publicznego transportu autobusowego i tramwajowego jedynie w przypadku koncesji na usługi.<sup>102</sup> Przepis art. 5 ust. 1 zdanie drugie rozporządzenia 1370/2007 zawiera wyjątek od zasady ogólnej ustanowionej w art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze. Dokładny zakres tego wyjątku został określony w art. 5 ust. 1 zdanie trzecie, który stanowi, że zastosowania nie mają przepisy art. 5 ust. 2 do 6 rozporządzenia. Żaden inny przepis przytoczonego art. 5 lub rozporządzenia nr 1370/2007 nie rozszerza bardziej zakresu tego odstępstwa.<sup>103</sup>

Jak wynikało z postanowienia odsyłającego, przedmiotem spornego postępowania były usługi autobusowego przewozu osób, a tego rodzaju usługi podlegają co do zasady przepisom rozporządzenia 1370/2007. Jako że te usługi nie miały być udzielone w formie koncesji na usługi, do udzielenia tego zamówienia nie miały zatem zastosowania tylko przepisy art. 5 ust. 2–6 rozporządzenia nr 1370/2007, natomiast pozostałe przepisy tego rozporządzenia wciąż znajdowały zastosowanie.

W rezultacie Trybunał uznał, że art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia ma zastosowanie do tego zamówienia. Trybunał zwrócił uwagę, że dyrektywa 2004/18/WE miała ogólne zastosowanie, natomiast rozporządzenie nr 1370/2007 dotyczy jedynie usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego. Skoro zarówno art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia, jak i art. 25 dyrektywy 2004/18/WE zawierały uregulowania dotyczące podwykonawstwa, należało uznać, że pierwszy z tych przepisów stanowi przepis szczególny względem drugiego i jako taki ma przed nim pierwszeństwo.

W myśl art. 4 ust. 7 rozporządzenia 1370/2007 dokumenty przetargowe i umowy o świadczenie usług publicznych jasno określają, czy i w jakim zakresie dopuszczalne jest podwykonawstwo.

---

tywy 2004/18/WE lub dyrektywy 2014/24/UE oraz na podstawie przepisu art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, czy też instytucja zamawiająca w drodze odstępstwa także w wypadku takiej procedury przetargowej na podstawie art. 4 ust. 7 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 może ustanowić dla oferentów procentowy udział samodzielnego świadczenia (obliczony w kilometrach według rozkładu jazdy)?

3. Czy na wypadek, gdyby art. 4 ust. 7 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 miał zastosowanie do procedury przetargowej na podstawie art. 5 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 w związku z dyrektywą 2004/18/WE lub dyrektywą 2014/24/UE, instytucja zamawiająca w świetle motywu 19 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 ma swobodę określania udziału samodzielnego świadczenia, tak że wymóg udziału samodzielnego świadczenia w wysokości 70 % obliczony w kilometrach według rozkładu jazdy przez zamawiającego może być uzasadniony?

<sup>102</sup> szerzej na temat zakresu zastosowania rozporządzenia 1370/2007: Grith Skovgaard Ølykke, *Regulation 1370/2007 on Public Passenger Transport Services*, (2008) 17 P.P.L.R., str. NA84 oraz Mihalis Kekelekis, Ioana Eleonora Rusu, *The Award of Public Contracts and the Notion of „Internal Operator” under Regulation 1370/2007 on Public Passenger Transport Services by Rail and by Road*, (2010) 19 P.P.L.R., str. 198

<sup>103</sup> Na marginesie należy wskazać, że na gruncie dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE oraz 2014/23/UE relacje między dyrektywami w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji a rozporządzeniem 1370/2007 przedstawiają się analogicznie. W motywie 27 preambuły dyrektywy 2014/24/UE i w motywie 35 preambuły dyrektywy 2014/25/UE przypomniano, że dyrektywom w dziedzinie zamówień publicznych podlega udzielanie zamówień na usługi publicznego pasażerskiego transportu autobusowego lub tramwajowego, a rozporządzenie 1370/2007 znajduje zastosowanie do koncesji na usługi publicznego pasażerskiego transportu autobusowego lub tramwajowego, jak również do zamówień na usługi oraz koncesji na usługi w zakresie publicznego pasażerskiego transportu kolejją lub metrem. W konsekwencji dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE nie mają zastosowania do udzielania zamówień na usługi publicznego transportu pasażerskiego kolejją lub metrem. Z kolei dyrektywa 2014/23/UE w art. 10 ust. 3 in fine wyraźnie stanowi, że nie ma ona zastosowania do koncesji na usługi w zakresie transportu pasażerskiego w rozumieniu rozporządzenia 1370/2007.

Oznacza to, że przepisy rozporządzenia 1370/2007 przyznają w przypadku publicznych usług transportowych właściwym organom szeroki zakres uznania co do ograniczenia, a nawet wprowadzenia zakazu podwykonawstwa. Co więcej, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na zarządzanie i świadczenie usług w zakresie transportu pasażerskiego, jest zobowiązany do samodzielnego wykonywania znaczącej części publicznych usług transportu pasażerskiego. Inaczej mówiąc, w takim przypadku nie jest możliwe zlecenie usług podwykonawcom w całości. Jedynie wykonawca, któremu zlecono równocześnie projekt, budowę i zarządzanie usługami w zakresie transportu publicznego, może podzlecić świadczenia usług w całości podwykonawcom, o ile pełne podwykonawstwo zostanie dopuszczone w umowie. Umowa powinna także określać warunki, na jakich podwykonawstwo jest dopuszczalne.

W świetle powyższego, w ocenie Trybunału, skoro przepisy rozporządzenia 1370/2007 przewidują możliwość wprowadzenia całkowitego zakazu podwykonawstwa, tym bardziej umożliwiają jego znaczące ograniczenie. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że art. 4 ust. 7 rozporządzenia 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ustaliła na poziomie 70% udział samodzielnego świadczenia przez podmiot odpowiedzialny za prowadzenie i realizację świadczenia usługi publicznej autobusowego transportu pasażerskiego, takiej jak w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego.

#### **2.7.5. orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338**

W sprawie, o której była mowa wyżej w punkcie 2.6.3, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości między innymi z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi:

- możliwości polegania na zdolnościach podmiotów trzecich poprzez sumowanie zdolności dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności (pytanie czwarte)
- możliwości powoływania się przez członka konsorcjum na doświadczenie konsorcjum (pytanie piąte)

oraz

- możliwości powoływania się na dwie lub więcej umów jako na jedno zamówienie (pytanie siódme).

##### **pytanie czwarte**

W pytaniu czwartym sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy przepisy dyrektywy dopuszczają, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdyby instytucja zamawiająca uznała, że dane zamówienie jest niepodzielne i musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę.<sup>104</sup>

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał przede wszystkim przypomniał, że co do zasady dyrektywa umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile wykonawca powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie faktycznie dysponował zasobami, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Jednocześnie Trybunał już w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Swm Costruzioni*, uznał, że w przypadku zamówień wymagających kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów, instytucja zama-

<sup>104</sup> Czwarte pytanie Krajowej Izby Odwoławczej było następujące:

4. Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a oraz z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zasoby innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3, w ramach którego nastąpi sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które pojeдинczo nie posiadają wymaganej przez instytucję zamawiającą wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy doświadczenie to jest niepodzielne (tzn. warunek udziału w postępowaniu musi być spełniony przez wykonawcę w całości) oraz wykonanie zamówienia jest niepodzielne (stanowi jedną całość)?



wiąjąca może wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny.

W rezultacie na pytanie czwarte Trybunał odpowiedział, że art. 44 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem zamówienia oraz w stosunku do niego proporcjonalne.

#### **pytanie piąte**

Piąte pytanie Krajowej Izby Odwoławczej miało na celu ustalenie, czy dyrektywa dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia.<sup>105</sup>

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał podzielił stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej zawarte w przedstawionych w tej sprawie uwagach na piśmie, zgodnie z którym wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Co za tym idzie, wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

W konsekwencji w odpowiedzi na pytanie piąte Trybunał stwierdził, że art. 44 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

#### **pytanie siódme**

Siódme pytanie Krajowej Izby Odwoławczej miało na celu ustalenie, czy dyrektywa dopuszcza, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, mimo że instytucja zamawiająca w ogłoszeniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazała takiej możliwości.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Piąte pytanie zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą brzmiało:

5. Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a oraz z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy

<sup>106</sup> Siódme pytanie Krajowej Izby Odwoławczej brzmiało następująco:

7. Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a oraz z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się przez wykonawcę na posiadane doświadczenie, w ramach którego wykonawca powoła się łącznie na dwie lub więcej umów jako jedno zamówienie, pomimo że zamawiający w ogłoszeniu ani specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał takiej możliwości?



Odpowiadając na to pytanie, Trybunał stwierdził, że art. 44 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz w stosunku do nich proporcjonalnych.

## **2.8. Poprawianie i wyjaśnianie treści ofert oraz uzupełnianie i wyjaśnianie dokumentów**

### **2.8.1. orzeczenie 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**

W 2007 r. Národná diaľničná spoločnosť a.s. (NDS), spółka prawa handlowego w 100% kontrolowana przez państwo słowackie, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi poboru opłat na autostradach i niektórych innych drogach. W toku postępowania NDS zwróciła się do dwóch konsorcjów, SAG ELV Slovensko i Slovakpass, o przedstawienie wyjaśnień dotyczących złożonych ofert, a po otrzymaniu odpowiedzi zdecydowała o wykluczeniu obu konsorcjów z udziału w postępowaniu. Oba konsorcja odwołały się od tych decyzji zamawiającego najpierw do Úrad pre verejné obstarávanie, słowackiego urzędu właściwego w sprawach z zakresu zamówień publicznych, a następnie do sądu rejonowego w Bratysławie. W obu instancjach skargi odwołujących zostały oddalone. Najvyšší súd Slovenskej republiky, słowacki sąd najwyższy, do którego sprawa trafiła, przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości pytania prejudycjalne dotyczące warunków, na jakich instytucje zamawiające powinny lub mogą żądać od wykonawców wyjaśnienia złożonych ofert.<sup>107</sup>

Trybunał stwierdził w pierwszym rzędzie, że do sprawy będącej przedmiotem odesłania zastosowania nie znajduje przepis art. 51 dyrektywy 2004/18/WE uprawniający instytucje zamawiające do wezwania wykonawców do uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Trybunał zwrócił uwagę, że przedłożone pytania prejudycjalne w okolicznościach sprawy przed sądem krajowym dotyczą etapu oceny ofert, a zatem etapu następującego po selekcji podmiotowej wykonawców w dwuetapowej procedurze ograniczonej. Trybunał

<sup>107</sup> Słowacki sąd odsyłający zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy jest zgodna z dyrektywą 2004/18/WE w wersji obowiązującej w rozpatrywanym okresie, wykładnia, zgodnie z którą w świetle art. 51 i art. 2 tej dyrektywy, mając na uwadze zasady niedyskryminacji i przejrzystości przy udzielaniu zamówień publicznych, instytucja zamawiająca ma obowiązek zażądać udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty w poszanowaniu subiektywnego prawa procesowego jednostki do bycia wezwaną do uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 wspomnianej dyrektywy, w przypadku gdy dyskusyjne lub niejasne zrozumienie oferty uczestnika przetargu może prowadzić do jego wykluczenia z tego przetargu?
2. Czy jest zgodna z dyrektywą [2004/18/WE], w wersji obowiązującej w rozpatrywanym okresie, wykładnia, zgodnie z którą w świetle art. 51 i art. 2 tej dyrektywy na mocy zasad niedyskryminacji i przejrzystości przy udzielaniu zamówień publicznych instytucja zamawiająca nie ma obowiązku zażądania udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, w przypadku gdy instytucja ta uważa za ustalone, że nie są spełnione wymogi związane z przedmiotem zamówienia?
3. Czy jest zgodna z dyrektywą [2004/18/WE], w wersji obowiązującej w rozpatrywanym okresie, wykładnia, zgodnie z którą w świetle art. 51 i art. 2 tej dyrektywy na mocy zasad niedyskryminacji i przejrzystości przy udzielaniu zamówień publicznych instytucja zamawiająca nie ma obowiązku zażądania udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, w przypadku gdy instytucja ta uważa za ustalone, że nie są spełnione wymogi związane z przedmiotem zamówienia?
4. Czy jest zgodne z art. 55 dyrektywy [2004/18/WE] stanowisko instytucji zamawiającej, zgodnie z którym instytucja ta nie jest zobowiązana do zażądania od oferenta udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, i czy mając na uwadze sformułowanie pytania, jakie instytucja zamawiająca zadała skarżącym I i II w odniesieniu do rażąco niskiej ceny, skarżące miały możliwość wystarczającego zilustrowania podstawowych charakterystycznych parametrów przedstawionej oferty?

zaznaczył, że przepisy dyrektywy 2004/18/WE nie przewidują wyraźnie sposobu postępowania w przypadku stwierdzenia przez instytucję zamawiającą w ramach procedury ograniczonej, że złożona oferta wykonawcy jest niedokładna lub niezgodna z wymaganiami technicznymi zawartymi w specyfikacji. Zarazem z samej natury procedury ograniczonej wynika, że gdy zostanie dokonana selekcja wykonawców i złożone zostaną ich oferty, zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy wykonawców. Zasada równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacjom pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcami. W tym kontekście, gdyby instytucja zamawiająca zwróciła się do wykonawcy, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymaganiami zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, a następnie wybrała jego ofertę jako najkorzystniejszą, można by odnieść wrażenie, że instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych wykonawców i z naruszeniem zasady równego traktowania.

Niezależnie od powyższego Trybunał dopuścił w drodze wyjątku możliwość zwrócenia się do wykonawcy o poprawienie lub uzupełnienie oferty w pojedynczych aspektach w szczególności w sytuacji, gdy oferta wymaga zwykłego wyjaśnienia lub usunięcia oczywistych błędów rzeczowych, o ile wprowadzane zmiany nie prowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Jednocześnie podkreślił, że takie żądanie:

- może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez zamawiającego ze wszystkimi ofertami;
- powinno być skierowane bez różnicy do wszystkich wykonawców w podobnej sytuacji, o ile brak jest obiektywnie weryfikowalnych okoliczności uzasadniających odmienne traktowanie;
- powinno dotyczyć wszystkich niedokładnych lub niezgodnych z wymaganiami technicznymi elementów oferty.

W rezultacie na pytanie dotyczące wyjaśniania ofert niedokładnych lub niezgodnych z wymaganiami technicznymi określonymi w specyfikacji Trybunał odpowiedział w ten sposób, że przepis artykułu 2 dyrektywy 2004/18/WE nie sprzeciwia się przepisowi prawa krajowego, zgodnie z którym co do zasady instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od wykonawców udzielenia wyjaśnień treści ofert, z zastrzeżeniem że takie zmiany nie mogą prowadzić do zmiany tych ofert. Przy wykonywaniu wspomnianych uprawnień instytucja zamawiająca ma obowiązek traktowania wszystkich wykonawców w sposób równy i lojalny, nie faworyzując ani nie defaworyzując żadnego z nich.

Na marginesie trzeba wspomnieć, że pytania słowackiego sądu dotyczyły także wyjaśniania ofert zawierających rażąco niską cenę. W odpowiedzi na te pytania Trybunał przypomniał, że instytucje zamawiające mają obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie oferty w tym zakresie.<sup>108</sup>

## **2.8.2. orzeczenie z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser* przeciwko *Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647**

W 2008 r. duńskie ministerstwo edukacji wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi prowadzenia ośrodków doradztwa zawodowego. W toku postępowania oferty złożyły między innymi dwa uniwersytety, Syddansk Universitet, uniwersytet Południowej Danii, i Københavns Universitet, uniwersytet kopenhaski, oraz spółka Manova A/S. Na etapie selekcji podmiotowej wykonawców zamawiający zwrócił się do obu uniwersytetów o uzupełnienie złożonych dokumentów o brakujące sprawozdania finansowe, a oba uniwersytety uzupełniły brakujące dokumenty. Ostatecznie ministerstwo udzieliło zamówienia uniwersytetom. Manova A/S odwołała się od tej decyzji do Klagenævnet for Udbud, komisji odwoławczej w sprawach z zakresu zamówień publicznych, która uznała, że zamawiający nie był uprawniony do żądania uzupełnienia dokumentów przez uniwersytety, przez co naruszył

<sup>108</sup> por. w szczególności wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni* przeciwko *ANAS – Ente nazionale per le strade* i *Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA* (C-285/99) i *Impresa Ing. Mantovani SpA* przeciwko *ANAS - Ente nazionale per le strade* et *Ditta Paolo Bregoli* (C-286/99), ECLI:EU:C:2001:640, pkt 46 i nast.

zasadę równego traktowania wykonawców, i stwierdziła nieważność zawartych umów. Zamawiający zaskarżył tę decyzję do Østre Landsret, sądu najwyższego Wschodniej Danii, który zdecydował się zawiesić postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczenia wstępnego.<sup>109</sup>

W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał, że zasada równego traktowania wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie były traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.<sup>110</sup> Następnie, w oparciu o wyrok w sprawie *SAG ELV Slovensko*, podkreślił, że co do zasady instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co nie wyklucza możliwości poprawienia lub uzupełnienia szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów rzeczowych.<sup>111</sup> Jednocześnie Trybunał przypomniał wynikające z tego orzeczenia wymagania, jakie musi spełniać takie żądanie wyjaśnienia czy uzupełnienia oferty:

- może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez zamawiającego ze wszystkimi ofertami;
- powinno być skierowane bez różnicy do wszystkich wykonawców w podobnej sytuacji;
- powinno dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia;
- nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem nowej oferty;
- nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania wykonawcy lub wykonawców, do których zostało skierowane.

Tym samym w omawianym orzeczeniu Trybunał rozszerzył wymagania ustalone w wyroku w sprawie *SAG ELV Slovensko* dla poprawiania i wyjaśniania treści oferty na wyjaśnianie i uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zarazem Trybunał zaznaczył, że nie dotyczy to sytuacji, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał przedstawienia brakującego dokumentu lub informacji pod rygorem wykluczenia.

W rezultacie w odpowiedzi na pytanie duńskiego sądu odsyłającego Trybunał stwierdził, że zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu wykonawcy przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację wykonawcy, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

### **2.8.3. orzeczenie z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 *Cartiera dell'Adda SpA* przeciwko *CEM Ambiente SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345**

Sprawa, w której zapadło to orzeczenie, dotyczyła wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nieprzedłożenia oświadczenia, że wobec osoby wskazanej w ofercie jako dyrektor techniczny nie toczy się postępowanie karne ani nie została ona prawomocnie skazana. Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, regionalny sąd administracyjny w Lombardii, przed

<sup>109</sup> Duński sąd przedstawił Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy chroniona w prawie Unii Europejskiej zasada równego traktowania oznacza, że po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca nie może wezwać do przedstawienia wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu ostatniego sprawozdania finansowego, w sytuacji gdy kandydat nie załączył takiego dokumentu do swojego zgłoszenia?

<sup>110</sup> zob. orzeczenia z dnia 14 grudnia 2004 r.: w sprawie C-434/02 *Arnold André GmbH & Co. KG przeciwko Landrat des Kreises Herford*, ECLI:EU:C:2004:800, pkt 68 oraz w sprawie C-210/03 *The Queen, na wniosek Swedish Match AB i Swedish Match UK Ltd przeciwko Secretary of State for Health*, ECLI:EU:C:2004:802, pkt 70

<sup>111</sup> cyt. wyrok w sprawie *SAG ELV Slovensko*, pkt 36–40

którym zawisł spór, zawiesił postępowanie i skierował do Trybunału pytania dotyczące dopuszczalności takiego zachowania zamawiającego w świetle prawa unijnego.<sup>112</sup>

Trybunał w pierwszym rzędzie przypominał, że z wyroku w sprawie *Manova* wynika, że na instytucjach zamawiających spoczywa obowiązek ścisłego przestrzegania kryteriów, które same ustaliły, w związku z czym muszą one wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie dostarczy dokumentu lub informacji, których dostarczenie było w dokumentach zamówienia wymagane pod rygorem wykluczenia. Zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy wykonawcy mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, a zatem by oferty wszystkich wykonawców były poddane tym samym wymaganiom. Z kolei obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Stąd wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez wykonawców odpowiadają kryteriom i warunkom określonym dla zamówienia.<sup>113</sup>

W ocenie Trybunału przepis art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, stanowiący, że instytucja zamawiająca może wezwać wykonawcę do uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 tej dyrektywy, ani zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości nie mogą być interpretowane w ten sposób, że zezwalają na dopuszczenie jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentów zamówienia powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy. W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego nieprzedłożenie oświadczenia, że osoba wskazana w ofercie jako dyrektor techniczny nie jest przedmiotem postępowania karnego lub skazania, nie stanowiło czysto formalnej nieprawidłowości, która mogłaby podlegać uzupełnieniu zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Manova*. W takiej sytuacji, w ocenie Trybunału, instytucja zamawiająca nie mogła pozwolić wykonawcy na naprawienie tego braku po upływie terminu składania ofert.

W konsekwencji w orzeczeniu w tej sprawie Trybunał stwierdził, że zarówno zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości, jak i przepisy dyrektywy 2004/18/WE nie stoją na przeszkodzie wykluczeniu podmiotu gospodarczego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na tej podstawie, iż podmiot ten nie dochował określonego w dokumentach zamówienia obowiązku załączenia do oferty, pod rygorem wykluczenia, oświadczenia, że wobec osoby wskazanej w ofercie jako dyrektor techniczny nie toczy się postępowanie karne ani nie została ona prawomocnie skazana, nawet jeżeli po upływie terminu do składania ofert oświadczenie takie zostanie przekazane instytucji zamawiającej lub zostanie wykazane, że status dyrektora technicznego został przypisany tej osobie omyłkowo.

<sup>112</sup> Włoski sąd odsyłający skierował do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy wykładnia, w myśl której w przypadku, kiedy przedsiębiorstwo uczestniczące w postępowaniu przetargowym w swoim wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nie oświadczyło, że w stosunku do jego dyrektora technicznego nie toczą się postępowania ani nie zostały wydane wyroki, o których mowa w art. 38 ust. 1 lit. b) i c) dekretu ustawodawczego nr 163/2006, instytucja zamawiająca ma obowiązek nakazać wykluczenie tego przedsiębiorstwa, nawet jeśli udowodniło ono w sposób wiarygodny, iż określenie «dyrektor techniczny» zostało użyte wyłącznie w wyniku zwykłego błędu faktycznego, jest niezgodna z prawem wspólnotowym?
2. Czy wykładnia, w myśl której w przypadku, kiedy przedsiębiorstwo uczestniczące w postępowaniu przetargowym przedstawiło odpowiedni i wiarygodny dowód, że w stosunku do osób, w odniesieniu do których wymagane są oświadczenia wskazane w art. 38 ust. 1 lit. b) i c), nie toczą się postępowania ani nie zostały wydane wyroki tam przewidziane, instytucja zamawiająca ma obowiązek nakazać wykluczenie tego przedsiębiorstwa jako skutek nieprzestrzegania wymogów *lex specialis*, w oparciu o którą ogłoszony został przetarg, jest niezgodna z prawem wspólnotowym?

<sup>113</sup> por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 *Komisia Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA*, ECLI:EU:C:2004:236, pkt 108 i nast.

#### 2.8.4. orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338

W sprawie *Esaprojekt*, o której była mowa wyżej w punktach 2.6.3 i 2.7.5, w pytaniach od pierwszego do trzeciego sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy art. 51 dyrektywy 2004/18/WE w związku z jej art. 2 stoi na przeszkodzie temu, by po upływie terminu składania ofert wykonawca, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, przekazał zamawiającemu dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa w sprawie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia.<sup>114</sup>

Odpowiadając na trzy pierwsze pytania Krajowej Izby Odwoławczej, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepis art. 2 dyrektywy nie stoi na przeszkodzie poprawianiu lub uzupełnianiu szczegółów oferty, zwłaszcza jeśli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki, o ile zmiany wprowadzone w wyniku tego poprawiania lub uzupełniania nie prowadzą do rezultatu porównywalnego z przedstawieniem w istocie nowej oferty.<sup>115</sup> W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego Konsultant Komputer po upływie terminu składania ofert powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. W ocenie Trybunału takie wyjaśnienia nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki i stanowią w rzeczywistości istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.

Trybunał podzielił w tym zakresie stanowisko rzecznika generalnego Bobeka wyrażone w opinii przedstawionej w tej sprawie, zgodnie z którą takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania zamówienia.

<sup>114</sup> Pytania od pierwszego do trzeciego przedłożone Trybunałowi Sprawiedliwości przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej sprawie były następujące:

1. Czy art. 51 w związku z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać inne realizacje (tj. wykonane dostawy), niż wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, a w szczególności, czy może wskazać realizacje innego podmiotu, na korzystanie z zasobów którego nie wskazywał w ofercie?
2. Czy, w świetle orzeczenia Trybunału z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 *Manova*, z którego wynika, że „zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnego wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata”, art. 51 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że uzupełnianie dokumentów jest możliwe jedynie w zakresie dokumentów, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też, że Trybunał wskazał tylko jedną z możliwości, a uzupełnianie dokumentów możliwe jest także w innych przypadkach, np. poprzez dołączenie dokumentów, które nie istniały przed tym terminem, lecz które w sposób obiektywny mogą potwierdzić spełnienie warunku?
3. W przypadku odpowiedzi na pytanie 2. wskazującej, że możliwe jest uzupełnianie także dokumentów innych niż wskazane w orzeczeniu C-336/12 *Manova*, czy możliwe jest uzupełnianie dokumentów sporządzanych przez wykonawcę, podwykonawców lub inne podmioty, na których zdolności wykonawca się powołuje w przypadku, gdy nie zostały one przedstawione wraz z ofertą?

<sup>115</sup> por. wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Úrad pre verejnú obstarávanie*, ECLI:EU:C:2012:191, pkt 40; wyrok z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser przeciwko Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647, pkt 32 i 36 oraz wyrok wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/16 *PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 63 i nast.



wienia.<sup>116</sup> Zdaniem Trybunału, gdyby zamawiający dopuścił, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości.

W konsekwencji, w ocenie Trybunału, wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie jest przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Taki kierunek rozumowania wskazywał rzecznik generalny w swojej opinii, a Trybunał w wyroku podzielił to stanowisko.

Należy przyjąć, że stanowisko, jakie Trybunał zajął w tej sprawie, zachowuje swoją aktualność również na gruncie nowych unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. W świetle omawianego orzeczenia takie uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach.<sup>117</sup> Na marginesie warto zauważyć, że nowa dyrektywa w art. 63 ust. 1 akapit drugi reguluje przypadki, w których wykonawca powołuje się na zdolności podmiotów trzecich, które nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub podlegających wykluczeniu, nakazując wykonawcy zastąpienie podmiotu trzeciego w takiej sytuacji. Nowa dyrektywa nie przewiduje natomiast możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału przez wykonawcę, który w momencie składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach. W tym zakresie zastosowanie znajdzie zakaz sformułowany przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Esaprojekt*.

#### **2.8.5. orzeczenie 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**

W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na cyfryzację archiwum. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in. próbek mikrofilmu wraz z opisem metody mikrofilmowania i parametrami technicznymi, celem potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań zamawiającego. Po upływie terminu składania ofert wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik, zwrócili się do zamawiającego o zmianę złożonej z ofertą próbki mikrofilmu, podnosząc, że przez pomyłkę złożyli próbkę gorszej jakości. Zamawiający uznał nową próbkę za uzupełnienie dokumentów, a następnie odrzucił ofertę złożoną przez wykonawców Archus i Gama jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z uwagi na fakt, że do złożonej próbki nie dołączono informacji o metodzie mikrofilmowania ani parametrów technicznych. Jako najkorzystniejsza została wybrana konkurencyjna oferta

<sup>116</sup> por. opinia rzecznika generalnego Michała Bobeka przedstawiona w dniu 24 listopada 2016 r. w sprawie C- 387/16 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2016:899, pkt 30

<sup>117</sup> zob. także przepis art. 59 ust. 4 akapit drugi zdanie drugie dyrektywy 2014/24/UE



złożona przez Digital-Center sp. z o.o. Wykonawcy Archus i Gama wnieśli odwołanie od decyzji o odrzuceniu ich oferty oraz od decyzji o wyborze konkurencyjnej oferty jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, przed którą zawiśł spór, zdecydowała zawiesić toczące się postępowanie i zwróciła się do Trybunału z trzema pytaniami prejudycjalnymi, w tym dwoma dotyczącymi wykładni przepisów dyrektywy 2004/17/WE w kontekście:

- uzupełniania próbek (pytanie pierwsze) i
- zasadności zatrzymania wadium (pytanie drugie).

### **pytanie pierwsze**

W swoim pierwszym pytaniu Izba dążyła do ustalenia, czy prawo unijne sprzeciwia się temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wzywała oferentów do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, których ci oferenci nie dostarczyli w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń lub dokumentów w przypadku błędów, i ponadto żeby ta instytucja zamawiająca nie była obowiązana wskazać tym oferentom, że nie wolno im zmieniać treści przedłożonych ofert.<sup>118</sup>

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał przypomniał w pierwszej kolejności, że obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania wykonawców, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne, która oddaje istotę unijnych zasad udzielania zamówień publicznych, wymaga w szczególności, by wszyscy wykonawcy znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą. Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy wykonawcy mieli takie same szanse przy formułowaniu swoich ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom.

Ani prawo unijne, ani prawo krajowe nie pozostawia wątpliwości, że uzupełnianie i wyjaśnianie dokumentów przedmiotowych, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie może skutkować zmianą treści oferty. Na gruncie prawa unijnego wyraz tej zasadzie Trybunał Sprawiedliwości dał już w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *SAG ELV Slovensko*. Zdaniem Trybunału zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą a wykonawcą w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym, co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy wykonawcy.

W świetle powyższego, w odpowiedzi na pierwsze pytanie Trybunał stwierdził, że zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała wykonawcę do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Przepis ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała wykonawcę do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że:

---

<sup>118</sup> Pierwsze z pytań przedłożonych Trybunałowi Sprawiedliwości przez Izbę w tej sprawie brzmiało następująco:

1. Czy art. 10 dyrektywy 2004/17/WE można interpretować w ten sposób, że zamawiający może być zobowiązany do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie (tj. terminie wyznaczonym na złożenie ofert) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego „oświadczeń lub dokumentów” potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (które to pojęcie obejmuje także próbki przedmiotu zamówienia) albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego „oświadczenia lub dokumenty” zawierające błędy do złożenia brakujących lub korygujących błędy „oświadczeń lub dokumentów” (próbek) w wyznaczonym dodatkowym terminie bez ustanowienia zakazu, zgodnie z którym uzupełnione „oświadczenia lub dokumenty” (próbki) nie mogą zmieniać treści oferty?

- takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji,
- wszyscy wykonawcy będą traktowani równo i lojalnie

oraz

- tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

### **pytanie drugie**

Drugie pytanie Izby miało na celu ustalenie, czy prawo unijne sprzeciwia się temu, by w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca zatrzymała wniesione przez oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium, jeżeli oferent albo nie dostarczy dokumentów poświadczających, że jego oferta jest zgodna z określonymi przez instytucję zamawiającą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogami, ponieważ zmieniłyby one treść jego oferty, albo nie zgodzi się na poprawienie swojej oferty przez instytucję zamawiającą, co spowoduje, że jego oferta nie będzie mogła zostać wybrana.<sup>119</sup>

Ze względu na czysto hipotetyczny charakter tego pytania i brak związku ze sprawą Trybunał uznał je za niedopuszczalne.

## **2.9. Kryteria udzielenia zamówienia**

### **2.9.1. orzeczenie z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów, ECLI:EU:C:2012:284**

Holandia Północna, jedna z prowincji Królestwa Niderlandów, prowadziła w 2008 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, instalację i konserwację automatów do herbaty i kawy wraz z dostawą produktów używanych w tych automatach. Zamawiający wskazywał, że zależy mu na zwiększeniu stosowania produktów biologicznych i pochodzących z uczciwego handlu. W tym celu w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwoływał się do etykiet EKO i MAX HAVELAAR w kontekście specyfikacji technicznych, kryteriów selekcji podmiotowej wykonawców i kryteriów udzielenia zamówienia. W ocenie Komisji sposób, w jaki Holandia Północna odwołała się do wymienionych etykiet, nie dopuszczając rozwiązań równoważnych, stał w sprzeczności z przepisami dyrektywy 2004/18/WE. Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego Komisja, na podstawie art. 258 Traktatu, skierowała skargę do Trybunału, wnosząc o stwierdzenie, iż w szczególności przez to, że prowincja Holandii Północnej w ramach przedmiotowego zamówienia przy formułowaniu kryteriów udzielenia zamówienia odwołała się do tych etykiet, Królestwo Niderlandów uchybiło zobowiązaniom, które na nim ciążyły na mocy art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> Drugie z przedłożonych przez Krajową Izbę Odwoławczą Trybunałowi pytań w tej sprawie brzmiało następująco:  
2. Czy art. 10 dyrektywy 2004/17/WE można interpretować w ten sposób, że zamawiający może zatrzymać wadium wykonawcy, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie go przez zamawiającego do uzupełnienia nie złożył „dokumentów lub oświadczeń” (próbek) potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w sytuacji, gdy takie uzupełnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty lub nie wyraził zgody na poprawienie oferty przez zamawiającego, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej?

<sup>120</sup> Pozostałe zarzuty Komisji w tej sprawie dotyczyły tego, że prowincja Holandii Północnej w ramach spornego zamówienia:  
– w specyfikacjach technicznych wskazała etykiety MAX HAVELAAR i EKO bądź w każdym razie etykiety uwzględniające porównywalne lub identyczne kryteria;  
– w celu weryfikacji kwalifikacji wykonawców zastosowała kryteria i dowody odnoszące się do trwałości zakupów i społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw,  
czym Królestwo Niderlandów uchybiło zobowiązaniom, które na nim ciążyły na mocy, odpowiednio, przepisów art. 23 ust. 6 i 8 i art. 44 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE.

Etykieta EKO to prywatna etykieta niderlandzka przyznawana produktom składającym się przynajmniej w 95% z komponentów biologicznych. Przyznawana jest przez fundację niderlandzkiego prawa cywilnego mającą na celu promowanie upraw biologicznych.

Etykieta MAX HAVELAAR jest również prywatną etykietą przyznawaną przez niderlandzką fundację prawa cywilnego. Etykieta ta poświadcza, że produkty zostały zakupione od organizacji zrzeszających małych producentów z krajów rozwijających się, po uczciwej cenie i na uczciwych warunkach.

Komisja w swojej skardze podnosiła, po pierwsze, że tego rodzaju kryteria udzielenia zamówienia są niedopuszczalne z uwagi na brak związku z przedmiotem zamówienia, ponieważ nie dotyczą samych produktów, tylko ogólnej polityki wykonawcy, zwłaszcza w przypadku drugiej z wymienionych etykiet. Ponadto, zdaniem Komisji, tego rodzaju kryteria są niezgodne z zasadami równego dostępu, niedyskryminacji i przejrzystości, dyskryminując zwłaszcza wykonawców spoza Niderlandów oraz wykonawców, którzy nie dysponują tymi etykietami.

Trybunał, rozpatrując zarzuty Komisji w tym zakresie, w pierwszej kolejności wskazał następujące reguły rządzące kryteriami udzielenia zamówienia na gruncie prawa unijnego:

- dyrektywa 2004/18/WE w art. 53 ust. 1 lit. a) przewiduje, że kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej obejmuje różne kryteria gospodarcze i jakościowe, w tym aspekty środowiskowe i wymagania społeczne odpowiadające na potrzeby użytkowników i beneficjentów zamówień publicznych oraz innych osób;
- cyt. przepis dyrektywy 2004/18/WE wymaga, by kryteria udzielenia zamówienia były związane z przedmiotem zamówienia;
- zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości wymagają, by kryteria udzielenia zamówienia były obiektywne i gwarantowały obiektywne porównanie i ocenę ofert w warunkach konkurencji, nie przyznając instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody;<sup>121</sup>
- kryteria udzielenia zamówienia powinny być sformułowane w sposób umożliwiający wszystkim odpowiednio poinformowanym i dochowującym należytej staranności wykonawcom zapoznanie się z ich dokładnym zakresem i rozumienie ich w ten sam sposób.<sup>122</sup>

W tym kontekście Trybunał zwrócił uwagę, że etykieta EKO opiera się na metodzie produkcji biologicznej, korzystnej dla ochrony środowiska ze względu na istotne ograniczenia dotyczące używania nawozów i pestycydów, zaś etykieta MAX HAVELAAR ma na celu promowanie małych producentów z państw rozwijających się poprzez utrzymywanie z nimi stosunków handlowych, uwzględniających rzeczywiste potrzeby producentów, a nie tylko reguły rynkowe. Sporne kryteria dotyczyły zatem aspektów środowiskowych i społecznych przewidzianych w art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE.

Trybunał zauważył, że kwestionowane kryteria dotyczyły kawy, herbaty i dodatków, które miały być dostarczone w ramach zamówienia, a zatem nie odnosiły się do ogólnej polityki zakupowej wykonawców. Co więcej, w ocenie Trybunału, związek z przedmiotem zamówienia nie oznacza, że kryteria muszą dotyczyć materialnego elementu produktu; związek z przedmiotem zamówienia jest zachowany, gdy kryteria odnoszą się do procesu wytwarzania, produkcji czy pochodzenia produktu z uczciwego handlu. W świetle powyższego Trybunał stwierdził, że sporne kryteria udzielenia zamówienia pozostają w związku z przedmiotem zamówienia i uznał zarzut Komisji w tym zakresie za bezzasadny.

W dalszej kolejności Trybunał zajął się zbadaniem, czy to, że oznaczenie produktów objętych zamówieniem etykietami EKO lub MAX HAVELAAR miało prowadzić do przyznania określonej liczby punktów w ramach kryteriów udzielenia zamówienia, spełniało wymagania jasności i obiektyw-

<sup>121</sup> por. wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495, pkt 61

<sup>122</sup> zob. wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN AG i Wienstrom GmbH przeciwko Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:651, pkt 56 i nast.

ności. Trybunał przypomniał, że unijny prawodawca ustanowił następujące szczególne wymagania w odniesieniu do stosowania oznakowania w kontekście specyfikacji technicznych:

- z zasad równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty wynika, że specyfikacje techniczne:
  - powinny umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję,
  - muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia, oraz
  - powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić;
- dyrektywa 2004/18/WE w art. 23 ust. 6 akapit pierwszy dopuszczała powoływanie się na szczegółowe specyfikacje oznakowania, lecz nie na oznakowanie samo w sobie;
- przepis art. 23 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2004/18/WE, upoważniając instytucje zamawiające do uznania produktów i usług opatrzonych określonym oznakowaniem za zgodne ze specyfikacjami technicznymi wskazanymi w dokumentach zamówienia, zarazem zobowiązywał je do przyjęcia wszelkich innych odpowiednich dowodów, takich jak dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzany przez uznaną instytucję.

Wbrew stanowisku Królestwa Niderlandów, powyższe wymagania, będące wyrazem zasad równości, niedyskryminacji i przejrzystości, znajdują, w ocenie Trybunału, zastosowanie również w przypadku odniesień do oznakowania w kontekście kryteriów udzielenia zamówienia.

Trybunał zwrócił uwagę, że zamawiający dopiero w dodatkowych wyjaśnieniach do specyfikacji wskazał, że odesłanie do oznakowania EKO i MAX HAVELAAR dotyczyło także oznakowań równoważnych. W ślad za rzecznikiem generalnym Trybunał stwierdził, że w ramach informacji dodatkowych związanych ze specyfikacjami, o których mowa w art. 39 dyrektywy 2004/18/WE, instytucja zamawiająca nie może konwalidować zasadniczych błędów prawnych zawartych w warunkach zamówienia, gdyż warunki zamówienia od momentu, w którym są udostępniane potencjalnym wykonawcom, muszą być zgodne z prawem i nie mogą być poprawiane w istotnych aspektach na kilka dni przed ostatecznym terminem składania ofert.<sup>123</sup> W konsekwencji Trybunał uznał, że takie późniejsze doprecyzowanie w żadnym razie nie może kompensować braku precyzji przy ustalaniu kryteriów udzielenia zamówienia.

Z tego względu Trybunał doszedł do wniosku, iż przewidując w specyfikacji, że oznaczenie produktów objętych zamówieniem określonymi etykietami miało prowadzić do przyznania określonej liczby punktów w ramach kryteriów udzielenia zamówienia, lecz nie wyszczególniając przy tym kryteriów, na których opierają się owe etykiety, ani nie dopuszczając, by można było przedstawić każdy adekwatny dowód celem wykazania, że dany produkt spełnia te kryteria, prowincja Północnej Holandii ustanowiła kryterium udzielenia zamówienia niezgodne z art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE.

### **2.9.2. orzeczenie 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**

Sprawa, w której zapadł ten wyrok, dotyczyła ustanowienia przez zamawiającego wśród kryteriów udzielenia zamówienia kryterium uwzględniającego doświadczenie i ocenę życiorysów członków zespołu wyznaczonego do wykonania zamówienia. Portugalski zamawiający, Nersant, określił takie kryterium w prowadzonym w 2011 r. pod rządami dyrektywy 2004/18/WE postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi doradcze i szkoleniowe. Ambisig, jeden z wykonawców ubiegających się o to zamówienie, zakwestionował to kryterium jako niedopuszczalne kryterium pod-

<sup>123</sup> zob. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 15 grudnia 2011 r. w sprawie C-368/10 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, ECLI:EU:C:2011:840, pkt 71

miotowe odnoszące się do właściwości wykonawcy. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego sporne kryterium miało na celu ocenę konkretnego zespołu proponowanego do realizacji zamówienia, a doświadczenie takiego zespołu jest cechą charakterystyczną oferty, a nie wykonawcy.

Supremo Tribunal Administrativo, naczelný sąd administracyjny, przed którym zawisł spór, zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem dotyczącym dopuszczalności takiego kryterium na gruncie prawa unijnego.<sup>124</sup>

W pierwszym rzędzie Trybunał przypomniał, że w wyroku w sprawie *Lianakis*, orzekając jeszcze na gruncie dyrektywy 92/50EWG, Trybunał wskazał, że zamówienie jest udzielane przez instytucję zamawiającą na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia po sprawdzeniu kwalifikacji wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu. Chociaż jednocześnie przeprowadzenie sprawdzenia kwalifikacji wykonawców i udzielenia zamówienia nie jest teoretycznie wykluczone, to jednak obie te czynności są odrębnymi czynnościami i podlegają różnym przepisom, bowiem sprawdzenia kwalifikacji wykonawców instytucje zamawiające dokonują według kryteriów dotyczących możliwości ekonomicznych i finansowych oraz zdolności technicznych i zawodowych, natomiast zamówienia udziela się na podstawie kryteriów bądź najniższej ceny, bądź najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Instytucjom zamawiającym przysługuje stosunkowo szeroka swoboda wyboru do kryteriów udzielenia zamówienia, ale wybór ten musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Jako kryteria udzielenia zamówienia są więc wykluczone kryteria, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz są związane zasadniczo z oceną kwalifikacji wykonawców.<sup>125</sup>

Ponadto, jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie C-368/10 *Komisja przeciwko Niderlandom*, Trybunał przypomniał, że dyrektywa 2004/18/WE wymaga, by kryteria udzielenia zamówienia były związane z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Trybunału jakość wykonania zamówienia może zależeć w znacznym stopniu od doświadczenia zawodowego i wykształcenia osób wchodzących w skład zespołu wyznaczonego do jego realizacji, zwłaszcza w przypadku usług o charakterze intelektualnym, jak usługi doradcze i szkoleniowe. W takiej sytuacji kryterium dotyczące oceny zespołu proponowanego do realizacji zamówienia należy uznać za cechę charakterystyczną oferty i nie można mu odmówić związku z przedmiotem zamówienia.

W konsekwencji Trybunał odpowiedział na zadane pytanie w ten sposób, że przy udzielaniu zamówienia na świadczenie usług o charakterze intelektualnym, jak usługi doradcze i szkoleniowe, przepis art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE nie sprzeciwia się ustanowieniu przez instytucję zamawiającą kryterium mającego na celu ocenę zdolności proponowanych zespołów do wykonania tego zamówienia i uwzględniającego skład zespołów, a także doświadczenie i życiorysy ich członków.

W tym miejscu należy wskazać, że kryterium dotyczące doświadczenia i wykształcenia członków zespołu wyznaczonego do wykonania zamówienia nie jest kryterium o charakterze podmiotowym i pozostaje kryterium przedmiotowym. Ani poprzednio dyrektywa 2004/18/WE, ani obecnie dyrektywa 2014/24/UE nie dopuszcza stosowania kryteriów podmiotowych dotyczący właściwości wykonawcy jako kryteriów udzielenia zamówienia. Wnioski płynące z orzeczenia w sprawie *Lianakis* zachowują w tym zakresie swoją aktualność.

---

<sup>124</sup> Portugalski sąd odsyłający zadał Trybunałowi następujące pytanie:

Czy dla celów zamówienia na świadczenie usług o charakterze intelektualnym, kształcenia i doradztwa, jest zgodne z dyrektywą 2004/18/WE ustanowienie wśród czynników, które składają się na kryterium udzielenia zamówienia ofercie w przetargu publicznym, czynnika oceniającego ekipy konkretnie zaproponowane przez ubiegających się do wykonania zamówienia, biorącego pod uwagę odpowiedni skład tej ekipy udowodnione doświadczenie i ocenę życiorysów jej członków?

<sup>125</sup> orzeczenie z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon i Nikolaos Vlachopoulos przeciwko Dimos Alexandroupolis i innym*, ECLI:EU:C:2008:40, pkt 25–30



### 2.9.3. orzeczenie z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-6/15 *TNS Dimarso NV przeciwko Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2016:555

Region Flandrii prowadził w 2012 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie badania ankietowego na temat mieszkalnictwa i konsumentów rynku mieszkaniowego we Flandrii. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu kryteriami udzielenia zamówienia miały być jakość i cena, każde o wadze 50/100. Jak wynikało z protokołu postępowania, komisja przetargowa zastosowała skalę od oceny „bardzo dobrej” do „słabej”, między którymi mieściła się „zadowolająca”, w celu oceny kryterium jakości, zaś nie zastosowała skali do kryterium cenowego. TNS Dimarsio, jeden z wykonawców, który ubiegał się o to zamówienie, po ogłoszeniu wyników postępowania zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej, argumentując, że zamawiający nie poinformował wykonawców z wyprzedzeniem o metodzie oceny i regułach dotyczących ważenia kryteriów udzielenia zamówienia.

Raad van State, belgijska rada stanu, przed którą zawisł spór, zawiesiła postępowanie i przedłożyła Trybunałowi pytanie prejudycjalne dotyczące dopuszczalności takiego postępowania zamawiającego w świetle regulacji dyrektywy 2004/18/WE.<sup>126</sup>

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności podkreślił, że kryteria udzielenia zamówienia muszą być jasno określone już z chwilą wszczęcia postępowania.<sup>127</sup> Podobnie waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia powinna, co do zasady, zostać jasno ustalona z wyprzedzeniem<sup>128</sup> i nie może ulegać zmianie w toku postępowania. Jednocześnie z orzecznictwa Trybunału wynika możliwość późniejszego określenia przez instytucję zamawiającą współczynników wagi podkryteriów odpowiadających w istocie kryteriom i podkryteriom, o których poinformowano uprzednio wykonawców. Takie dookreślenie wagi podkryteriów musi jednak spełniać łącznie następujące warunki:

- nie zmienia określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia;
- nie zawiera elementów, które – gdyby były znane podczas przygotowania ofert – mogłyby mieć wpływ na treść ofert;
- nie zostało przyjęte z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby mieć skutek dyskryminujący wobec któregośkolwiek z wykonawców.<sup>129</sup>

Zarazem Trybunał zauważył, że ani art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, ani żaden inny przepis tej dyrektywy nie ustanawiał obowiązku podania przez instytucję zamawiającą do wiadomości potencjalnych wykonawców, w drodze publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, metody oceny stosowanej w celu dokonania oceny i sklasyfikowania ofert

<sup>126</sup> Belgijski sąd odsyłający zadał Trybunałowi następujące pytanie:

Czy art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE samodzielnie oraz w związku z zakresem – obowiązujących w kontekście zamówień publicznych i wynikających z prawa europejskiego – zasad równości traktowania i transparentności należy interpretować w ten sposób, że nawet w przypadku udzielenia zamówienia na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, instytucja ta jest wciąż zobowiązana do określenia i do zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumencie zamówienia metody przeprowadzania oceny lub reguł dotyczących ważenia, na podstawie których oferty będą oceniane w świetle kryteriów lub podkryteriów udzielenia zamówienia, niezależnie od ich przewidywalności, powszechności stosowania i zakresu?

lub  
Jeżeli taki ogólny obowiązek nie istnieje: czy istnieją okoliczności, takie jak m.in. zakres, nieprzewidywalność, czy nietypowość tychże reguł dotyczących ważenia, w których taki obowiązek jednak obowiązuje?

<sup>127</sup> por. omówiony wyżej wyrok w sprawie C-368/10 *Komisia Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, ECLI:EU:C:2012:284, pkt 56; zob. także orzeczenie z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 *SIAC Construction Ltd przeciwko County Council of the County of Mayo*, ECLI:EU:C:2001:553, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo

<sup>128</sup> chyba że w ocenie instytucji zamawiającej nie jest to możliwe; w takiej sytuacji instytucja zamawiająca ma obowiązek wskazania kryteriów udzielenia zamówienia w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego; por. art. 53 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2004/18/WE; zob. także art. 67 ust. 5 akapit trzeci dyrektywy 2014/24/UE

<sup>129</sup> zob. wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl i Viaggi di Maio Snc przeciwko ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia i Comune di Venezia*, ECLI:EU:C:2005:718, pkt 22–32



w świetle kryteriów udzielenia zamówienia i ich wagi, ustalonych uprzednio w dokumentacji zamówienia. Zdaniem Trybunału komisja przetargowa powinna posiadać pewną swobodę realizacji swego zadania, a tym samym może, nie zmieniając kryteriów udzielenia zamówienia określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, organizować swoją pracę w zakresie oceny i analizy przedstawionych ofert. Co za tym idzie, późniejsze ustalenie przez instytucję zamawiającą metody oceny, po publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi. Należy zatem przyjąć, że takie późniejsze ustalenie szczególnej metody oceny musi spełniać wskazane wyżej warunki dotyczące dookreślenia wagi podkryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

W sprawie będącej przedmiotem odesłania, w ocenie Trybunału, postępowanie zamawiającego mogło mieć wpływ na kryterium ceny, nadając mu rozstrzygającą wagę w odniesieniu do ofert klasyfikowanych w skali jakości. Do sądu krajowego powinno należeć sprawdzenie, czy waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia opublikowanych w ogłoszeniu o zamówieniu była faktycznie przestrzegana przez instytucję zamawiającą przy ocenie ofert.

Podsumowując, w wyroku w tej sprawie Trybunał stwierdził, że przepis art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należało interpretować w ten sposób, że przy zamówieniu publicznym na usługi, które ma być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, ta instytucja nie musi podać do wiadomości potencjalnych wykonawców szczególnej metody oceny stosowanej w celu dokonania oceny i sklasyfikowania ofert, ale metoda ta nie może skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi.

## **2.10. Warunki realizacji zamówienia**

### **2.10.1. orzeczenie z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13 Bundesdruckerei GmbH przeciwko Stadt Dortmund, ECLI:EU:C:2014:2235**

W 2013 r. miasto Dortmund prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi cyfryzacji dokumentów i konwersji danych miejskiego urzędu urbanistycznego. W ramach dodatkowych warunków umownych zamawiający wymagał od wykonawców podpisania oświadczenia zawierającego – wynikające z przepisów ustawy kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia o zagwarantowaniu poszanowania układów zbiorowych i standardu socjalnego oraz uczciwej konkurencji przy udzielaniu zamówień publicznych – zobowiązanie do zapłaty swoim pracownikom minimalnej stawki godzinowej w wysokości 8,62 EUR oraz do żądania od podwykonawców, aby i oni zobowiązali się do przestrzegania tej stawki minimalnej.

Bundesdruckerei GmbH, jeden z wykonawców zainteresowanych tym zamówieniem, który w przypadku uzyskania zamówienia zamierzał zlecić świadczenie usług polskiemu podwykonawcy, poinformował zamawiającego, że gdyby udzielono mu zamówienia, usługi stanowiące jego przedmiot byłyby wykonywane wyłącznie w innym państwie członkowskim przez podwykonawcę mającego siedzibę w tym państwie. Bundesdruckerei podniósł, że jego podwykonawca nie może się zobowiązać do przestrzegania minimalnego wynagrodzenia we wskazanej wysokości, ponieważ takie wynagrodzenie w Polsce nie wynika z układów zbiorowych ani obowiązujących przepisów rangi ustawowej, ani nie jest powszechne w stosunkach gospodarczych z uwagi na niższe koszty utrzymania, i zwrócił się do zamawiającego o potwierdzenie, że przedmiotowe zobowiązania nie znajdują zastosowania w przypadku takiego podwykonawcy. Zamawiający odpowiedział, że sporne zobowiązania wynikają z powszechnie obowiązujących przepisów ustawy kraju związkowego i nie można ich wyłączyć w przypadku podwykonawcy z siedzibą w innym państwie członkowskim świadczącego usługi w tym państwie. W tej sytuacji Bundesdruckerei zaskarżyła sporne postanowienia specyfikacji do Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg, izby odwoławczej w sprawach zamówień publicznych przy rządzie regionalnym w Arnsberg, podając w wątpliwość kwestię ich zgodności

z ustanowioną w art. 56 TfUE swobodą świadczenia usług. Vergabekammer zdecydowała się zawiesić postępowanie i wystąpiła do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.<sup>130</sup>

Trybunał, opierając się na wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *Dirk Rüffert*, przede wszystkim przypomniał, że wynikający z przepisów krajowych nakaz zapłaty minimalnego wynagrodzenia przez podwykonawców mających siedzibę w innym niż państwo instytucji zamawiającej państwie członkowskim, w którym minimalne stawki wynagrodzenia są niższe, stanowi dodatkowy ciężar gospodarczy, którego skutkiem może być powstrzymanie, utrudnianie lub zmniejszenie atrakcyjności wykonywania przez tych podwykonawców świadczeń w przyjmującym państwie członkowskim.<sup>131</sup> W związku z tym nakaz taki jak w postępowaniu głównym może stanowić ograniczenie w rozumieniu art. 56 TfUE. Jednocześnie Trybunał przyznał, że taki nakaz, co do zasady, może być uzasadniony celem ochrony pracowników. Niemniej jednak, w ocenie Trybunału, środek krajowy jak w postępowaniu będącym przedmiotem odesłania jest niewłaściwy, nieproporcjonalny i wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia tego celu z następujących powodów:

- nakaz ma zastosowanie tylko do zamówień publicznych, pomijając pracodawców działających na rynku prywatnym;
- nakaz dotyczy zapłaty płacy minimalnej odpowiadającej płacy wymaganej do zapewnienia godziwego wynagrodzenia pracownikom państwa członkowskiego instytucji zamawiającej w kontekście kosztów utrzymania w tym państwie, bez związku z kosztami utrzymania w państwie, w którym usługi stanowiące przedmiot zamówienia zostaną zrealizowane, pozbawiając podwykonawców mających siedzibę w innym państwie członkowskim przewagi konkurencyjnej.

Zdaniem Trybunału spornego nakazu nie można też uzasadniać celem stabilności systemów zabezpieczenia społecznego, bowiem nawet w sytuacji gdyby polscy pracownicy nie otrzymywali godziwego wynagrodzenia i w konsekwencji byli zmuszeni do skorzystania z pomocy społecznej, byłiby uprawnieni do korzystania z polskiego systemu pomocy socjalnej, z oczywistych względów nie obciążając niemieckiego systemu zabezpieczenia społecznego.

W konsekwencji w wyroku w tej sprawie Trybunał stwierdził, że w sytuacji, gdy wykonawca zamierza wykonać zamówienie publiczne przy wykorzystaniu wyłącznie pracowników zatrudnionych przez podwykonawcę z siedzibą w innym niż państwo instytucji zamawiającej państwie członkowskim, art. 56 TfUE sprzeciwia się stosowaniu przepisów państwa członkowskiego instytucji zamawiającej, zobowiązujących takiego podwykonawcę do zapłaty pracownikom minimalnego wynagrodzenia na poziomie przez przepisy prawa krajowego obowiązujące w państwie instytucji zamawiającej.

#### **2.10.2. orzeczenie z dnia 17 listopada 2015 r. C-115/14 *Regiopost GmbH & Co. KG przeciwko Stadt Landau in der Pfalz*, ECLI:EU:C:2015:760**

Również w 2013 r. miasto Landau in der Pfalz w Nadrenii Palatynacie prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pocztowe, w tym w szczególności usługi odbioru, transportu i doręczania przesyłek listowych i paczek. Podobnie jak w omówionej wyżej sprawie

<sup>130</sup> Niemiecki sąd odsyłający przedłożył Trybunałowi następujące pytanie:

Czy art. 56 TFUE i art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71/WE sprzeciwiają się przepisowi krajowemu lub warunkowi udzielenia zamówienia publicznego podmiotu zamawiającego, na skutek którego oferent, który chce otrzymać ogłoszone zamówienie publiczne, (1.) musi się zobowiązać wobec personelu zatrudnionego do wykonania zamówienia do zapłaty określonego w przepisie prawa wynagrodzenia wynikającego z układu zbiorowego lub minimalnego wynagrodzenia, oraz (2.) musi nałożyć takie samo zobowiązanie na zatrudnionego lub przewidywanego podwykonawcę i przedłożyć zamawiającemu odpowiednie oświadczenie podwykonawcy co do zobowiązania, jeżeli (a) przepis prawa przewiduje takie zobowiązanie tylko w odniesieniu do udzielania zamówień publicznych, a nie do udzielania zamówień prywatnych, oraz (b) podwykonawca ma siedzibę w innym państwie członkowskim Unii, a jego pracownicy pracują przy wykonywaniu świadczeń będących przedmiotem zamówienia wyłącznie w swoim kraju ojczystym?

<sup>131</sup> wyrok z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-346/06 *Dirk Rüffert przeciwko Land Niedersachsen*, ECLI:EU:C:2008:189, pkt 37

*Bundesdruckerei*, zamawiający wymagał od wykonawców podpisania oświadczenia zawierającego – wynikające z przepisów ustawy kraju związkowego Nadrenia Palatynat w sprawie zagwarantowania poszanowania układów zbiorowych i minimalnego wynagrodzenia przy udzielaniu zamówień publicznych – zobowiązanie do zapłaty swoim pracownikom minimalnej stawki godzinowej w wysokości 8,70 EUR oraz do żądania od podwykonawców, aby i oni zobowiązali się do przestrzegania tej stawki minimalnej. Regiopost GmbH & Co. KG, jeden z wykonawców ubiegających się o to zamówienie, nie złożył wymaganego oświadczenia i został wykluczony z udziału w postępowaniu. Regiopost odwołał się od decyzji o wykluczeniu do Vergabekammer Rheinland-Pfalz, izby odwoławczej w sprawach zamówień publicznych kraju związkowego Nadrenia Palatynat, która oddaliła odwołanie. Oberlandesgericht Koblenz, wyższy sąd krajowy w Koblencji, przed którym zawisł spór, zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności, w świetle prawa unijnego, takich wymagań i wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w przypadku ich niespełnienia.<sup>132</sup>

W pierwszym rzędzie Trybunał uznał, że przepisy prawa krajowego ustanawiające wymóg, by wykonawcy i podwykonawcy zobowiązali się wobec instytucji zamawiającej do wypłaty pracownikom mającym realizować dane zamówienie publiczne określone ustawowo minimalne wynagrodzenie, należy zakwalifikować jako warunek szczególnie związany z realizacją zamówienia dotyczący kwestii społecznych w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18/WE. Przytoczony przepis dopuszcza takie warunki realizacji zamówienia, pod warunkiem że są zgodne z prawem unijnym.

Analizując zgodność spornej regulacji z prawem unijnym, w tym w szczególności z dyrektywą 96/71/WE<sup>133</sup> i swobodą świadczenia usług wyrażoną w art. 56 TUE, Trybunał zwrócił uwagę na następujące elementy stanu faktycznego i prawnego:

- nakaz wynikał z przepisu rangi ustawowej w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret pierwsze dyrektywy 96/71/WE ustanawiającego minimalne stawki płacy w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy lit. c) tej dyrektywy;
- nakaz miał wprawdzie zastosowanie wyłącznie do zamówień publicznych, z pominięciem zleceń prywatnych, jednak miał zasadniczo ogólne zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych, bez względu na branżę; poza tym przesłanka powszechnego obowiązywania, zawarta w art. 3 ust. 8 dyrektywy 96/71/WE, znajduje zastosowanie wyłącznie do układów zbiorowych lub orzeczeń arbitrażowych w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret drugie tej dyrektywy;
- nakaz zapewniał minimalną ochronę socjalną, gdyż w czasie gdy miały miejsce okoliczności faktyczne w sprawie będącej przedmiotem odesłania, żadne inne uregulowania krajowe nie przewidywały dla branży usług pocztowych niższego wynagrodzenia minimalnego;

<sup>132</sup> Niemiecki sąd zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy art. 56 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług 1 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on przepisom prawa krajowego, które w sposób bezwzględny nakazują instytucji zamawiającej udzielać zamówień jedynie przedsiębiorcom, którzy we własnym imieniu jak i ich podwykonawców zobowiązują się na piśmie przy składaniu oferty do zapłaty ich pracownikom płacy minimalnej ustalonej przez państwo w przypadku publicznych, lecz już nie prywatnych zamówień, gdy brak jest ustawowo ustalonej powszechnie obowiązującej płacy minimalnej oraz układu zbiorowego wiążącego potencjalnego wykonawcę zamówienia oraz ewentualnych podwykonawców?  
W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:
2. Czy prawo Unii dotyczące zamówień publicznych, w szczególności dyrektywę 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 2 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ono przepisom krajowym takim jak § 3 ust. 1 zdanie trzecie LTTG przewidującym obowiązkowe wykluczenie oferty w przypadku niezłożenia przez podmiot gospodarczy już na etapie składania oferty odrębnego oświadczenia, iż w przypadku udzielenia zamówienia zobowiązuje się do określonego działania, do którego w przypadku udzielenia zamówienia byłby zobowiązany na podstawie umowy nawet bez złożenia tego oświadczenia?

<sup>133</sup> dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz. Urz. WE L18 z 21.1.1997, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 05, t. 2, str. 431)

- nakaz, mimo że stanowił dodatkowy ciężar gospodarczy, którego skutkiem mogło być powstrzymanie, utrudnienie lub zmniejszenie atrakcyjności świadczenia usług w innym państwie członkowskim, mógł być uzasadniony celem w postaci ochrony praw pracowniczych.

W rezultacie Trybunał uznał, że art. 26 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu jednostki administracji regionalnej państwa członkowskiego, takiemu jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nakazuje oferentom i ich podwykonawcom przedstawienie przy składaniu oferty pisemnego zobowiązania do zapłaty pracownikom zatrudnionym przy realizacji usług stanowiących przedmiot tego zamówienia publicznego minimalnego wynagrodzenia określonego przez wspomniane uregulowanie.

Odpowiadając z kolei na pytanie dotyczące dopuszczalności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie złożył wymaganego oświadczenia zawierającego sporne zobowiązanie, w świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie pierwsze Trybunał doszedł do wniosku, że art. 26 dyrektywy 2004/18/WE nie sprzeciwia się uregulowaniu państwa członkowskiego przewidującemu sankcję wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku wykonawców i ich podwykonawców, którzy odmówią złożenia wraz z ofertą takiego oświadczenia.

## 2.11. Procedury odwoławcze

Przepisy dyrektyw odwoławczych, tj. dyrektywy 89/665/EWG<sup>134</sup> i dyrektywy 92/13/EWG<sup>135</sup> zmienionych dyrektywą 2007/66/WE<sup>136</sup>, także były wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości.<sup>137</sup> W okresie objętym niniejszym opracowaniem na szczególną uwagę zasługują orzeczenia, w których Trybunał zajął się uprawnieniem wykonawcy do wniesienia odwołania, a także wyrok dotyczący opłat związanych z korzystaniem przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej.

### 2.11.1. orzeczenie z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 *Fastweb SpA przeciwko Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, ECLI:EU:C:2013:448

Azienda Sanitaria Locale di Alessandria w 2010 r. udzieliła spółce zależnej Telecom Italia zamówienia na usługi telekomunikacyjne linii przesyłania danych i linii telefonicznych w oparciu o umowę ramową zawartą wcześniej przez CNIPA, krajowy ośrodek informatyki w administracji. Fastweb, inny wykonawca będący stroną tej umowy ramowej, wniósł odwołanie do Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Piemonte, regionalnego sądu administracyjnego w Piemontcie, a Telecom Italia przystąpiła do tego postępowania, wnosząc odwołanie wzajemne. Prawidłowość oferty każdego z wykonawców została zakwestionowana przez jego konkurenta z uwagi niezgodność ze specyfikacją zamówienia. Wskutek zbadania przez TAR zgodności obu ofert ze specyfikacją zamówienia okazało się, że obie oferty powinny zostać odrzucone, a postępowanie o udzielenie zamówienia – unieważnione. Tymczasem zgodnie z zasadą prawną wyrażoną w orzeczeniu z dnia 7 kwietnia 2011 r. wydanym w pełnym składzie przez Consiglio di Stato, włoską radę stanu, rozpatrzenie odwołania wza-

<sup>134</sup> dyrektywa 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. WE L 395 z 30.12.1989, str. 33; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 06, t. 1, str. 246)

<sup>135</sup> 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; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 06, t. 1, str. 315)

<sup>136</sup> dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy 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)

<sup>137</sup> zob. w szczególności Constant De Koninck, Peter Flamey, *European Public Procurement Law Part II - Remedies. The European Public Procurement Remedies Directives and 15 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Texts and Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009 r., str.53 i nast. oraz cytowane tam orzecznictwo

jemnego zmierzającego do podważenia legitymacji strony wnoszącej odwołanie główne z uwagi na okoliczność, że została ona nieprawidłowo dopuszczona do udziału w spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia, musi koniecznie poprzedzać rozpatrzenie odwołania głównego, nawet jeżeli strona ta ma instrumentalny interes w powtórzeniu całego postępowania przetargowego oraz niezależnie od liczby oferentów, którzy uczestniczyli w tym postępowaniu, rodzaju zarzutu przywołanego na poparcie odwołania wzajemnego i wymogów zainteresowanego organu administracji. W rezultacie odwołanie wzajemne kwestionujące legitymację strony wnoszącej odwołanie główne powinno być zawsze rozpatrywane jako pierwsze, nawet wtedy, gdy jest tylko dwóch wykonawców, tj. wykonawca, którego oferta nie została wybrana, wnoszący odwołanie główne, i wykonawca, którego oferta została wybrana, wnoszący odwołanie wzajemne.

W tej sytuacji piemoncki TAR zawiesił postępowanie i przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości pytanie prejudycjalne dotyczące dopuszczalności stosowania takiej zasady na gruncie prawa unijnego.<sup>138</sup>

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał w pierwszym rzędzie przypomniał, że już w orzeczeniu w sprawie *Hackermüller* Trybunał stwierdził, że decyzja, na mocy której instytucja zamawiająca odrzuca ofertę oferenta jeszcze przed przystąpieniem do wyboru oferty najkorzystniejszej, stanowi decyzję, od której, zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG, przysługuje odwołanie, gdyż przepis ten znajduje zastosowanie do wszystkich decyzji przyjętych przez instytucje zamawiające, które są objęte zasadami prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, i nie przewiduje on żadnego ograniczenia co do charakteru i treści tych decyzji. W związku z tym odmowa dostępu do procedur odwoławczych, z uwagi na brak legitymacji, wykonawcy, którego oferta została odrzucona jeszcze przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, prowadziłaby do pozbawienia tego wykonawcy nie tylko prawa do odwołania od kwestionowanej przez niego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, lecz również prawa do zakwestionowania zasadności jego wykluczenia. W przypadku przyznania takiemu wykonawcy prawa do kwestionowania zasadności wykluczenia w ramach postępowania odwoławczego dotyczącego decyzji o wyborze oferty i udzieleniu zamówienia, nie jest przecież wykluczone, że w wyniku tego postępowania organ odwoławczy uzna, że jego wykluczenie było uzasadnione, w związku z czym nie poniósł on ani nie mógł ponieść szkody w wyniku kwestionowanej decyzji o wyborze oferty i udzieleniu zamówienia. W każdym razie wykonawcy, który wniósł odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, nie można pozbawić prawa do zakwestionowania w tym samym postępowaniu zasadności jego wcześniejszego wykluczenia z udziału w postępowaniu.<sup>139</sup>

Trybunał zauważył, że w sprawie będącej przedmiotem odesłania sąd krajowy stwierdził, że oferta, która została wybrana jako najkorzystniejsza, powinna była zostać odrzucona ze względu na niezgodność ze specyfikacją zamówienia. W takiej sytuacji, zdaniem Trybunału, odwołanie wzajemne wykonawcy, którego oferta została wybrana, nie może prowadzić do odrzucenia odwołania wykonawcy, który wniósł odwołanie główne, skoro prawidłowość obu ofert jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach. W tych okolicznościach każdy z wykonawców może powoływać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia konku-

<sup>138</sup> Włoski sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

Czy zasady równości stron, niedyskryminacji i ochrony konkurencji w ramach zamówień publicznych, o których mowa w dyrektywie 89/665/EWG zmienionej po raz ostatni dyrektywą 2007/66/WE, wykluczają «żywe» prawo wynikające z orzeczenia Consiglio di Stato obradującej w pełnym składzie nr 4 z 2011 r., zgodnie z którym rozpatrzenie odwołania wzajemnego zmierzającego do podważenia legitymacji wnoszącego odwołanie poprzez zakwestionowanie dopuszczenia go do postępowania przetargowego musi koniecznie poprzedzać rozpatrzenie odwołania i ma znaczenia prejudycjalne względem badania odwołania, nawet jeżeli wnoszący odwołanie ma instrumentalny interes w powtórzeniu całego postępowania przetargowego i niezależnie od liczby uczestników przetargu, ze szczególnym odniesieniem do przypadku, w którym pozostało tylko dwóch uczestników przetargu (tzn. wnoszący odwołanie i wnoszący odwołanie wzajemne, któremu udzielono zamówienia publicznego) dążących do wykluczenia konkurenta z uwagi na niespełnienie w złożonych ofertach minimalnych wymogów stanowiących o odpowiednim charakterze ofert?

<sup>139</sup> wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Werner Hackermüller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)*, ECLI:EU:C:2003:359, pkt 24–29



rencyjnych ofert, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.

W konsekwencji na zadane pytanie Trybunał odpowiedział, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że reguła pierwszeństwa rozpatrzenia odwołania wzajemnego nie może mieć zastosowania w sytuacji takiej jak w sprawie będącej przedmiotem odesłania. Inaczej mówiąc, jeżeli w ramach postępowania odwoławczego wykonawca, któremu udzielono zamówienia i który wniósł odwołanie wzajemne, podnosi oparty na braku legitymacji zarzut niedopuszczalności odwołania głównego ze względu na fakt, że oferta wykonawcy, który wniósł odwołanie główne, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to dyrektywa 89/665/EWG sprzeciwia się temu, aby odwołanie główne zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania zarzutu niedopuszczalności, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności ze specyfikacją zarówno oferty wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, jak i oferty wykonawcy, który wniósł odwołanie.

## **2.11.2. orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airget SpA*, ECLI:EU:C:2016:199**

Sprawa, w której zapadł ten wyrok, dotyczyła, w pierwszej kolejności, zgodności z prawem unijnym utrwalonej w orzecznictwie włoskich sądów reguły pierwszeństwa rozpatrzenia odwołania wzajemnego, zgodnie z którą w postępowaniach, w których złożone zostało zarówno odwołanie główne, jak i odwołanie wzajemne, sąd powinien najpierw badać odwołanie wzajemne, a w razie stwierdzenia jego zasadności powinien stwierdzić niedopuszczalność odwołania głównego bez badania jego zasadności. Ponadto sąd krajowy zastanawiał się nad uprawnieniami poszczególnych izb sądu do występowania do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi oraz nad zgodnością z prawem unijnym przepisów, na mocy których każda zasada prawa sformułowana przez pełen skład Consiglio di Stato, włoskiej rady stanu, jest wiążąca dla wszystkich izb i składów orzekających tego sądu, również w sytuacji, kiedy jest oczywiste, że pełen skład sformułował lub mógł sformułować zasadę sprzeczną lub niespójną z prawem Unii Europejskiej.<sup>140</sup>

<sup>140</sup> Włoski sąd odsyłający przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy zasady sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 w odniesieniu do konkretnych okoliczności będących przedmiotem tamtego odesłania prejudycjalnego, w których w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówień publicznych uczestniczyły tylko dwa przedsiębiorstwa, mają zastosowanie, ze względu na istotne podobieństwo spornego stanu faktycznego, również w rozpatrywanym przez Consiglio [di Stato] przypadku, w którym przedsiębiorstwa uczestniczące w przetargu, choć dopuszczone w liczbie większej niż dwa, zostały wszystkie wykluczone przez podmiot zamawiający, przy czym wykluczenie to nie zostało zaskarżone przez przedsiębiorstwa inne niż biorące udział w niniejszej sprawie, tak iż spór toczący się przed Consiglio [di Stato] jest ograniczony tylko do dwóch przedsiębiorstw?
2. Czy – w odniesieniu do kwestii, które mogą zostać rozstrzygnięte na podstawie prawa Unii Europejskiej – z wykładnią tego prawa, a szczególnie z art. 267 TFUE, sprzeczny jest art. 99 ust. 3 codice del processo amministrativo (włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego), w zakresie, w jakim owo uregulowanie procesowe czyni wiążącym dla wszystkich izb i składów orzekających Consiglio di Stato każdą zasadę prawa sformułowaną przez pełen skład, również w sytuacji, kiedy jest oczywiste, że pełen skład sformułował lub mógł sformułować zasadę sprzeczną lub niespójną z prawem Unii Europejskiej; w szczególności:
3. czy rozpatrując sprawę izba lub skład orzekający Consiglio di Stato, jeżeli mają wątpliwości co do zgodności lub spójności z prawem Unii Europejskiej zasady sformułowanej wcześniej przez pełen skład, są zobowiązane przekazać temu ostatniemu, w drodze uzasadnionego postanowienia, skargę do rozstrzygnięcia, nawet zanim jeszcze będą mogły dokonać odesłania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, aby stwierdził zgodność i spójność [z prawem europejskim] spornej zasady prawnej, czy też izba lub skład orzekający mogą lub raczej powinny, w charakterze sądu ostatniej instancji, skierować, jako sąd powszechny prawa Unii Europejskiej, pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w celu uzyskania prawidłowej wykładni prawa Unii Europejskiej;
4. czy – w razie, gdyby w odpowiedzi na postawione powyżej pytanie zostało stwierdzone, że każda izba i każdy skład orzekający Consiglio di Stato mają możliwość/obowiązek skierować bezpośrednio do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej lub, w każdym przypadku, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał orzeczenie, zwłaszcza jeżeli nastąpiło to po obradach pełnego składu Consiglio di Stato, stwierdzając istnienie rozbieżności lub niepełnej zgodności pomiędzy prawidłową wykładnią prawa Unii Europejskiej i zasadą prawa wewnętrznego sformułowaną przez pełen skład – każda izba lub skład orzekający Consiglio di Stato jako



Odnosząc się do reguły pierwszeństwa rozpatrzenia skargi wzajemnej, Trybunał w pierwszym rzędzie przypomniał, że na mocy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG środki ochrony prawnej w dziedzinie zamówień publicznych muszą być dostępne co najmniej dla każdego, kto ma, względnie miał, interes w uzyskaniu danego zamówienia i kto poniósł szkodę lub był narażony na jej poniesienie w wyniku zarzucanego naruszenia. Zarazem w wyroku w sprawie *Hackermüller*<sup>141</sup> Trybunał potwierdził, że przepisy dyrektywy nie zobowiązują państw członkowskich do przyznania uprawnienia do wniesienia odwołania każdemu podmiotowi, który byłby zainteresowany uzyskaniem zamówienia publicznego, ale pozwala im dodatkowo wymagać, by podmiot legitymowany do wniesienia odwołania poniósł szkodę lub był narażony na jej poniesienie w wyniku domniemanego naruszenia. Jednocześnie w tym samym orzeczeniu Trybunał stwierdził, że skuteczność przepisów dyrektywy odwoławczej byłaby zagrożona, gdyby podmiotowi, który kwestionuje wybór oferty najkorzystniejszej, organ odwoławczy mógł odmówić dostępu do procedur odwoławczych na tej podstawie, że instytucja zamawiająca popełniła błąd, nie wykluczając tego wykonawcy i nie odrzucając jego oferty na wcześniejszym etapie postępowania. W takich okolicznościach, gdyby organ odwoławczy odmówił takiemu podmiotowi legitymacji procesowej, oznaczałoby to nie tylko odmowę dostępu do odwołania od wyboru oferty najkorzystniejszej, ale również uniemożliwienie mu podważenia podstawy wykluczenia podniesionej przez organ odwoławczy przy odmowie uznania go za podmiot, który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

W omówionym wyżej wyroku w sprawie *Fastweb* Trybunał uznał, że jeżeli w ramach postępowania odwoławczego wykonawca, któremu udzielono zamówienia i który wniósł odwołanie wzajemne, podnosi zarzut niedopuszczalności odwołania głównego oparty na braku legitymacji z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy, który wniósł odwołanie główne, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przepis art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG sprzeciwia się temu, aby odwołanie główne zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania tego zarzutu niedopuszczalności, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności ze specyfikacją obu ofert, tj. zarówno oferty wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, jak i oferty wykonawcy, który wniósł odwołanie.

W omawianym wyroku w sprawie *PFE* Trybunał podkreślił, że wyrok w sprawie *Fastweb* konkretyzuje sformułowane w dyrektywie odwoławczej wymagania dotyczące dostępności środków ochrony prawnej w sytuacji, gdy dwóch wykonawców wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia. W takiej sytuacji każdy z dwóch wykonawców ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z wykonawców może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu wykonawców i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z wykonawców mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób

---

sąd powszechny ostatniej instancji prawa Unii Europejskiej mogą lub powinny bezpośrednio stosować prawidłową wykładnię prawa Unii Europejskiej, jakiej dokonał Trybunał Sprawiedliwości, czy też również w takich wypadkach są ona zobowiązane przekazać skargę, uzasadnionym postanowieniem, do rozstrzygnięcia przez pełen skład, w efekcie pozostawiając jego wyłącznej ocenie i dyskrecjonalnemu uznaniu zastosowanie prawa Unii Europejskiej już sformułowanego w sposób wiążący przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej;

5. wreszcie, czy egzekucja systemu postępowania administracyjnego Republiki Włoskiej, w którym ewentualna decyzji o dokonaniu odesłania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości – lub też tylko rozstrzygnięcie sprawy, podczas gdy stanowi ono bezpośrednią konsekwencję zastosowania zasad prawa Unii, które zostały już sformułowane Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – pozostawiona jest wyłącznej ocenie pełnego składu, nie jest sprzeczna nie tylko z zasadą rozsądnego czasu trwania postępowania i szybkiego postępowania odwoławczego dotyczącego procedur udzielania zamówień publicznych, lecz również z wymaganiem, aby prawo Unii Europejskiej było w pełni i szybko stosowane przez każdy sąd we wszystkich państwach członkowskich, w sposób bezwzględnie zgodny z jego prawidłową wykładnią ustaloną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, również w celu maksymalnego rozszerzenia zasad tzw. „skuteczności” i pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej przed prawem (nie tylko materialnym, lecz również procesowym) wewnętrznym danego państwa członkowskiego (w tym wypadku przed art. 99 ust. 3 codice del processo amministrativo Republiki Włoskiej)?

<sup>141</sup> cyt. wyrok w sprawie *Hackermüller*, pkt 18, 23 i 26

otrzymać to zamówienie. W ocenie Trybunału wykładnia dokonana przez Trybunał w wyroku *Fastweb* ma zastosowanie również w sytuacji takiej, jak opisana w odesłaniu prejudycjalnym. Trybunał podkreślił w tym kontekście, że każdy z uczestników sporu ma równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert konkurentów. Jak zauważył rzecznik generalny Wathelet w swojej opinii w tej sprawie,<sup>142</sup> nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw unieważnienia ofert odwołującego w postępowaniu głównym i podmiotu, któremu udzielono zamówienia, spowoduje również wadliwość wszystkich złożonych ofert, co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Trybunału liczba uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak liczba jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżność zarzutów podnoszonych w odwołaniach nie mają znaczenia dla stosowania zasady prawnej wynikającej z wyroku *Fastweb*.

### **2.11.3. orzeczenie 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**

W 2012 r. wiedeński uniwersytet zasobów naturalnych i nauk biologicznych wszczął w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi eksploatacji, konserwacji i renowacji technicznego wyposażenia budynków i wyposażenia laboratorium. Negocjacje były początkowo prowadzone z konsorcjum *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH i Caverion Österreich GmbH* oraz ze spółką *Vamed*. Konsorcjum zostało następnie wykluczone z udziału w postępowaniu ze względu na niewniesienie wadium. Odwołanie konsorcjum od decyzji o wykluczeniu zostało w dwóch instancjach oddalone. W 2014 r. zamawiający udzielił tego zamówienia spółce *Vamed*. Konsorcjum odwołało się również od decyzji o udzieleniu zamówienia. W pierwszej instancji to odwołanie zostało odrzucone ze względu na jego wcześniejsze prawomocne wykluczenie i, tym samym, brak interesu w uzyskaniu zamówienia. W drugiej instancji sprawa trafiła do *Verwaltungsgerichtshof*, który zawiesił postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi uprawnienia do wniesienia odwołania przez wykonawcę prawomocnie wykluczonego z udziału w postępowaniu w świetle orzeczenia w sprawie *Fastweb*.<sup>143</sup>

Trybunał zwrócił uwagę, że w sprawie *Fastweb*, jak również w sprawie *PFE*, każdy z wykonawców kwestionował prawidłowość oferty konkurenta w ramach tego samego postępowania odwoławczego od decyzji o udzieleniu zamówienia i to w takiej sytuacji każdy z nich mógł się powołać na równoważny interes w postaci wykluczenia drugiego wykonawcy, nawet jeśli miałyby to prowadzić do konieczności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Poza

<sup>142</sup> opinia rzecznika generalnego przedstawiona w dniu 23 kwietnia 2015 r. w sprawie C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA*, ECLI:EU:C:2015:263, pkt 37

<sup>143</sup> Austriacki sąd odsyłający zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy, mając na względzie zasady sformułowane w wyroku Trybunału z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 *Fastweb SpA*, art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady nr 89/665/EWG, zmienionej przez dyrektywę 2007/66/WE należy interpretować w ten sposób, że oferentowi, którego oferta została ostatecznie odrzucona przez instytucję zamawiającą, i który w związku z tym nie jest zainteresowanym oferentem, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia (decyzji o zawarciu umowy ramowej) i o zawarciu umowy (obejmującej wymagane na podstawie art. 2 ust. 7 dyrektywy prawo do przyznania odszkodowania), mimo że oferty złożyli tylko dwaj oferenci i oferta wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, powinna być, zgodnie z twierdzeniem niezainteresowanego oferenta, również zostać odrzucona?  
W razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi przeczącej:
2. Czy, mając na względzie zasady wynikające z wyroku Trybunału z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 *Fastweb SpA*, art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że podmiotowi niebędącemu zainteresowanym oferentem (zgodnie z art. 2a dyrektywy) powinien zostać przyznany dostęp do odwołania tylko wtedy:
  - a) gdy z akt postępowania odwoławczego jednoznacznie wynika, że oferta wybranego oferenta nie jest prawidłowa?
  - b) gdy oferta wybranego oferenta nie jest prawidłowa ze względu na takie same podstawy?

tym ani w sprawie *Fastweb*, ani w sprawie *PFE*, żaden z wykonawców nie został wykluczony z udziału w postępowaniu. Tymczasem w omawianej sprawie odwołujący został prawomocnie wykluczony z udziału w postępowaniu i nie może być uznany za zainteresowanego wykonawcę w rozumieniu art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG. W związku z tym na zadane pytania Trybunał odpowiedział w ten sposób, że przepis art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby wykonawcy wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu tego zamówienia publicznego, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została wybrana, a zdaniem wykluczonego wykonawcy oferta zwycięskiego wykonawcy również powinna być zostać odrzucona.

#### **2.11.4. orzeczenie 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**

W sprawie, o której był wyżej mowa w punkcie 2.8.5, trzecie z pytań prejudycjalnych skierowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą Trybunału Sprawiedliwości dotyczyło wykładni przepisów dyrektywy 92/13/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE w zakresie legitymacji procesowej do wniesienia odwołania w dziedzinie zamówień publicznych.

W swoim pytaniu Izba zmierzała do ustalenia, czy pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG dotyczy danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub samego przedmiotu zamówienia, które ma zostać udzielone po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przedstawiono tylko dwie oferty, a oferentowi, którego oferta została odrzucona, mógłby przysługiwać interes w uzyskaniu odrzucenia oferty drugiego oferenta, a w konsekwencji wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.<sup>144</sup>

Podobnie jak w omówionych wyżej orzeczeniach w sprawie *Fastweb* i w sprawie *PFE*, odpowiadając na to pytanie, Trybunał zwrócił uwagę, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu oferty pozostałych wykonawców, celem uzyskania zamówienia. Wykluczenie jednego z wykonawców może bowiem, po pierwsze, doprowadzić do tego, że inny wykonawca uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie wszystkich oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio uzyskać zamówienie. W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z wykonawców i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony wykonawca odwołał się do sądu odsyłającego od obu tych decyzji. W odwołaniu odrzucony wykonawca wniósł o wykluczenie oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana, ze względu na niezgodność jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W takiej sytuacji należy uznać, że wykonawcy, który wniósł odwołanie, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty.

<sup>144</sup> Trzecie pytanie Krajowej Izby Odwoławczej w tej sprawie było następujące:

3. Czy art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG zmienionej dyrektywą 2007/66/WE należy interpretować w ten sposób, że „dane zamówienie”, o którym mowa w tym przepisie w części „interes w uzyskaniu danego zamówienia” oznacza „dane, prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego” (tu: ogłoszone ogłoszeniem z 3 czerwca 2015 r.), czy też „dany przedmiot zamówienia” (tu: usługa cyfryzacji dokumentacji archiwum zamawiającego), niezależnie od tego, czy w konsekwencji uwzględnienia odwołania zamawiający zobowiązany będzie unieważnić prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnie rozpocząć kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego?

W konsekwencji Trybunał uznał, że pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG może, w przypadku takim jak w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego, dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyby w efekcie rozpoznania odwołań okazało się, że wszystkie złożone w toku postępowania oferty podlegają odrzuceniu.

Stanowisko Trybunału w tym zakresie wynika z przysługującego wykonawcy, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, uprawnienia do zaskarżenia tej decyzji zamawiającego. Omawiany wyrok w sprawie *Archus et Gama* wpisuje się w ugruntowaną linię orzecniczą zapoczątkowaną wyrokiem w sprawie *Hackermüller*, w którym Trybunał stwierdził, że nie można odmówić prawa do wniesienia odwołania od decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykluczonemu z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego oferta została odrzucona, bez umożliwienia temu wykonawcy zakwestionowania podstaw jego wykluczenia i odrzucenia jego oferty.

W omówionym w punkcie 2.11.1 orzeczeniu w sprawie *Fastweb* Trybunał uznał, że w sytuacji gdy w toku postępowania odwoławczego wykonawca, któremu udzielono zamówienia i który wniósł odwołanie wzajemne, podnosi zarzut niedopuszczalności oparty na braku legitymacji odwołania głównego z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy, który wniósł odwołanie, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, prawo unijne sprzeciwia się temu, aby odwołanie główne zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania zarzutu niedopuszczalności podniesionego w odwołaniu wzajemnym, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności ze specyfikacją obu ofert. W ocenie Trybunału odwołanie wzajemne wybranego wykonawcy nie może prowadzić do odrzucenia odwołania wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, w sytuacji gdy prawidłowość obu ofert jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach, gdyż w takiej sytuacji, każdy z oferentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia konkurenta.

W omówionym w punkcie 2.11.2 wyroku w sprawie C-689/13 *PFE* Trybunał podkreślił, że liczba uczestników postępowania o udzielenie spornego zamówienia publicznego, podobnie jak liczba jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżności w podnoszonych w odwołaniach zarzutów nie mają znaczenia dla stosowania zasady prawnej wynikającej z cyt. wyroku w sprawie *Fastweb*.

Z kolei w omówionym w punkcie 2.11.3 wyroku w sprawie *Technische Gebäudebetreuung* Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonemu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu tego zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wybrany wykonawca, a zdaniem wykluczonego wykonawcy oferta wybranego wykonawcy również powinna była zostać odrzucona.

Podsumowując, w świetle przytoczonego orzecznictwa Trybunału, dyrektywa odwoławcza zakazuje uznania za niedopuszczalne odwołania głównego wniesionego przez odrzuconego wykonawcę na podstawie uprzedniego badania zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności obu ofert z wymaganiami technicznymi specyfikacji warunków zamówienia. Inaczej mówiąc, wykonawcy kwestionującemu decyzję zamawiającego dotyczącą jego wykluczenia przysługuje uprawnienie do zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji, w przypadku gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z wykonawców i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony wykonawca, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania odrzucenia oferty zwycięskiego wykonawcy. W takiej sytuacji pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG może obejmować ewentualne wszczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyby w efekcie rozpoznania odwołań okazało się, że wszystkie złożone w toku postępowania oferty podlegają odrzuceniu.

**2.11.5. orzeczenie z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych C-439/14 i C- 488/14 S.C. *Star Storage SA i in. przeciwko Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (INCI) i in.*, ECLI:EU:C:2016:688**

W obu sprawach, których dotyczyły wnioski rumuńskich sądów, podstawowym problemem były wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym, w szczególności z przepisami art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665/EWG oraz art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13/EWG, zmienionych dyrektywą 2007/66/WE, przepisów krajowych, które uzależniają dopuszczalność wszelkich środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiających od wywiązania się przez wnoszącego środek zaskarżenia z obowiązku ustanowienia na rzecz instytucji zamawiającej tzw. „gwarancji należytego postępowania”.<sup>145</sup>

Instytucja „gwarancji należytego postępowania” została uregulowana przepisami art. 271<sup>1</sup> i art. 271<sup>2</sup> rumuńskiego dekretu rządowego nr 34/2006 dotyczącego udzielania zamówień publicznych. W myśl art. 271<sup>1</sup> ust. 1 cyt. dekretu rządowego w celu zabezpieczenia instytucji zamawiającej przed ryzykiem ewentualnego niewłaściwego zachowania skarżący wpłaca gwarancję należytego postępowania za cały okres od dnia złożenia odwołania, wniosku lub skargi do dnia, w którym decyzja organu odwoławczego staje się ostateczna lub wyrok właściwego organu sądowego staje się prawomocny. Na podstawie ust. 2 tego przepisu odwołanie, wniosek lub skarga zostają odrzucone, w przypadku gdy skarżący nie przedstawi dowodu na wpłacenie gwarancji przewidzianej w ust. 1. Na mocy art. 271<sup>1</sup> ust. 3 gwarancja jest wnoszona w formie przelewu bankowego lub instrumentu gwarancyjnego wydanego przez bank lub zakład ubezpieczeń i musi zachować ważność przez okres 90 dni. Zgodnie z art. 271<sup>1</sup> ust. 4 wysokość gwarancji wynosi 1% wartości szacunkowej zamówienia, lecz nie więcej niż 10 000 EUR w przypadku robót budowlanych poniżej progów unijnych, zaś powyżej progów unijnych – 25 000 EUR w przypadku dostaw i usług oraz 100 000 EUR w przypadku robót. Rumuński Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 15 stycznia 2015 r. uznał za niekonstytucyjne przepisy art. 271<sup>2</sup> ust. 1 i 2 cyt. dekretu rządowego, które przewidywały, że gwarancja należytego postępowania podlegała przepadkowi na rzecz instytucji zamawiającej w przypadku gdy odwołanie zostało oddalone, a także gdy odwołujący wycofał odwołanie. Natomiast wyrokiem z dnia 4 listopada 2015 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność z rumuńską konstytucją przepisów art. 271<sup>1</sup> ust. 5 cyt. dekretu rządowego, który przewidywał bezwarunkową zapłatę gwarancji na pierwsze żądanie instytucji zamawiającej w przypadku oddalenia odwołania, wniosku lub skargi.

Warto zwrócić uwagę, że omawiana gwarancja wpłacana jest niezależnie od wadium, które zostało uregulowane w art. 43<sup>1</sup> cyt. dekretu i wynosi 2% wartości szacunkowej zamówienia. Co więcej, obowiązek ustanowienia tej gwarancji na rzecz zamawiającego powstaje niezależnie od obowiązku wniesienia opłaty od odwołania czy skargi wnoszonych do sądu.

Trybunał podzielił zdanie rzecznik generalnej Sharpston<sup>146</sup>, że omawiana gwarancja należytego postępowania, jako wstępny warunek zbadania zasadności środka prawnego, stanowi ograniczenie prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem w rozumieniu art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, które może być zasadne tylko wtedy, gdy jest przewidziane ustawą, szanuje istotę tego prawa i – z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności – jest konieczne oraz faktycznie odpowiada celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię Europejską lub potrzebie ochrony praw i wolności innych osób.

<sup>145</sup> Rumuński sąd odsyłający zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:

Czy przepisy art. 1 ust. 1 akapit trzeci i ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG zmienionej dyrektywą 2007/66/WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych, które uzależniają dostęp do postępowań odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających od obowiązku złożenia uprzednio „gwarancji należytego postępowania”, ustanowionej w art. 271<sup>1</sup> i art. 271<sup>2</sup> [Ordonanța de urgență a Guvernului (dekretu rządu)] nr 34/2006?

<sup>146</sup> zob. opinia rzecznik generalnej Eleanor Sharpston przedstawiona w dniu 28 kwietnia 2016 r. w tych sprawach, ECLI:EU:C:2016:307, pkt 37



Celem wprowadzenia instytucji „gwarancji należytego postępowania” było, zgodnie z deklaracją rządu rumuńskiego, zapobieganie nadużywaniu środków ochrony prawnej skutkującemu opóźnieniami w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych. W ślad za rzecznik generalną Trybunał uznał, że zwalczanie nadużywania środków zaskarżenia stanowi cel zgodny z prawem, przyczyniający się nie tylko do osiągnięcia celów dyrektyw 89/665/EWG i 92/13/EWG, ale także – w szerszym kontekście – do prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości. W ocenie Trybunału *środek w postaci gwarancji należytego postępowania* jest odpowiedni do realizacji tego celu, ponieważ zniechęca do wnoszenia środków zaskarżenia, które są oczywiście bezzasadne lub których jedynym celem jest opóźnienie procedury udzielenia zamówienia. Zarazem, w kontekście stwierdzenia niekonstytucyjności przepisów o zatrzymaniu gwarancji w przypadku oddalenia i cofnięcia odwołania oraz zapłaty gwarancji na pierwsze żądanie zamawiającego, nie wykracza poza to, co jest niezbędne do realizacji zamierzonego celu. Zdaniem Trybunału wysokość gwarancji, określona procentowo i jednocześnie ograniczona kwotowo, stanowi stosunkowo niewielkie obciążenie finansowe, może przybrać formę gwarancji bankowej i musi być ustanowiona jedynie na okres między wniesieniem środka zaskarżenia a jego ostatecznym, względnie prawomocnym rozstrzygnięciem.

W konsekwencji Trybunał stwierdził, że przepisy art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665/EWG i art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13/EWG należy w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak sporne przepisy w postępowaniach głównych, które uzależniają dopuszczalność wszelkich środków odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających od wywiązania się przez wnoszącego odwołanie z obowiązku ustanowienia na rzecz instytucji zamawiającej gwarancji należytego postępowania, jeżeli gwarancja ta jest zwracana odwołującemu niezależnie od wyniku postępowania odwoławczego.

## **2.12. Zamówienia o wartości poniżej progów stosowania dyrektyw**

### **2.12.1. orzeczenie z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2010:214**

W sprawie T-258/06 Republika Federalna Niemiec, popierana przez Republikę Francuską, Republikę Austrii, Rzeczpospolitą Polską, Królestwo Niderlandów, Parlament Europejski, Republikę Grecką oraz Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w charakterze interwenientów, wniosła o stwierdzenie nieważności *Komunikatu wyjaśniającego Komisji dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych* (Dz. Urz. UE nr C 179 z 1.8.2006, str. 2), dalej: Komunikat. Skarżąca i interwenienci argumentowali, że Komisja przekroczyła swoje kompetencje, ustanawiając w Komunikacie w odniesieniu do udzielania zamówień o wartości poniżej progów stosowania dyrektyw i zamówień na tzw. usługi niepriorytetowe nowe regulacje i obowiązki, które nie znajdują uzasadnienia w przepisach unijnego prawa pierwotnego ani orzecznictwie Trybunału w tym zakresie. Skarżąca, popierana przez interwenientów, zwróciła uwagę na następujące nowe, w ich ocenie, regulacje i obowiązki wynikające z treści Komunikatu:

- obowiązek uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu
- szczegółowe reguły dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia
- przeniesienie przewidzianych dyrektywami wyjątków od obowiązku uprzedniej publikacji na grunt zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo nimi objęte
- wszczęcie postępowania o stwierdzenie naruszenia w trybie przewidzianym wówczas art. 226 TWE, obecnie art. 258 TfUE, w przypadku nieprzestrzegania wytycznych zawartych w Komunikacie.



Celem ustalenia, czy Komunikat poprzestaje na jasnym wyrażeniu postanowień dotyczących swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, zasad niedyskryminacji i równego traktowania oraz proporcjonalności, a także przejrzystości i wzajemnego uznawania znajdujących zastosowanie do zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, czy też ustanawia on szczególnie lub nowe obowiązki w stosunku do tych postanowień i zasad oraz, co za tym idzie, czy skarga jest dopuszczalna, Sąd postanowił zbadać, czy treść Komunikatu wywołuje wiążące skutki prawne. Odnosząc się kolejno do reguł wskazanych w Komunikacie, doszedł do wniosku, że wszystkie wynikają z orzecznictwa Trybunału.

W odniesieniu do zarzutu pierwszego dotyczącego obowiązku uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, Sąd zwrócił uwagę, że Trybunał w sposób niezmienny orzeka, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala na zagwarantowanie przestrzegania tych zasad. Obowiązek ten polega na zapewnieniu odpowiedniego poziomu jawności, rozumianego jako ogłoszenie na odpowiednią skalę, umożliwiające otwarcie rynku na konkurencję oraz kontrolę bezstronności postępowań w sprawie udzielenia zamówienia.<sup>147</sup> Udzielanie zamówień powinno odbywać się w warunkach przejrzystości pozwalających przedsiębiorstwom mającym siedzibę w państwach członkowskich innych niż państwo zamawiającego na uzyskanie odpowiednich informacji dotyczących zamówienia przed jego udzieleniem i ewentualne wyrażenie zainteresowania jego uzyskaniem.<sup>148</sup> W ocenie Sądu takie warunki zapewnia uprzednia publikacja ogłoszenia o zamówieniu.

Następnie Sąd przeanalizował szczegółowe reguły dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia, których dotyczył drugi zarzut skargi.

Odnosząc się do obowiązku dokonania niedyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia, Sąd przypomniał, że wynika on już z orzeczenia w sprawie *Vestergaard*<sup>149</sup>, w którym Trybunał uznał, że niezamieszczenie wyrażenia „lub równoważny” po wskazaniu w specyfikacji warunków zamówienia określonego produktu może nie tylko zniechęcić podmioty gospodarcze stosujące analogiczne do tego produktu systemy do złożenia oferty, lecz również stanowić przeszkodę w przepływie przywozowym w ramach wewnątrzwspólnotowej wymiany handlowej, w sposób niezgodny z art. 28 TWE (obecnie art. 34 TfUE), poprzez zastrzeżenie zamówienia wyłącznie dla oferentów zamierzających zastosować konkretnie wskazany produkt.

Odnosnie do obowiązku zapewnienia równego dostępu wykonawców ze wszystkich państw członkowskich Sąd zwrócił uwagę, że równy dostęp do rynku zamówień publicznych wynika wprost z zasad swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, a w szczególności z zasady równego traktowania wyrażonej w zawartym w art. 12 TWE (obecnie art. 18 TfUE) zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

W odniesieniu do zasady wzajemnego uznawania Sąd przypomniał, że jest ona nierozdzielnie związana z podstawowymi zasadami traktatowymi.

<sup>147</sup> zob. w szczególności wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 *Unitron Scandinavia A/S i 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab przeciwko Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, ECLI:EU:C:1999:567, pkt 31; wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG, przy udziale Herold Business Data AG*, ECLI:EU:C:2000:669, pkt 61 i nast.; wyrok z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) przeciwko Stadt Wien*, ECLI:EU:C:2002:379, pkt 45; wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605, pkt 49; wyrok 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 21

<sup>148</sup> por. orzeczenie z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*, ECLI:EU:C:2005:487, pkt 21

<sup>149</sup> postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard przeciwko Spøttrup Boligselskab*, ECLI:EU:C:2001:654, pkt 21

Odnosnie do obowiązku ustalenia odpowiednich terminów umożliwiających zainteresowanym wykonawcom z innych państw członkowskich przygotowanie i złożenie oferty w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia Sąd przypomniał, że zasada swobody świadczenia usług i zasada niedyskryminacji mają na celu ochronę interesów wykonawców, którzy zamierzają wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w innym państwie członkowskim, oraz unikanie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych wykonawców przez zamawiających przy udzielaniu zamówień publicznych.<sup>150</sup> Zbyt krótkie terminy mogłyby utrudnić udział wykonawców zagranicznych w postępowaniu.

W odniesieniu do obowiązków przejrzystego i obiektywnego podejścia oraz ograniczania liczby wykonawców zapraszanych do składania ofert jedynie w oparciu o obiektywne kryteria Sąd przypomniał, że te wymagania również mają na celu zapewnienie wszystkim potencjalnym wykonawcom równych szans przy sporządzaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert i wynikają z zasad równego traktowania i przejrzystości.

Podobnie odnosząc się do obowiązku prowadzenia negocjacji w sposób gwarantujący wszystkim wykonawcom równy dostęp do informacji i wykluczający nieuzasadnione uprzywilejowanie niektórych z nich, jak również obowiązku zapewnienia zgodności ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia z regułami proceduralnymi ustanowionymi na początku postępowania oraz zasadami niedyskryminacji i równego traktowania, Sąd uznał, że nie wykraczają one poza obowiązki wynikające z Traktatu.

Trzeci zarzut skargi dotyczył przeniesienia na grunt zamówień o wartości poniżej progów stosowania dyrektyw i zamówień na usługi niepriorytetowe wyłączeń spod obowiązku uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu ustanowionych w dyrektywach w dziedzinie zamówień publicznych. Sąd zwrócił w tym zakresie uwagę, że Komunikat nie wyklucza dopuszczalności innych odstępstw od obowiązku uprzedniej publikacji ogłoszenia, o ile takie odstępstwa będą zgodne z zasadami traktatowymi.

Wreszcie w ramach czwartego zarzutu skarżąca podnosiła, że o wiążącym charakterze Komunikatu świadczy zapowiedź wszczęcia przewidzianej w Traktacie procedury o stwierdzenie naruszenia w przypadku nieprzestrzegania zawartych w nim wytycznych. Sąd zauważył, że istotnie wszczęcie przez Komisję procedury o stwierdzenie naruszenia jest jak najbardziej możliwe za każdym razem, gdy państwo członkowskie nie przestrzega zasad traktatowych przy udzielaniu zamówień publicznych, w tym zamówień o wartości poniżej progów stosowania dyrektyw i zamówień na usługi niepriorytetowe. Taka zapowiedź nie wywołuje jednak żadnych skutków prawnych i nie ma mocy wiążącej. Co więcej, w toku procedury przewidzianej w przepisach art. 226 do 228 TWE (obecnie art. 258–260 TfUE) ustalenie praw i obowiązków państw członkowskich oraz osąd ich zachowania należą do Trybunału i jedynie orzeczenie Trybunału może być w tym zakresie wiążące.

W konsekwencji Sąd uznał, że komunikat nie zawiera nowych reguł udzielania zamówień publicznych wykraczających poza obowiązki płynące z obowiązującego prawa unijnego, a zatem nie wywołuje wiążących skutków prawnych mogących wpłynąć na sytuację państw członkowskich, i odrzucił skargę jako niedopuszczalną.

#### **2.12.2. orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2009:808**

Sprawa, w której zapadł ten wyrok, dotyczyła sporu powstałego na tle prowadzonego w 2007 r. przez gminę Mediolan postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie prac interwencyjnych w związku z wykluczeniem z udziału w tym postępowaniu spółki Serrantoni, członka stałego konsorcjum Consorzio stabile edili, i tego konsorcjum w oparciu o przepisy prawa włoskiego zakazujące jednoczesnego udziału konsorcjum stałego i jego członków

<sup>150</sup> zob. wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTU-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH przeciwko Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, ECLI:EU:C:2002:746, pkt 52

w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Lombardia, regionalny sąd administracyjny w Lombardii, do którego trafiła sprawa, zawiesił postępowanie i przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości pytania prejudycjalne dopuszczalności stosowania takiej podstawy wykluczenia w przypadku zamówień o wartości poniżej progu stosowania unijnych dyrektyw regulujących udzielanie zamówień publicznych.<sup>151</sup>

Odpowiadając na postawione pytania, Trybunał w pierwszej kolejności, w ślad za orzeczeniem w sprawie *Michaniki*, wskazał, że każde państwo członkowskie może lepiej określić – biorąc pod uwagę charakterystyczne dla niego względy historyczne, prawne, ekonomiczne i społeczne – sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie zasad równego traktowania i przejrzystości.<sup>152</sup> Niemniej jednak tego rodzaju środki nie mogą, zgodnie z zasadą proporcjonalności, wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

W ocenie Trybunału przepisy, które przewidują automatyczne wykluczenie z udziału w przedmiotowym zamówieniu publicznym w razie jednoczesnego złożenia konkurencyjnych ofert przez konsorcjum stałe i jedno lub więcej przedsiębiorstw będących jego członkami, nie jest zgodne z zasadami prawa unijnego z następujących przyczyn:

- wyłączenie ma zastosowanie wyłącznie do konsorcjów stałych i wchodzących w ich skład przedsiębiorstw, a nie innych typów zrzeszeń, takich jak spółdzielnie pracy i spółdzielnie produkcyjne czy przedsiębiorstwa rzemieślnicze; w przypadku pozostałych rodzajów zrzeszeń wyłączenie ma zastosowanie jedynie w sytuacji gdy konkurencyjne oferty przedstawione zostały przez konsorcjum i wchodzące w jego skład przedsiębiorstwa, w imieniu których konsorcjum samo złożyło ofertę;
- nawet gdyby przyjąć, że wyłączenie ma zastosowanie bez rozróżnienia do wszystkich rodzajów konsorcjów lub że istnieją obiektywne powody zróżnicowania sytuacji konsorcjów stałych i innych form konsorcjów, taka reguła wykluczenia nie jest w żadnym razie zgodna z zasadą proporcjonalności, ponieważ opiera się na niewzruszalnym domniemaniu wzajemnego wpływu, nie dając konsorcjum i jego członkom przedsiębiorstwom możliwości wykazania, że ich oferty zostały sformułowane w sposób całkowicie niezależny i że w konsekwencji brak jest ryzyka zakłócenia konkurencji.

Podsumowując, w wyroku w tej sprawie Trybunał stwierdził, że wykładni prawa unijnego należy dokonywać w ten sposób, iż sprzeciwia się ono uregulowaniu krajowemu, takiemu jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które przewiduje, w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza progu wskazanego w art. 7 ust. 1

<sup>151</sup> Włoski sąd odsyłający zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy prawidłowemu stosowaniu art. 4 dyrektywy 2004/18/WE stoją na przeszkodzie przepisy krajowe art. 36 ust. 5 decreto legislativo nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r., w brzmieniu zmienionym przez decreto legislativo nr 113 z dnia 31 lipca 2007 r., które przewidują:
  - w przypadku udziału członka konsorcjum automatyczne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu zrzeszonego, wyłącznie z tego powodu, że posiada on określoną formę prawną (formę konsorcjum trwałego), w przeciwieństwie do innych form prawnych co do istoty identycznych (konsorcjum spółdzielni produkcyjnych i spółdzielni pracy lub konsorcjum zakładów rzemieślniczych),
  - a jednocześnie w przypadku udziału konsorcjum trwałego, które zadeklarowało jedynie, że działa na rachunek innych przedsiębiorstw i że zleci roboty innym przedsiębiorstwom, jeżeli uzyska zamówienie, automatyczne wykluczenie przedsiębiorstwa wyłącznie z powodu formalnego, że przystąpiło ono do tego konsorcjum?
2. Czy prawidłowemu stosowaniu art. 39, 43, 49 i 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską stoją na przeszkodzie przepisy krajowe art. 36 ust. 5 decreto legislativo nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r., w brzmieniu zmienionym przez decreto legislativo nr 113 z dnia 31 lipca 2007, które przewidują:
  - w przypadku udziału członka konsorcjum automatyczne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu zrzeszonego, wyłącznie z tego powodu że posiada on określoną formę prawną (formę konsorcjum trwałego), w przeciwieństwie do innych form prawnych co do istoty identycznych (konsorcjum spółdzielni produkcyjnych i spółdzielni pracy lub konsorcjum zakładów rzemieślniczych),
  - a jednocześnie w przypadku udziału konsorcjum trwałego, które zadeklarowało jedynie, że działa na rachunek innych przedsiębiorstw i że zleci roboty innym przedsiębiorstwom, jeżeli uzyska zamówienie, automatyczne wykluczenie przedsiębiorstwa wyłącznie z powodu formalnego, że przystąpiło ono do tego konsorcjum?

<sup>152</sup> por. cyt. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 56

lit. c) dyrektywy 2004/18/WE, lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, automatyczne wykluczenie z udziału w tym postępowaniu i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie przedstawiły konkurencyjne w stosunku do tego konsorcjum oferty w ramach tego samego postępowania, nawet jeśli oferta tego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.

### **2.12.3. orzeczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt przeciwko Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2014:2469**

W 2011 r. węgierski urząd celny prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi ubezpieczeniowe o wartości poniżej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE. Zamawiający – zgodnie z przepisem prawa krajowego przewidującym możliwość wykluczenia wykonawcy, który popełnił wykroczenie związane z jego działalnością zawodową stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym wydanym w ciągu pięciu lat poprzedzających wszczęcie postępowania<sup>153</sup> – wykluczył z udziału w tym postępowaniu spółkę Generali-Providencia Biztosító Zrt. Zamawiający uzasadniał decyzję o wykluczeniu tym, że w 2005 r. węgierski urząd ochrony konkurencji uznał, że porozumienia zawarte przez Generali-Providencia Biztosító Zrt z koncesjonariuszami samochodowymi stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji, i nałożył na Generali-Providencia Biztosító Zrt karę grzywny. Generali-Providencia Biztosító Zrt zaskarżył tę decyzję urzędu ochrony konkurencji do właściwego sądu administracyjnego, który skargę oddalił.<sup>154</sup> Wykluczony wykonawca odwołał się od decyzji zamawiającego do komisji arbitrażowej Közbeszerzésék Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottsága, podnosząc niezgodność przepisów prawa krajowego z dyrektywą 2004/18/WE. Komisja arbitrażowa oceniła, że sporny przepis przenosi w sposób prawidłowy na grunt prawa krajowego normę wyrażoną w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, i przyznała rację zamawiającemu. Z kolei Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság, budapesztański sąd do spraw administracyjnych i pracy, rozpatrując odwołanie wykonawcy w drugiej instancji, zdecydował się zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności takiej podstawy wykluczenia w przypadku zamówień o wartości nieosiągającej progu stosowania unijnych dyrektyw regulujących udzielanie zamówień publicznych.<sup>155</sup>

<sup>153</sup> zgodnie z art. 61 ust. 1 lit. a) węgierskiej ustawy nr CXXIX z 2003 r. o zamówieniach publicznych zamawiający mógł postanowić w ogłoszeniu o zamówieniu, że nie może być kandydatem w postępowaniu, ani podwykonawcą lub podmiotem udostępniającym środki, który zamierza ubiegać się o ponad 10% wartości zamówienia, ani podwykonawcą w rozumieniu lit. d) i e), podmiot, który: popełnił wykroczenie związane z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym wydanym przed upływem pięciu lat

<sup>154</sup> Generali-Providencia Biztosító Zrt wniósł od tego wyroku skargę kasacyjną. Postępowanie ze skargi kasacyjnej zostało zawieszone, gdy sąd kasacyjny wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W dniu 14 marca 2013 r. Trybunał wydał wyrok w sprawie C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni przeciwko Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160, w którym stwierdził, że art. 101 ust. 1 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że porozumienia, przez które zakłady ubezpieczeń samochodowych umawiają się dwustronnie bądź to z koncesjonariuszami samochodowymi działającymi jako warsztaty naprawcze, bądź to ze stowarzyszeniem reprezentującym te warsztaty odnośnie do stawki godzinnej, jaka ma być płaconą przez zakład ubezpieczeń za naprawę ubezpieczonych przez niego pojazdów, przewidując, że stawka ta zależy między innymi od liczby i odsetka umów ubezpieczenia sprzedanych przez koncesjonariusza działającego jako pośrednik tego zakładu, mogą zostać uznane za ograniczenia konkurencji „ze względu na cel” w rozumieniu tego przepisu, jeżeli w wyniku indywidualnej i konkretnej oceny treści i celu tych porozumień, a także kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się one wpisują, okaże się, że ze względu na ich charakter są one szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej gry konkurencyjnej na odnośnych dwóch rynkach.

<sup>155</sup> Węgierski sąd odsyłający przedłożył Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy państwa członkowskie mają możliwość ustanowienia wykluczenia podmiotów gospodarczych z udziału w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych z innych powodów niż powody wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE – w szczególności z powodów, jakie uznają za stosowne z punktu widzenia ochrony interesu publicznego, uzasadnionych interesów instytucji zamawiającej lub uczciwej i przejrzystej konkurencji? W przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy zgodnie z motywem 2 [preambuły] ww. dyrektywy oraz art. 18 TFUE, 34 TFUE, 49 TFUE i 56 TFUE jest wykluczenie takiego podmiotu gospodarczego z udziału w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych, wobec którego zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym wydanym przed upływem pięciu lat, że popełnił on wykroczenie w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową?

Odpowiadając na te pytania, Trybunał w oparciu o wyrok w sprawie *Forposta* przypomniał, że pojęcie wykroczenia zawodowego obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu, a nie tylko naruszenie w ścisłym tego słowa znaczeniu przepisów deontologicznych zawodu.<sup>156</sup> Zdaniem Trybunału naruszenia przepisów z dziedziny konkurencji, w szczególności wówczas, gdy naruszenie to zostało ukarane grzywną, stanowi przyczynę wykluczenia objętą art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, a skoro wykluczenie z takiego powodu jest możliwe na podstawie dyrektywy 2004/18/WE, tym bardziej należy je uznać za uzasadnione w odniesieniu do zamówień publicznych, które z racji tego, że nie osiągają progu stosowania tej dyrektywy, nie podlegają szczególnym i rygorystycznym procedurom udzielania zamówień przewidzianym przez tę dyrektywę.

W konsekwencji w orzeczeniu w tej sprawie Trybunał stwierdził, że przepisy art. 49 TfUE i 56 TfUE nie sprzeciwiają się stosowaniu uregulowania krajowego wykluczającego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który popełnił wykroczenie w świetle prawa konkurencji stwierdzone orzeczeniem sądu mającym powagę rzeczy osądzonej, za które to wykroczenie nałożona została na niego grzywna.

#### **2.12.4. orzeczenie z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-425/14 *Impresa Edilux srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) przeciwko Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani i in., ECLI:EU:C:2015:721***

Spór w sprawie, w której zostało wydane to orzeczenie, powstał na tle prowadzonego w 2013 r. przez urząd do spraw dziedzictwa kulturowego i tożsamości sycylijskiej w Trapani postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie restauracji świątyń greckich na Sycylii w związku z wykluczeniem z udziału w tym postępowaniu spółek Edilux i SICEF z uwagi na niezłożenie przez nie wraz z ofertą oświadczenia zawierającego szereg zobowiązań i deklaracji według wzoru przewidzianego w tzw. protokole legalności stanowiącym załącznik do specyfikacji zamówienia.

Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, regionalny sąd administracyjny na Sycylii, orzekając w pierwszej instancji, oddalił skargę wykluczonych wykonawców. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, rada do spraw sądownictwa administracyjnego dla regionu sycylijskiego, do której sprawa trafiła w drugiej instancji, zawiesiła postępowanie i przedłożyła Trybunałowi Sprawiedliwości pytania prejudycjalne dotyczące dopuszczalności stosowania takiej podstawy wykluczenia w przypadku zamówień o wartości poniżej progu stosowania unijnych dyrektyw regulujących udzielanie zamówień publicznych.<sup>157</sup>

Jak wynikało z postanowienia odsyłającego, protokoły legalności zostały wprowadzone do włoskiego porządku prawnego celem zapobiegania i zwalczania infiltracji, w szczególności w sektorze

- 
2. W razie przeczącej odpowiedzi Trybunału Sprawiedliwości na pytanie pierwsze, czy postanowienia art. 45 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18/WE, a w szczególności lit. c) i d) tego przepisu, należy interpretować w ten sposób, że należy wykluczyć z udziału w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych każdy podmiot gospodarczy, który zostanie uznany za winnego przez organy administracyjne lub sądowe w postępowaniu w dziedzinie konkurencji wszczętym w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową i wobec którego, w związku z wykroczeniem, zostaną zastosowane sankcje prawne w dziedzinie konkurencji?

<sup>156</sup> zob. cyt. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 27

<sup>157</sup> Włoski sąd odsyłający zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy prawo Unii Europejskiej, a w szczególności art. 45 dyrektywy 2004/18/WE, stoi na przeszkodzie przepisowi – takiemu jak art. 1 ust. 17 ustawy nr 190/2012 – który zezwala instytucjom zamawiającym przewidzieć, iż niewyrażenie zgody lub niewykazanie wyrażenia tej zgody za pomocą dokumentów w odniesieniu do zobowiązań zawartych w tak zwanych „protokołach legalności” przez przedsiębiorstwa biorące udział w przetargu ogłoszonym w celu przyznania zamówienia publicznego, a mówiąc ogólniej, w porozumieniach między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi przedsiębiorstwami, mających na celu przeciwdziałanie infiltracji przestępczości zorganizowanej do sektora udzielania zamówień publicznych, stanowi zgodną z prawem podstawę wykluczenia tych przedsiębiorstw z danego przetargu?
2. Czy w rozumieniu art. 45 dyrektywy 2004/18/WE ewentualne zawarcie w ustawodawstwie państwa członkowskiego uprawnienia do wykluczenia opisanego w poprzednim pytaniu można uznać za odstępstwo od zasady enumeratywności podstaw wykluczenia uzasadnione nadrzędnym wymogiem przeciwdziałania zjawisku prób infiltracji przestępczości zorganizowanej do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych?



zamówień, przestępczości zorganizowanej, która jest mocno zakorzeniona w regionach południowych Włoch, służąc zarazem realizacji zasad konkurencyjności i przejrzystości postępowań o udzielenie zamówienia. Trybunał przyznał, że cele w postaci zwalczania przestępczości zorganizowanej i ochrony konkurencji mogą uzasadniać nałożenie na wykonawców ubiegających się o zamówienie obowiązku złożenia wraz z ofertą, pod rygorem wykluczenia z udziału w postępowaniu, oświadczeń o przyjęciu określonych zobowiązań. W ocenie Trybunału tego rodzaju rozwiązanie krajowe, zgodnie z zasadą proporcjonalności, nie wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonych celów. Niemniej jednak, mając na uwadze treść tych oświadczeń, Trybunał doszedł do wniosku, że tylko część zobowiązań wynikających z protokołu legalności mieści się w granicach wyznaczonych zasadą proporcjonalności. Za zgodne z tą zasadą Trybunał uznał następujące zobowiązania i oświadczenia:

- zobowiązanie do bieżącego informowania zamawiającego o stanie zaawansowania prac, jak również o przedmiocie, wartości i podmiotach, z którymi zawarł umowy o podwykonawstwo i umowy pochodne, a także sposobie wyboru tych podmiotów;
- zobowiązanie do powiadomienia zamawiającego o każdej próbie zaburzenia, nieprawidłowości lub zakłócenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz wykonania umowy;
- zobowiązanie do współpracy z siłami policji poprzez zawiadomienie o każdej próbie wymuszenia, zastraszania lub wywarcia wpływu o charakterze przestępczym;
- zobowiązanie do włączania podobnych warunków do umów o podwykonawstwo;
- zobowiązanie do przestrzegania zasad lojalności, przejrzystości i uczciwości;

oraz

- oświadczenie, że oferta jest zgodna z zasadami rzetelności, uczciwości, niezależności i poufności;
- oświadczenie, że wykonawca nie zawarł i nie zawrze z innymi uczestnikami postępowania żadnego porozumienia zmierzającego do ograniczenia lub unikania konkurencji.

Natomiast za niezgodne z zasadą proporcjonalności Trybunał uznał obowiązek złożenia następujących oświadczeń:

- oświadczenie, że wykonawca nie pozostaje w żadnym stosunku kontroli ani innym związku (prawnym lub faktycznym) z pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o to zamówienie;
- oświadczenie, że wykonawca nie zawarł i nie zawrze z innymi uczestnikami postępowania żadnego porozumienia, włączając w to porozumienia, które nie mają na celu ograniczenia ani unikania konkurencji;
- oświadczenie, że wykonawca nie będzie podzlecał żadnego rodzaju zadań pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu i że jest świadomy, że nie otrzyma zgody na takie umowy o podwykonawstwo.

Zdaniem Trybunału, automatyczne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu w trzech wymienionych wyżej przypadkach, w oparciu o niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu, wykracza poza to, co jest konieczne dla ochrony konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji w orzeczeniu w tej sprawie Trybunał stwierdził, że podstawowe i ogólne zasady traktatowe, a w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikające z nich obowiązki przejrzystości, nie sprzeciwiają się przepisom prawa krajowego, na podstawie których instytucja zamawiająca może przewidzieć, że wykonawca zostaje automatycznie wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z powodu niezłożenia wraz z ofertą pisemnego oświadczenia o przyjęciu zobowiązań i deklaracji zawartych w porozumieniu o zgodności z prawem, takim jak w sprawie będącej przedmiotem odesłania, którego celem jest zwalczanie infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych.

Niemniej jednak brak oświadczenia, że wykonawca:

- nie znajduje się w stosunku kontroli lub powiązania z innymi wykonawcami,



- nie zawarł ani nie zawarł porozumienia z innymi uczestnikami postępowania oraz
  - nie podzleci żadnego zadania innym wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu,
- nie może skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu.

#### **2.12.5. orzeczenie z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-278/14 SC Enterprise Focused Solutions SRL przeciwko Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia, ECLI:EU:C:2015:228**

Sprawa, w której zapadł ten wyrok, dotyczyła sporu powstałego w toku prowadzonego w 2013 r. przez szpital okręgowy w Alba Iulii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemów informatycznych i sprzętu komputerowego o wartości nieosiągającej progu stosowania dyrektywy 2004/18/WE. W specyfikacjach technicznych w odniesieniu do jednostki centralnej systemu zamawiający wymagał procesora co najmniej Intel Core i5 3,2 GHz lub równoważnego. Enterprise Focused Solutions, jeden z wykonawców ubiegających się o to zamówienie, zaproponował procesor sześciordzeniowy AMD Quad Core A8-5600k z częstotliwością 3,6 GHz do 3,9 GHz w opcji turbo. Zamawiający odrzucił tę ofertę jako niezgodną ze specyfikacją techniczną. Oceny równoważności nie dokonywał jednak poprzez odniesienie do procesora wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu, którego produkcji już zaprzestano, lecz do procesora tego samego producenta o tej samej częstotliwości, tyle że nowszej generacji. W rezultacie procesor proponowany przez Enterprise Focused Solutions, mimo że wydajniejszy niż procesor wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, okazał się mniej wydajny od wydajny od procesora użytego przez zamawiającego jako nowy punkt odniesienia. Wykonawca odwołał się od decyzji zamawiającego najpierw organu odwoławczego pierwszej instancji, który skargę oddalił. Curtea de Apel Alba Iulia, sąd apelacyjny w Alba Iulii, do którego sprawa trafiła w drugiej instancji, zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności takiej oceny równoważności przez zamawiającego w przypadku produktów, których produkcji zaprzestano.<sup>158</sup>

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał przypomniał, że obowiązek działania w sposób przejrzysty ma na celu wyeliminowanie ryzyka arbitralności ze strony instytucji zamawiających.<sup>159</sup> Co za tym idzie, na instytucji zamawiającej spoczywa obowiązek przestrzegania warunków, które sama ustaliła. Instytucja zamawiająca nie może zatem po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu dokonać zmian ani kryteriów udzielenia zamówienia, ani specyfikacji technicznych. W tym względzie obojętne jest, czy element, do którego odwołuje się specyfikacja, jest nadal produkowany lub dostępny na rynku.

W konsekwencji na zadane pytanie Trybunał odpowiedział, że zasady równego traktowania i nie-dyskryminacji, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty spełniającej wymagania określone w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazując podstawy, które w tym ogłoszeniu nie zostały przewidziane.

#### **2.12.6. orzeczenie z dnia 6 października 2016 r. w sprawie C-318/15 Tecnoedi Costruzioni Srl przeciwko Comune di Fossano, ECLI:EU:C:2016:747**

Sprawa, w której wydane zostało to orzeczenie, dotyczyła sporu powstałego w toku prowadzonego w 2013 r. przez gminę Fossano postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie rozbudowy i poprawy efektywności energetycznej przedszkola o wartości szacunkowej wynoszącej 1 158 899,97 EUR – w związku z zastosowanym przez zamawiającego

<sup>158</sup> Rumuński sąd odsyłający zadał Trybunałowi następujące pytanie:

Czy art. 23 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE można interpretować w ten sposób, że w sytuacji gdy instytucja zamawiająca określa specyfikacje techniczne produktu będącego przedmiotem zamówienia poprzez odesłanie do określonego znaku towarowego, cechy równoważnego produktu, który jest oferowany należy oceniać jedynie w odniesieniu do specyfikacji technicznych produktów będących w produkcji lub można oceniać je również w odniesieniu do produktów będących na rynku, lecz których produkcja zakończyła się?

<sup>159</sup> por. cyt. wzrok w sprawie SAG ELV Slovensko, pkt 25

automatycznym odrzuceniem ofert rażąco niskich. Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, regionalny sąd administracyjny w Piemontcie, do którego trafiła sprawa, zwrócił się do Trybunału z pytaniem dotyczącym dopuszczalności takiego rozwiązania na gruncie zasad traktatowych.<sup>160</sup>

W wyroku w tej sprawie Trybunał w pierwszej kolejności stwierdził, że udzielanie zamówień o wartości poniżej progu stosowania unijnych dyrektyw podlega zasadom traktatowym, o ile stanowią one przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym. Na taki charakter zamówienia mogą wskazywać w szczególności:

- stosunkowo wysoka wartość zamówienia,
- miejsce wykonania zamówienia,
- szczególne cechy przedmiotu zamówienia,
- skargi wykonawców z innych państw członkowskich, pod warunkiem że nie są pozorne.<sup>161</sup>

Istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie można przy tym hipotetycznie wywodzić z pewnych okoliczności, lecz musi ono wynikać w sposób pozytywny z konkretnych okoliczności danego zamówienia. Sąd krajowy, występując o wydanie orzeczenia wstępnego do Trybunału, nie może poprzestać na przedstawieniu okoliczności, na podstawie których nie można wykluczyć niewątpliwego znaczenia transgranicznego, lecz musi on przedstawić okoliczności je potwierdzające.

W tej sprawie sąd krajowy wskazał, że gmina Fossano leży w odległości niespełna 200 km od granicy włosko-francuskiej, a wśród wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu znaleźli się wykonawcy wprawdzie krajowi, ale mający siedziby w regionach oddalonych do 800 km od miejsca wykonania zamówienia, przez co nie można wykluczyć transgranicznego znaczenia tego zamówienia.

W ocenie Trybunału te okoliczności były zdecydowanie niewystarczające, żeby można było uznać, że zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne. W konsekwencji Trybunał uznał wniosek za niedopuszczalny.

Na marginesie warto zauważyć, że we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *SECAP i Santorso* Trybunał już uznał, że przy wystąpieniu niewątpliwego zainteresowania transgranicznego w przypadku zamówienia o wartości szacunkowej poniżej progu zastosowania unijnych dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych, automatyczne wykluczenie niektórych ofert ze względu na ich rażąco niską cenę może okazać się dopuszczalne, gdy jest to uzasadnione nadzwyczaj dużą ilością ofert, a więc w sytuacji, w której instytucja zamawiająca musiałaby przeprowadzić kontradiktoryjne postępowania sprawdzające tak dużej ilości ofert, że przekraczałoby to jej możliwości administracyjne lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane takimi postępowaniami.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> Włoski sąd odsyłający przedłożył Trybunałowi następujące pytanie:

Czy wykładni art. 49 i 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i zasad swobody przedsiębiorczości, swobodnego świadczenia usług, równego traktowania, niedyskryminacji i proporcjonalności należy dokonywać w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie dla stosowania uregulowań krajowych, takich jak przepisy obowiązujące obecnie we Włoszech, a mianowicie art. 122 ust. 9 i art. 253 ust. 20a dekretu ustawodawczego nr 163 z 2006 r., w zakresie automatycznego wykluczania ofert rażąco niskich w przetargach mających na celu udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości poniżej progu wspólnotowego, stanowiących przedmiot zainteresowania transgranicznego?

<sup>161</sup> por. wyrok 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 49

<sup>162</sup> zob. wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 *SECAP SpA (C-147/06) i Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) przeciwko Comune di Torino*, ECLI:EU:C:2008:277, pkt 31–33



### 3. Teksty orzeczeń

Pełne teksty wyroków i postanowień oraz opinii rzeczników generalnych są dostępne na stronie internetowej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pod adresem [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

#### 3.1. orzeczenie 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

##### W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 19 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału siedem podstaw wykluczenia przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu ustanowionych w art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 odnosi się do uczciwości zawodowej, wypłacalności i wiarygodności zainteresowanego, a zatem jego cech zawodowych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 21).
- 20 Trybunał podkreślił, w odniesieniu do art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, który wymienia takie same podstawy wykluczenia jak art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50, że wołą prawodawcy wspólnotowego było utrzymanie w tym przepisie tylko takich podstaw wykluczenia, które wiążą się wyłącznie z cechami zawodowymi zainteresowanych przedsiębiorców. W zakresie dotyczącym takich podstaw wykluczenia Trybunał uważa, że wyliczenie to jest wyczerpujące (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 42, 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 21 Trybunał dodał, że to wyczerpujące wyliczenie nie wyłącza jednak uprawnień państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia, poza tymi podstawami wykluczenia, norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości, które stanowią podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem jednak że będzie przestrzegana zasada proporcjonalności (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 44–48 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 22 Krajowy przepis ustawowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym w sposób oczywisty ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej zмовы między uczestnikami tego samego postępowania przetargowego oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania.
- 23 Należy zatem stwierdzić, że art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 nie stoi na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie przewidziało, poza podstawami wykluczenia wymienionymi w tym przepisie, inne podstawy wykluczenia służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.
- 24 Z powyższego wynika, że zgodność uregulowania krajowego rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym należy ocenić jeszcze w świetle zasady proporcjonalności.
- 25 Należy przypomnieć w tym względzie, że przepisy wspólnotowe w dziedzinie udzielania zamówień publicznych zostały przyjęte w ramach ustanawiania rynku wewnętrznego, na którym zapewnione są swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału oraz nieograniczona konkurencja (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb. Orz. s. I-619, pkt 2).
- 26 W tym kontekście jednolitego rynku wewnętrznego i skutecznej konkurencji w interesie prawa wspólnotowego pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów.

- 27 Z postanowienia odsyłającego wynika, że rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym przepis, sformułowany w sposób jasny i imperatywny, nakłada na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, które przedstawiają odrębne i konkurencyjne względem siebie oferty, jeżeli pozostają one względem siebie w stosunku dominacji tego rodzaju jak określony w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu przed sądem krajowym.
- 28 Jednakże systematyczne pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu przetargowym byłoby nie do pogodzenia ze skutecznym stosowaniem prawa wspólnotowego. Takie rozwiązanie bowiem znacznie ograniczyłoby konkurencję na szczeblu wspólnotowym.
- 29 Należy zatem stwierdzić, że uregulowanie krajowe rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, w zakresie w jakim rozciąga zakaz udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych na sytuacje, w których łączący zainteresowane przedsiębiorstwa stosunek dominacji nie ma wpływu na ich zachowania w ramach takich procedur, wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu w postaci zapewnienia stosowania zasad równego traktowania i przejrzystości.
- 30 Takie uregulowanie, oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami (zob. podobnie wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb. Orz. s. I-1559, pkt 33, 35; ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 62).
- 31 W tym względzie warto podkreślić, że grupy kapitałowe spółek mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Zresztą, jak to wskazała Komisja w swych uwagach pisemnych, stosunki między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy kapitałowej mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego.
- 32 W tym kontekście kwestia, czy rozpatrywany tutaj stosunek dominacji miał wpływ na treść ofert przedstawionych przez zainteresowane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego, wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego dokonać powinny instytucje zamawiające. Ustalenie takiego wpływu, niezależnie, w jakiej postaci, uzasadnia wykluczenie tych przedsiębiorstw z danego postępowania. Natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w stosunku dominacji z uwagi na stosunek własności lub ilość głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te przedsiębiorstwa z procedury udzielenia zamówienia publicznego bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał wpływ na zachowanie każdego z tych przedsiębiorstw w ramach danego postępowania.
- 33 W świetle ogółu powyższych rozważań na postawione pytanie należy odpowiedzieć następująco:
- artykuł 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie przewidziało, poza podstawami wykluczenia wymienionymi w tym przepisie, inne podstawy wykluczenia służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu, oraz

- prawo wspólnotowe sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania.

### **3.2. orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisia Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357**

#### **W przedmiocie skargi**

##### *Ocena Trybunału*

- 31 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że skarga Komisji dotyczy jedynie umowy zawartej pomiędzy Stadtreinigung Hamburg oraz czterema sąsiadującymi Landkreise, mającej na celu zapewnienie wzajemnego przetwarzania ich odpadów, a nie umowy, poprzez którą muszą zostać określone stosunki pomiędzy Stadtreinigung Hamburg i podmiotem prowadzącym zakład przetwarzania odpadów w Rugenberger Damm.
- 32 Zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 zamówienia publiczne na usługi oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a jedną z instytucji zamawiających wyliczonych w art. 1 lit. b) tej dyrektywy, pośród których wskazano jednostki samorządu terytorialnego, takie jak Landkreise występujące w niniejszej sprawie o uchybieniu zobowiązaniom państwa członkowskiego.
- 33 W rozumieniu art. 1 lit. c) tej samej dyrektywy kontrahent usługodawca oznaczać może „każdą osobę fizyczną lub prawną, włączając w to podmiot prawa publicznego”. Okoliczność, że usługodawca jest podmiotem publicznym odrębnym od usługobiorcy, nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu dyrektywy 92/50 (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 40 w przedmiocie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane).
- 34 Z orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że przetarg nie jest obowiązkowy w sytuacji, gdy władza publiczna będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad jej własnymi służbami, pod warunkiem że podmiot ten wykonuje działalność w przeważającym zakresie na rzecz tej władzy lub tych jednostek samorządu terytorialnego, które go kontrolują (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Teckal, pkt 50; w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49).
- 35 Trybunał orzekł podobnie, w odniesieniu do delegacji przez gminę usług publicznych spółdzielni międzygminnej mającej za wyłączny przedmiot działalności świadczenie usług gminom członkowskim, że mogło do niej dojść zgodnie z prawem bez zaproszenia do składania ofert, ponieważ uznał, że pomimo niezależnych aspektów zarządzania tą spółdzielnią przez jej zarząd, gminy członkowskie powinny się uważać za sprawujące razem kontrolę (zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb. Orz. s. I-8457, pkt 41).
- 36 Jednakże w niniejszej sprawie bezsporne jest, że cztery Landkreise nie sprawują żadnej kontroli, którą można by sklasyfikować jako analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, czy to nad ich kontrahentem, a mianowicie Stadtreinigung Hamburg, czy też nad podmiotem prowadzącym spalarnię w Rugenberger Damm będącym spółką, której kapitał stanowią częściowo fundusze prywatne.



- 37 Należy jednak zauważyć, że sporna umowa ustanawia współpracę pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej, a mianowicie unieszkodliwiania odpadów. Należy przypomnieć, że misja ta wiąże się z wykonaniem dyrektywy Rady 75/442/EWG z dnia 15 lipca 1975 r. w sprawie odpadów (Dz.U. L 194, s. 9), która zobowiązuje państwa członkowskie do przygotowania planów gospodarki odpadami przewidujących w szczególności „środki w celu wspierania racjonalizacji, zbierania, sortowania oraz przetwarzania odpadów”, z których jednym z najważniejszych, na mocy dyrektywy Rady 91/156/EWG z dnia 18 marca 1991 r. zmieniającej art. 5 ust. 2 dyrektywy 75/442, jest dążenie do przetwarzania odpadów w jednym z najbliższych urządzeń [zakładów] (Dz.U. L 78, s. 32).
- 38 Ponadto bezsporne jest, że umowę zawartą pomiędzy Stadtreinigung Hamburg i wymienionymi Landkreise rozpatrywać należy jako wynik zabiegów na rzecz współpracy międzygminnej pomiędzy jej stronami oraz że zawiera ona wymogi właściwe dla wykonania misji unieszkodliwiania odpadów. Ma ona bowiem za przedmiot umożliwienie miastu Hamburgowi budowy i oddania do prowadzenia zakładu przetwarzania odpadów na najbardziej korzystnych warunkach dzięki dostarczonym przez sąsiadujące Landkreise odpadom, co pozwala osiągnąć zdolność przerobową 320 000 ton. Z tego powodu budowa zakładu została postanowiona i przeprowadzona dopiero po porozumieniu się czterech Landkreise w sprawie używania centrali i podjęciu przez nie zobowiązań w tym zakresie.
- 39 Przedmiot umowy, jak wyraźnie wskazują jej początkowe postanowienia, obejmuje głównie zobowiązanie Stadtreinigung Hamburg do udostępnienia czterem Landkreise zdolności przetwarzania 120 000 ton rocznie celem odzysku termicznego w zakładzie w Rugenberger Damm. Stadtreinigung Hamburg, jak dalej precyzuje umowa, w żadnym wypadku nie bierze na siebie odpowiedzialności za prowadzenie zakładu w Rugenberger Damm i nie udziela żadnej gwarancji w tym zakresie. W razie zatrzymania lub zakłóceń w działaniu zakładu, jego obowiązki ograniczają się do zaoferowania zastępczych zdolności przerobowych, co jednak uzależnione jest od dwóch warunków. Po pierwsze, unieszkodliwianie odpadów miasta Hamburga musi być zapewnione w pierwszej kolejności, a po drugie, zdolności przerobowe muszą być dostępne w innych zakładach, do których ma dostęp Stadtreinigung Hamburg.
- 40 Cztery Landkreise w zamian za przetwarzanie swoich odpadów we wspomnianym zakładzie w Rugenberger Damm – jak opisano to w poprzednim punkcie – wypłacają na rzecz Stadtreinigung Hamburg roczne wynagrodzenie, którego sposób obliczania i zapłaty określa umowa. Zdolności dostarczania i przyjmowania odpadów ustalane są cotygodniowo przez Stadtreinigung Hamburg i partnera do rozmów wyznaczonego przez te Landkreise. Z umowy wynika ponadto, że Stadtreinigung Hamburg, uprawniony do odszkodowania od podmiotu prowadzącego wspomniany zakład, zobowiązuje się, w przypadku gdy Landkreise poniosą szkodę, do obrony interesów tych ostatnich względem tego podmiotu prowadzącego, włączając w to drogę sądową.
- 41 Rozpatrywana umowa przewiduje również pewne zobowiązania po stronie umawiających się jednostek samorządu terytorialnego w bezpośrednim związku z przedmiotem usług publicznych. Chociaż miasto Hamburg bierze na siebie większość usług będących przedmiotem umowy zawartej między nim i czterema Landkreise, to te ostatnie udostępniają Stadtreinigung Hamburg zdolności składowania, których same nie wykorzystują, celem wyrównywania braku zdolności składowania miasta Hamburga. Zobowiązują się one również do przyjmowania na swoich składowiskach żużli niezdalnych do odzysku w proporcjach, w jakich dostarczyły odpady.
- 42 Ponadto zgodnie z umową jej strony muszą w razie konieczności udzielać sobie pomocy w ramach wykonywania ich prawnego obowiązku unieszkodliwiania odpadów. Przewidzia-

no w szczególności, że w pewnych okolicznościach, jak chwilowe nadmierne obciążenie zakładu, cztery Landkreise zobowiązują się zmniejszyć ilość dostarczanych odpadów i zgadzają się na ograniczenie swoich praw dostępu do spalarni.

- 43 Wreszcie świadczenie usług unieszkodliwiania odpadów prowadzi do zapłaty ceny jednemu podmiotowi prowadzącemu zakład. Z postanowień rozpatrywanej umowy wynika natomiast, że ustanowiona w niej współpraca pomiędzy Stadtreinigung Hamburg i czterema Landkreise nie prowadzi do przesunięć finansowych między tymi podmiotami, innych niż odpowiadające zwrotowi części kosztów obciążających te Landkreise, lecz wypłacanych podmiotowi prowadzącemu przez Stadtreinigung.
- 44 Okazuje się zatem, że sporna umowa stanowi zarówno podstawę, jak i ramy prawne dla przyszłej budowy i prowadzenia zakładu służącego wykonywaniu usług publicznych, a mianowicie termicznego odzyskiwania odpadów. Umowa ta została zawarta przez same władze publiczne bez udziału strony prywatnej i nie przewiduje ani nie przesądza ona o udzieleniu ewentualnie koniecznych zamówień na budowę i prowadzenie zakładu przetwarzania odpadów.
- 45 Trybunał przypominał w szczególności, że władza publiczna ma możliwość wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb i że może czynić to również we współpracy z innymi organami publicznymi (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 48, 49).
- 46 Komisja uściśliła zresztą podczas rozprawy, że jeżeli omawiana tu współpraca przejawiała by się przez utworzenie podmiotu prawa publicznego, który dane jednostki obarczyłyby misją unieszkodliwiania odpadów wykonywaną w interesie ogólnym, to użytkowanie przez wymienione Landkreise centrali nie byłoby objęte uregulowaniami w sprawie zamówień publicznych. Uważa ona jednak, że w braku takiego podmiotu współpracy międzygminnej, zamówienie na usługi udzielone przez dane Landkreise na rzecz Stadtreinigung Hamburg powinno było być przedmiotem przetargu.
- 47 Należy jednak zauważyć, że po pierwsze, prawo wspólnotowe wcale nie nakazuje władzom publicznym wykorzystania szczególnej formy prawnej dla zapewnienia wspólnego wykonywania ich misji publicznej. Po drugie, taka współpraca pomiędzy władzami publicznymi nie podważa głównego celu zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych, a mianowicie swobody przepływu usług oraz otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, jeżeli ustanowienie tej współpracy określone jest względami i wymogami dążenia do celów leżących w interesie publicznym oraz jeżeli zasada równego traktowania zainteresowanych, o której mowa w dyrektywie 92/50, jest zagwarantowana w taki sposób, że żadne przedsiębiorstwo prywatne nie znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej względem swoich konkurentów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 50, 51).
- 48 Należy ponadto zauważyć, że z żadnego z dowodów przedstawionych Trybunałowi w aktach sprawy nie wynika, aby w niniejszej sprawie omawiane jednostki dopuściły się współpracy zmierzającej do obejścia zasad obowiązujących w dziedzinie zamówień publicznych.
- 49 Zważywszy na ogół powyższych rozważań i bez konieczności wypowiedzania się co do pozostałych środków obrony przedstawionych przez Republikę Federalną Niemiec należy oddalić skargę Komisji.

**3.3. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik* przeciwko AOK Rheinland/Hamburg, ECLI:EU:C:2009:358**

**W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

*W przedmiocie pytania pierwszego*

- 40 W swym pierwszym pytaniu sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, czy powszechne kasy chorych, takie jak w postępowaniu przed sądem krajowym, należy uznać, w świetle ich charakterystyki wskazanej w postanowieniu odsyłającym, za instytucje zamawiające, dla celów zastosowania reguł dyrektywy 2004/18.
- 41 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy najpierw zbadać wstępną kwestię wynikającą z uzasadnienia postanowienia odsyłającego oraz problematykę przedstawioną w nim przez sąd krajowy, to jest okoliczność, czy rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym powszechne kasy chorych są wyraźnie wskazane w załączniku III do dyrektywy 2004/18, jest wystarczająca, by uznać je, tylko z tego powodu, za podmioty prawa publicznego, a zatem instytucje zamawiające.
- 42 Skarżąca w postępowaniu głównym oraz Komisja Wspólnot Europejskich podnoszą w tym zakresie, że wyłącznie wpisanie jednostki do załącznika III do dyrektywy 2004/18 stanowi wystarczającą przesłankę dla celów kwalifikacji tej jednostki jako podmiotu prawa publicznego. Wpis taki stanowi niewzruszalne domniemanie takiej kwalifikacji, która czyni zbędną dodatkowe badanie natury i charakterystyki rzeczowej jednostki.
- 43 Nie można zgodzić się z tym stanowiskiem.
- 44 Z art. 234 akapit pierwszy lit. b) WE wynika bowiem, że sąd krajowy może, w każdej chwili, zwrócić się do Trybunału z pytaniem w przedmiocie ważności aktu podjętego przez instytucje Wspólnoty Europejskiej, jeśli uważa, że decyzja Trybunału w tym zakresie jest niezbędna dla wydania przezeń orzeczenia.
- 45 Należy w tym zakresie podkreślić, że przedmiotowe uregulowanie wspólnotowe, to jest dyrektywa 2004/18, zawiera zarówno przepisy podstawowe, takie jak art. 1 ust. 9 akapit drugi, który wskazuje przesłanki, jakie podmiot musi spełniać, by móc zostać uznany za instytucję zamawiającą w rozumieniu tej dyrektywy, i środki wykonania tych przepisów podstawowych, takie jak wpisanie do załącznika III niewyczerpującej listy podmiotów publicznych spełniających te przesłanki. W takim kontekście do sądu wspólnotowego należy – gdy przedstawiony mu zostanie uzasadniony wniosek sądu krajowego – zapewnienie wewnętrznej spójności rozpatrywanego aktu wspólnotowego, weryfikując, czy wpis danego podmiotu na rzeczoną listę stanowi prawidłowe zastosowanie kryteriów materialnoprawnych wskazanych w rzeczonym przepisie. Ta interwencja Trybunału jest wymagana w świetle pewności prawa, która stanowi zasadę ogólną prawa wspólnotowego.
- 46 W niniejszej sprawie sąd krajowy podnosi, choć nie *expressis verbis*, kwestię ważności wpisu omawianych publicznych kas chorych do załącznika III do dyrektywy 2004/18. Wskazuje on na rozbieżności pomiędzy orzecznictwem i doktryną w Niemczech w kwestii, czy wpis ten stanowi wystarczającą i wyłączną przesłankę dla celów kwalifikacji tych kas jako podmiotów prawa publicznego, i wyraźnie przedstawia swe wątpliwości w tym zakresie. Z tych względów formułuje pierwsze pytanie pod kątem przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18.
- 47 W konsekwencji sąd krajowy zapytuje Trybunał o ważność wpisu podmiotu występującego w postępowaniu przed nim do załącznika III do dyrektywy 2004/18 w świetle przesłanek materialnoprawnych wskazanych w tym przepisie.

- 48 W celu przedstawienia odpowiedzi na to pytanie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału trzy przesłanki wskazane w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a), b) i c) dyrektywy 2004/18, które powinny zostać spełnione, by jednostka mogła zostać uznana za podmiot prawa publicznego, mają charakter kumulatywny (wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Zb. Orz. s. I-2339, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Jak wynika z postanowienia odsyłającego, przesłanki wskazane w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a) i b) dyrektywy 2004/18 są spełnione w niniejszej sprawie. Rozpatrywane powszechne kasy chorych są bowiem osobami prawnymi prawa publicznego, zostały utworzone na mocy przepisów prawa w celu zaspokojenia szczególnych potrzeb związanych ze zdrowiem publicznym, które są potrzebami interesu ogólnego, a potrzeby te mają charakter inny niż przemysłowy lub handlowy, w zakresie w jakim są świadczone przez rzeczne kasy w celu innym niż zarobkowy. Pozostaje zatem zbadanie, czy przynajmniej jedna z alternatywnych przesłanek przewidzianych w trzech hipotezach art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) tej dyrektywy jest spełniona w niniejszej dyrektywie, a w pierwszej kolejności przesłanka w zakresie „finansowan[ia] w przeważającej części przez państwo”.
- 50 W zakresie tej przesłanki należy na wstępie przypomnieć, że jak wynika z omawianego systemu krajowego i cytowanych w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku orzeczeń Bundesverfassungsgericht, ochrona zdrowia publicznego jest podstawowym zadaniem państwa, a powszechne kasy chorych są częścią państwa i wykonują w istocie, pośrednio, misję administracyjną państwa.
- 51 Następnie należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału brzmienie art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadku pierwszy dyrektywy 2004/18 nie zawiera żadnego wskazania co do sposobów dokonywania finansowania, o którym mowa w tym przepisie. Zatem w szczególności przepis ten nie wymaga, by działalność omawianych podmiotów była finansowana bezpośrednio przez państwo lub inną jednostkę publiczną w celu spełnienia tej przesłanki. Pośredni sposób finansowania jest zatem wystarczający w tym zakresie (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb. Orz. s. I-11173, pkt 34, 49).
- 52 Należy stwierdzić w pierwszej kolejności, że finansowanie powszechnych kas chorych, będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, jest zapewnione zgodnie z istotnym uregulowaniem krajowym, przez składki członków, bezpośrednie wpłaty władz federalnych i płatności wyrównawcze pomiędzy kasami wynikające z reżimu wyrównywania ryzyka pomiędzy nimi. Obowiązkowe składki ubezpieczonych stanowią przeważającą część finansowania tych kas.
- 53 W drugiej kolejności z postanowienia odsyłającego wynika również, że składki członków są przekazywane bez konkretnego świadczenia wzajemnego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału (zob. podobnie ww. wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 23–25). Żadne umowne świadczenie wzajemne nie jest bowiem związane z tym przekazywaniem środków, ponieważ ani zobowiązanie do uiszczenia składek, ani ich kwota nie wynikają z umowy pomiędzy powszechnymi kasami chorych i ich członkami. Ci ostatni są bowiem zobowiązani do uiszczania składki jedynie w związku z ich członkostwem, do którego również są zobowiązani na mocy przepisów prawa (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 45). Ponadto kwota składek jest wyłączanie funkcją zdolności każdego ubezpieczonego do ich ponoszenia, przy czym inne elementy, takie jak stan zdrowia lub ilość wspólnie ubezpieczonych, są bez znaczenia w tym zakresie.
- 54 W trzeciej kolejności sąd krajowy stwierdza, że odmiennie niż w przypadku opłaty, o której mowa w ww. wyroku w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., stawka składek nie jest ustalona w niniejszej sprawie przez władze publiczne, lecz przez same publiczne kasy chorych. Jednakże słusznie wskazuje on, że margines swobodnego uznania tych kas jest niezwykle

ograniczony, w zakresie w jakim ich misją jest zapewnienie świadczeń przewidzianych w regulacji w zakresie ubezpieczeń społecznych. Zatem wobec okoliczności, że świadczenia i związane z nimi wydatki są przewidziane przepisami prawa oraz że rzeczona kasy nie wykonują ich funkcji w celu zarobkowym, stawka składek jest ustalana w taki sposób, że wynikające z nich wpływy nie są ani wyższe, ani niższe od wydatków.

- 55 W czwartej kolejności należy podkreślić, że ustalenie stawki składek przez publiczne kasy chorych wymaga w każdym razie zgody publicznych organów ds. ochrony każdej z nich. Zatem rzeczona stawka jest w świetle sformułowań sądu krajowego w pewnym zakresie narzucona przez prawo. Co się tyczy wreszcie innych źródeł przychodów tych kas, bezpośrednie wpłaty władz federalnych, choć o niewielkim znaczeniu, stanowią niewątpliwie bezpośrednie finansowanie przez państwo.
- 56 Wreszcie co się tyczy sposobów poboru składek, z postanowienia odsyłającego wynika, że w praktyce część należna od ubezpieczonego jest pobierana z jego wynagrodzenia przez jego pracodawcę i wpłacana właściwej publicznej kasie chorych wraz z częścią składki obciążającą pracodawcę. Pobranie składki dokonywane jest zatem bez żadnej możliwości interwencji ze strony ubezpieczonego. Sąd krajowy stwierdza w tym zakresie, że pobranie składek jest dokonywane w sposób przymusowy, na podstawie przepisów prawa publicznego.
- 57 Należy w związku z tym stwierdzić, zgodnie z wnioskami Trybunału w pkt 48 w ww. wyroku w sprawie *Bayerischer Rundfunk i in.*, że finansowanie takie, jakie ma miejsce w sprawie przed sądem krajowym, wynikające z aktu prawa publicznego, w praktyce jest gwarantowane przez państwo i zapewniane poprzez mechanizm poboru składek wynikający z przepisów prawa publicznego, spełnia przesłankę „finansowania przez państwo” w kontekście zastosowania przepisów wspólnotowych z dziedziny udzielania zamówień publicznych.
- 58 W świetle tego wniosku i alternatywnego charakteru przesłanek wskazanych w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18 nie ma potrzeby badania, czy przesłanka w zakresie nadzoru nad zarządzaniem powszechnymi kasami chorych przez władze publiczne jest spełniona w niniejszej sprawie.
- 59 Na pierwsze pytanie należy w związku z tym odpowiedzieć, że art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadek pierwszy dyrektywy 2004/18 powinien być interpretowany w ten sposób, że finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas, gdy działalność powszechnych kas chorych jest finansowana zasadniczo ze składek obciążających członków, nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad prawa publicznego takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym. Takie powszechne kasy chorych muszą być uznane za podmioty prawa publicznego, a zatem instytucje zamawiające dla celów stosowania reguł tej dyrektywy.

#### *W przedmiocie pytania drugiego*

- 60 Pytaniem tym sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, jakie kryterium należy zastosować w celu stwierdzenia, czy mieszane zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest jednocześnie dostawa produktów i świadczenie usług, należy uważać za zamówienie na dostawę lub zamówienie na usługi, i czy kryterium mającym zastosowanie w tym zakresie jest wyłącznie wartość różnych części będących składnikami rozpatrywanego zamówienia mieszanego. Jednakże z postanowienia odsyłającego wynika, że sąd krajowy zapytuje również, czy w przypadku udostępnienia towarów, które są wytwarzane i dostosowane do indywidualnych potrzeb każdego klienta i w przedmiocie użytkowania których każdemu klientowi należy udzielić indywidualnych porad, konfekcjonowanie rzeczonych towarów należy zaszeregować w części „dostawy” czy w części „usługi” tego zamówienia, w celu obliczenia wartości każdego jego składnika.

- 61 By odpowiedzieć na to pytanie, należy stwierdzić na wstępie, że gdy przedmiotem zamówienia jest równocześnie dostawa produktów i świadczenie usług, dyrektywa 2004/18 zawiera w swym art. 1 ust. 2 lit. d) akapit drugi szczególną regułę określającą kryterium ograniczające, by omawiane zamówienie mogło zostać uznane za zamówienie na dostawy lub zamówienie na usługi, to jest wartość produktów i usług zawartych w zamówieniu. Kryterium to ma charakter ilościowy, tj. odsyła konkretnie do wartości świadczenia wzajemnego należnego jako wynagrodzenie składnika „produktów” i „usług” zawartego w danym zamówieniu.
- 62 Natomiast w przypadku zamówienia publicznego, które dotyczy świadczenia usług i wykonania robót budowlanych, art. 1 ust. 2 lit. d) akapit trzeci dyrektywy 2004/18 używa innego kryterium ograniczającego: głównego celu danego zamówienia. Kryterium to zostało zastosowane w ww. wyroku w sprawie Auroux i in., pkt 37, 46, w którym chodziło właśnie o zamówienie, którego przedmiotem były roboty i usługi.
- 63 Ani z mających zastosowanie uregulowań wspólnotowych, ani z utrwalonego orzecznictwa Trybunału nie wynika, że kryterium to musi być również uwzględniane w przypadku mieszanego zamówienia dotyczącego dostaw i usług.
- 64 Następnie należy stwierdzić, że zgodnie z definicją pojęcia „zamówienia publiczne na dostawy” zawartego w art. 1 ust. 2 lit. c) akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 pojęcie to dotyczy operacji takich jak np. kupno lub dzierżawa „produktów”, bez wyszczególnienia w tym zakresie i bez rozróżnienia w zależności od tego, czy dany produkt został wytworzony w sposób standardowy, czy zindywidualizowany, tj. zgodnie z konkretnymi preferencjami i potrzebami klienta. W konsekwencji pojęcie „produktu”, do którego odsyła w sposób ogólny ten przepis, zawiera też proces konfekcjonowania, niezależnie od kwestii, czy rozważany produkt jest udostępniany konsumentom jako gotowy, czy po wytworzeniu go zgodnie z wymogami klientów.
- 65 Podejście to jest potwierdzone przez art. 1 ust. 4 dyrektywy 1999/44, który kwalifikuje jako „umowy sprzedaży” zasadniczo i bez rozróżnienia „umowy na dostawę towarów konsumpcyjnych, które mają być wytworzone czy wyprodukowane”.
- 66 Na drugie pytanie należy zatem odpowiedzieć, że gdy przedmiotem mieszanego zamówienia publicznego są jednocześnie produkty i usługi, kryterium, które należy zastosować w celu ustalenia, czy dane zamówienie należy uznać za zamówienie na dostawy, czy za zamówienie na usługi, jest wartość produktów i usług zawartych w zamówieniu. W przypadku udostępnienia towarów wyprodukowanych i dostosowanych do indywidualnych potrzeb każdego klienta, i w zakresie korzystania z których każdy klient powinien uzyskać indywidualne porady, konfekcjonowanie tych towarów musi zostać zaszeregowane w części „dostawy” danego zamówienia, dla celów obliczenia wartości każdego jego składnika.

#### *W przedmiocie pytania trzeciego*

- 67 Swym trzecim pytaniem sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w sytuacji, gdy świadczenie usług przeważa w rozpatrywanym zamówieniu nad dostawą produktów, należy, w świetle charakterystyki wskazanej w postanowieniu odsyłającym, uznać udzielenie zamówienia pomiędzy powszechną kasą chorych a szewcemortopedą za „koncesję usług” w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18, czy też za „umowę ramową” w rozumieniu art. 1 ust. 5 rzeczony dyrektywy.
- 68 Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18 koncesją na usługi jest umowa tego samego rodzaju co zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.
- 69 Z kolei umowa ramowa jest zdefiniowana w art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18 jako umowa zawarta pomiędzy jedną instytucją lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym wykonawcą lub kilkoma wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących



zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości.

- 70 W świetle tych definicji rozważane pojęcia mają podobną charakterystykę, wobec czego dokonanie wyraźnego rozróżnienia pomiędzy nimi nie jest łatwe. Kwalifikacja prawna umowy zależy zatem od konkretnych okoliczności sprawy.
- 71 W każdym razie z przedstawionej powyżej definicji koncesji na usługi wynika, że charakteryzuje ją sytuacja, w której określone prawo do świadczenia usług jest przenoszone przez instytucję zamawiającą na koncesjonariusza, a ten ostatni posiada, w ramach zawartej umowy, pewien zakres swobody gospodarczej w celu ustalenia warunków korzystania z tego prawa, ponosząc zatem równocześnie w znacznym stopniu ryzyko związane z tą działalnością. Natomiast umowa ramowa występuje w sytuacji, w której działalność przedsiębiorcy będącego stroną umowy jest ujęta w ramy, w zakresie w jakim wszystkie zamówienia udzielane danemu przedsiębiorcy w toku danego okresu muszą respektować przesłanki wskazane w tej umowie.
- 72 Ten element rozróżnienia jest potwierdzony w orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którym koncesja na świadczenie usług występuje wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu usługodawcy do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie (zob. wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb. Orz. s. I-6657, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 73 W niniejszej sprawie rozpatrywane zamówienie jest umową zwaną „integralnym świadczeniem usług”, o którym mowa w §§ 140a–140e SGB V, zawartą pomiędzy powszechną kasą chorych a przedsiębiorcą. W świetle tej umowy przedsiębiorca zobowiązuje się do wykonywania świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którzy do niego się zwrócą. Równocześnie ceny za różne formuły świadczeń są określone w tej umowie, wraz z jej okresem trwania. Ilości w zakresie różnych świadczeń nie zostały wskazane, lecz taki zapis nie jest wymagany przez pojęcie koncesji na usługi. Kasa chorych jest jedynym dłużnikiem w zakresie wynagrodzenia usługodawcy. Wydaje się zatem, że warunki wykonywania działalności przedsiębiorcy są zdefiniowane w omawianej umowie w ten sposób, że przedsiębiorca nie posiada zakresu swobody gospodarczej charakteryzującego koncesję na usługi ani nie ponosi znacznego ryzyka związanego z wykonywanymi przezeń świadczeniami.
- 74 Niewątpliwie można by wskazać, że przedsiębiorca ponosi w niniejszej sprawie pewne ryzyko, w zakresie w jakim jego produkty i usługi mogą nie być poszukiwane przez ubezpieczonych. Jednakże ryzyko to jest ograniczone. Przedsiębiorca nie ponosi bowiem ryzyka związanego z uzyskaniem swego wynagrodzenia i niewypłacalnością klientów indywidualnych, jako że kasa chorych jest z prawnego punktu widzenia jedynym dłużnikiem w zakresie tego wynagrodzenia. Ponadto, będąc wystarczająco wyposażonym z punktu widzenia świadczenia swych usług, nie musi on ponosić znaczących wydatków przed zawarciem indywidualnej umowy z ubezpieczonym. Wreszcie ilość ubezpieczonych mających syndrom „stopy cukrzycowej”, którzy mogą się do niego zwrócić, jest znana, wobec czego może on w rozsądny sposób przewidzieć ilość wniosków w tym zakresie.
- 75 Zatem zasadnicze ryzyko związane z prowadzeniem omawianej działalności, stanowiące okoliczność charakteryzującą pozycję koncesjonariusza w ramach koncesji usług, nie jest w tym przypadku ponoszone przez przedsiębiorcę.
- 76 Na trzecie pytanie należy zatem odpowiedzieć, że w sytuacji gdy świadczenie usług przeważa w przypadku danego zamówienia nad dostawą produktów, umowę, taką jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym, zawartą pomiędzy powszechną kasą chorych a przedsiębiorcą, w której określono wynagrodzenia za różnego rodzaju świadczenia oczekiwane od przedsiębiorcy oraz okres stosowania umowy, przy czym przedsiębiorca ten zobowiązuje się do wykonania świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którzy o nie

wystąpią, a dana kasa jest ze swej strony jedynym dłużnikiem w zakresie wynagrodzenia za świadczenia tego przedsiębiorcy, należy uważać za „umowę ramową” w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18.

### **3.4. orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa*, ECLI:EU:C:2009:532**

#### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 31 Na wstępie należy stwierdzić, że przyznanie usługi w zakresie zbiórki, transportu i unieszkodliwiania odpadów miejskich, takie jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, może być objęte, w zależności od cech wynagrodzenia za tę usługę, definicją zamówienia publicznego na usługi lub koncesji na usługi publiczne, w rozumieniu odpowiednio art. 1 ust. 2 lit. d) lub art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18.
- 32 W świetle okoliczności wskazanych w postanowieniu odsyłającym oraz w aktach przekazanych Trybunałowi przez sąd krajowy umowa będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym mogłaby stanowić zamówienie na usługi publiczne w szczególności z tego względu, że umowa zawarta pomiędzy Setco i Comune di Ponte Nossa w zakresie świadczenia omawianych usług przewiduje, że ta ostatnia wypłaci Setco wynagrodzenie za świadczone przezeń usługi.
- 33 Zamówienie takie może być objęte zakresem dyrektywy nr 2004/18 jako zamówienie na usługi wywozu śmieci, należące do kategorii 16 załącznika IIA do tej dyrektywy.
- 34 Postanowienie odsyłające nie zawiera jednak informacji niezbędnych dla ustalenia, czy chodzi o koncesję na usługi, czy zamówienie publiczne na usługi, a w tym ostatnim przypadku, czy wszystkie przesłanki stosowania rzeczzonej dyrektywy są spełnione. W szczególności nie wskazuje ono, czy kwota zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym przekracza próg jego stosowania.
- 35 W każdym razie kwestia, czy sprawa przed sądem krajowym dotyczy koncesji na usługi, czy zamówienia publicznego na usługi, oraz kwestia, czy w tym ostatnim przypadku zamówienie takie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18, nie ma wpływu na odpowiedź, której Trybunał udzieli na pytania.
- 36 Z orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że przetarg nie jest obowiązkowy, nawet gdy współkontrahentem jest jednostka prawnie odrębna od instytucji zamawiającej, w sytuacji gdy jednostka samorządu terytorialnego będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad jej własnymi służbami, pod warunkiem że podmiot ten wykonuje działalność wraz z jednostką samorządu terytorialnego posiadającą w nim udziały w przeważającym zakresie na rzecz tej władzy lub tych jednostek samorządu terytorialnego, które go kontrolują (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 50).
- 37 Orzeczenie to jest istotne zarówno dla wykładni dyrektywy nr 2004/18, jak i art. 12 WE, 43 WE i 49 WE oraz ogólnych zasad, których szczegółowy wyraz stanowią (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb. Orz. s. I-1, pkt 49; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb. Orz. s. I-8585, pkt 62).
- 38 Należy przypomnieć, że niezależnie od okoliczności, iż zamówienie publiczne nie jest objęte zakresem stosowania dyrektyw wspólnotowych w danej dziedzinie, zawierające je instytucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania podstawowych reguł traktatu WE (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60; postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. s. I-9505, pkt 20).

- 39 Co się tyczy udzielania zamówień publicznych na usługi, instytucje zamawiające muszą w szczególności przestrzegać art. 43 WE i 49 WE oraz zasad równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak również wynikającego z nich obowiązku przejrzystości (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 47–49; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb. Orz. s. I-3303, pkt 19–21).
- 40 Stosowanie reguł ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak również ogólnych zasad, których szczególny wyraz stanowią owe reguły, jest jednakże wyłączone, w przypadku gdy kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, a podmiot ten wykonuje zasadniczą część swej działalności wspólnie z organem władzy lub władzami, w których dyspozycji pozostaje (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Teckal, pkt 50; w sprawie Parking Brixen, pkt 62; wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 34).
- 41 Okoliczność, że jednostka, której przyznano zamówienie, jest spółką kapitałową, nie wyłącza zastosowania wyjątku przewidzianego w orzecznictwie przypomnianym w powyższym punkcie niniejszego wyroku. W ww. wyroku w sprawie ANAV Trybunał uznał możliwość stosowania tego orzecznictwa w przypadku spółki akcyjnej.
- 42 Sąd krajowy stwierdza, że niezależnie od okoliczności, iż art. 1 ust. 3 i 4 statutu Setco zastrzega dostęp do jej kapitału jednostkom publicznym, art. 6 ust. 4 tego statutu przewiduje, że Setco może emitować akcje uprzywilejowane w celu wspierania akcjonariatu, na poziomie lokalnym, obywateli i przedsiębiorców lub akcjonariatu pracowniczego.
- 43 Na rozprawie Comune di Ponte Nossa podniosła, że chociaż rzeczony art. 6 ust. 4 powinien być zostać uchylony w ramach zmiany statutu Setco, która nastąpiła w dniu 23 grudnia 2006 r., pozostał w nim przez pomyłkę. Zdaniem Comune di Ponte Nossa rzeczony art. 6 ust. 4 został uchylony w dacie późniejszej. Do sądu krajowego należy weryfikacja tych okoliczności, które mogą prowadzić do wyłączenia możliwości otwarcia kapitału Setco dla inwestorów prywatnych.
- 44 Postanowienie odsyłające podnosi kwestię, czy instytucja zamawiająca może sprawować nad spółką, której jest akcjonariuszem i z którą zamierza zawrzeć umowę, kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, w przypadku gdy istnieje możliwość, by inwestorzy prywatni objęli udział w kapitale tej spółki, choćby możliwość ta nie uległa konkretyzacji.
- 45 By odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, że okoliczność, iż instytucja zamawiająca znajduje się w posiadaniu, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całości kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wskazuje, choć nie przesądza o tym, że instytucja publiczna sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb. Orz. s. I-4137, pkt 37; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb. Orz. s. I-8457, pkt 31).
- 46 Natomiast udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym razie, by instytucja ta mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49; ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 30).
- 47 Co do zasady rzeczywiste istnienie prywatnego udziału w kapitale zakładowym spółki, której udzielono zamówienia, podlega weryfikacji w chwili udzielenia rozpatrywanego zamówienia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 15, 52). Może mieć również znaczenie uwzględnienie okoliczności, że w chwili udzielenia przez instytucję zamawiającą zamówienia spółce, w której posiada ona wszystkie udziały, mające

zastosowanie ustawodawstwo krajowe przewiduje obligatoryjne otwarcie spółki, w krótkim terminie, na inne kapitały (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 67, 72).

- 48 Wyjątkowo szczególne okoliczności mogą wymagać uwzględnienia okoliczności, które wystąpiły po dniu udzielenia rozpatrywanego zamówienia. Jest tak w szczególności, gdy części spółki, której udzielono zamówienia, a które poprzednio w całości posiadała instytucja zamawiająca, zostały zbyte przedsiębiorstwu prywatnemu wkrótce po udzieleniu danego zamówienia tej spółce w ramach sztucznej konstrukcji mającej na celu obejście przepisów wspólnotowych obowiązujących w tej dziedzinie (zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.-Orz. s. I-9705, pkt 38–41).
- 49 Niewątpliwie, nie można wykluczyć, że części spółki zostaną zbyte w dowolnym momencie podmiotom trzecim. Jednakże uznanie, że ta możliwość może przez nieograniczony czas utrzymywać w zawieszeniu ocenę publicznego charakteru – lub jego braku – kapitału spółki, której udzielono zamówienia publicznego, nie byłoby zgodne z zasadą pewności prawa.
- 50 Jeśli kapitał zakładowy spółki w całości należy do instytucji zamawiającej, jej samej lub jej wraz z innymi władzami publicznymi, w chwili udzielenia danego zamówienia tej spółce, otwarcie tego kapitału na inwestorów prywatnych może zostać uwzględnione wyłącznie, jeśli istnieje w tym momencie konkretna perspektywa takiego otwarcia w krótkim terminie.
- 51 Wynika z tego, że w sytuacji takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy spółka, której udzielono zamówienia, jest w całości własnością publiczną i gdy brak jest jakichkolwiek konkretnych wskazówek przyszłego otwarcia jej kapitału dla akcjonariuszy prywatnych, zwykła możliwość udziału osoby prywatnej w kapitale rzeczowej spółki nie wystarcza, by stwierdzić, że przesłanka w zakresie kontroli władz publicznych nie jest spełniona.
- 52 Stwierzeń tych nie podważają rozważania zawarte w pkt 26 wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb. Orz. s. I-7287, w świetle których okoliczność, że spółka taka jak w sprawie, w której wydano powyższy wyrok, jest otwarta na kapitał prywatny, uniemożliwia uznanie jej za strukturę wewnętrznego zarządzania usługą publiczną w przypadku uczestniczących w niej gmin. W sprawie tej bowiem usługa publiczna została przyznana spółce, której kapitał nie był w całości publiczny, lecz większościowo publiczny, a zatem mieszany, w chwili udzielania zamówienia (zob. ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 5, 28).
- 53 Zakładając, że zamówienie zostanie udzielone bez przeprowadzenia przetargu spółce o kapitale publicznym w warunkach, o których mowa w pkt 51 i nast., lecz w czasie trwania zamówienia akcjonariusze prywatni zostaną dopuszczeni do udziału w kapitale rzeczowej spółki, dochodzi do zmiany podstawowej przesłanki zamówienia, wymagającej przeprowadzenia przetargu.
- 54 Następnie powstaje kwestia, czy w przypadku gdy organ władzy publicznej zostanie mniejszościowym współnikiem spółki akcyjnej o kapitale w pełni publicznym w celu powierzenia jej zarządzania usługą publiczną, kontrola sprawowana przez będące współnikami władze publiczne w ramach tej spółki musi być sprawowana – by mogła zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami – indywidualnie przez każdą z tych władz czy też może być sprawowana przez nie łącznie.
- 55 Orzecznictwo nie wymaga, by kontrola sprawowana nad spółką, której udzielono zamówienia w takim przypadku, była indywidualna (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 46).
- 56 W przypadku gdy kilka organów publicznych postanawia wykonać swe zadania usług publicznych za pomocą spółki będącej ich własnością, jest zazwyczaj wykluczone, by jeden z tych organów mających jedynie udział mniejszościowy, sam sprawował decydującą kontrolę nad decyzjami tej ostatniej. Wymóg w podobnym przypadku, by kontrola sprawowana przez organ władzy publicznej była indywidualna, prowadziłby do nałożenia

obowiązku przeprowadzenia przetargów w większości przypadków, gdzie organ taki objąłby udziały w spółce stanowiącej własność innych władz publicznych w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 47).

- 57     Rezultat taki nie byłby zgodny z systemem przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych i koncesji. Uznano bowiem, że władza publiczna ma możliwość wypełniania ciążących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb (ww. wyroki: w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48; w sprawie Coditel Brabant, pkt 48; w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 45).
- 58     Ta możliwość zastosowania własnych środków przez organy publiczne w celu realizacji ich misji świadczenia usług publicznych może być wykonywana we współpracy z innymi organami publicznymi (zob. podobnie wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb. Orz. s. I-2999, pkt 57; ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 49).
- 59     Należy zatem przyznać, że, w przypadku gdy wiele organów publicznych jest właścicielami spółki, której powierzają wykonanie ich zadań w zakresie usług publicznych, kontrola tych organów publicznych nad tą spółką może być sprawowana przez nie łącznie (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 50).
- 60     Jako że chodzi o organ kolegialny, procedura stosowana przy podejmowaniu decyzji, w szczególności przy podejmowaniu decyzji większością głosów, nie ma znaczenia (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 51).
- 61     Stwierdzenia tego nie podważa ww. wyrok w sprawie Coname. Niewątpliwie Trybunał stwierdził w pkt 24 tego wyroku, że udział w wysokości 0,97% jest tak niski, że nie może pozwalać gminie na sprawowanie kontroli nad koncesjonariuszem zarządzającym świadczeniem usług publicznych. Jednakże, przedstawiając w rzeczonym wyroku powyższe stwierdzenie, Trybunał nie miał na względzie kwestii, czy kontrola taka może być sprawowana łącznie (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 52).
- 62     Ponadto w późniejszym ww. wyroku w sprawie Asemfo, pkt 56–61, Trybunał przyznał, że w pewnych okolicznościach przesłanka dotycząca kontroli sprawowanej przez organy publiczne mogła zostać spełniona, w przypadku gdy organy te posiadały jedynie 0,25% kapitału przedsiębiorstwa publicznego (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 53).
- 63     Wynika z tego, że jeśli władza publiczna zostanie mniejszościowym wspólnikiem spółki akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną, kontrola, którą będące wspólnikami tej spółki władze publiczne sprawują nad nią, może zostać uznana za analogiczną do kontroli wykonywanej nad własnymi służbami tej władzy publicznej, gdy sprawują ją łącznie.
- 64     Pytanie przedstawione przez sąd krajowy zmierza ponadto do ustalenia, czy struktury decyzyjne, takie jak przewidziane w statucie spółki Setco, pozwalają będącym akcjonariuszami spółkom na rzeczywiste sprawowanie nad będącą ich własnością spółką kontroli analogicznej do wykonywanej nad ich własnymi służbami.
- 65     Dla oceny, czy instytucja zamawiająca sprawuje nad spółką, której udzielono zamówienia, kontrolę analogiczną do wykonywanej nad własnymi służbami tej instytucji, należy uwzględnić ogół przepisów ustawodawczych i istotnych okoliczności. Z badania tego powinno wynikać, że spółka, której udzielono zamówienia, podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wpływanie na decyzje rzeczowej spółki. Chodzi o możliwość przesądzającego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i istotne decyzje tej spółki (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 36; w sprawie Coditel Brabant, pkt 28).

- 66 Pośród istotnych elementów wynikających z postanowienia odsyłającego należy na wstępie zbadać mające zastosowanie przepisy, a następnie kwestię, czy rzeczona spółka ma cel rynkowy, i wreszcie mechanizmy kontroli przewidziane w statucie Setco.
- 67 Co się tyczy mających zastosowanie przepisów, art. 113 ust. 5 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 267/2000 stanowi, że świadczenie usług może zostać powierzone z poszanowaniem prawa Unii Europejskiej, spółkom należącym w pełni do skarbu państwa, pod warunkiem że organ lub organy publiczne posiadające udział w kapitale „sprawują nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem lub organami publicznymi, które sprawują nad nią kontrolę”.
- 68 Przyjmując ten przepis, ustawodawca włoski przyjął literalnie brzmienie przesłanek wskazanych w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal i potwierdzonych w szeregu późniejszych wyroków Trybunału. Takie ustawodawstwo krajowe jest co do zasady zgodne z prawem wspólnotowym przy wskazaniu, że wykładnia tego ustawodawstwa musi być również zgodna z wymogami prawa wspólnotowego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 25).
- 69 Ponadto z postanowienia odsyłającego wynika, że gminy będące akcjonariuszami spółki Setco zmieniły statut tej spółki w dniu 23 grudnia 2006 r. w celu poddania jej kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami tych gmin, zgodnie z art. 113 ust. 5 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 267/2000.
- 70 Okoliczność, że ta zmiana statutu spółki Setco zmierza do zapewnienia poszanowania przepisów wspólnotowych w tej dziedzinie wynika również z art. 8a ust. 1 tego statutu.
- 71 Ponadto żaden element akt nie wskazuje, by rzeczony statut został zmieniony z myślą o obejściu wspólnotowych przepisów w dziedzinie zamówień publicznych.
- 72 Wreszcie, jak wynika z postanowienia odsyłającego zarówno mające zastosowanie ramy ustawodawcze, jak i statutowe pozwalają, by mniejsze jednostki samorządu terytorialnego bezpośrednio powierzały zarząd lokalnymi usługami publicznymi o znaczeniu gospodarczym spółkom kapitałowym stanowiącym w całości własność publiczną, wyłącznie gdy te jednostki samorządu terytorialnego sprawują nad spółkami kontrolę analogiczną do kontroli wykonywanej nad własnymi służbami w rozumieniu prawa wspólnotowego. Termin „kontrola analogiczna” nie jest jednakże w świetle orzecznictwa krajowego zdefiniowany.
- 73 Co się tyczy kwestii, czy dana spółka ma cel rynkowy narażający na szwank kontrolę będących jej akcjonariuszami jednostek samorządu terytorialnego, należy zbadać zakres geograficzny i materialny działalności tej spółki oraz jej możliwości nawiązywania stosunków z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego.
- 74 Artykuł 3 statutu Setco, zatytułowany „Przedmiot działalności”, stanowi, że Setco zarządza lokalnymi usługami publicznymi, dotyczącymi wyłącznie jednostek samorządu terytorialnego, które powierzają te usługi.
- 75 Ponadto art. 8a ust. 2 tego statutu stanowi, że Setco wykonuje usługi na zasadzie wyłączności na rzecz wspólników powierzających wykonanie zamówienia i w granicach obszaru podlegającego kompetencji tych wspólników.
- 76 Przepisy te wskazują po pierwsze, że geograficzny zakres działalności spółki, której dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, nie wykracza poza obszar gmin będących jej akcjonariuszami, a po drugie, że przedmiotem działalności tej spółki jest zarządzanie usługami publicznymi wyłącznie na rzecz tych gmin.



- 77 Jednakże art. 3 ust. 3 rzeczonoego statutu stanowi, że Setco może również wykonywać usługi na rzecz osób prywatnych, gdy nie jest to sprzeczne z celami spółki lub przyczynia się do ich lepszej realizacji.
- 78 Podczas rozprawy spółka Setco stwierdziła, że uprawnienia tej spółki do negocjowania z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego są instrumentem niezbędnym do pełnienia jej zadania w zakresie służby publicznej. Tytułem przykładu wskazała ona sortowanie selektywne odpadów, które może wymagać odsprzedaży pewnych kategorii odzyskanych materiałów wyspecjalizowanym jednostkom w celu ich recyklingu. Zdaniem spółki Setco są to działania akcesoryjne w odniesieniu do zbiórki odpadów, a nie działania całkowicie odezwane od głównej działalności.
- 79 Należy stwierdzić, że jeśli uprawnienia przyznane spółce, której udzielono zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym, w zakresie świadczenia usług przedsiębiorcom prywatnym jest tylko akcesoryjne w stosunku do jej działalności głównej, czego weryfikacja należy do sądu krajowego, to istnienie tego uprawnienia nie stanowi przeszkody, by celem głównym tej spółki było zarządzanie usługami publicznymi. Zatem istnienie takiego uprawnienia nie wystarcza, by uznać, że rzeczona spółka ma cel rynkowy, który naraża na szwank kontrolę będących jej współnikami jednostek samorządu terytorialnego.
- 80 Wniosek ten jest potwierdzony przez okoliczność, że druga przesłanka wskazana w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal, w świetle której spółka, której udzielono zamówienia, musi wykonywać zasadniczą część swej działalności z będącymi jej właścicielami jednostkami samorządu terytorialnego, pozwala, by spółka ta wykonywała działalność o charakterze marginalnym z podmiotami innymi aniżeli jednostki samorządu terytorialnego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 63). Przesłanka ta byłaby bezcelowa, gdyby pierwszą przesłankę wskazaną w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal należało interpretować jako zabraniającą wszelkiej działalności akcesoryjnej, w tym wykonywanej z sektorem prywatnym.
- 81 Co się tyczy mechanizmów kontroli przewidzianych w statucie Setco, z akt sprawy wynika, że poprzez zmiany dokonane w statucie w dniu 23 grudnia 2006 r., współnicy zamierzali narzucić walnemu zgromadzeniu i zarządowi, przewidzianym we włoskim prawie spółek, struktury decyzyjne, których nie przewidziano wyraźnie w tym porządku prawnym a mające zapewnić kontrolę nad Setco analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami. Chodzi w szczególności o zapewnienie wzmocnionej kontroli poprzez po pierwsze połączony komitet, a po drugie komitet techniczny dla każdego działu odpowiedzialnego za różne działalności spółki Setco.
- 82 Jak wynika z art. 8b i 8c rzeczonoego statutu, połączony komitet i komitety techniczne składają się z przedstawicieli będących współnikami jednostek samorządu terytorialnego. Każda z tych jednostek samorządu ma jeden głos w ramach tych komitetów, niezależnie od wielkości jednostki samorządu czy posiadanych przezeń akcji.
- 83 Ponadto art. 8a–8c statutu Setco przyznaje połączonemu komitetowi i komitetom technicznym szerokie uprawnienia kontrolne i decyzyjne.
- 84 Równocześnie art. 14 statutu Setco ogranicza uprawnienia walnego zgromadzenia, zobowiązując je do uwzględnienia wytycznych i ewentualnych instrukcji wydanych przez rzeczono komitety oraz wymagając pozytywnej opinii połączonoego komitetu przed wydaniem zgody przez walne zgromadzenie na wykonanie pewnych czynności przez zarządzających spółką.
- 85 Także art. 16 statutu Setco ogranicza autonomię decyzyjną zarządu, zobowiązując go do poszanowania uprawnień zastrzeżonych rzeczonym komitetom i podporządkowując jego decyzje wytycznym przez nie wydanym.
- 86 Uwzględniając ustanowiony zakres uprawnień kontrolnych i decyzyjnych przyznanych komitetom oraz okoliczność, że komitety te składają się z delegatów jednostek samorządu

terytorialnego będących akcjonariuszami, przepisy statutowe, takie jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym przepisy spółki, której udzielono zamówienia, należy uznać za umożliwiające jednostkom samorządu terytorialnego będącym akcjonariuszami, sprawowanie, za pośrednictwem tych komitetów, decydującego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki.

- 87 Sąd krajowy uważa jednakże, iż art. 8a–8c statutu Setco w zakresie, w jakim dotyczy połączonego komitetu i komitetów technicznych, są podobne do umów akcjonariuszy objętych art. 2341a włoskiego kodeksu cywilnego. Wywodzi on z tego, że kontrola analogiczna do tej, którą jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami sprawują nad ich własnymi służbami, przewidziana przez mechanizm rzeczonych komitetów, może nie mieć zastosowania.
- 88 Chodzi w tym przypadku o kwestię wykładni przepisów krajowych, której rozstrzygnięcie należy do sądu krajowego.
- 89 Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy charakteru rozważanych przepisów statutowych wynika z tego, że w okolicznościach takich jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym kontrola sprawowana poprzez organy statutowe, przez jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami nad spółką, której udzielono zamówienia, może zostać uznana za pozwalającą tym jednostkom samorządu terytorialnego na sprawowanie kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami.
- 90 W świetle powyższego na przedstawione pytanie należy odpowiedzieć w następujący sposób:

Artykuły 43 WE i 49 WE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu zamówienia publicznego na usługi spółce akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym, gdy jednostka samorządu terytorialnego będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami, a spółka ta wykonuje zasadniczą część swej działalności z będącą jej właścicielem jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego.

Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy skuteczności rozważanych przepisów statutowych, kontrola sprawowana przez jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami nad taką spółką może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy:

- działalność rzeczonoj spółki jest ograniczona do terytorium tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz, oraz
- mają one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki, poprzez organy statutowe, w skład których wchodzi przedstawiciele owych jednostek samorządu terytorialnego.

### **3.5. orzeczenie z dnia z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) przeciwko Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2009:540**

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

##### *Uwagi wstępne*

- 37 Tytułem wstępu należy wskazać, że w świetle okoliczności wynikających z akt, WAZV Gotha jest objęta definicją instytucji zamawiającej zawartą w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/17, przy czym rzeczona instytucja zamawiająca jest jedną z kategorii podmiotów zamawiających, do których dyrektywa ta ma zastosowanie na mocy art. 2 ust. 2 lit. a).

- 38 Ponadto spór przed sądem krajowym jest objęty dyrektywą 2004/17, zgodnie z art. 4 tej ostatniej, w zakresie w jakim dana instytucja zamawiająca, tj. WAZV Gotha wykonuje działalność w dziedzinie zaopatrzenia w wodę pitną i odprowadzania ścieków.
- 39 Dyrektywa nr 2004/17 ma zastosowanie *ratione temporis* do sporu przed sądem krajowym, jako że termin na jej transpozycję wskazany w art. 71 upłynął w dniu 31 stycznia 2006 r., podczas gdy rozpatrywane przed sądem krajowym postępowanie przetargowe zostało wszczęte we wrześniu 2007 r.
- 40 Należy przypomnieć, że definicja koncesji na usługi została wprowadzona w ustawodawstwie wspólnotowym w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/17. Nie występowała ona w poprzednich dyrektywach w tej dziedzinie, w szczególności w dyrektywie Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, s. 84).
- 41 W art. 18 dyrektywy 2004/17 prawodawca wspólnotowy wskazał, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do koncesji na usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące działalność w sektorze gospodarki wodnej.
- 42 Ponadto należy przypomnieć, że co się tyczy zakresu jej stosowania, 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.U. L 134, s. 114) zawiera w art. 1 ust. 2 lit. a) i art. 1 ust. 4 definicje „zamówienia publicznego” i „koncesji na usługi” podobne do odpowiadających im definicji zawartych w art. 1 ust. 2 lit. a) i ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17.
- 43 Podobieństwo to wymaga, by te same rozważania zastosować w celu dokonania wykładni pojęć zamówienia na usługi i koncesji usług w zakresach zastosowania obu wspomnianych dyrektyw.
- 44 Wynika z tego, że jeśli czynność rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym zostanie uznana za „zamówienie na usługi” w rozumieniu dyrektywy 2004/17, zamówienia tego co do zasady należy udzielić zgodnie z procedurami przewidzianymi w art. 31 i 32 dyrektywy. Natomiast jeśli czynność ta zostanie uznana za koncesję na usługi, rzeczona dyrektywa na mocy art. 18 nie podlega stosowaniu. W tym wypadku przyznanie koncesji podlega podstawowym regułom traktatu WE, a w szczególności zasadzie równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na narodowość oraz wynikającemu z nich w szczególności obowiązki przejrzystości (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. s. I-10745, pkt 60–62; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Coname*, Zb. Orz. s. I-7287, pkt 16–19; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, Zb. Orz. s. I-8585, pkt 46–49; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant*, Zb. Orz. s. I-8457, pkt 25).
- 45 To w tym kontekście sąd krajowy dąży do doprecyzowania kryteriów pozwalających na ustalenie różnicy pomiędzy zamówieniem na usługi a koncesją na usługi.

*W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego*

- 46 Swym pierwszym i drugim pytaniem, które należy zbadać łącznie, sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, czy w przypadku umowy dotyczącej usług okoliczność, że kontrahent nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od instytucji zamawiającej, lecz uprawniony jest do pobierania wynagrodzenia wynikającego z przepisów prawa prywatnego od osób trzecich, wystarcza, sama w sobie, by rozpatrywana umowa została uznana za koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17. W przypadku odpowiedzi przeczącej na to pytanie sąd krajowy zapytuje, czy umowa taka może zostać uznana za koncesję na usługi, gdy kontrahent przejmuje całość lub znaczną część ryzyka

instytucji zamawiającej w zakresie podlegającej jej działalności, nawet jeśli ryzyko to jest bardzo ograniczone ze względu na uregulowania prawa publicznego w zakresie organizacji usługi.

- 47 Opowiadając się za twierdzącą odpowiedzią na pierwsze pytanie, WAZV Gotha, Stadtwirtschaft i WAL oraz rządy Niemiec i Czech twierdzą, że okoliczność, iż kontrahent otrzymuje wynagrodzenie od użytkowników omawianej usługi, wystarcza, by nadać jej charakter koncesji na usługi.
- 48 Natomiast Eurawasser i Komisja uważają, że konieczne jest ponadto, by kontrahent podjął ryzyko gospodarcze wykonywania omawianej usługi.
- 49 Należy stwierdzić w tym zakresie, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/17 stanowi, że „[z]amówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi” oznaczają odpłatne umowy zawarte na piśmie pomiędzy jednym podmiotem zamawiającym lub wieloma takimi podmiotami wymienionymi w art. 2 ust. 2 tej dyrektywy a jednym lub wieloma przedsiębiorcami, dostawcami lub usługodawcami.
- 50 W świetle art. 1 ust. 3 lit. b) rzeczony dyrektywy „koncesja na usługi” oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług obejmuje wyłącznie prawo do gospodarczego wykorzystania usługi, albo takie prawo wraz z ceną.
- 51 Z porównania tych dwóch definicji wynika, że różnica pomiędzy zamówieniem na usługi a koncesją na usługi polega na wynagrodzeniu za świadczenie usług. Zamówienie na usługi zawiera wynagrodzenie, które jest płacone bezpośrednio usługodawcy przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 39), podczas gdy w przypadku koncesji na usługi wynagrodzenie za świadczenie usług polega na prawie do gospodarczego wykorzystania usługi, bądź jako takim, bądź ze wskazaną ceną.
- 52 Przedstawione pytania oparte są wyraźnie na okoliczności, że omawiana umowa przewiduje, iż kontrahent nie jest wynagradzany bezpośrednio przez instytucję zamawiającą, lecz wynagrodzeniem przewidzianym przez prawo prywatne, na pobranie którego od osób trzecich zezwala instytucja zamawiająca.
- 53 W świetle kryterium wskazanego w art. 51 niniejszego wyroku okoliczność, że usługodawca jest wynagradzany kwotami pochodzącymi od osób trzecich, w tym przypadku od użytkowników danej usługi, jest jedną z postaci, które może przybrać wykonywanie przyznanego usługodawcy prawa do gospodarczego wykorzystania usługi.
- 54 Kryterium to wynikało już z orzecznictwa Trybunału poprzedzającego wejście w życie dyrektywy 2004/17. W świetle tego orzecznictwa, o koncesji na usługi można było mówić, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opierał się na prawie usługodawcy do gospodarczego wykorzystania jego usług (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 58; postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, Rec. s. I4685, pkt 27, 28; z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb. Orz. s. I-6657, pkt 34; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-437/07 Komisja przeciwko Włochom, pkt 29).
- 55 Jest bez znaczenia w tym zakresie, czy wynagrodzenie podlega prawu prywatnemu, czy publicznemu.
- 56 Trybunał przyznał istnienie koncesji na usługi, między innymi w przypadku, gdy wynagrodzenie usługodawcy pochodzi z płatności dokonywanych przez użytkowników parkingów publicznych, usług transportu publicznego i sieci teledystrybucji (zob. ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 40; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb. Orz. s. I-3303, pkt 16; ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 24).

- 57 Wynika z tego, że w przypadku umowy dotyczącej usług okoliczność, że kontrahent nie jest bezpośrednio wynagradzany przez instytucję zamawiającą, lecz ma prawo do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, spełnia wymogi wynagrodzenia, o którym mowa w art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17.
- 58 Wniosek ten wymaga jednakże sprecyzowania pojęć „prawo do korzystania” oraz „wynagrodzenie za świadczenie” zawartych w tym przepisie.
- 59 Z orzecznictwa Trybunału wynika, że gdy umówiony sposób wynagradzania polega na uprawnieniu usługodawcy do gospodarczego wykorzystania jego własnego świadczenia, ów sposób wynagradzania powoduje, że usługodawca przejmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem rzeczonych usług (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 40; wyroki: z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 34; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 29).
- 60 W tym zakresie zainteresowani po przedstawieniu swych uwag zajęli tytułem głównym lub subsydiarnym odmienne stanowiska.
- 61 WAZV Gotha twierdzi, że okoliczność, iż kontrahent przyjmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem, w okolicznościach sprawy przed sądem krajowym, wystarcza dla scharakteryzowania koncesji na usługi.
- 62 Zdaniem Stadtwirtschaft, WAL i rządu czeskiego, kontrahent nie jest zobowiązany do przejęcia całego ryzyka. Wystarczy, by przejął jego większą część.
- 63 Niemiecki związek uważa, że koncesja na usługi występuje, gdy kontrahent przyjmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem, które nie jest całkowicie nieznaczące.
- 64 Eurawasser uważa, że w przypadku czynności będącej przedmiotem sporu przed sądem krajowym brak jest znacznego ryzyka, które mogłoby zostać przeniesione na kontrahenta przez instytucję zamawiającą. Należy ją zatem uznać za zamówienie, a nie koncesję.
- 65 Komisja wskazuje, że powinno występować istotne ryzyko, które nie musi jednakże odpowiadać gospodarczemu ryzyku ponoszonemu zwykle na wolnym rynku. Zamówienie na usługi, którego ryzyko gospodarcze jest zredukowane do minimum przez władze publiczne, nie może być uznane za koncesję na usługi.
- 66 W tym zakresie należy stwierdzić, że ryzyko jest nieodłącznie związane z gospodarczym wykorzystaniem usługi.
- 67 Jeśli instytucja zamawiająca nadal ponosi całe ryzyko, nie narażając usługodawcy na niebezpieczeństwa rynku, umożliwienie gospodarczego wykorzystania usługi wymaga stosowania formalności przewidzianych w dyrektywie nr 2004/17 w celu ochrony przejrzystości i konkurencji.
- 68 W razie całkowitego braku przeniesienia na usługodawcę ryzyka związanego ze świadczeniem usługi, omawiana czynność stanowi zamówienie na usługi (zob. podobnie wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse i in., Zb. Orz. s. I-9315, pkt 22; ww. wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 35–37; a także analogicznie, co się tyczy koncesji na roboty budowlane, ww. wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 30, 32–35). Zatem jak wskazano w pkt 51 niniejszego wyroku, w tym ostatnim przypadku wynagrodzenie nie polega na uprawnieniu do gospodarczego wykorzystania usługi.
- 69 Przedstawione pytania opierają się na założeniu, że z rozpatrywaną w postępowaniu przed sądem krajowym dostawą usług wiąże się bardzo ograniczone ryzyko gospodarcze, również w przypadku, gdy usługa ta byłaby świadczona przez instytucję zamawiającą z powodu zastosowania uregulowań właściwych dla danego sektora działalności.

- 70 Tymczasem w świetle pewnych argumentów przedstawionych Trybunałowi, by w takich okolicznościach omawiana czynność stanowiła koncesję, ryzyko przenoszone przez instytucję na koncesjonariusza powinno być istotne.
- 71 Argumenty te nie mogą zostać w sposób bezwarunkowy uwzględnione.
- 72 Jak wiadomo, pewne sektory działalności, w szczególności sektor użyteczności publicznej, taki jak dystrybucja wody i odprowadzanie ścieków, jest przedmiotem reglamentacji mogącej prowadzić do ograniczenia ponoszonego ryzyka gospodarczego.
- 73 Po pierwsze, przepisy prawa publicznego, którym poddane jest gospodarcze i finansowe wykorzystanie usługi, ułatwiają kontrolę jej prowadzenia i redukują czynniki mogące naruszyć przejrzystość lub zniekształcić konkurencję.
- 74 Po drugie, należy umożliwić instytucjom zamawiającym, działającym w dobrej wierze, zapewnienie dostawy usług przy pomocy koncesji, jeśli instytucje te uznają, że jest to najlepszy sposób zagwarantowania danych usług publicznych i to również, gdy ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usług jest bardzo ograniczone.
- 75 Nie byłoby ponadto rozsądne żądanie od zlecającej administracji publicznej stworzenia warunków konkurencji i ryzyka gospodarczego na wyższym poziomie niż występujące w tym sektorze ze względu na uregulowania mające do niego zastosowanie.
- 76 W takich okolicznościach, ponieważ instytucja zamawiająca nie ma żadnego wpływu na przepisy prawa publicznego mające zastosowanie do organizacji usługi, niemożliwe jest, by wprowadziła ona, a zatem i przeniosła, czynniki ryzyka, które są wyłączone przez te przepisy.
- 77 W każdym razie, nawet jeśli ryzyko ponoszone przez instytucję zamawiającą jest bardzo ograniczone, w celu stwierdzenia istnienia koncesji na usługi niezbędne jest, by instytucja zamawiająca przeniosła na koncesjonariusza całość lub znaczną część ponoszonego przez siebie ryzyka prowadzenia tej działalności.
- 78 Do sądu krajowego należy ocena, czy miało miejsce przeniesienie całości lub znacznej części ryzyka ponoszonego przez instytucję zamawiającą.
- 79 W tym celu nie należy uwzględniać ogólnego ryzyka związanego ze zmianą przepisów w toku wykonania umowy.
- 80 Zatem na pierwsze i drugie pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że okoliczność, iż w ramach umowy dotyczącej usług kontrahent nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od instytucji zamawiającej, lecz uprawniony jest do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, wystarcza, by rozpatrywana umowa została uznana za „koncesję na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17, gdy kontrahent przejmuje całość lub znaczną część ryzyka instytucji zamawiającej w zakresie podlegającej jej działalności, nawet jeśli ryzyko to jest bardzo ograniczone ze względu na uregulowania prawa publicznego w zakresie organizacji usługi.

*W przedmiocie pytania trzeciego*

- 81 Z uwagi na odpowiedź udzieloną na pierwsze i drugie pytanie nie ma konieczności udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie.



### 3.6. **orzeczenie z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2009:664**

#### **W przedmiocie skargi**

##### *W przedmiocie dopuszczalności*

- 22 Republika Federalna Niemiec podnosi zarzut niedopuszczalności w oparciu o to, że w chwili upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii, to jest w dniu 18 grudnia 2006 r., sporna umowa wywarła już wszystkie swoje skutki, ponieważ budowa obiektów, o których mowa w skardze, była już od dawna ukończona. Republika Federalna Niemiec powołuje się w tym względzie na protokół zdawczoodbiorczy („Übernahmeprotokoll”) sporządzony po trzydniowych negocjacjach, w dniu 30 listopada 2005 r., czyli nawet przed wysłaniem pisma z wezwaniem do usunięcia uchybienia, z jednej strony przez miasto Kolonię, a z drugiej strony przez GKM-GbR, który zdaniem Republiki Federalnej Niemiec dowodzi, że sporne obiekty zostały prawidłowo oddane w tym dniu przez wspomnianą spółkę i zaakceptowane przez miasto. Obiekty te były zresztą użytkowane, zgodnie ze swoim przeznaczeniem, od stycznia 2006 r. W dniu 16 stycznia 2006 r. miało bowiem miejsce w ich pomieszczeniach oficjalne otwarcie międzynarodowych targów mebli.
- 23 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w dziedzinie zamówień publicznych skarga o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego jest niedopuszczalna, jeżeli w dniu upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii sporna umowa wywołała już wszystkie swoje skutki (zob. m.in. wyroki: z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, Zb. Orz. s. I-4713, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-237/05 Komisja przeciwko Grecji, Zb. Orz. s. I-8203, pkt 29).
- 24 W niniejszym przypadku należy więc sprawdzić, czy w dniu upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii, czyli w dniu 18 grudnia 2006 r., omawiana umowa znajdowała się, przynajmniej częściowo, na etapie wykonania, czy też przeciwnie, została ona już całkowicie wykonana, tak że wywarła już wszystkie swoje skutki.
- 25 Pod pojęciem „sporna umowa” lub używanym również w orzecznictwie innym sformułowaniem „sporne zamówienie” (zob. np. wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-3609, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo) Trybunał rozumie dane przedsięwzięcie rozpatrywane jako całość, na tle ogółu towarzyszących mu okoliczności i pod kątem jego zasadniczych cech.
- 26 W niniejszym wypadku bezsporny jest fakt, że przedsięwzięcie, które połączyło miasto Kolonię z GKM-GbR i z KölnMesse, miało ostatecznie na celu oddanie do dyspozycji spółki KölnMesse, w której znaczną większość udziałów ma miasto Kolonia, na długi okres hal wystawowych, które miały zostać zbudowane przez GKMGBR. Jednocześnie miasto Kolonia zobowiązało się wobec GKM-GbR w umowie najmu do miesięcznej zapłaty czynszu w określonej kwocie, przy czym przekazywanie tych środków służyć miało w rzeczywistości sfinansowaniu budowy omawianych obiektów, co zresztą przyznaje Republika Federalna Niemiec.
- 27 Cel i sposób realizacji tego przedsięwzięcia wynikają w szczególności z umowy najmu określonej jako „główna”, zawartej w dniu 6 sierpnia 2004 r., w której GKM-GbR zobowiązała się zbudować obiekty zgodnie ze szczegółowymi specyfikacjami określonymi przez miasto Kolonię w celu ich wynajmowania, a także z umowy podnajmu i z „porozumienia wykonawczego do umowy podnajmu”, w których miasto Kolonia oddało KölnMesse w użytkowanie mające zostać wybudowane obiekty.

- 28 Sporne przedsięwzięcie posiada więc aspekt „budowy” i aspekt „wynajmu” lub „finansowania”. W tym względzie, niezależnie od kwestii, który z nich jest przeważającym elementem lub głównym celem tego przedsięwzięcia i czy miasto Kolonia działało jedynie jako gwarant w stosunku do GKM-GbR, których analiza znajduje się w zakresie rozpoznania tej sprawy co do meritum, należy stwierdzić, że poszczególne aspekty tego przedsięwzięcia tworzą nierozdzielalną całość. Budowa obiektów budowlanych, która stanowiła przedmiot projektu i wykonania, nie miałaby bowiem racji bytu bez umowy najmu, a ta z kolei nie mogłaby istnieć samodzielnie bez przyszłego wykonania obiektów budowlanych, w postaci określonej w tej umowie. Zatem nie można przychylić się do tezy Republiki Federalnej Niemiec, że umowa główna zawiera części, które są istotne, oraz części, które są nieistotne lub obojętne z punktu widzenia niniejszego postępowania.
- 29 W związku z tym, w celu dokonania oceny dopuszczalności skargi, sporne przedsięwzięcie należy rozpatrywać w całości i pod kątem wszystkich jego cech i części składowych.
- 30 Tak więc sporna umowa, czyli sporne przedsięwzięcie rozpatrywane w całości, nie wywarła wszystkich swoich skutków w dniu upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii przez to, że budowa obiektów została ukończona. Aspekt „wynajmu” tego przedsięwzięcia nadal bowiem wywierał w tym czasie skutki.
- 31 Wobec powyższych rozważań należy uznać, że skarga Komisji jest dopuszczalna.

#### *Co do istoty*

#### *Argumentacja stron*

- 32 Komisja podnosi, że KölnMesse z GKM-GbR nie wiążą wzajemnie jakiegokolwiek stosunek umowny, prawo ani obowiązki. W opinii Komisji jedynym podmiotem, który w niniejszym przypadku wchodzi w rachubę jako druga strona umowy z GKM-GbR, jest samo miasto Kolonia. Na mocy umowy głównej jedynie ono bowiem przyjęło na siebie rzeczywiste zobowiązania wobec GKM-GbR. Ponadto KölnMesse nie mogłaby sama przeprowadzić takiego przedsięwzięcia budowlanego bez udziału miasta Kolonii, a GKM-GbR nie zgodziłaby się na realizację tego projektu bez pokrycia finansowego ze strony miasta. Poza tym KölnMesse nie stała się dłużnikiem GKM-GbR.
- 33 Jeśli chodzi o charakter prawny spornego przedsięwzięcia, Komisja utrzymuje, że stanowi ono zamówienie publiczne na roboty budowlane. Podnosi bowiem po pierwsze, że miasto Kolonia, instytucja zamawiająca jako jednostka samorządu terytorialnego, zawarła na piśmie umowę o charakterze odpłatnym z GKM-GbR jako wykonawcą na wykonanie przez nią obiektów budowlanych o wartości dalece przekraczającej próg określony we wspólnotowych przepisach, które miały zostać oddane do dyspozycji instytucji zamawiającej. Po drugie, jeśli chodzi o przedmiot tego przedsięwzięcia, wykonanie omawianych obiektów budowlanych, których wyłącznym przeznaczeniem było organizowanie w nich targów, nie było inicjatywą własną GKM-GbR. Z umowy głównej wynika również zdaniem Komisji, że te obiekty budowlane zostały wykonane zgodnie ze szczegółowymi specyfikacjami wskazanymi przez miasto Kolonia, które nie stanowiły zwykłego opisu dotyczącego wyposażenia w ramach umowy wynajmu. Zatem w niniejszym przypadku chodzi o wykonanie obiektów budowlanych odpowiadających wymogom określonym przez instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. a) ostatnia część zdania dyrektywy 93/37.
- 34 Komisja podnosi, że wniosku tego nie podważa fakt, iż umowa główna zawiera również elementy właściwe dla umowy najmu, to jest oddanie w użytkowanie obiektów budowlanych w zamian za rozłożoną w czasie zapłatę, stanowiącą wynagrodzenie za budowę tych obiektów. Nie można bowiem rozróżnić części „roboty budowlane” umowy i części „najem” lub „finansowanie”, tak aby pierwsza z tych części podlegała zakresowi dyrektywy 93/37, a druga, jako świadczenie usług, dyrektywie 92/50. W każdym razie, jak przy-

pomina Komisja, zgodnie z orzecznictwem Trybunału to główny przedmiot umowy określa jej kwalifikację, a w tym przypadku przedmiotem tym jest wykonanie obiektu budowlanego.

- 35 Komisja podnosi na koniec, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału to, czy miasto Kolonia zamierzało samo użytkować obiekt, który miał zostać zbudowany, czy też planowało oddać go do dyspozycji osoby trzeciej, jest nieistotne dla celów zakwalifikowania spornego przedsięwzięcia jako zamówienia publicznego na roboty budowlane, podobnie jak to, czy będzie ono właścicielem gruntu i hal wystawowych z chwilą wygaśnięcia umowy głównej. Komisja wnioskuję, że miasto Kolonia powinno było zatem zorganizować przetarg na sporne zamówienie zgodnie z przepisami art. 7 ust. 4 i art. 11 dyrektywy 93/37.
- 36 Republika Federalna Niemiec odpiara, że jedynym podmiotem, który w mniejszym przypadku wchodzi w rachubę jako druga strona umowy z GKM-GbR, jest KölnMesse, ponieważ to właśnie te dwie spółki łączy w rzeczywistości główny stosunek umowny. W ramach oceny funkcjonalnej sytuacji jako całości jedynie bowiem KölnMesse jest najemcą, a GKM-GbR wynajmującym, poprzez umowę podnajmu, której zawarcie było przewidziane i która została zawarta w tym samym czasie co umowa główna, jej brzmienie było co do istoty identyczne z umową główną, a za jej pomocą wszystkie prawa i obowiązki wynikające z umowy głównej zostały przekazane KölnMesse.
- 37 Ponadto to właśnie KölnMesse, w celu wynajęcia hal wystawowych, które miano zbudować na należącym do niej gruncie, zaplanowała i przeprowadziła sporne przedsięwzięcie i to ostatecznie ona użytkuje te obiekty i płaci za to uzgodnione wynagrodzenie. Brak bezpośredniego stosunku umownego między KölnMesse i GKM-GbR wynika z tego, że operacja ta miała strukturę trójkąta, na którą zdecydowano się, kierując się względami funkcjonalnymi, a miasto Kolonia zostało włączone do stosunków umownych między wymienionymi spółkami jako gwarant, a nie jako dłużnik solidarny.
- 38 Republika Federalna Niemiec uważa więc, że wyłącznie KölnMesse, jako rzeczywista druga strona umowy z GKM-GbR, powinna być brana pod uwagę pod kątem kryteriów, według których ustala się, czy dany podmiot objęty jest zakresem pojęcia instytucji zamawiającej, w celu ewentualnego zastosowania wspólnotowych regulacji dotyczących zamówień publicznych, nie zaś miasto Kolonia. Ponieważ skarga Komisji odnosi się jedynie do miasta Kolonii, powinna ona zostać odrzucona.
- 39 Jeśli chodzi o charakter prawny spornego przedsięwzięcia, Republika Federalna Niemiec utrzymuje, że umowa zawarta między miastem Kolonią i GKMGBR nie jest zamówieniem na roboty budowlane, a jedynie gwarancją finansową, to jest umową akcesoryjną w stosunku do umowy głównej zawartej między GKM-GbR a KölnMesse.
- 40 Do celów kwalifikacji prawnej zamówienia, w skład którego wchodzi więcej aspektów mogących podlegać różnym uregulowaniom wspólnotowym dotyczącym zamówień publicznych, należałoby, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, mieć na uwadze główny przedmiot spornej umowy, a aby uznać, że chodzi tu o zamówienie publiczne na roboty budowlane, przedmiotem tym powinno być wykonanie obiektu budowlanego. To państwo członkowskie powołuje się w tym względzie na wyrok z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, Zb. Orz. s. I-1329. Tymczasem w niniejszym wypadku, w opinii Republiki Federalnej Niemiec, wykonanie obiektu budowlanego nie stanowiło głównego przedmiotu umów. Zarówno bowiem umowa główna, jak i umowa podnajmu wcale nie były „umowami o budowę”, lecz i formalnie i materialnie „umowami najmu”, w ramach których druga strona umowy uzyskuje, odpłatnie, wyłącznie prawo użytkowania przedmiotowych budynków. Z funkcjonalnego punktu widzenia omawiana konstrukcja umowna, przy udziale miasta Kolonii, miała na celu sfinansowanie projektu autorstwa KölnMesse.

- 41 Tego, że główny przedmiot spornej umowy polega na najmie przedmiotowych budynków, dowodzi, po pierwsze, porównanie kosztu najmu w okresie 30 lat, to jest około 600 mln EUR, z kosztem budowy tych budynków, który wynosi jedynie około 235 mln EUR, a po drugie, brak klauzuli umownej dotyczącej opcji zakupu lub obowiązku odkupienia, dotyczącej tych budynków, leżących po stronie miasta Kolonii lub KölnMesse po wygaśnięciu umowy najmu. W tym zakresie GKM-GbR ponosi ostatecznie ryzyko ekonomiczne spornego przedsięwzięcia.
- 42 W związku z tym, w opinii Republiki Federalnej Niemiec, bez względu na to, czy głównym przedmiotem umowy jest usługa najmu, czy usługa finansowania, chodzi tu o dwie sytuacje objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 92/50, której ewentualne naruszenie nie stanowi przedmiotu niniejszego postępowania.

#### Ocena Trybunału

- 43 W celu ustalenia, po pierwsze, który podmiot należy uznać za drugą stronę umowy z GKM-GbR, a więc który należy zbadać pod kątem kryteriów składających się na definicję pojęcia instytucji zamawiającej, należy stwierdzić, że skarga Komisji dotyczy umowy najmu określanej jako „główna”, zawartej w dniu 6 sierpnia 2004 r. między miastem Kolonią i GKM-GbR.
- 44 Pomimo tego Republika Federalna Niemiec utrzymuje, że z punktu widzenia oceny funkcjonalnej przedsięwzięcia jako całości to KölnMesse jest rzeczywistą drugą stroną umowy z GKM-GbR i rzeczywistym najemcą wskutek umowy podnajmu. To bowiem KölnMesse zaplanowała i przeprowadziła sporne przedsięwzięcie, ostatecznie użytkuje omawiane obiekty i płaci za to uzgodnione wynagrodzenie.
- 45 Jednakże bezsporny jest fakt, że umowa główna z dnia 6 sierpnia 2004 r. zawarta została przez GKM-GbR i miasto Kolonię i nie było przy tym żadnej mowy na temat KölnMesse. Należy zauważyć również, że negocjacje w celu zawarcia tej umowy prowadziło miasto Kolonia w swoim imieniu i na własny rachunek. Ponadto szczegółowe specyfikacje dotyczące wykonania obiektów budowlanych zostały włączone przez miasto Kolonia do umowy i to jedynie wobec niego GKM-GbR podjęła zobowiązania. Podobnie miasto Kolonia prowadziło negocjacje, na skutek których sporządzono protokół zdawczoodbiorczy spornych obiektów z dnia 30 listopada 2005 r. i został on podpisany przez miasto i GKM-GbR, bez jakiegokolwiek wzmianki na temat KölnMesse.
- 46 Zatem KölnMesse w ogóle nie pojawia się i nie bierze wcale udziału w stosunkach umownych między GKM-GbR i miastem Kolonia.
- 47 Stwierdzenia, że KölnMesse i GKMGBR nie łączy żaden stosunek umowny, nie podważa fakt istnienia umowy sprzedaży na rzecz GKM-GbR przez KölnMesse gruntu, na którym zbudowano sporne obiekty budowlane. Umowa ta nie jest bowiem istotna w ramach spornego przedsięwzięcia, ponieważ polega ono na budowie i najmie tych obiektów.
- 48 Podobnie umowa podnajmu z dnia 11 sierpnia 2004 r. i porozumienie wykonawcze do tej umowy z tego samego dnia nie mogą zaprzeczyć powyższemu stwierdzeniu, ponieważ dotyczą one jedynie stosunków łączących Köln-Messe i miasto Kolonię i w ogóle nie mają wpływu na stosunki umowne między miastem Kolonią i GKM-GbR ani na podjęte przez nie wzajemne zobowiązania.
- 49 Nie jest też istotny fakt, że autorstwo spornego przedsięwzięcia należałoby być może przypisać KölnMesse, ponieważ nie ma o niej żadnej mowy w umowie głównej zawartej z GKM-GbR.
- 50 Nieistotny jest również fakt, że przedmiotowe obiekty budowlane przeznaczone są na działalność KölnMesse, która ostatecznie je użytkuje i wnosi miesięczną opłatę tytułem świadczenia wzajemnego (zob. podobnie wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Rec. s. I-385, pkt 33, 35, 42). Należy ponadto w tej sytuacji zwrócić uwagę, że

z dokumentów zatytułowanych „list intencyjny” z dni 8 grudnia 2003 r. i 14 lipca 2004 r., których Republika Federalna Niemiec nie zakwestionowała, wynika, iż miasto Kolonia zobowiązało się wziąć na siebie ciężar finansowy spornego przedsięwzięcia w razie gdyby, po 2012 r., KölnMesse nie była w stanie ponosić kosztu czynszu.

- 51 Zatem funkcjonalna interpretacja spornego przedsięwzięcia, lansowana przez Republikę Federalną Niemiec, nie może podważyć stwierdzenia, iż na podstawie umowy głównej miasto Kolonia jest jedynym podmiotem będącym drugą stroną umowy z GKM-GbR, która za taki je uważa i przyjmuje, ani też nie może prowadzić do zastąpienia miasta Kolonii przez KölnMesse w wykonaniu jego zobowiązań umownych.
- 52 Należy zatem uznać, że w ramach spornego przedsięwzięcia jedynym podmiotem będącym drugą stroną umowy dla GKM-GbR jest miasto Kolonia. Jako jednostka samorządu terytorialnego stanowi ono instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 93/37.
- 53 Po drugie, należy zająć się kwestią kwalifikacji prawnej spornego przedsięwzięcia, aby sprawdzić, czy stanowi ono zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu uregulowań wspólnotowych.
- 54 W tym względzie należy przypomnieć przede wszystkim, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału dokonanie takiej kwalifikacji należy do właściwości prawa wspólnotowego i że kwalifikacja dokonana według prawa krajowego nie jest w tym względzie istotna (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Auroux i in., pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo). Podobnie sposób kwalifikacji umowy przez umawiające się strony też nie jest decydujący.
- 55 W dalszej kolejności należy podkreślić, że definicja pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane”, zawarta w art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, obejmuje wszelkie przedsięwzięcia, w których między instytucją zamawiającą a wykonawcą zawarta zostaje umowa o charakterze odpłatnym, bez względu na jej formalne zakwalifikowanie, której przedmiotem jest wykonanie przez tego wykonawcę „objektu budowlanego” w rozumieniu art. 1 lit. c) tej dyrektywy. W tym względzie zasadniczym kryterium jest to, by obiekt budowlany był wykonany zgodnie z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą, bez względu na środki używane w celu jego wykonania.
- 56 Jeśli chodzi o przedmiot spornego przedsięwzięcia, należy zauważyć, że umowa główna, zawarta w dniu 6 sierpnia 2004 r. między miastem Kolonią a GKM-GbR, formalnie zakwalifikowana jest jako „umowa najmu” i że faktycznie zawiera ona elementy z zakresu umowy najmu. Jednakże trzeba zauważyć, że w tym czasie budowa omawianych obiektów nawet się nie rozpoczęła. W związku z tym bezpośrednim celem tej umowy nie mógł być najem nieruchomości, których budowa jeszcze się nie rozpoczęła. Tak więc priorytetowym celem tej umowy mogła być jedynie, logicznie rzecz biorąc, budowa tych obiektów, które następnie miały zostać oddane do dyspozycji miasta Kolonii za pośrednictwem umownego stosunku zakwalifikowanego jako „umowa najmu”.
- 57 Tymczasem, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, w wypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia mających zastosowanie uregulowań wspólnotowych.
- 58 Należy stwierdzić ponadto, że przedmiotowe obiekty zostały wykonane zgodnie z bardzo szczegółowymi specyfikacjami, określonymi przez miasto Kolonię w umowie głównej. Z umowy tej i z załączników do niej wynika, że specyfikacje te, odnoszące się do szczegółowego opisu budynków, które miano zbudować, ich jakości i ich wyposażenia, wykraczają znacznie poza zwyczajne wymagania najemcy w stosunku do nowej nieruchomości pewnych rozmiarów.

- 59 Zatem należy uznać, że podstawowym celem umowy głównej było wzniesienie omawianych hal wystawowych zgodnie z wymogami określonymi przez miasto Kolonię. Ponadto hale te stanowią „obiekt budowlany” w rozumieniu art. 1 lit. c) dyrektywy 93/37, ponieważ ich celem jest samoistne spełnianie funkcji gospodarczej, a ich wartość znacznie przekracza próg określony w art. 6 tej dyrektywy. Co więcej, umowa ta została zawarta jako umowa o charakterze odpłatnym, GKM-GbR działała w tym wypadku jako wykonawca, niezależnie od tego, że podzleciła ona wykonanie tego obiektu (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 90), a miasto Kolonia jest instytucją zamawiającą. Umowę tę należy więc zakwalifikować jako zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37.
- 60 Wniosku tego nie podważa argument, w którym Republika Federalna Niemiec podnosi okoliczność, że ostateczna kwota, która będzie musiała być zapłacona GKMGBR z racji czynszu i która wyniesie na koniec około 600 mln EUR, znacznie przewyższa koszt budowy obiektów, który wynosi około 235 mln EUR, co miałoby dowodzić tego, że przeważającym elementem w spornym przedsięwzięciu jest aspekt „usług”.
- 61 W istocie decydującym elementem do celów kwalifikacji takiego zamówienia, jak zamówienie będące przedmiotem sporu, jest główny przedmiot zamówienia, a nie kwota wynagrodzenia wykonawcy czy sposób jej uregulowania. Ponadto niemożliwe jest przeprowadzenie bezpośredniego porównania tych dwóch kwot w liczbach bezwzględnych, ponieważ przybliżona kwota 600 mln EUR zostanie zapłacona w miesięcznych płatnościach rozłożonych w czasie na przestrzeni blisko 30 lat, podczas gdy kwota 235 mln EUR odpowiada wartości kosztu robót na chwilę ich zakończenia pod koniec 2005 r. W rzeczywistości kwota 600 mln EUR, gdyby przeliczyć jej wartość na chwilę zakończenia robót, jest dużo bliższa kwocie 235 mln EUR. W każdym razie nawet jeżeli część kwoty 600 mln EUR stanowi wynagrodzenie za część umowy właściwą dla najmu, część ta z konieczności jest niewielka i nie może mieć wpływu na kwalifikację spornego zamówienia.
- 62 Podobnie do celów kwalifikacji spornego zamówienia nie jest istotny fakt, że w umowie głównej nie przewidziano ewentualnie, po stronie miasta Kolonii lub KölnMesse, opcji lub obowiązku odkupienia wzniesionych budynków (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Aurox i in., pkt 47).
- 63 Wobec całości powyższych rozważań należy uznać, że umowa główna z dnia 6 sierpnia 2004 r., rozpatrywana na tle ogółu okoliczności spornego przedsięwzięcia, stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, które powinno być zostać udzielone zgodnie z przepisami art. 7 ust. 4 i art. 11 tej dyrektywy. Skargę Komisji należy zatem uznać za zasadną.
- 64 W związku z tym należy stwierdzić, że ze względu na to, iż miasto Kolonia zawarło z GKMGBR umowę z dnia 6 sierpnia 2004 r., nie zastosowawszy procedury przetargowej, o której mowa w przepisach art. 7 ust. 4 i art. 11 dyrektywy 93/37, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy tych przepisów.

### **3.7. orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2009:808**

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 20 Na wstępie należy wskazać, że jak wynika z przekazanych Trybunałowi akt sprawy, wartość zamówienia, którego dotyczy przetarg będący przedmiotem sporu przed sądem krajowym, jest znacznie niższa aniżeli wskazana w art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18. W konsekwencji zamówienie to nie jest objęte zakresem stosowania procedur przewidzianych w tej dyrektywie.



- 21 Należy jednakże stwierdzić, że okoliczność, iż wartość zamówienia nie osiąga progu przewidzianego w przepisach wspólnotowych, nie oznacza, że zamówienie to wymyka się stosowaniu prawa wspólnotowego.
- 22 Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że przy udzielaniu zamówienia, którego wartość nie osiąga wspomnianego progu, muszą być przestrzegane podstawowe zasady traktatu, w szczególności zasada równego traktowania. Elementem odróżniającym w stosunku do zamówień, których wartość przekracza próg wskazany w przepisach dyrektywy 2004/18, jest to, że wyłącznie te ostatnie podlegają szczególnym i rygorystycznym procedurom wskazanym w tych przepisach (zob. podobnie wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP i Santorso, Zb. Orz. s. I-3565, pkt 19, 20).
- 23 Wykładnia ta jest zgodna z motywem drugim dyrektywy 2004/18, w świetle którego udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy na rzecz jednostek będących instytucjami zamawiającymi, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów i usług, oraz swobody przedsiębiorczości, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.
- 24 Jednakże, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, stosowanie podstawowych norm i ogólnych zasad traktatu do procedur udzielania zamówień publicznych o wartości niższej od progu stosowania dyrektyw wspólnotowych zakłada, że zamówienia te mają niewątpliwe znaczenie transgraniczne (ww. wyrok w sprawie SECAP i Santorso, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 25 W tym zakresie Trybunał podkreślił już, że do sądu krajowego należy przeprowadzenie oceny wszystkich istotnych elementów dotyczących przedmiotowego zamówienia, celem ustalenia, czy w tych przypadkach występuje niewątpliwe znaczenie transgraniczne (ww. wyrok w sprawach połączonych SECAP i Santorso, pkt 34). W niniejszej sprawie odpowiedzi na przedstawione pytania opierają się na założeniu – którego weryfikacja należy jednakże do sądu krajowego – że rozpatrywane przed sądem krajowym zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne.

#### *W przedmiocie pytania pierwszego*

- 26 Przez swoje pytanie sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy wykładni art. 4 dyrektywy 2004/18 należy dokonywać w ten sposób, że przepis ten sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, które przewiduje automatyczne wykluczenie udziału w postępowaniu w zakresie udzielenia zamówienia publicznego i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie złożyły konkurencyjne w stosunku do konsorcjum oferty w ramach rzeczzonego postępowania, nawet jeśli oferta rzeczzonego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.
- 27 W tym zakresie, jak przypomniano w pkt 20 niniejszego wyroku, zamówienie rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym nie jest objęte zakresem stosowania procedur przewidzianych w tej dyrektywie, jako że jego wartość jest niższa od progu przewidzianego w art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18.
- 28 Ze względu na powyższe nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie przedstawione przez sąd krajowy.

#### *W przedmiocie pytania drugiego*

- 29 Poprzez to pytanie, rozpatrywane w świetle wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jako całości, sąd krajowy dąży do ustalenia, czy wykładni ogólnych zasad rów-

nego traktowania i proporcjonalności wynikających z art. 43 WE i 49 WE oraz art. 39 WE i 81 WE należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, takiemu jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które przewiduje automatyczne wykluczenie z udziału w postępowaniu z sprawie udzielenia zamówienia publicznego i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie złożyły konkurencyjne w stosunku do konsorcjum oferty w ramach rzeczzonego postępowania, nawet jeśli oferta rzeczzonego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.

- 30 Co się tyczy przywołanych przez sąd krajowy przepisów traktatu, należy na wstępie stwierdzić, że rozpatrywane przed tym sądem wykluczenie nie jest związane ze swobodą przepływu pracowników ani z porozumieniami między przedsiębiorstwami czy decyzjami związków przedsiębiorstw w rozumieniu art. 39 WE i 81 WE. Nie ma zatem potrzeby przedstawiania odpowiedzi Trybunału w odniesieniu do tych przepisów.
- 31 Co się tyczy zasad równego traktowania i przejrzystości, należy stwierdzić, że państwa członkowskie mają pewien zakres swobodnego uznania w zakresie przyjmowania środków mających zagwarantować poszanowanie tych zasad, które obowiązują instytucje zamawiające w toku całego postępowania w sprawie udzielenia takiego zamówienia publicznego (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, Zb.Orz. s. I-9999, pkt 44).
- 32 Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić – biorąc pod uwagę charakterystyczne dla niego względy historyczne, prawne, ekonomiczne i społeczne – sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tych zasad (zob. ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 56).
- 33 Jednakże zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest ogólną zasadą prawa wspólnotowego (zob. w szczególności wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-210/03 *Swedish Match*, Zb.Orz. s. I-11893, pkt 47), tego rodzaju środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 48, 61; wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur*, Zb.Orz. s. I-4219, pkt 21, 23).
- 34 W pierwszej kolejności w odniesieniu do zasad równego traktowania i proporcjonalności należy stwierdzić, że rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym przepisy przewidują automatyczne wykluczenie z udziału w przedmiotowym zamówieniu publicznym w razie jednoczesnego złożenia konkurencyjnych ofert przez konsorcjum stałe i jedno lub więcej przedsiębiorstw będących jego członkami.
- 35 W tym zakresie należy podkreślić, że rozpatrywane przed sądem krajowym automatyczne wykluczenie ma wyłącznie zastosowanie do konsorcjów stałych i wchodzących w ich skład przedsiębiorstw, a nie innych typów zrzeszeń, takich jak spółdzielnie pracy i spółdzielnie produkcyjne czy przedsiębiorstwa rzemieślnicze. Co się tyczy tych ostatnich typów konsorcjów, wyłączenie ma zastosowanie na mocy art. 37 ust. 7 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 wyłącznie w przypadku konkurencyjnych ofert przedstawionych przez dane konsorcjum i wchodzące w jego skład przedsiębiorstwa, na których rachunek konsorcjum to złożyło ofertę.
- 36 Sąd krajowy stwierdza w tym zakresie, że wszystkie te formy konsorcjów są zasadniczo identyczne i nie przedstawiają między sobą różnic w zakresie celów i organizacji, które mogłyby uzasadniać nierówność traktowania.
- 37 Należy zatem stwierdzić, że środek w postaci rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym automatycznego wykluczenia, dotyczący wyłącznie formy konsorcjum stałego i będących jego członkami przedsiębiorstw oraz mający zastosowanie w przypadku konkurencyjnych ofert, niezależnie od tego, czy dane konsorcjum uczestniczy, czy nie uczest-

niczy w badanym zamówieniu publicznym na rachunek i w interesie przedsiębiorstw, które złożyły ofertę, stanowi traktowanie dyskryminacyjne na niekorzyść tej formy konsorcjum i nie jest zatem zgodne z zasadą równości.

- 38 Należy dodać, iż nawet zakładając, że rozpatrywane traktowanie byłoby stosowane bez rozróżnienia do wszystkich postaci konsorcjów lub że sąd krajowy stwierdziłby istnienie obiektywnych elementów właściwych dla odróżnienia sytuacji konsorcjów stałych i innych form konsorcjów, reguła wykluczenia, taka jak będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie jest w żadnym razie zgodna z zasadą proporcjonalności.
- 39 Reguła ta zawiera bowiem niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu, w przypadku gdy konsorcjum i jedno lub kilka z wchodzących w jego skład przedsiębiorstw złożyły w ramach tego samego postępowania w zakresie zamówień publicznych konkurencyjne oferty, nawet jeśli rzeczzone konsorcjum nie wystąpiło w postępowaniu na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw, nie dając konsorcjum ani zainteresowanym przedsiębiorstwom możliwości wykazania, że ich oferty zostały sformułowane w sposób całkowicie niezależny i że w konsekwencji brak jest ryzyka wpływu na konkurencję pomiędzy oferentami [zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych objętych odpowiednio zakresem stosowania dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) oraz dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), ww. wyroki: w sprawie Michaniki, pkt 67; w sprawie Assitur, pkt 30].
- 40 Taka reguła systematycznego wykluczenia, obejmująca bezwzględny obowiązek wykluczenia przez instytucje zamawiające zainteresowanych jednostek, również w przypadku gdy istniejące stosunki między tymi ostatnimi pozostają bez wpływu na ich zachowanie w ramach postępowań, w których uczestniczą, jest sprzeczna z interesem wspólnotowym w zakresie zapewnienia uczestnictwa w przetargu jak największej liczby oferentów i wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia celu polegającego na zapewnieniu stosowania zasad równości traktowania i przejrzystości (zob. podobnie w odniesieniu do zamówień publicznych objętych zakresem stosowania dyrektywy 92/50, ww. wyrok w sprawie Assitur, pkt 26–29).
- 41 W drugiej kolejności należy stwierdzić, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału art. 43 WE i 49 WE sprzeciwiają się wszelkim krajowym środkom, które nawet stosowane bez dyskryminacji ze względu na narodowość są tej natury, że zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli wspólnotowych ze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług, zagwarantowanych przepisami traktatu (zob. podobnie wyroki: z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-299/02 Komisja przeciwko Niemcom, Zb. Orz. s. I-9761, pkt 15; z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie C-433/04 Komisja przeciwko Belgii, Zb. Orz. s. I-10653, pkt 28).
- 42 Jak zasadnie zauważyła Komisja Wspólnot Europejskich, taki przepis krajowy jak będący przedmiotem postępowania przed sądem odsyłającym, który przewiduje środek automatycznego wykluczenia na niekorzyść konsorcjów stałych i będących ich członkami przedsiębiorstw, może wpływać zniechęcająco na przedsiębiorców mających siedziby w innych państwach członkowskich, tj. z jednej strony na przedsiębiorców, którzy chcą założyć siedzibę w danym państwie członkowskim poprzez utworzenie konsorcjum stałego, składającego się zarówno z przedsiębiorstw krajowych, jak i zagranicznych, a z drugiej strony na przedsiębiorców rozważających przystąpienie do takich, istniejących już, konsorcjów, by móc w łatwiejszy sposób uczestniczyć w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych ogłaszanych przez instytucje zamawiające tego państwa członkowskiego i łatwiej oferować swe usługi.
- 43 Taki środek krajowy mogący mieć skutek zniechęcający przedsiębiorców mających siedziby w innych państwach członkowskich stanowi ograniczenie w rozumieniu art. 43 WE i 49 WE

(zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 29), tym bardziej że skutek ten jest zastrzony przez ryzyko sankcji karnych przewidzianych w rozpatrywanych przed sądem krajowym przepisach.

- 44 Jednakże takie ograniczenie jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym może być ewentualnie uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel interesu ogólnego, oraz w zakresie, w jakim jest właściwe dla zagwarantowania jego realizacji i nie wykracza poza to co niezbędne dla osiągnięcia tego celu.
- 45 W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że omawiane ograniczenie, pomimo zgodnego z prawem celu w postaci walki z potencjalnymi praktykami uzgodnionymi pomiędzy omawianym konsorcjum i składającymi się na nie przedsiębiorstwami, nie może zostać uzasadnione, gdyż, jak wynika z pkt 38–40 niniejszego wyroku, wykracza poza to co niezbędne dla osiągnięcia tego celu.
- 46 Na pytanie drugie należy zatem odpowiedzieć, że wykładni prawa wspólnotowego należy dokonywać w ten sposób, iż sprzeciwia się ono uregulowaniu krajowemu, takiemu jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które przewiduje, w ramach postępowania w zakresie udzielania zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza progu wskazanego w art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18, lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, automatyczne wykluczenie z udziału w tym postępowaniu i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie przedstawiły konkurencyjne w stosunku do tego konsorcjum oferty w ramach tego samego postępowania, nawet jeśli oferta rzeczzonego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.

### **3.8. orzeczenie z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 *Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2010:168**

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

##### *Uwagi wstępne*

- 34 W większości wersji językowych dyrektywy 2004/18 pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” zawarte w art. 1 ust. 2 lit. b) obejmuje trzy warianty. Pierwszy polega na wykonaniu, ewentualnie wraz z projektowaniem, robót budowlanych należących do jednej z kategorii wymienionych w załączniku I do tej dyrektywy. Drugi dotyczy wykonania, ewentualnie wraz z projektowaniem, obiektu budowlanego. Trzeci wariant polega na wykonaniu, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą.
- 35 „Obiekt budowlany” w rozumieniu tego przepisu oznacza „wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa, inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną”.
- 36 Podczas gdy większość wersji językowych posługuje się wyrażeniem „obiekt budowlany” zarówno w wariantcie drugim, jak i trzecim, wersja niemiecka zawiera dwa różne wyrażenia, to znaczy „Bauwerk” (obiekt budowlany) w drugim wariantcie i „Bauleistung” (świadczenia budowlane) w trzecim.
- 37 Ponadto wersja niemiecka art. 1 ust. 2 lit. b) jako jedyna przewiduje, że działalność, o której mowa w wariantcie trzecim, musi być wykonana nie tylko „za pomocą dowolnych środków”, lecz również „przez osoby trzecie” („durch Dritte”).
- 38 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sformułowania użytego w jednej z wersji językowych przepisu prawa Unii nie można traktować jako jedynej podstawy jego wykładni lub przy-

znawać mu w tym zakresie pierwszeństwa względem innych wersji językowych. Takie stanowisko byłoby bowiem niezgodne z wymogiem jednolitego stosowania prawa Unii. W przypadku wystąpienia rozbieżności między różnymi wersjami językowymi dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego jest częścią (zob. wyroki: z dnia 27 marca 1990 r. w sprawie C-372/88 Cricket St Thomas, Rec. s. I-1345, pkt 18, 19; z dnia 12 listopada 1998 r. w sprawie C-149/97 Institute of the Motor Industry, Rec. s. I-7053, pkt 16; z dnia 9 października 2008 r. w sprawie C-239/07 Sabatauskas i in., Rec. s. I-7523, pkt 38, 39).

39 Odpowiedzi na pytania sądu krajowego należy udzielić w świetle powyższych rozważań.

*W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego*

40 Zwracając się z dwoma pierwszymi pytaniami, które należy rozważać łącznie, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia były wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej i stanowiły dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym, czy też wystarczy, by roboty te realizowały cel publiczny, taki jak rozwój urbanistyczny części gminy.

41 Na wstępie należy wyjaśnić, że sprzedaż na rzecz przedsiębiorstwa, przez organ publiczny, terenu niezabudowanego lub wraz z istniejącymi już budynkami nie stanowi zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18. Po pierwsze bowiem, w ramach takiego zamówienia organ publiczny musi zajmować pozycję nabywcy, a nie sprzedającego. Po drugie, przedmiot takiego zamówienia powinno stanowić wykonanie robót.

42 Powyższa ocena znajduje oparcie w art. 16 lit. a) przywołanej dyrektywy.

43 Dlatego wykluczyć należy, by sprzedaż – taka jak będąca przedmiotem sprawy przed sądem krajowym sprzedaż koszar Wittekind przez Bundesanstalt spółce GSSI – mogła sama w sobie stanowić zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18.

44 Omawiane pytania sądu krajowego nie dotyczą jednak tej relacji sprzedający – kupujący, lecz raczej stosunków między miastem Wildeshausen a GSSI, to znaczy między organem publicznym właściwym w dziedzinie urbanizacji a nabywcą koszar Wittekind. Sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy stosunki te mogą być konstytutywne dla zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu przywołanego przepisu.

45 W tym zakresie należy podnieść, że zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 zamówienia publiczne są umowami odpłatnymi zawieranymi w formie pisemnej.

46 Pojęcie umowy ma zasadnicze znaczenie w ramach definiowania zakresu zastosowania dyrektywy 2004/18. Jak to podniesiono w motywie drugim tej dyrektywy, ma ona na celu stosowanie reguł Unii do udzielania zamówień, na które umowy są zawierane w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego. Inne rodzaje działalności należące do organów publicznych nie są objęte zakresem tej dyrektywy.

47 Ponadto zamówieniem publicznym objętym zakresem dyrektywy 2004/18 jest tylko umowa o charakterze odpłatnym.

48 Odpłatny charakter umowy oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego, otrzymuje z tego tytułu świadczenie w zamian za świadczenie wzajemne. Otrzymane świadczenie polega na wykonaniu robót budowlanych określonych przez instytucję zamawiającą (zob. wyroki: z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 77; z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb. Orz. s. I-385, pkt 45).

- 49 Świadczenie takie, uwzględniając jego charakter oraz systematykę i cele dyrektywy 2004/18, powinno stanowić bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej.
- 50 Przysporzenie to bez wątpienia występuje, jeżeli przewidziano, że instytucja zamawiająca stanie się właścicielem robót lub obiektu budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia.
- 51 Tego rodzaju przysporzenie gospodarcze można również stwierdzić, w przypadku gdy przewidziane zostało, że instytucja zamawiająca będzie miała tytuł prawny zapewniający jej możliwość rozporządzania obiektem budowlanym będącym przedmiotem zamówienia publicznego, w celu przeznaczenia go na potrzeby publiczne (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 67, 71, 77).
- 52 Przysporzenie gospodarcze może polegać także na korzyściach gospodarczych, jakie instytucji zamawiającej może przynieść używanie lub zbycie obiektu budowlanego w przyszłości, na tym, że partycypowała ona w kosztach wykonania obiektu, lub na przyjęciu ryzyka w razie gospodarczego niepowodzenia realizacji obiektu (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Auroux i in., pkt 13, 17, 18, 45).
- 53 Trybunał orzekł już, że porozumienie, mocą którego pierwsza instytucja zamawiająca powierza drugiej instytucji zamawiającej realizację obiektu budowlanego, stanowi zamówienie na roboty publiczne, bez względu na to, czy przewiduje ono, że ta pierwsza instytucja zamawiająca jest lub będzie właścicielem całości lub części tego obiektu (ww. wyrok w sprawie Auroux, pkt 47).
- 54 Z powyższego wynika, że pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia były wykonane jako bezpośrednie przysporzenie gospodarcze dla instytucji zamawiającej, przy tym nie jest konieczne, by świadczenie to miało formę nabycia przedmiotu materialnego.
- 55 Powstaje pytanie, czy przesłanki te są spełnione, jeżeli przewidywane roboty budowlane służą realizacji celów publicznych leżących w interesie ogólnym, których zagwarantowanie jest obowiązkiem instytucji zamawiającej, takich jak rozwój lub spójne planowanie urbanistyczne części gminy.
- 56 W państwach członkowskich Unii Europejskiej wykonywanie robót budowlanych, a przynajmniej robót o znacznym rozmiarze, musi być zwykle przedmiotem wcześniejszego pozwolenia ze strony organów publicznych właściwych w sprawach urbanizacji. Organy te mają ocenić, w ramach wykonywania swych kompetencji regulacyjnych, czy wykonanie robót jest zgodne z interesem ogólnym.
- 57 Tymczasem samo wykonywanie kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji, mające na względzie interes ogólny, nie ma na celu uzyskania świadczenia umownego, ani bezpośredniego przysporzenia dla instytucji zamawiającej, jak tego wymaga art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18.
- 58 W konsekwencji na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć, że pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 nie wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia zostały wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej, jeżeli stanowią dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym. Dla spełnienia tej ostatniej przesłanki nie jest wystarczające wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji regulacyjnych w dziedzinie urbanizacji.

*W przedmiocie pytań trzeciego i czwartego*

- 59 Zwracając się z pytaniami trzecim i czwartym, które należy rozpatrywać łącznie, sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane”



w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by wykonawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązał się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej.

- 60 Jak przypomniano w pkt 45 i 47 niniejszego wyroku, art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 definiuje zamówienia publiczne na roboty budowlane jako umowę o charakterze odpłatnym. Pojęcie to opiera się na założeniu, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania świadczenia będącego przedmiotem umowy w zamian za świadczenie wzajemne. Zawierając umowę w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane, wykonawca zobowiązuje się więc do wykonania, albo do zapewnienia wykonania, robót będących przedmiotem tego zamówienia.
- 61 Nie ma znaczenia, czy wykonawca wykonuje roboty własnymi środkami, czy posługuje się podwykonawcami (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 90; w sprawie Auroux i in., pkt 44).
- 62 Skoro zobowiązania wynikające z zamówienia są prawnie wiążące, musi istnieć możliwość dochodzenia ich wykonania na drodze sądowej. W braku regulacji w prawie Unii oraz zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej określenie szczegółowych zasad wykonywania takich zobowiązań pozostawione jest prawu krajowemu.
- 63 W konsekwencji na pytania trzecie i czwarte należy odpowiedzieć, że pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga, by wykonawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązał się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej na zasadach określonych w prawie krajowym.

*W przedmiocie pytań piątego i szóstego*

- 64 Zwracając się z pytaniami piątym i szóstym, które należy rozpatrywać łącznie, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy „wymogi określone przez instytucję zamawiającą” w rozumieniu trzeciego wariantu podanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 mogą oznaczać bądź to wykonywanie przez instytucję zamawiającą kompetencji do upewnienia się, czy obiekt budowlany, który ma zostać zrealizowany, odpowiada interesowi ogólnemu, bądź to wykonanie przez instytucję zamawiającą przysługującej jej kompetencji do sprawdzenia i zatwierdzenia planów budowy.
- 65 Źródłem tych pytań jest okoliczność, że w sprawie przed sądem krajowym instytucja zamawiająca, którą być może jest miasto Wildeshausen, nie opracowała listy wymogów dotyczących obiektu budowlanego, który miał być zbudowany na terenie koszar Wittekind. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym miasto Wildeshausen ograniczyło się do uchwalenia, że może zbadać projekt przedstawiony przez spółkę GSSI i rozpocząć procedurę opracowywania odpowiedniego planu zagospodarowania przestrzennego.
- 66 Tymczasem w ramach trzeciego wariantu, o którym mowa w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18, zamówienia publiczne na roboty budowlane muszą mieć za przedmiot „obiekt budowlany odpowiadający wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”.
- 67 Aby można było uznać, że instytucja zamawiająca określiła swe wymogi w rozumieniu przytoczonego przepisu, konieczne jest, by podjęła jakieś kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej, wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie.
- 68 Sam fakt, że organ publiczny, w ramach wykonywania swych kompetencji w dziedzinie regulacji urbanistycznej bada pewne przedkładane mu projekty budowlane lub wydaje decyzje należące do zakresu tych kompetencji, nie spełnia przesłanki dotyczącej „wymogów określonych przez instytucję zamawiającą” w rozumieniu powyższego przepisu.

- 69 W konsekwencji na pytania piąte i szóste należy zatem odpowiedzieć, że „wymogi określone przez instytucję zamawiającą” w rozumieniu trzeciego wariantu podanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 nie mogą oznaczać, że organ publiczny jedynie bada pewne przedkładane mu projekty budowlane lub wydaje decyzje należące do zakresu kompetencji w dziedzinie regulacji urbanistycznej.

*W przedmiocie pytania siódmego*

- 70 Zwracając się z siódmym pytaniem, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy koncesja na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest wykluczona, w przypadku gdy ten sam przedsiębiorca, któremu może być udzielona koncesja, jest już właścicielem terenu, na którym ma zostać wzniesiony obiekt budowlany, lub w przypadku gdy koncesja ta jest udzielona bez ograniczeń w czasie.
- 71 Zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18 koncesja na roboty budowlane „oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością”.
- 72 Aby instytucja zamawiająca mogła przenieść na wykonawcę prawo do eksploatacji obiektu budowlanego w rozumieniu powyższego przepisu, musi ona sama dysponować prawem do eksploatacji tego obiektu.
- 73 Zwykle przypadek taki nie zachodzi, jeżeli prawo do eksploatacji ma źródło wyłącznie w prawie własności przysługującym zainteresowanemu przedsiębiorcy.
- 74 Właściciel terenu ma bowiem prawo do jego eksploatacji z poszanowaniem odpowiednich zasad prawa. Dopóki przedsiębiorcy przysługuje prawo do eksploataowania terenu, którego jest właścicielem, dopóty możliwość udzielenia przez organ publiczny koncesji wiążącej się z eksploataowaniem obiektu jest co do zasady wykluczona.
- 75 Należy ponadto podnieść, że istota koncesji polega na tym, że koncesjonariusz sam ponosi główne, lub co najmniej zasadnicze, ryzyko związane z eksploataowaniem obiektu (zob. podobnie, w odniesieniu do koncesji na usługi publiczne, wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 Eurawasser, Zb. Orz. s. I-8377, pkt 59, 77).
- 76 Komisja Wspólnot Europejskich twierdzi, że ryzyko to może polegać na niepewności przedsiębiorcy co do kwestii, czy samorządowe służby urbanistyczne zatwierdzą jego projekty.
- 77 Tego argumentu nie można uwzględnić.
- 78 W sytuacji takiej jak przywołana przez Komisję ryzyko wiąże się z kompetencjami regulacyjnymi instytucji zamawiającej w dziedzinie urbanistyki, a nie ze stosunkami umownymi wynikającymi z koncesji. W konsekwencji ryzyko nie jest związane z eksploataowaniem obiektu.
- 79 W każdym razie, jeśli chodzi o czas trwania koncesji, to poważne powody, wśród których znajduje się między innymi utrzymanie konkurencji, skłaniają do uznania, że udzielenie koncesji bez ograniczeń czasowych jest sprzeczne z porządkiem prawnym Unii, co podniósł rzecznik generalny w pkt 96 i 97 swojej opinii (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, Zb. Orz. s. I-4401, pkt 73).
- 80 Zatem na siódme pytanie należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w sprawie przed sądem krajowym wykluczona jest koncesja na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18.

*W przedmiocie pytań ósmego i dziewiątego*

- 81 Pytania ósme i dziewiąte należy rozpatrywać łącznie. Sąd krajowy, zwracając się z pytaniem ósmym, zmierza w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 znajdują zastosowanie

wanie w sytuacji, w której organ publiczny sprzedaje teren pewnemu przedsiębiorstwu, podczas gdy inny organ publiczny zamierza udzielić zamówienia publicznego na roboty budowlane na tym terenie, chociaż formalnie nie zdecydował jeszcze o udzieleniu tego zamówienia. Dziewiąte pytanie dotyczy możliwości traktowania sprzedaży terenu i późniejszego udzielenia zamówienia na roboty budowlane na tym terenie, jako całości z prawnego punktu widzenia.

- 82 Rozsądne jest niewykluczanie a priori możliwości zastosowania dyrektywy 2004/18 do procedury udzielania zamówienia w dwóch etapach, polegającego na sprzedaży terenu, który następnie będzie przedmiotem zamówienia na roboty budowlane, przy uznaniu tych operacji za jedną całość.
- 83 Jednakże okoliczności sprawy przed sądem krajowym nie potwierdzają istnienia warunków takiego stosowania dyrektywy.
- 84 Jak to podniósł rząd francuski w swych uwagach na piśmie, strony postępowania przed sądem krajowym nie zaciągnęły prawnie wiążących zobowiązań.
- 85 Przede wszystkim zobowiązań takich nie zaciągnęły miasto Wildeshausen i spółka GSSI.
- 86 Ponadto spółka GSSI nie zobowiązała się do zrealizowania projektu waloryzacji nabytego terenu.
- 87 Wreszcie umowy sprzedaży w formie aktu notarialnego nie zawierają żadnej wskazówki co do mającego nastąpić wkrótce udzielenia zamówienia na roboty budowlane.
- 88 Wynikające z akt sprawy intencje stron nie stanowią wiążących zobowiązań i nie mogą w żaden sposób spełnić warunku umowy pisemnej wymaganego na gruncie samej definicji zamówienia publicznego z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18.
- 89 Zatem na pytania ósme i dziewiąte należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w sprawie przed sądem krajowym przepisy dyrektywy 2004/18 nie znajdują zastosowania w sytuacji, w której organ publiczny sprzedaje teren pewnemu przedsiębiorstwu, podczas gdy inny organ publiczny zamierza udzielić zamówienia publicznego na roboty budowlane na tym terenie, chociaż formalnie nie zdecydował jeszcze o udzieleniu tego zamówienia.

### **3.9. orzeczenie z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2010:214**

#### **W przedmiocie dopuszczalności**

##### *A – Uwagi wstępne*

- 24 Nie zgłaszając formalnego zarzutu niedopuszczalności, Komisja kwestionuje dopuszczalność skargi ze względu na to, że komunikat nie stanowi aktu zaskarżalnego w trybie skargi o stwierdzenie nieważności. Komunikat jest jej zdaniem komunikatem wyjaśniającym, czyli aktem, który ze względu na swą formę przynależy do kategorii zaleceń i opinii, które to akty na mocy postanowień traktatu WE nie mają mocy wiążącej. W związku z powyższym fakt obrania tej formy prawnej prowadzi natychmiast do wniosku, że wspomniany akt nie ma na celu wywarcia wiążących skutków prawnych. Komisja tłumaczy, że komunikat wyjaśniający ma zwykle na celu jasne wyrażenie praw i obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału, jeśli takowe istnieje. Wynika z tego, zdaniem Komisji, że komunikat wyjaśniający ze swej natury nie jest aktem mogącym wywoływać wiążące skutki prawne wobec osób trzecich, zaskarżalnym w trybie skargi o stwierdzenie nieważności. Komisja utrzymuje również, że z brzmienia komunikatu wynika, iż nie ma on na celu ustanowienia wiążących norm prawnych, tylko przeciwnie, sposób sformułowania komunikatu wykazuje, że komunikat ten bądź to stanowi powtórzenie orzecznictwa

Trybunału, bądź to przekazuje w formie niewiążących zaleceń jej własne wnioski w przedmiocie tego orzecznictwa.

- 25 Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem skarga o stwierdzenie nieważności może zostać skierowana przeciwko wszelkim przepisom wydanym przez instytucje, bez względu na ich charakter lub formę, jeżeli tylko rodzą one skutki prawne (zob. wyrok Trybunału z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-57/95 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-1627, pkt 7 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 26 W niniejszym przypadku chodzi o komunikat, który został wydany przez Komisję i opublikowany w całości w serii C Dziennika Urzędowego. Jak wynika z akt sprawy, akt ten ma na celu podanie do powszechnej wiadomości ogólnego podejścia Komisji do stosowania całości kształtu podstawowych norm dotyczących udzielania zamówień publicznych, zaczerpniętych bezpośrednio z postanowień i zasad traktatu WE, a w szczególności zasad niedyskryminacji i przejrzystości, do udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.
- 27 Aby ocenić, czy komunikat zmierza do wywarcia nowych skutków prawnych w stosunku do skutków wynikających ze stosowania podstawowych zasad traktatu WE, należy więc zbadać jego treść (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 9 października 1990 r. w sprawie C-366/88 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-3571, pkt 11; z dnia 13 listopada 1991 r. w sprawie C-303/90 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-5315, pkt 10; ww. w pkt 25 wyrok z dnia 20 marca 1997 r. Francja przeciwko Komisji, pkt 9).
- 28 Należy więc ocenić, czy komunikat poprzestaje na jasnym wyrażeniu postanowień dotyczących swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, zasad niedyskryminacji i równego traktowania oraz proporcjonalności, a także reguł przejrzystości i wzajemnego uznawania znajdujących zastosowanie do zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, czy też ustanawia on szczególne lub nowe obowiązki w stosunku do wymienionych postanowień, zasad i reguł (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 16 czerwca 1993 r. w sprawie C-325/91 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-3283, pkt 14; ww. w pkt 25 wyrok z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie Francja przeciwko Komisji, pkt 13).
- 29 Zatem sama tylko okoliczność, że, jak podnosi Komisja, ze względu na swą formę, swój charakter lub swoje brzmienie komunikat wyjaśniający nie występuje w postaci aktu mającego wywoływać skutki prawne, nie jest wystarczająca, by stwierdzić, że komunikat wyjaśniający nie wywołuje wiążących skutków prawnych.
- 30 Republika Federalna Niemiec przyznaje wprawdzie, że istnieją komunikaty Komisji o charakterze niewiążącym, które są opublikowane. Uważa ona jednak, że w niniejszym przypadku publikacja komunikatu stanowi okoliczność, której nie można lekceważyć przy ocenie skutków prawnych komunikatu. Publikacja jest bowiem niezbędną przesłanką istnienia normy prawnej, a komunikat miał w zamierzeniu wywoływać skutki na zewnątrz, podobnie jak norma prawna.
- 31 W tym względzie, jak wspomniano powyżej, jeśli badanie treści komunikatu wykaże, że ustanawia on szczególne lub nowe obowiązki, skargę należało będzie uznać za dopuszczalną, bez potrzeby badania, czy miała miejsce publikacja komunikatu. Natomiast przy braku określonych powyżej obowiązków, sama tylko publikacja komunikatu nie jest wystarczająca do tego by stwierdzić, że komunikat stanowi akt zaskarżalny w trybie skargi o stwierdzenie nieważności.

#### *B – W przedmiocie treści komunikatu*

- 32 Na poparcie swojej skargi Republika Federalna Niemiec, popierana przez interwenientów, podnosi w istocie, że komunikat jest aktem wiążącym, gdyż zawiera nowe reguły udzielania

zamówień publicznych, wykraczające poza obowiązki wynikające z istniejącego prawa wspólnotowego oraz wywołujące skutki prawne dla państw członkowskich, co w konsekwencji oznacza, że Komisja nie miała kompetencji do przyjęcia takich przepisów.

- 33 W tym względzie Republika Federalna Niemiec i interwenienci utrzymują w istocie, że po pierwsze, komunikat ustanawia, w szczególności w pkt 2.1, jeśli chodzi o zamówienia publiczne o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych oraz o zamówienia II B, obowiązek uprzedniego ogłoszenia (ex ante), którego nie przewidują podstawowe zasady traktatu WE, zgodnie z ich wykładnią wypracowaną przez Trybunał. Po drugie, Republika Federalna Niemiec twierdzi, że obowiązki zawarte w pkt 2.2 komunikatu znacząco wykraczają poza to, co wynika z wykładni podstawowych zasad traktatu WE przez Trybunał. Po trzecie, Republika Federalna Niemiec zgłasza zastrzeżenia do zwykłego przeniesienia określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych wyjątków dotyczących udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia na grunt zamówień niepodlegających zakresowi zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, o czym mowa jest w pkt 2.1.4 komunikatu. Wreszcie, Republika Federalna Niemiec twierdzi, że pkt 1.3 komunikatu rodzi skutek prawny, gdyż przewiduje wszczęcie postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w trybie art. 226 WE w razie zachowania niezgodnego z komunikatem. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów, wszystkie te elementy prowadzą do konkluzji, że komunikat ma w zamierzeniu wywoływać skutki prawne.

A – 1. *W przedmiocie pierwszego zarzutu, dotyczącego istnienia obowiązku uprzedniego ogłoszenia (pkt 2.1.1 komunikatu)*

1. a) Argumenty stron

a) Republika Federalna Niemiec

- 34 Republika Federalna Niemiec utrzymuje, że komunikat ustanawia, w szczególności w pkt 2.1.1, leżący po stronie państw członkowskich zasadniczy obowiązek uprzedniego ogłoszenia wszystkich planowanych zamówień, a zatem zamówień publicznych o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych i zamówień II B. Tymczasem z orzecznictwa Trybunału, na którego podstawie wydano komunikat, nie da się wyprowadzić obowiązku uprzedniego ogłoszenia, a w konsekwencji przejrzystości ex ante. Z podstawowych zasad traktatu WE czy też z ich wykładni udzielanej przez Trybunał nie wynika zatem obowiązek ex ante.
- 35 W tej kwestii Republika Federalna Niemiec dodała w swoich wystąpieniach ustnych, że chociaż pewne wyroki Trybunału, które zapadły po wydaniu komunikatu, odnosiły się do obowiązku uprzedniego ogłoszenia, taka ewolucja orzecznictwa nie może z mocą wsteczną uzasadnić omawianego obowiązku.
- 36 Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, orzecznictwo Trybunału, na którego podstawie wydano komunikat, a w szczególności wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, zwany dalej „wyrokiem w sprawie Telaustria”; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb. Orz. s. I-7287; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb. Orz. s. I-8585, ma zastosowanie wyłącznie do koncesji na usługi, czyli do dziedziny nieobjętej zakresem zastosowania komunikatu.
- 37 Ponadto koncesje na usługi odróżnia od wspomnianych zamówień publicznych o wartości poniżej progów ich gospodarcze znaczenie, ponieważ zazwyczaj przekraczają one europejskie progi i zbliżone są przez to do zamówień podlegających dyrektywom w sprawie zamówień publicznych. Stąd też, o ile obowiązek przejrzystości może być właściwy w dziedzinie koncesji na usługi, nie jest tak z pewnością w przypadku zamówień będących przedmiotem komunikatu. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, nie jest tym samym możliwe

bezpośrednie przeniesienie orzecznictwa dotyczącego koncesji na usługi na zamówienia o wartości poniżej odpowiednich progów.

- 38 Ponadto Republika Federalna Niemiec podnosi, że oba pozostałe przytoczone w komunikacie orzeczenia dotyczące zamówień o wartości poniżej progów (postanowienie Trybunału z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. s. I-9505 i wyrok Trybunału z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb. Orz. s. I-8831) też nie mogą uzasadnić obowiązku uprzedniego ogłoszenia. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, w żadnym wyroku Trybunał nie orzekł w przedmiocie jakiegokolwiek obowiązku przejrzystości, lecz poprzestawał na stwierdzeniu, że w danym przypadku zastosowanie znajduje zasada niedyskryminacji (ww. postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 20, 24 i ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32, 33). Wymóg przejrzystości *ex ante* nie został więc przeniesiony na zamówienia, których dotyczy komunikat.
- 39 W każdym razie Republika Federalna Niemiec jest zdania, że zamówienia publiczne o wartości poniżej progów, ogólnie rzecz ujmując, mają bardzo niewielkie znaczenie gospodarcze i nie zagrażają zatem rozpatrywanym podstawowym swobodom, ponieważ skutki dla tych swobód są raczej przypadkowe i pośrednie (ww. w pkt 20 wyrok w sprawie Coname, pkt 36). Znajduje to również potwierdzenie w opinii rzecznika generalnego E. Sharpston w sprawie C-195/04 Komisja przeciwko Finlandii (wyrok Trybunału z dnia 26 kwietnia 2007 r.), Zb. Orz. s. I-3351, I-3353, pkt 83, 85.
- 40 Ponadto komunikat wykracza poza istniejące prawo w zakresie zamówień II B, ponieważ zamówienia te mają zazwyczaj lokalną specyfikę i niski potencjał z punktu widzenia transakcji ponadgranicznych, co tłumaczyłoby, dlaczego wspólnotowy prawodawca poddał je jedynie obowiązkowi przejrzystości *ex post*, a nie *ex ante*, jak obecnie przewiduje komunikat.
- 41 Ponadto, zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, obowiązek uprzedniego ogłoszenia w celu udzielenia zamówień może być rozsądny i skuteczny jedynie wówczas, gdy stosuje się go w taki sposób, że służy on celowi otwarcia zamówień. Tymczasem nie jest tak, w przypadku gdy oferenci zagraniczni, którzy mogą być potencjalnie zainteresowani takimi zamówieniami jak zamówienia objęte komunikatem, nie istnieją lub gdy są oni bardzo nieliczni. W tym względzie Trybunał przypomniał w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Coname, że istnieją zamówienia, których skutki dla danych swobód podstawowych zaczerpniętych z traktatu WE są zbyt nieokreślone i pośrednie, ażeby dało się stwierdzić ewentualne naruszenie tych swobód. Punkt 1.3 komunikatu ujawnia, że Komisja jest świadoma, iż niewielkie znaczenie gospodarcze niektórych zamówień sprawia, że są one mało atrakcyjne z punktu widzenia zagranicznych przedsiębiorców, co uzasadnia brak obowiązku uprzedniego ogłoszenia w takich przypadkach.
- 42 Tymczasem, ustanawiając progi stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, prawodawca wspólnotowy wyraźnie określił, że poniżej tych wartości należy zasadniczo założyć, że skutki dla rynku wewnętrznego są raczej „przypadkowe lub pośrednie” i stwierdzić brak ich znaczenia dla zagranicznych oferentów. Komisja powinna była uszanować tę ocenę prawodawcy. Republika Federalna Niemiec podkreśla, że rzecznik generalny E. Sharpston również jest tego zdania w swojej ww. w pkt 39 opinii w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, pkt 85, 96. Ponadto, zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, nie można w rozsądny sposób wymagać od instytucji zamawiających, by w każdym przypadku badały istotne znaczenie danego zamówienia względem rynku wewnętrznego, jak stanowi pkt 1.3 komunikatu, a przeciwnie, wspomniane instytucje zamawiające powinny móc się szybko zorientować, jakie obowiązki w zakresie przejrzystości na nich ciążyą. Na rozprawie Republika Federalna Niemiec dodała, że konkretne i indywidualne podejście, prezentowane w pkt 1.3 komunikatu, jest w szczególności wbrew



wyrokwowi Trybunału z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C147/06 i C148/06 SECAP, Zb.Orz. s. I3565, w którym Trybunał dopuścił abstrakcyjną i ogólną definicję istotnego znaczenia zamówienia publicznego dla rynku wewnętrznego.

- 43 Nie można również żądać od instytucji zamawiających, by w każdym pojedynczym przypadku badały, czy zamówienie II B lub zamówienie o wartości poniżej progu ma istotne znaczenie dla rynku wewnętrznego. Zasada pewności prawa wymaga bowiem, by krajowe organy były w stanie szybko stwierdzić, jakie obowiązki związane z ogłaszaniem mają do nich zastosowanie. Ustalone progi oraz wykaz zamówień II B odzwierciedlają właśnie tę zasadę.
- 44 Republika Federalna Niemiec jest w dalszej kolejności zdania, że określony w komunikacie obowiązek uprzedniego ogłoszenia wykracza poza zakaz stosowania dyskryminacji w toku postępowań w sprawie udzielenia zamówienia (na przykład poprzez faworyzowanie oferentów niemieckich w porównaniu z oferentami zagranicznymi). Obowiązek ten skutkuje nałożeniem na instytucje zamawiające nakazu działania w celu stwarzania możliwości i zachęt dla ofert transgranicznych.
- 45 Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, ogłaszanie, które komunikacie uznaje się za niezbędne, jest zbliżone do norm ustanowionych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, i jest czasochłonne i kosztowne. W oparciu o ww. w pkt 39 opinii rzecznika generalnego E. Sharpston w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, Republika Federalna Niemiec uważa również, że określenie sposobów stosowania zasady przejrzystości należy do państw członkowskich. Podobnie, z ww. w pkt 39 opinii rzecznika generalnego E. Sharpston w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, pkt 98, wynika, że kwestia, co stanowi ogłoszenie na odpowiednią skalę dla zamówień o niskiej wartości, należy do prawa krajowego.
- 46 W odniesieniu do powyższego Republika Federalna Niemiec wyjaśniła podczas rozprawy, że kwestionuje ona w szczególności zobowiązanie instytucji zamawiających do dokonania wyboru najwłaściwszych środków ogłaszania ich zamówień, przewidziane w pkt 2.1.2 akapit pierwszy komunikatu. Kierując się do pojedynczych instytucji zamawiających, Komisja przyjęła podejście konkretne i indywidualne, niewynikające z orzecznictwa Trybunału. W tym względzie, Republika Federalna Niemiec dodała, że nie kwestionuje ona przykładowego wyliczenia odpowiednich sposobów ogłaszania, zawartego w pkt 2.1.2 komunikatu.
- 47 Tym samym Republika Federalna Niemiec jest zdania, że zamówienia, których dotyczy komunikat, właśnie nie są objęte jakimkolwiek ogólnym obowiązkiem przejrzystości wynikającym z prawa wspólnotowego. Obowiązek uprzedniego ogłoszenia, wynikający z komunikatu, wykracza więc znacznie poza to, co wynika z dokonywanej przez Trybunał wykładni podstawowych zasad traktatu WE.

#### b) Interwencji

- 48 Zdaniem Republiki Francuskiej, należy zbadać, czy komunikat poprzestaje na jasnym wyrażeniu postanowień i zasad traktatu WE dotyczących udzielania zamówień publicznych, czy też ustanawia nowe obowiązki w stosunku do tych postanowień i zasad. Zaś jej zdaniem komunikat dodaje nowe elementy do istniejącego prawa.
- 49 W tym względzie, Republika Francuska podnosi w szczególności, że w ww. w pkt 38 postanowieniu w sprawie Vestergaard Trybunał nie ustanowił żadnego ogólnego obowiązku zapewnienia odpowiedniego ogłaszania na odpowiednią skalę w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów, tylko że powyższe postanowienie dotyczy stosowania zasady niedyskryminacji, a nie obowiązku przejrzystości. Trybunał uznał w pkt 20 ww. w pkt 38 postanowienia w sprawie Vestergaard, że chociaż niektóre zamówienia wyjęte są spod zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, to instytucje zamawiające, które ich udzielają, muszą przestrzegać podstawowych zasad trak-

tatu WE, a następnie Trybunał wyprowadził z powyższego, że art. 28 WE stoi na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca umieszczała w specyfikacji warunków danego zamówienia klauzulę wymagającą stosowania do celów wykonania omawianego zamówienia produktu określonej marki, nie dodając przy tym wyrażenia „lub równoważny” (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 24).

- 50 Wspomniany ogólny obowiązek odpowiedniego ogłoszenia w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów nie wynika również z ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji. W pkt 32 wymienionego wyroku Trybunał uznał bowiem, że chociaż niektóre zamówienia wyjęte są spod zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, to instytucje zamawiające, które ich udzielają, muszą przestrzegać podstawowych zasad traktatu WE, a zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową w szczególności. Jednakże, zdaniem Trybunału, wynikało z tego jedynie, że sporny przepis francuski stanowił ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 49 WE, ponieważ skutkowało zastrzeżeniem pełnienia funkcji inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego (ww. w pkt 38 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 68).
- 51 Ponadto Republika Francuska uważa, że jakkolwiek w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Telaustria Trybunał mówił o obowiązku odpowiedniego ogłoszenia, to uczynił tak dlatego, że chodziło tam o koncesję o znacznej wartości gospodarczej. Wniosek ten potwierdza ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, dotyczący, a contrario, koncesji mających znikome znaczenie gospodarcze.
- 52 W każdym razie Republika Francuska podnosi, że jeśli należałoby jednak przyjąć, że obowiązek odpowiedniego ogłoszenia wynika z orzecznictwa Trybunału, nie mógłby on w każdym razie polegać na obowiązku uprzedniej publikacji, czego wymaga komunikat w pkt 2.1.1.
- 53 Ponadto Republika Francuska utrzymuje, że z ww. w pkt 39 opinii rzecznika generalnego E. Sharpston w sprawie Komisja przeciwko Finlandii oraz z opinii rzecznika generalnego N. Fennelly'ego w ww. w pkt 36 sprawie Telaustria, Rec. s. I-10747, wynika, że obowiązek przejrzystości nie oznacza obowiązku publikacji, co przewiduje pkt 2.1.2 komunikatu.
- 54 Jeśli chodzi o zamówienia II B, Republika Francuska jest zdania, że decyzja Rady o tym, by nie poddawać ich obowiązkowi uprzedniego ogłoszenia, wynika jasno z motywów osiemnastego i dziewiętnastego dyrektywy 2004/18. Z tego wniosek, że zamówienia II B nie podlegają całociowemu zastosowaniu dyrektywy, tj. w szczególności obowiązkowi uprzedniego ogłoszenia, tylko nadzorowi, który powinien być tak skonstruowany, by umożliwić zainteresowanym dostęp do informacji w tej dziedzinie.
- 55 Republika Francuska uważa tym samym, że w dyrektywie 2004/18 Rada jasno wyraziła zamiar objęcia zamówień II B, w zakresie ogłaszania, szczególnym i wyczerpującym systemem, będącym uproszczonym systemem udzielania zamówień.
- 56 Republika Austrii również uważa, że komunikat jest aktem wywołującym skutki prawne, ponieważ wprowadza ogólny obowiązek ogłaszania ex ante, który nie wynika ani z traktatu WE, ani z orzecznictwa Trybunału.
- 57 W tym względzie Republika Austrii dorzuca do argumentacji Republiki Federalnej Niemiec to, że opinie przedstawione odpowiednio przez rzeczników generalnych C. Stix-Hackl i E. Sharpston w sprawach C507/03 Komisja przeciwko Irlandii (wyrok Trybunału z dnia 13 listopada 2007 r.), Rec. s. I9777, I9780 i ww. w pkt 39 sprawie Komisja przeciwko Finlandii pokazują, że status prawny stosowania obowiązku przejrzystości do udzielania zamówień niepodlegających lub podlegających częściowo dyrektywom w sprawie zamówień publicznych jest niepewny i budzący liczne kontrowersje. O ile rzecznik generalny C. Stix-Hackl doszła do wniosku, że udzielanie zamówień na usługi niepriorytetowe wymaga publikacji ogłoszenia o zamówieniu,

przynajmniej co do zasady, o tyle rzecznik generalny E. Sharpston zaprzeczyła z kolei istnieniu ogólnego obowiązku przejrzystości *ex ante* w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów. W czasie, gdy ukazywał się komunikat, Trybunał nie wydał jeszcze orzeczeń w omawianych dwóch sprawach. Stąd też Komisja, ustanawiając w swoim komunikacie obowiązek uprzedniego ogłoszenia dla wszystkich zamówień tego rodzaju (tj. zarówno dla usług niepriorytetowych, jak i dla zamówień o niewielkiej wartości) wywołała nowe skutki prawne.

- 58 Obowiązki nałożone na instytucje zamawiające w pkt 1.3, 2.1.2 komunikatu są, zgodnie z tym, co utrzymywała Republika Austrii na rozprawie, niezgodne z ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawach połączonych SECAP, ponieważ komunikat nie uwzględnił możliwości instytucji zamawiającej, o czym mowa jest w pkt 32 przytoczonego wyroku.
- 59 Republika Austrii jest również zdania, że ogłoszenie na odpowiednią skalę, umożliwiające otwarcie rynku usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności postępowań w sprawie udzielenia zamówienia, w postaci omówionej w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Telaustria, nie musi oznaczać uprzedniej publikacji. Z trwających prac w sprawie zmiany dyrektyw dotyczących środków odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych (zob. dokument 2006/0066/COD oraz nowe art. 2d–2f 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, s. 33], które znalazły się w tym projekcie) wynika bowiem, że ochrona sądowa *a posteriori* – bez uprzedniego ogłoszenia zamówienia – również mogłaby umożliwić skuteczną kontrolę bezstronności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.
- 60 Ponadto, mimo braku idealnej symetrii, *de facto* i *de iure*, między prawem zamówień publicznych a prawem dotyczącym pomocy państwa, Republika Austrii powołuje się na zasadę *de minimis*, znajdującą zastosowanie w prawie dotyczącym pomocy państwa, zgodnie z którą pomoc poniżej określonych progów nie może wpłynąć w znaczący sposób na wymianę handlową między państwami członkowskimi i nie zakłóca konkurencji ani nie grozi jej zakłóceniem. Z punktu widzenia Republiki Austrii, jeśli porówna się obie sytuacje, nie jest wcale niedorzeczne założenie, że zamówienia publiczne o wartości poniżej progów są pozbawione istotnego znaczenia dla rynku wewnętrznego, które by uzasadniało konieczność wprowadzenia obowiązku uprzedniego ogłoszenia w celu otwarcia rynku na konkurencję. Z pomocy korzystają bowiem bezpośrednio przedsiębiorstwa, gdy tymczasem progi obowiązujące w dziedzinie zamówień publicznych są zależne od wartości zamówienia, a zysk przedsiębiorstwa (który w tym względzie można przyrównać do pomocy) stanowi w tych przypadkach jedynie mały ułamek tejże wartości.
- 61 Republika Austrii powołuje się wreszcie na motyw 19 dyrektywy 2004/18, który jej zdaniem w sposób domyślny daje do zrozumienia, że prawodawca wspólnotowy nie uznał za niezbędne, by przy zamówieniach na usługi niepriorytetowe (zamówienia II B) stosowano wszelkie możliwe sposoby wzmacniania ponadgranicznej wymiany handlowej. Jedynym powodem mogącym uzasadnić taką różnicę w traktowaniu jest fakt, że omawiane zamówienia, wyłączone spod pełnego zakresu zastosowania dyrektywy, nie są uważane za na tyle istotne dla rynku wewnętrznego, by uzasadnić zastosowanie wszelkich możliwych sposobów wzmocnienia ponadgranicznej wymiany handlowej, do których należy ogólny obowiązek uprzedniego ogłoszenia zamówienia.
- 62 Królestwo Niderlandów podnosi, że Komisja stosuje wykładnię prawa wspólnotowego wykraczającą poza orzecznictwo, gdyż tworzy wyczerpujący system prawny, nakładający na państwa członkowskie obowiązek przejrzystości *ex ante* w odniesieniu do wszystkich zamówień publicznych, których dotyczy komunikat, chociaż Trybunał nie wydał jeszcze w tej kwestii orzeczenia.

- 63 Królestwo Niderlandów jest również zdania, powołując się na zasadę pewności prawa, że to, czy komunikat tworzy nowe obowiązki, należy rozstrzygać na podstawie stanu orzecznictwa z chwili wydania komunikatu. Tymczasem z późniejszego orzecznictwa wynika, że komunikat w oczywisty sposób wyprzedzał rozwój orzecznictwa.

#### c) Komisja

- 64 Jeśli chodzi o konkretną treść komunikatu i elementy o charakterze legislacyjnym podnoszone przez Republikę Federalną Niemiec, a mianowicie zasadniczo o obejście progu zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych i obowiązek uprzedniego ogłoszenia, Komisja zaprzecza temu, by powyższe elementy komunikatu ustalały nowe normy prawne. Komunikat poprzestaje, zgodnie z art. 211 WE, na jasnym wyrażeniu postanowień i zasad traktatu WE, zgodnie z ich wykładnią wypracowaną przez Trybunał.
- 65 Komisja kwestionuje twierdzenie Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów, iż komunikat stanowi obejście decyzji prawodawcy, aby przepisy dotyczące ogłaszania ustanowić wyłącznie dla zamówień publicznych, które osiągają określone progi. W tym względzie Komisja podnosi, że jeśli prawodawca uznał za niezbędne ustalenie szczegółowych zasad jedynie powyżej progów zastosowania dyrektyw, to poniżej tych progów przyjął, że stosowanie postanowień i zasad traktatu WE jest wystarczające. Jednakże prawodawca nie chciał – ani nie mógł – wyłączyć za pomocą tych dyrektyw zastosowania omawianych postanowień i zasad traktatu WE do zamówień publicznych o wartości poniżej progu.
- 66 Powyższe wynika z orzecznictwa Trybunału, a konkretnie z ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Telaustria i z ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji. Zdaniem Komisji, Trybunał w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Teleaustria stwierdził, że instytucje zamawiające, które udzielają zamówień nieobjętych dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, muszą jednak przestrzegać podstawowych zasad traktatu WE w ogóle, a zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową w szczególności (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Telaustria, pkt 60). Taki tok rozumowania znajduje poparcie w ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33. Podobnie, w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Coname Trybunał potwierdził, że umowy nieobjęte zakresem zastosowania dyrektywy, takie jak umowy koncesyjne, nadal objęte są ogólnymi zasadami traktatu WE. Przyjmując dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, prawodawca europejski uwzględnił to orzecznictwo w motywie 9 dyrektywy 2004/17.
- 67 Trybunał nadał również, zdaniem Komisji, konkretną treść obowiązkowi przejrzystości, stwierdzając, że przedsiębiorcy mający siedzibę w innym państwie członkowskim powinni mieć dostęp do odpowiednich informacji dotyczących koncesji przed jej udzieleniem, tak, by mieć możliwość wyrażenia ewentualnego zainteresowania jej otrzymaniem (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 21).

#### 2. b) Ocena Sądu

- 68 Republika Federalna Niemiec i interwenienci podnoszą, że pkt 2.1.1 komunikatu wprowadza po stronie państw członkowskich zasadniczy obowiązek uprzedniego ogłoszenia wszystkich planowanych zamówień, co stanowi nowy obowiązek w stosunku do zasad traktatu WE.
- 69 Jeśli chodzi o postanowienia i zasady traktatu WE (pkt 1.1 komunikatu) mające zastosowanie do udzielenia zamówienia publicznego mającego znaczenie dla rynku wewnętrznego, pkt 2.1 komunikatu określa podstawowe normy mające zastosowanie w zakresie ogłaszania. W tym względzie, pkt 2.1.1 nosi tytuł „Obowiązek zagwarantowania odpowiedniego upublicznienia informacji [ogłoszenia]” i stanowi, co następuje:

„Zgodnie z [Trybunałem], zasady równego traktowania i niedyskryminacji pociągają za sobą obowiązek przejrzystości, który polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym

oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji [ogłoszenia na odpowiednią skalę] umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję.

Obowiązek przejrzystości oznacza, iż przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim ma dostęp do odpowiednich informacji odnoszących się do zamówienia przed jego udzieleniem i w konsekwencji jest w stanie wyrazić swoje ewentualne zainteresowanie otrzymaniem takiego zamówienia.

Według Komisji, praktyka kontaktowania się z licznymi potencjalnymi oferentami [z pewną liczbą potencjalnych oferentów] nie jest wystarczająca w tym zakresie, nawet jeżeli podmiot zamawiający zwraca się do przedsiębiorstw z innych państw członkowskich lub próbuje nawiązać kontakt z wszystkimi potencjalnymi dostawcami. Stosując tego rodzaju selektywne podejście nie można wykluczyć dyskryminacji względem potencjalnych oferentów z innych państw członkowskich, w szczególności nowych uczestników rynku. To samo odnosi się do wszystkich form »biernej« publikacji, w przypadku której podmiot zamawiający nie upublicznia informacji [dokonuje ogłoszenia] w sposób aktywny, lecz udziela odpowiedzi na pytania wnioskodawców, którzy sami dowiedzieli się o planowanym udzieleniu zamówienia. Podobnie, zwykłe odniesienie do pojawiających się w mediach doniesień, debat parlamentarnych lub politycznych lub wydarzeń takich jak kongresy jako źródła informacji nie stanowi odpowiedniego upublicznienia [ogłoszenia].

Dlatego też jedynym sposobem na spełnienie wymogów ustanowionych przez [Trybunał] jest publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia. Takie ogłoszenie powinno być opublikowane przez podmiot zamawiający w celu otwarcia udzielania zamówień na konkurencję”.

- 70 Punkt 2.1.1 akapity pierwszy i drugi komunikatu stanowią powtórzenie orzecznictwa Trybunału zawartego w ww. w pkt 36 wyrokach w sprawach Telaustria, Coname i Parking Brixen, i nie zostały zakwestionowane ani przez Republikę Federalną Niemiec, ani przez żadnego z interwenientów. Ponadto pkt 2.1.1 akapit trzeci komunikatu nie został zakwestionowany w trakcie procedury pisemnej. W pkt 2.1.1 akapit czwarty komunikatu zawiera wniosek, iż istnieje obowiązek zapewnienia odpowiedniego ogłoszenia, polegającego na rozpowszechnieniu wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia.
- 71 Republika Federalna Niemiec, popierana przez interwenientów, podnosi w istocie, że przytoczony punkt komunikatu ustanawia dla zamówień publicznych, których dotyczy, obowiązek uprzedniego ogłoszenia, który w żaden sposób nie wynika z zasad i z orzecznictwa Trybunału, przywołanych w tymże punkcie. Stanowi to tym samym nowy obowiązek, który nadaje rzeczonemu komunikatowi charakter aktu wywołującego wiążące skutki prawne, który to akt jest zaskarżalny w trybie skargi o stwierdzenie nieważności.
- 72 Należy zatem zbadać, czy komunikat poprzestaje na jasnym wyrażeniu wspomnianego obowiązku, który wynika dla państw członkowskich z podstawowych zasad traktatu WE, czy też ustanawia nowe obowiązki, jak utrzymują Republika Federalna Niemiec i interwenienci.
- 73 W tym względzie należy wskazać, że szczególne i rygorystyczne procedury ustanowione we wspólnotowych dyrektywach w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość przekracza próg wyraźnie przewidziany w każdej z tych dyrektyw (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19 i ww. w pkt 38 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33). W związku z tym, przepisy tych dyrektyw nie mają zastosowania do zamówień, których wartość nie osiągnęła określonego w nich progu.
- 74 Jednak nie oznacza to, że te ostatnie z wymienionych zamówień są wyłączone z zakresu stosowania prawa wspólnotowego (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard,



pkt 19). Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w zakresie dotyczącym udzielania zamówień, które ze względu na swoją wartość nie są objęte procedurami przewidzianymi w regulacjach wspólnotowych, instytucje zamawiające są jednak zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE w ogóle (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 20 i ww. w pkt 38 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32), a zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową w szczególności (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. s. I-8291, pkt 29; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Telaustria, pkt 62; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 16; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 46; wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 18).

- 75 Znajduje to zresztą potwierdzenie w motywie 9 dyrektywy 2004/17, zgodnie z którym: „dla zamówień publicznych, których wartość jest niższa od wartości zobowiązującej do stosowania koordynujących przepisów wspólnotowych, wskazane jest odwołanie się do orzecznictwa wypracowanego przez Trybunał [...], zgodnie z którym zastosowanie mają wymienione wyżej reguły i zasady traktatów [to znaczy zasada równego traktowania, której zasada niedyskryminacji jest jedynie szczególnym wyrażeniem, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności, jak również zasada przejrzystości]”, a także w motywach 1 i 2 dyrektywy 2004/18, w których mowa jest o stosowaniu tych samych zasad do udzielania wszystkich zamówień w państwach członkowskich, o wartości poniżej lub powyżej progów.
- 76 Zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą, jak Trybunał orzeka w sposób niezmienny, między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala publicznej instytucji zamawiającej na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane (ww. wyroki Trybunału: w pkt 31 w sprawie Unitron Scandinavia i 3-S, pkt 74, pkt 31; w pkt 36 w sprawie Telaustria, pkt 61; wyrok z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 HI, Rec. s. I-5553, pkt 45; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49; ww. w pkt 74 wyrok w sprawie ANAV, pkt 21), a obowiązek ten potwierdzają motywy: 9 dyrektywy 2004/17 i 2 dyrektywy 2004/18. Z powyższego wynika, że państwa członkowskie oraz ich instytucje zamawiające powinny przestrzegać tegoż obowiązku przejrzystości, zgodnie z jego wykładnią wypracowaną przez Trybunał, do celów udzielania wszystkich zamówień publicznych.
- 77 Trybunał wyjaśnił następnie, że wspomniany obowiązek przejrzystości, ciążyący na instytucji zamawiającej, polega na zapewnieniu, na rzecz wszystkich potencjalnych oferentów, ogłoszenia na odpowiednią skalę, umożliwiającego otwarcie rynku usług na konkurencję, a także kontrolę bezstronności postępowań w sprawie udzielenia zamówienia (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Telaustria, pkt 62; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49; ww. w pkt 74 wyrok w sprawie ANAV, pkt 21).
- 78 W opinii Trybunału obowiązek przejrzystości ciążyący na instytucjach zamawiających oznacza w szczególności wymogi pozwalające przedsiębiorstwu znajdującemu się na terytorium innego państwa członkowskiego niż zainteresowane państwo członkowskie na uzyskanie dostępu do odpowiednich informacji na temat danego zamówienia publicznego, zanim zostanie ono udzielone, tak aby, gdyby wspomniane przedsiębiorstwo tego pragnęło, było ono w stanie wyrazić swoje zainteresowanie uzyskaniem tego zamówienia (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 21).
- 79 Z przytoczonego orzecznictwa wynika, że obowiązek przejrzystości rozumiany jako odpowiednie ogłoszenie zawiera więc w sobie jakąś formę ogłoszenia przed udzieleniem danego zamówienia publicznego, czyli, innymi słowy, uprzedniego ogłoszenia. Zatem, oraz wbrew temu, jak argumentują Republika Federalna Niemiec i interwenienci, komunikat, tam gdzie jest w nim mowa o „wystarczająco dostępnym ogłoszeniu przed udzieleniem zamówienia” nie stworzył nowego obowiązku ciążyącego na państwach członkowskich, lecz



poprzestano w nim na przypomnieniu istniejącego obowiązku wynikającego z prawa wspólnotowego mającego zastosowanie do zamówień publicznych, których rzeczony komunikat dotyczy, zgodnie z jego wykładnią wypracowaną przez sąd wspólnotowy.

- 80 Powyższe potwierdza zresztą, co przyznała Republika Federalna Niemiec na rozprawie, orzecznictwo Trybunału, które pojawiło się po publikacji komunikatu. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, z jednej strony, obowiązki wynikające z prawa pierwotnego dotyczące równego traktowania i przejrzystości automatycznie znajdują bowiem zastosowanie do zamówień publicznych, które jakkolwiek są wyłączone z zakresu zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, to posiadają niewątpliwe transgraniczne znaczenie [zob. podobnie, odnośnie do dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1) oraz zamówienia o wartości poniżej progu określonego w tej dyrektywie, wyrok Trybunału z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 Medipac-Kazantzidis, Zb. Orz. s. I-4557, pkt 33; odnośnie do dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) oraz zamówienia II B, ww. w pkt 57 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 30, 31 i 32; a odnośnie do dyrektyw 92/50, 93/36 i dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) oraz dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, s. 84), wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb. Orz. s. I-619, pkt 66, 81 i 82]. Z drugiej strony, zdaniem Trybunału, ogłoszenie ex post nie może zapewnić odpowiedniego ogłoszenia w rozumieniu ww. w pkt 36 orzecznictwa Telaustria i Coname, co oznacza, że obowiązek przejrzystości wynikający z zasad traktatu WE wymaga uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, przed jego udzieleniem (ww. w pkt 57 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 30, 32).
- 81 Konstatacji, iż obowiązek uprzedniego ogłoszenia, o którym mowa w pkt 2.1.1 komunikatu, nie wykracza poza wykładnię podstawowych zasad traktatu WE wypracowaną przez Trybunał, nie mogą podważyć rozmaite argumenty Republiki Federalnej Niemiec i interwientów.
- 82 Po pierwsze, Republika Federalna Niemiec podnosi w istocie, że ww. w pkt 36 wyroki w sprawach Telaustria, Coname i Parking Brixen dotyczą zamówień w zakresie koncesji na usługi, które, jakkolwiek nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, ze względu na swą wartość są porównywalne z zamówieniami publicznymi podlegającymi wspomnianym dyrektywom, i że w związku z tym orzecznictwo oparte na tych wyrokach nie znajduje zastosowania do zamówień publicznych, których dotyczy komunikat.
- 83 W tym względzie należy zauważyć, że z orzecznictwa, na którym opiera się Republika Federalna Niemiec na poparcie swojej argumentacji, wynika, że Trybunał orzekł już, w odniesieniu do umów koncesyjnych, że nawet jeśli udzielenie takiej koncesji nie podlega żadnej z dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w stosunku do umowy tego rodzaju wciąż obowiązują ogólne zasady traktatu WE (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 16, potwierdzony w ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33). Należy również stwierdzić, że zgodnie z przywołanym orzecznictwem obowiązek przejrzystości wypływa bezpośrednio z ogólnych zasad traktatu, a w szczególności z zasad równego traktowania i niedyskryminacji (ww. w pkt 36 wyroki w sprawach Telaustria, pkt 61 i Parking Brixen, pkt 49) i że rzeczony obowiązek przejrzystości sam w sobie oznacza obowiązek uprzedniego ogłoszenia (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 21). Natomiast okoliczność, iż zamówienia, o których była mowa w omawianych wyro-

kach, były z punktu widzenia swej wielkości porównywalne do zamówień publicznych, do których zastosowanie mają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, w ogóle nie została podniesiona w tych wyrokach na uzasadnienie obowiązku odpowiedniego ogłoszenia, a w szczególności ogłoszenia uprzedniego. Z powyższego wynika, wbrew temu, co utrzymuje Republika Federalna Niemiec, że niniejsze orzecznictwo może zostać przeniesione na grunt zamówień publicznych, których dotyczy komunikat, do których również stosuje się, jak już zostało podniesione, zasada równego traktowania i wypływający z niej obowiązek przejrzystości.

- 84 Uzupełniając należy zwrócić uwagę, iż powyższe znajduje zresztą potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału, które pojawiło się po opublikowaniu komunikatu. W pkt 33 ww. w pkt 80 wyroku w sprawie Medipac-Kazantzidis Trybunał nawiązał bowiem, w odniesieniu do zamówienia na roboty budowlane, do utrwalonego orzecznictwa, zgodnie z którym nawet jeśli wartość zamówienia będącego przedmiotem przetargu jest niższa niż próg uzasadniający zastosowanie dyrektyw, w których ustawodawca wspólnotowy uregulował kwestie udzielania zamówień publicznych, i jeśli dane zamówienie nie jest objęte zakresem zastosowania tych dyrektyw, instytucje zamawiające, udzielając zamówienia, są jednak zobowiązane do przestrzegania ogólnych zasad prawa wspólnotowego, takich jak zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek zachowania przejrzystości oraz przywołał w tym miejscu, jako utrwalone orzecznictwo, ww. w pkt 36 wyroki w sprawach Telaustria, Coname i Parking Brixen. W taki oto sposób Trybunał rozciągnął rozwiązania wypracowane w odniesieniu do sposobów zawierania umów koncesyjnych na usługi publiczne na reguły udzielania zamówień o wartości ekonomicznej nieprzekraczającej progów zastosowania dyrektyw (ww. w pkt 80 wyrok w sprawie Medipac-Kazantzidis, pkt 33).
- 85 Po drugie, jeśli chodzi o argument Republiki Federalnej Niemiec streszczony w pkt 38, iż ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard oraz wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji dotyczą jedynie zasady niedyskryminacji i nie mogą w związku z tym uzasadnić obowiązku uprzedniego ogłoszenia, wystarczy zauważyć, że obowiązek przejrzystości, w szczególności pod postacią odpowiedniego ogłoszenia, wynika właśnie, zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 76, z zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Zważywszy iż z orzeczeń tych wynika, że podstawowe zasady traktatu WE mają zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych, nawet jeśli nie dotyczą ich dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19 i wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32, 33), Komisja słusznie powołała się w komunikacie na powyższe postanowienie i wyrok.
- 86 Po trzecie, argumentacja, zgodnie z którą prawodawca wspólnotowy, ustanawiając progi zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, wyraźnie wskazał, że poniżej tych wartości zasadniczo należałoby przyjąć, iż skutki dla rynku wewnętrznego są raczej „przypadkowe lub pośrednie” i stwierdzić brak ich znaczenia dla zagranicznych oferentów, też nie może zostać uwzględniona.
- 87 W tym względzie należy wyjaśnić, że jedynie na podstawie faktu, iż dane zamówienie publiczne ma wartość poniżej progów zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, nie można domniemywać, że skutki tego zamówienia dla rynku wewnętrznego są niemal bez znaczenia. Tezie tej przeczy orzecznictwo przytoczone w pkt 73, 74, zgodnie z którym tego rodzaju zamówienia nie są wyłączone z zakresu zastosowania prawa wspólnotowego. Tymczasem jeśliby można było z góry wykluczyć jakikolwiek wpływ tych zamówień na rynek wewnętrzny, prawo wspólnotowe nie znajdowałoby zastosowania.
- 88 Wprawdzie, jak uznał Trybunał, można sobie doskonale wyobrazić, że z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego, można by racjonalnie utrzymywać, że przedsiębiorstwo znajdujące się w innym państwie członkowskim niż

to, do którego należy instytucja zamawiająca, nie byłoby zainteresowane danym zamówieniem, a zatem, że skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt przypadkowe i pośrednie, ażeby pozwalały na stwierdzenie ewentualnego ograniczenia tych swobód (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo), lecz wniosek o braku naruszenia swobód podstawowych można wysnuć jedynie na podstawie oceny konkretnych okoliczności danego przypadku, a nie na podstawie samego tylko faktu, że wartość spornego zamówienia nie przekracza określonego progu.

89 Stąd też właśnie pkt 1.3 komunikatu stanowi, co następuje:

„[p]oszczególne podmioty zamawiające są odpowiedzialne za wskazanie, czy zamówienie, które ma być udzielone, może budzić zainteresowanie podmiotów gospodarczych z innych państw członkowskich. Według Komisji, taka decyzja musi zostać oparta na ocenie konkretnych okoliczności odnoszących się do danego przypadku, takich jak przedmiot zamówienia, jego szacowana wartość, specyfika danego sektora (rozmiar i struktura rynku, praktyki handlowe, itd.) oraz geograficzna lokalizacja miejsca wykonania zamówienia. Jeżeli podmiot zamawiający uzna, że dane zamówienie jest istotne dla rynku wewnętrznego, jego udzielenie musi być zgodne z podstawowymi normami zaczerpniętymi z prawa wspólnotowego”.

90 Po czwarte, Republika Federalna Niemiec utrzymuje jednak, że wymagając od instytucji zamawiających, by w każdym przypadku oceniały istotne znaczenie danego zamówienia dla rynku wewnętrznego w celu ustalenia, w szczególności, czy ma zastosowanie obowiązek uprzedniego ogłoszenia, o którym mowa w pkt 2.1.1 komunikatu, tenże komunikat stworzył nowy obowiązek i tym samym wywołuje wiążące skutki prawne.

91 Tymczasem orzecznictwo Trybunału przewiduje już, w odniesieniu do zamówienia publicznego nieobjętego zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, leżący po stronie instytucji zamawiającej obowiązek oceny, pod kontrolą właściwych sądów, szczególnych cech danego zamówienia z punktu widzenia odpowiedniego charakteru postępowania przetargowego (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49, 50). Nie można więc twierdzić, że pkt 1.3 w związku z pkt 2.1.1 komunikatu, stwarzają nowy obowiązek ciążyący na państwach członkowskich.

92 Republika Federalna Niemiec i Republika Austrii dodały w tej kwestii podczas rozprawy, iż ocena o konkretnym charakterze, o której mowa w pkt 1.3 komunikatu, jest niezgodna z ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawach połączonych SECAP, pkt 30–32, w którym brano pod uwagę abstrakcyjną i ogólną definicję istotnego znaczenia zamówienia publicznego dla rynku wewnętrznego.

93 W tym względzie należy stwierdzić, że pkt 30 ww. w pkt 42 wyroku w sprawach połączonych SECAP potwierdza wniosek przedstawiony w pkt 91 powyżej, iż przed ustaleniem treści ogłoszenia o zamówieniu ocena ewentualnego transgranicznego znaczenia zamówienia, którego szacowana wartość jest niższa niż próg przewidziany w przepisach wspólnotowych, należy co do zasady do danej instytucji zamawiającej, przy czym oczywiście ocena ta może zostać poddana kontroli sądowej.

94 Ponadto należy zauważyć, że nie ma sprzeczności między komunikatem, a w szczególności pkt 1.3 komunikatu, a ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawach połączonych SECAP. Komunikat nie wyklucza bowiem takiej możliwości, że uregulowania na szczeblu krajowym lub lokalnym określą obiektywne kryteria wskazujące na istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego, co przewiduje pkt 31 ww. w pkt 42 wyroku w sprawach połączonych SECAP. Instytucje zamawiające, które będą stosować tego rodzaju przepisy krajowe, muszą jednakże przestrzegać podstawowych zasad traktatu WE, a także, w szczególności, zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. w pkt 42 wyrok w sprawach połączonych SECAP, pkt 29).

- 95 Jeśli chodzi o pkt 32 ww. w pkt 42 wyroku w sprawach połączonych SECAP należy stwierdzić, że on również nie jest sprzeczny z pkt 1.3 i 2.1.2 komunikatu. Punkty te dotyczą bowiem automatycznego wyłączenia niektórych ofert ze względu na ich nienormalnie niski charakter, nawet gdy istnieje niewątpliwe transgraniczne znaczenie, i przez to mają zastosowanie w innej fazie postępowania przetargowego niż faza związana z ustaleniem, czy zamówienie publiczne potencjalnie ma znaczenie dla podmiotów gospodarczych znajdujących się w innych państwach członkowskich, o którym mowa w pkt 1.3 komunikatu, lub z wyborem najwłaściwszego środka dla zapewnienia ogłoszenia, o którym mowa w pkt 2.1.2 komunikatu. W każdym razie należy podkreślić, że przytoczone punkty komunikatu nie wykluczają tego, by zostały wzięte pod uwagę administracyjne możliwości instytucji zamawiającej, a zatem nie mogą one tworzyć nowego obowiązku względem państw członkowskich lub ich instytucji zamawiających.
- 96 Po piąte, wbrew temu, co podnosi Republika Federalna Niemiec (zob. pkt 46 powyżej), pkt 2.1.2 komunikatu, który brzmi: „[d]ecyzja o wyborze najwłaściwszych środków upubliczniania informacji o zamówieniach [ogłaszania zamówień] należy do podmiotów zamawiających”, nie jest nie do pogodzenia z ustanowieniem w krajowych przepisach ogólnych kryteriów, które powinny decydować o tym wyborze, z zastrzeżeniem, że stosowanie tych kryteriów nie może zagrozić przestrzeganiu podstawowych zasad traktatu WE, a wśród nich w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Jak bowiem stwierdzono już w pkt 91 powyżej, zadaniem organu władzy publicznej udzielającego zamówienia jest przeprowadzenie, pod kontrolą właściwego sądu, oceny odpowiedniego charakteru postępowania przetargowego pod kątem szczególnych cech danego zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału komunikat powierza więc instytucjom zamawiającym zadanie ustalenia skali i formy odpowiedniego ogłoszenia (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49, 50). Komunikat słusznie zatem wskazuje, w pkt 2.1.2, że „[d]ecyzja o wyborze najwłaściwszych środków upubliczniania informacji o zamówieniach [ogłaszania zamówień] należy do podmiotów zamawiających”. Dlatego też komunikat nie stwarza nowego obowiązku prawnego po stronie instytucji zamawiających.
- 97 Ponadto, odpowiadając na argumenty Republiki Austrii dotyczące porównania progów zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z zasadą de minimis stosowaną do pomocy państwa, wystarczy zauważyć, że ze wspomnianych dyrektyw nie wynika w żaden sposób, by omawiane progi ustalone zostały na podstawie analogicznych względów, jak względy uzasadniające zasadę de minimis w dziedzinie pomocy państwa.
- 98 Po szóste, jeśli chodzi o argumentację Republiki Francuskiej, zgodnie z którą komunikat wprowadza w pkt 2.1.2 obowiązek publikacji, polegający na posługiwaniu się nośnikiem pisemnym w celu zapewnienia ogłoszenia omawianych zamówień, należy zauważyć, że argumentacja ta wychodzi z błędnego założenia. Nigdzie bowiem w komunikacie nie ma mowy o obowiązku odpowiedniego ogłoszenia polegającego na posługiwaniu się pisemnym nośnikiem w celu zapewnienia ogłoszenia zamówień publicznych, których on dotyczy. Z jednej strony, pkt 2.1.3 akapit pierwszy komunikatu przywołuje orzecznictwo, zgodnie z którym obowiązek przejrzystości nie musi oznaczać obowiązku przeprowadzenia formalnego przetargu (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 21). Z drugiej strony, pkt 2.1.2 akapit trzeci stwierdza, że:

„Odpowiednie i powszechnie stosowane środki publikacji [ogłaszania] obejmują:  
Internet, [...]”

Jak zresztą przyznaje Republika Federalna Niemiec i interwenienci, chodzi tu o wyczerpujące przykładowe, które w żaden sposób nie wyklucza innych odpowiednich form ogłoszenia.

99 Po siódme, odnośnie do argumentacji Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej, iż wyłączenie praktyki polegającej na kontaktowaniu się z potencjalnymi oferentami, nawet gdy instytucja zamawiająca zwraca się do przedsiębiorstw w innych państwach członkowskich i dokłada starań, by nawiązać kontakt ze wszystkimi potencjalnymi dostawcami, przez obowiązek przejrzystości wprowadzony komunikatem (pkt 2.1.1 akapit trzeci komunikatu) jest elementem ustanawiającym szczególne obowiązki w stosunku do zasad traktatu WE, należy podkreślić, że argumentacja ta dotyczy części komunikatu, która nie była wcale kwestionowana w skardze ani w piśmie interwencyjnym. W tym względzie należy zauważyć, że jakkolwiek art. 48 § 2 regulaminu postępowania przed Sądem dopuszcza w pewnych okolicznościach podniesienie nowych zarzutów w toku postępowania, to przepisu tego w żadnym wypadku nie można rozumieć w ten sposób, że pozwala on stronie skarżącej na wniesienie do Sądu nowych żądań i w ten sposób na zmianę przedmiotu sporu (zob. wyrok Sądu z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie T-3/99 Banatrading przeciwko Radzie, Rec. s. I-12123, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo). Wynika z tego, że rozpatrywana argumentacja jest niedopuszczalna, gdyż zmierza do rozszerzenia przedmiotu sporu poprzez włączenie części komunikatu, której nie dotyczyła skarga wszczynająca postępowanie.

100 W każdym razie należy stwierdzić, że komunikat nie wyklucza opisanej praktyki w sposób bezwzględny i ostateczny. Jak stanowią pkt 2.2.2 i 2.1.3 komunikatu, instytucje zamawiające mają możliwość ograniczenia liczby kandydatów zaproszonych do składania ofert do odpowiedniego poziomu. Komunikat wymaga jednak w tym względzie, by przestrzegano zasady niedyskryminacji i obowiązku przejrzystości (pkt 2.2.2 komunikatu) w celu zapewnienia wystarczającej konkurencji. Ponadto, aby można było sprawować kontrolę bezstronności postępowań w sprawie udzielenia zamówienia, Sąd uważa, że z obowiązku przejrzystości wynika, iż aktywne rozpowszechnianie informacji przez instytucje zamawiające jest niezbędne, podobnie jak do instytucji zamawiających należy ustalenie z góry odpowiedniego charakteru postępowania przetargowego (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 50). Dlatego też treść pkt 2.1.1 akapit trzeci komunikatu, w formie, w jakiej kwestionują go Republika Federalna Niemiec i Republika Francuska, nie stwarza szczególnych obowiązków.

B – 2. *W przedmiocie drugiego zarzutu, dotyczącego specyfikacji obowiązków dotyczących ogłaszania (pkt 2.2 komunikatu)*

1. a) Argumenty stron

a) Republika Federalna Niemiec

101 Republika Federalna Niemiec podnosi, że obowiązki płynące z pkt 2.2 komunikatu wykraczają znacznie poza to, co wynika z wykładni podstawowych zasad traktatu WE dokonywanej przez Trybunał. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, Komisja najpierw uznała w pkt 2.2 komunikatu, że zamówień należy udzielać zgodnie z podstawowymi zasadami traktatu WE, aby zapewnić uczciwe warunki konkurencji wszystkim zainteresowanym oferentom, a następnie wyprowadziła z tego ogólnego obowiązku szereg konkretnych obowiązków dotyczących ogłaszania zamiaru udzielenia zamówienia.

102 Republika Federalna Niemiec utrzymuje w szczególności, że zgodnie z pkt 2.2 komunikatu państwa członkowskie powinny tak opisać przedmiot zamówienia, aby wszyscy potencjalni oferenci mogli go rozumieć w ten sam sposób, gwarantując przy tym równy dostęp podmiotów gospodarczych z wszystkich państw członkowskich. Ponadto, jeżeli wymagane jest, by oferenci złożyli dokumenty na piśmie, instytucje zamawiające powinny akceptować również dokumenty wystawione w innych państwach członkowskich. Wyznaczone terminy powinny umożliwiać oferentom z innych państw członkowskich ich dotrzymanie. I wreszcie, postępowanie powinno być przejrzyste dla wszystkich jego uczestników. Powyższy katalog zasad uzupełniony został przepisami proceduralnymi, skierowanymi do państw członkowskich zamierzających ustalić ograniczoną liczbę kandydatów zaproszonych do składania ofert



w danym przetargu (pkt 2.2.2 komunikatu), a także regułami mającymi zastosowanie do decyzji w sprawie udzielenia zamówienia (pkt 2.2.3 komunikatu).

- 103 O ile obowiązek niedyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia opisany w tiret pierwszym katalogu zawartego w pkt 2.2.1 komunikatu mógłby ewentualnie wynikać z orzecznictwa Trybunału przedstawionego w ww. w pkt 38 postanowieniu w sprawie Vestergaard, pkt 24, pozostałe obowiązki określone w pkt 2.2.1 komunikatu zawierają konkretne instrukcje, które nie są zaczerpnięte z obowiązującego prawa wspólnotowego. Komisja potwierdziła powyższe, stwierdzając, że przytoczone wyżej reguły mogą w praktyce zagwarantować poszanowanie podstawowych zasad traktatu WE (pkt 1.2 komunikatu). Nie chodzi więc tu o opis orzecznictwa Trybunału, lecz raczej o nowe reguły udzielania zamówień. Republika Federalna Niemiec kwestionuje tym samym w istocie poszczególne środki, o których mowa w pkt 2.2.1 komunikatu, wprowadzające, jej zdaniem, nowe obowiązki.

#### b) Interwenienci

- 104 W odniesieniu do specyfikacji obowiązków dotyczących ogłaszania, zawartej w pkt 2.2 komunikatu, Republika Austrii podnosi, że niektóre poruszone tam aspekty, takie jak wymóg wystarczająco długich terminów oraz liczby kandydatów wyłonionych w przetargu ograniczonym, w przypadku zamówień niepodlegających lub podlegających częściowo dyrektywom w sprawie zamówień publicznych, zmierzają również do wywołania nowych wiążących skutków prawnych. Tymczasem takich obowiązków nie da się wyprowadzić z orzecznictwa Trybunału.
- 105 Parlament przyłącza się do wniosków Republiki Federalnej Niemiec dotyczących pkt 2.2 komunikatu, lecz zwraca również uwagę na szereg dodatkowych aspektów, wzmacniając przez to argumentację Republiki Federalnej Niemiec. Zdaniem Parlamentu, Komisja ustanawia w przytoczonym punkcie szczegółowe reguły w przedmiocie treści i detali przetargów, ewentualnej procedury wstępnego wyboru oferentów oraz ochrony sądowej.
- 106 Rzeczpospolita Polska podnosi, że wskazując sposoby ogłaszania oraz zawartość ogłoszeń, a także ustanawiając reguły dotyczące terminów w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, Komisja na poparcie swojego stanowiska nie podaje żadnych orzeczeń Trybunału. Tymczasem w opinii Komisji komunikat ma na celu wyjaśnienie orzecznictwa Trybunału w tym względzie. To tłumaczy, dlaczego deklaracja Komisji, jakoby komunikat podsumowywał orzecznictwo, nie znajduje oparcia w jego treści.

#### c) Komisja

- 107 Komisja odrzuca argumentację Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów wysuwaną przeciw kryteriom określonym w pkt 2.2.1 komunikatu. Według niej, zasady równego dostępu dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich oraz wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających kwalifikacje, a także wymóg odpowiednich terminów oraz przejrzystego i obiektywnego podejścia są zasadami wynikającymi z traktatu WE. W żadnym razie nie chodzi o nowe reguły udzielania zamówień, lecz o przeniesienie ogólnych zasad prawa wspólnotowego na dziedzinę zamówień publicznych.

#### 2. b) Ocena Sądu

- 108 Przedmiotem pkt 2.2 komunikatu jest „udzielenie zamówienia”.

- 109 W tym względzie pkt 2.2.1 komunikatu stanowi:

„Zasady

[Trybunał] stwierdził w wyroku w sprawie Telaustria, że obowiązek przejrzystości polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upub-



licznienia informacji [ogłoszenia] umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur przetargowych. Zagwarantowanie uczciwych i bezstronnych procedur jest koniecznym następstwem obowiązku zapewnienia przejrzystości upublicznienia informacji [ogłoszenia].

Wynika z tego, że zamówienie musi być udzielone zgodnie z postanowieniami i zasadami zawartymi w traktacie WE, tak aby zapewnić uczciwe warunki konkurencji wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym zainteresowanie zamówieniem. W praktyce, najlepsze osiągnięcie takich rezultatów zapewniają:

- Niedyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia

Opis cech charakterystycznych produktu lub usługi nie powinien odnosić się do określonego wyrobu lub źródła, szczególnych sposobów postępowania lub znaków towarowych, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i towarzyszą mu słowa »lub równoważne«. W każdym przypadku zaleca się wykorzystanie ogólnego opisu dotyczącego wykonania lub zastosowania.

- Równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich

Podmioty zamawiające nie powinny nakładać wymogów powodujących bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację względem potencjalnych oferentów w innych państwach członkowskich, takich jak wymóg, aby przedsiębiorstwa zainteresowane zamówieniem musiały posiadać siedzibę w tym samym państwie członkowskim lub regionie co podmiot zamawiający.

- Wzajemne uznawanie dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji

Jeżeli wymaga się od wnioskodawców lub oferentów przedłożenia świadectw, dyplomów lub innych form pisemnych dowodów, dokumenty z innych państw członkowskich dające równoważną gwarancję muszą być akceptowane zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji.

- Odpowiednie terminy

Terminy dotyczące wyrażenia zainteresowania i złożenia ofert powinny umożliwić przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich dokonanie wnikliwej oceny oraz przygotowanie oferty.

- Przejrzyste i obiektywne podejście

Wszyscy uczestnicy muszą być w stanie zapoznać się z obowiązującymi przepisami z wyprzedzeniem oraz muszą być pewni, że przepisy te stosują się w ten sam sposób do wszystkich”.

#### a) Uwagi wstępne

- 110 Na wstępie należy zauważyć, że argumentacja Republiki Federalnej Niemiec oparta jest na założeniu, że zamówienia, których dotyczy komunikat, nie podlegają żadnym wynikającym z prawa wspólnotowego ogólnym obowiązkom przejrzystości. Należy jednak stwierdzić, że, jak podniesiono już powyżej (zob. pkt 68–100), jest to założenie błędne.
- 111 Sąd pragnie następnie zauważyć, że pkt 2.2.1 komunikatu ma na celu zapewnienie, po pierwsze, spełnienia obowiązku odpowiedniego ogłoszenia, o którym mowa w pkt 2.1 komunikatu, a po drugie, udzielania zamówień z poszanowaniem postanowień i zasad traktatu WE. W tym celu komunikat przyjmuje za podstawę orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego powinno być

prowadzone z poszanowaniem, na każdym z jego etapów, a w szczególności na etapie wyboru kandydatów w ramach procedury ograniczonej, zarówno zasady równego traktowania potencjalnych oferentów, jak i obowiązku przejrzystości, po to, by wszyscy mieli równe szanse przy sporządzaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert (zob. podobnie w odniesieniu do etapu porównania ofert, wyroki Trybunału: z dnia 25 kwietnia 1996 w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043, pkt 54 i z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. s. I-11617, pkt 93).

- 112 Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z orzecnictwem Trybunału zasada równego traktowania, której szczególnym wyrazem są art. 43 WE, 49 WE, zakazuje nie tylko otwartej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, lecz także wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które, poprzez stosowanie innych kryteriów odróżniających, prowadzą do tego samego rezultatu (wyroki Trybunału: z dnia 29 października 1980 r. w sprawie 22/80 *Boussac Saint-Frères*, Rec. s. 3427, pkt 7 i z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 *Komisja przeciwko Włochom*, Rec. s. 4035, pkt 8), tak aby zamówienia publiczne w różnych państwach członkowskich były dostępne dla wszystkich przedsiębiorców we Wspólnocie. Wreszcie, Trybunał przyjął zasadę równego traktowania oferentów (wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 *Komisja przeciwko Danii*, Rec. s. I-3353, pkt 23 i ww. w pkt 111 wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Belgii*, pkt 51). Należy więc zbadać poszczególne środki, o których mowa w pkt 2.2.1 komunikatu, w świetle powyższych rozważań.

b) W przedmiocie pkt 2.2.1 komunikatu

– W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu

- 113 W pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu mowa jest o niedyskryminacyjnym opisie przedmiotu zamówienia. Należy stwierdzić, jak przyznaje sama Republika Federalna Niemiec, że wymóg ten wynika już z ww. w pkt 38 postanowienia w sprawie *Vestergaard*. W stosunku do udzielania zamówień cel ten płynie bowiem z zasady równego traktowania, której szczególnym wyrazem są swobody podstawowe. Stąd też Trybunał w swoim orzecznictwie stwierdził, że zgodność z prawem zamieszczonej w specyfikacji warunków zamówienia klauzuli dotyczącej zamówienia o wartości poniżej określonego w dyrektywie 93/37 progu, które nie podlega więc zakresowi zastosowania tejże dyrektywy, należy oceniać w świetle podstawowych zasad traktatu WE, w których skład wchodzi swobodny przepływ towarów, ujęty w art. 28 WE (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie *Vestergaard*, pkt 21).
- 114 W odniesieniu do wyjaśnienia udzielonego w pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu, Sąd pragnie zauważyć, że, zgodnie z orzecnictwem, w dziedzinie zamówień publicznych na dostawę fakt niezamieszczenia wyrażenia „lub równoważny” po wskazaniu w specyfikacji warunków zamówienia określonego produktu może nie tylko zniechęcić podmioty gospodarcze stosujące analogiczne do tego produktu systemy do złożenia oferty w przetargu, lecz również stanowić przeszkodę w przepływie przywozowym w ramach wewnątrzwspólnotowej wymiany handlowej, w sposób niezgodny z art. 28 WE, poprzez zastrzeżenie zamówienia wyłącznie dla oferentów zamierzających zastosować konkretnie wskazany produkt (wyroki Trybunału: z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 45/87 *Komisja przeciwko Irlandii*, Rec. s. 4929, pkt 22; z dnia 24 stycznia 1995 r. w sprawie C-359/93 *Komisja przeciwko Niderlandom*, Rec. s. I-157, pkt 27; ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie *Vestergaard*, pkt 24).
- 115 W związku z tym treść pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu zgadza się z wykładnią Trybunału w zakresie podstawowych zasad traktatu WE.
- W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret drugie komunikatu
- 116 Jeśli chodzi o pkt 2.2.1 tiret drugie komunikatu, czyli o równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich, Sąd uważa, że wskazany cel, zmierzający

do zapewnienia podmiotom gospodarczym bez względu na ich pochodzenie równoprawnego dostępu do organizowanych przetargów, wynika z poszanowania zasad swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także wolnej konkurencji [zob. w tym względzie opinię rzecznika generalnego P. Légera w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in. (wyrok Trybunału z dnia 15 stycznia 1998 r.), Rec. s. I-73, I-77, pkt 47, powtórzoną w opinii rzecznika generalnego J. Mischo w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji (wyrok Trybunału z dnia 1 lutego 2001 r.), Rec. s. I-939, I-941, pkt 49], a w szczególności zasady równego traktowania (zob. pkt 112 powyżej) wyrażonej w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zawartym w art. 12 WE.

- 117 Naturalnie zasada niedyskryminacji zabrania tego, by instytucja zamawiająca narzuciła warunek powodujący bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację, jak stanowi pkt 2.2.1 tiret drugie komunikatu. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału ogólne warunki specyfikacji przetargowej muszą uwzględniać wszystkie istotne przepisy prawa wspólnotowego, a w szczególności zakazy wynikające z ustanowionych w traktacie WE zasad w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, a także zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 CEI i Bellini, Rec. s. 3347, pkt 15 i z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Rec. s. 4635, pkt 29, 30).
- 118 W związku z tym, zasada równego traktowania oferentów obejmuje treść pkt 2.2.1 tiret pierwsze i drugie komunikatu.
- W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret trzecie komunikatu
- 119 Punkt 2.2.1 tiret trzecie komunikatu wprowadza zasadę wzajemnego uznawania, pozwalającą zapewnić swobodny przepływ towarów i usług bez konieczności dokonywania harmonizacji ustawodawstw krajowych państw członkowskich (wyrok Trybunału z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 Rewe-Zentral, Rec. s. 649). W tym względzie należy przypomnieć że organy władzy państwa członkowskiego są zobowiązane do wzięcia pod uwagę wszystkich dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, a także istotnego doświadczenia zainteresowanego, poprzez porównanie, z jednej strony, kompetencji, o których zaświadcza powyższe dokumenty potwierdzające posiadanie kwalifikacji i doświadczenia, a z drugiej strony, wiedzy i kwalifikacji wymaganych przez przepisy krajowe (zob. analogicznie w szczególności w odniesieniu do zawodów, wyroki Trybunału: z dnia 7 maja 1991 r. w sprawie C-340/89 Vlassopoulou, Rec. s. I-2357, pkt 16, 19 i 20; z dnia 9 lutego 1994 r. w sprawie C-319/92 Haim, Rec. s. I-425, pkt 27, 28; z dnia 14 września 2000 r. w sprawie C-238/98 Hocsman, Rec. s. I-6623, pkt 23; z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-31/00 Dreessen, Rec. s. I-663, pkt 24).
- 120 Trybunał podkreślił, że powyższe wyroki są jedynie wyrazem, jaki w orzecznictwie znajduje zasada nierozzerwalnie związana z podstawowymi swobodami traktatu WE i że owa zasada nie może tracić części swej wagi prawnej z racji przyjęcia dyrektyw dotyczących wzajemnego uznawania dyplomów (ww. w pkt 119 wyroki: w sprawie Hocsman, pkt 24, 31 i w sprawie Dreessen, pkt 25), oraz że z tego wynika, iż państwa członkowskie powinny przestrzegać swych obowiązków w zakresie wzajemnego uznawania, zgodnie z wypracowaną przez Trybunał wykładnią art. 43 WE i 47 WE (zob. analogicznie w szczególności w odniesieniu do dostępu do zawodów, ww. w pkt 119 wyrok w sprawie Dreessen, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo). W tym względzie Trybunał orzekł już, że wzajemne uznawanie powinno pozwolić władzom krajowym na obiektywne upewnienie się, że zagraniczny dyplom potwierdza, iż jego właściciel ma wiedzę i kwalifikacje, jeśli nie identyczne, to przynajmniej równoważne z wiedzą i kwalifikacjami potwierdzonymi dyplomem krajowym (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 15 października 1987 r. w sprawie 222/86 Heylens i in., Rec. s. 4097, pkt 13).

- 121 Z powyższego wynika, że cel zamierzony w pkt 2.2.1 tiret trzecie komunikatu nie stwarza nowych obowiązków po stronie państw członkowskich.
- W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret czwarte komunikatu
- 122 Jeśli chodzi o wymóg odpowiednich terminów w celu umożliwienia przedsiębiorcom z innych państw członkowskich dokonania należytej oceny oraz przygotowania oferty, należy przypomnieć, że instytucje zamawiające powinny przestrzegać zasady swobody świadczenia usług i zasady niedyskryminacji, które mają na celu ochronę interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w danym państwie członkowskim, które zamierzają przedstawić ofertę w zakresie swych towarów lub usług instytucjom zamawiającym mającym siedzibę w innym państwie członkowskim (wyroki Trybunału: z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 *University of Cambridge*, Rec. s. I8035, pkt 16; ww. w pkt 116 wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie *Komisja przeciwko Francji*, pkt 41; ww. w pkt 76 wyrok w sprawie *HI*, pkt 43; ww. w pkt 111 wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 51). Celem wspomnianych zasad jest uniknięcie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych oferentów lub kandydatów przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające (zob. podobnie ww. w pkt 111 wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 123 W związku z tym, cel pkt 2.2.1 tiret czwarte komunikatu, zmierzający do zapobieżenia temu, by instytucja zamawiająca była w stanie, przy pomocy wyznaczanych oferentom terminów, wykluczyć udział podmiotu gospodarczego z siedzibą w innym państwie członkowskim, wypływa z zasad traktatu WE, co oznacza, że omawiana część komunikatu również nie wprowadza nowego obowiązku.
- W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret piąte komunikatu
- 124 Jeśli chodzi o treść pkt 2.2.1 tiret piąte komunikatu, Sąd uważa, że jak już zwracał uwagę Trybunał, zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości zmierza właśnie do podania do wiadomości wszystkich potencjalnych oferentów, zanim sporządzą oni swoje oferty, kryteriów udzielenia zamówienia, którym oferty te muszą odpowiadać, a także stosunkowej wagi tych kryteriów [odnośnie do art. 27 ust. 2 dyrektywy Rady 90/531/EWG z dnia 17 września 1990 r. w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 297, s. 1), sformułowanego zasadniczo w sposób identyczny jak art. 30 ust. 2 dyrektywy 93/37, zob. ww. w pkt 111 wyroki: w sprawie *Komisja przeciwko Belgii*, pkt 88, 89; w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 99]. Tym samym pkt 2.2.1 tiret piąte komunikatu zmierza do zapewnienia, by wszyscy potencjalni oferenci mieli takie same szanse przy sporządzaniu swoich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zgodnie z orzecznictwem Trybunału.
- 125 W świetle powyższego, Sąd uważa, że środki prowadzące do osiągnięcia uczciwych warunków konkurencji, określone w poszczególnych tiretach pkt 2.2.1 komunikatu służą zarówno przestrzeganiu zasady równego traktowania potencjalnych oferentów, jak i obowiązku przejrzystości, a także poszanowaniu swobody świadczenia usług przy udzielaniu zamówień, zgodnie z orzecznictwem Trybunału (ww. w pkt 111 wyroki: w sprawie *Komisja przeciwko Belgii*, pkt 54 i w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 93) oraz że nie wprowadzają wobec tego nowych obowiązków.
- c) W przedmiocie pkt 2.2.2 komunikatu
- 126 Punkt 2.2.2 komunikatu stanowi, co następuje:
- „Ograniczenie liczby wnioskodawców [kandydatów] zaproszonych do składania ofert
- Podmioty zamawiające mogą podjąć środki w celu ograniczenia liczby wnioskodawców [kandydatów] do właściwego poziomu, pod warunkiem, że dokonują tego w sposób przej-

rzysty i niedyskryminacyjny. Przykładowo mogą wykorzystać obiektywne czynniki, takie jak doświadczenie wnioskodawców [kandydatów] w danym sektorze, rozmiar i infrastruktura przedsiębiorstwa, techniczne i zawodowe zdolności lub inne czynniki. Mogą nawet odwołać się do losowania jako jedynego mechanizmu selekcji lub w połączeniu z innymi kryteriami. W każdym przypadku liczba wnioskodawców [kandydatów], którzy zostali dopuszczeni do ostatniego etapu selekcji powinna uwzględniać potrzebę zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.

Podmioty zamawiające mogą również rozważać zastosowanie systemów kwalifikacyjnych, w przypadku których wykaz zakwalifikowanych podmiotów gospodarczych jest sporządzany w drodze wystarczająco upublicznionej, przejrzystej i otwartej procedury. Na późniejszym etapie, w celu udzielenia konkretnych zamówień objętych zakresem tego systemu, podmiot zamawiający może w sposób niedyskryminujący wybrać podmioty gospodarcze, które zostaną zaproszone do złożenia oferty, z wykazu zakwalifikowanych podmiotów gospodarczych (np.: poprzez wybór w kolejności z listy).

127 Punkt 2.2.2 komunikatu dotyczy ograniczenia liczby kandydatów zaproszonych do składania ofert do odpowiedniego poziomu oraz podaje instytucjom zamawiającym przykładowe rozwiązania polegające na skorzystaniu z określonych sposobów i możliwości, pod warunkiem, że uczynią to w sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny, w celu zapewnienia wystarczającej konkurencji. Omawiany punkt komunikatu wymaga w szczególności stosowania obiektywnych kryteriów i wystarczająco przejrzystego i otwartego postępowania, które zostało odpowiednio ogłoszone.

128 W tym względzie należy stwierdzić, że wskazane wymogi są całkowicie zgodne z zasadami traktatu WE oraz orzecznictwem Trybunału. Wynikają one w szczególności z orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego musi być zgodne na wszystkich jego etapach, a w szczególności na etapie wyboru kandydatów w ramach postępowania ograniczonego, zarówno z zasadą równego traktowania potencjalnych oferentów, jak i z zasadą przejrzystości, aby wszyscy mieli takie same szanse przy sporządzaniu swoich wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu lub ofert (zob. podobnie, odnośnie do etapu porównania ofert, ww. w pkt 111 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 54 i w sprawie Universale-Bau i in., pkt 93).

d) W przedmiocie pkt 2.2.3 komunikatu

129 Punkt 2.2.3 komunikatu brzmi następująco:

„Decyzja o udzieleniu zamówienia

Ważnym jest aby ostateczna decyzja o udzieleniu zamówienia była zgodna z zasadami proceduralnymi ustanowionymi na samym początku oraz aby w pełni przestrzegano zasad niedyskryminacji i równego traktowania. Ma to szczególne znaczenie w przypadku procedur, w których przewidziano negocjacje z oferentami dopuszczonymi do ostatniego etapu selekcji. Wymienione negocjacje powinny być zorganizowane w sposób dający wszystkim oferentom dostęp do tych samych informacji i wykluczający nieuzasadnione uprzywilejowanie konkretnego oferenta”.

130 Punkt 2.2.3 komunikatu stanowi, że ostateczna decyzja o udzieleniu zamówienia musi zostać podjęta z poszanowaniem zasad niedyskryminacji i równego traktowania. Cel ten, podobnie jak i treść, nie wykraczają poza zasady, które leżą u podstaw omawianego punktu.

131 Z powyższego wynika, że katalog środków zamieszczony w pkt 2.2 komunikatu, dotyczącego udzielenia zamówienia, ma na celu zapewnienie, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, poszanowania zasady równego traktowania potencjalnych oferentów, obowiązku przejrzystości oraz zasad swobody świadczenia usług (ww. w pkt 111 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 54 i w sprawie Universale-Bau i in., pkt 93) oraz wolnej

konkurencji (ww. w pkt 116 wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 49), a zatem nie stwarza nowych obowiązków, które mogą zostać zaskarżone w trybie skargi o stwierdzenie nieważności.

C – 3. *W przedmiocie trzeciego zarzutu, dotyczącego wyjątków od uprzedniego ogłoszenia (pkt 2.1.4 komunikatu)*

1. a) Argumenty stron

- 132 Republika Federalna Niemiec utrzymuje, że Komisja ustanowiła w pkt 2.1.4 komunikatu nowe obowiązki prawne poprzez przeniesienie systemu wyjątków, określonego w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych dla zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, na zamówienia o wartości poniżej progów zastosowania, chociaż stosowanie wyjątków określonych w dyrektywie wymaga przekroczenia wspomnianych progów.
- 133 Ponadto Republika Federalna Niemiec kwestionuje argument Komisji, iż obejmując wyjątkami od obowiązku odpowiedniego ogłoszenia określonymi w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych zamówienia publiczne nieobjęte zakresem zastosowania tych dyrektyw, przeprowadziła ona jedynie dopuszczalną analogię, która uzasadnia taką wykładnię podstawowych zasad traktatu WE. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, aby powyższa analogia była dopuszczalna, musiałaby istnieć bowiem luka w przepisach, a tak nie jest w niniejszym przypadku, ponieważ poprzez przyjęcie progów ustawodawca wyraźnie podjął decyzję, aby omawiane wymogi ogłaszania nie były stosowane do określonych zamówień.
- 134 Republika Federalna Niemiec wyjaśniła na rozprawie, że jej zdaniem wyjątki określone w pkt 2.1.4 komunikatu mają charakter wyłączny i że w związku z tym inne wyjątki nie są możliwe. Komunikat zawiera zatem jej zdaniem bardzo ścisłą koncepcję o wyłącznym charakterze, dotyczącą możliwych wyjątków, sprzeczną w tym punkcie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w przedmiocie swobód podstawowych, jako możliwe uzasadnienie odmiennego traktowania obiektywnymi okolicznościami. W związku z pkt 2.1.1 komunikatu, ustanawia on tym samym bezwarunkowy obowiązek uprzedniego ogłoszenia i wyłącza jakiegokolwiek inne formy zachowania przejrzystości.
- 135 Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, brzmienie pkt 2.1.4 komunikatu, w szczególności zaś jego pierwszego zdania, ustanawia jasny związek z wyjątkami wynikającymi z dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, ograniczając w ten sposób odstępstwa od obowiązku uprzedniego ogłoszenia do tych właśnie wyjątków. Zatem inne odstępstwa wynikające z prawa pierwotnego zostały przez komunikat wykluczone. Taka koncepcja wyjątków o charakterze wyłącznym jest spreczna z ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawach połączonych SECAP, który stanowi, że uwzględnione mogą zostać również inne wyjątki.
- 136 W stosunku do wyjątków od zasady uprzedniego ogłoszenia, określonych w pkt 2.1.4 komunikatu, Parlament podnosi, że Komisja rozciąga wyjątki przewidziane w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych w odniesieniu do procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia na zamówienia, których wartość jest niższa niż progi zastosowania tych dyrektyw. Na tym przykładzie szczególnie jasno widać, że Komisja ustanowiła w swoim komunikacie autonomiczne reguły udzielania zamówień, nie biorąc pod uwagę faktu, że przesłanki, których zaistnienie jest wymagane zanim dokona się takiej analogii, tj. niezamierzona przez prawodawcę luka poza obszarem zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, nie zostały w niniejszym przypadku spełnione.
- 137 Komisja utrzymuje, że proponowana w komunikacie analogia, polegająca na rozciągnięciu wyjątków od obowiązku odpowiedniego ogłoszenia określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych na zamówienia nieobjęte tymi dyrektywami odzwierciedla jedynie wykładnię podstawowych zasad traktatu WE, którą Komisja proponuje, i nie ustala reguły prawnej. Ponadto Komisja jest zdania, że pkt 2.1.4 komunikatu nie ma charakteru



ograniczającego, lecz przeciwnie, wskazuje jedynie najważniejsze wyjątki w niewyczerpujący sposób. Poprzez zajęcie stanowiska w przedmiocie szczególnej kwestii stosowania wyjątków od obowiązku uprzedniego ogłoszenia określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych do zamówień, których dotyczy komunikat, Komisja nie miała zamiaru dać do zrozumienia, że jakiegokolwiek inne odstępstwo od obowiązku uprzedniego ogłoszenia, dające się pogodzić z przytoczonymi wyżej zasadami, nie jest dopuszczalne.

## 2. b) Ocena Sądu

- 138 Zgodnie z tytułem pkt 2.1.4 komunikatu ma zastosowanie do „[p]rocedur bez uprzedniej publikacji ogłoszenia”. Stanowi on, co następuje:

„Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych zawierają konkretne odstępstwa umożliwiające, pod pewnymi warunkami, zastosowanie procedur bez uprzedniej publikacji ogłoszenia. Najważniejsze przypadki dotyczą wystąpienia pilnej konieczności spowodowanej nieprzewidywalnymi wydarzeniami oraz zamówień, które z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych mogą zostać wykonane jedynie przez określony podmiot gospodarczy.

Według Komisji, odpowiednie odstępstwa mogą mieć zastosowanie do udzielania zamówień nieobjętych tymi dyrektywami. Dlatego też podmioty zamawiające mogą udzielać takich zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, pod warunkiem, że spełniają one warunki ustanowione we wskazanych dyrektywach w odniesieniu do jednego z odstępstw”.

- 139 Sąd uważa, po pierwsze, że wbrew temu, co podnosi Republika Federalna Niemiec, pkt 2.1.4 komunikatu wcale nie wyklucza możliwości zaistnienia innych odstępstw od obowiązku uprzedniego ogłoszenia. Jak przypomina się bowiem zresztą w pkt 1.1 i 1.2 komunikatu, państwa członkowskie oraz ich instytucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania postanowień i zasad zawartych w traktacie WE. Zatem w zakresie, w jakim z powyższymi postanowieniami i zasadami wiążą się wyjątki od obowiązku uprzedniego ogłoszenia, państwa członkowskie lub ich instytucje zamawiające udzielające zamówienia, którego dotyczy komunikat, mają pełne prawo powoływać się na takie wyjątki.
- 140 W tym względzie, należy w szczególności zauważyć, że na zasady traktatu WE nie ma wpływu, jeżeli państwo członkowskie lub instytucja zamawiająca mogą powołać się na postanowienie traktatu WE, które w ogólny sposób wyłącza zastosowanie prawa pierwotnego, jak np. art. 86 ust. 2 WE lub art. 296 WE czy też 297 WE, lub jeżeli znajduje zastosowanie uzasadnienie przewidziane wyraźnie w traktacie (zob. np. względy porządku publicznego i zdrowia, wynikające z art. 46 WE i 55 WE, oraz wykonywania władzy publicznej, wynikające z art. 45 WE i 55 WE), lub jeżeli spełnione są przesłanki uzasadnienia uznanego w orzecznictwie (zob. w odniesieniu do nadrzędnego względu interesu ogólnego wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-158/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, niepublikowany w Zbiorze, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo). W związku z tym, w tego rodzaju sytuacjach, obowiązek odpowiedniego ogłoszenia przewidziany w komunikacie, a wynikający z zasad traktatu, nie ma zastosowania do udzielenia zamówienia publicznego.
- 141 Ponadto, należy podkreślić, że pkt 2.1.4 komunikatu ma jedynie w zamierzeniu umożliwienie instytucjom zamawiającym powoływanie się na wyjątki od obowiązku odpowiedniego ogłoszenia, określone w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, z poszanowaniem przesłanek ich podniesienia, określonych w tychże dyrektywach, chociaż wspomniane dyrektywy nie mają zastosowania do zamówień, których dotyczy komunikat. Jak zauważono w opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie C-525/03 Komisja przeciwko Włochom (wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r.), Rec. s. I-9405, I-9407, pkt 46–49, jeżeli warunki odstępstwa zostaną spełnione i procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia jest w ten sposób uzasadniona, wówczas ogłoszenie może nie być wymagane. Zasady wynikające z traktatu WE nie mogą narzucać wymogu ogłoszenia w wypadkach,

gdy dyrektywy wyraźnie dopuszczają odstępstwo, gdyż inaczej odstępstwo to byłoby bezprzedmiotowe (zob. również podobnie opinię rzecznika generalnego C. Stix Hackl w ww. w pkt 36 sprawie Coname, Rec. s. I-7289, pkt 93).

142 Z powyższego wynika, że pkt 2.1.4 komunikatu nie tylko nie stwarza nowych obowiązków ciążących na państwach członkowskich, ale wręcz jest dla nich raczej korzystny, w takim sensie, że pozwala im, w sytuacji, gdy spełnione są przesłanki jego zastosowania, na nieprzestrzeganie obowiązku uprzedniego ogłoszenia.

143 Jeśli chodzi o argument Republiki Federalnej Niemiec oparty na ww. w pkt 42 wyroku w sprawach połączonych SECAP (zob. pkt 135), należy stwierdzić, że argument ten bierze się z błędnego założenia, ponieważ pkt 2.1.4 komunikatu nie wyklucza innych możliwości odstępstwa.

*D – 4. W przedmiocie czwartego zarzutu, dotyczącego postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (pkt 1.3 komunikatu)*

1. a) Argumenty stron

144 Republika Federalna Niemiec, popierana przez interwenientów, podnosi wreszcie, że zapowiedź Komisji zawarta w pkt 1.3 komunikatu, iż będzie ona wszczynać postępowanie w sprawie uchybienia w razie nieprzestrzegania określonej procedury, pokazuje, że akt ten ma w zamierzeniu stwarzać obowiązki ciążące na państwach członkowskich. Potwierdza to postępowanie w sprawie uchybienia nr 2005/4043 przeciwko Republice Federalnej Niemiec, dotyczące udzielenia zamówienia II B, które nie zostało ogłoszone z wyprzedzeniem: powoływano się w nim na komunikat, jakby chodziło tu o uzupełniającą podstawę prawną. Ponadto Komisja prowadziła już postępowania w sprawie uchybienia przeciwko kilku państwom członkowskim, w celu wyegzekwowania stosowania zasad, które potem zostały sformułowane w komunikacie w stosunku do zamówień nieobjętych zakresem zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. W tym względzie Republika Federalna Niemiec przytacza ww. w pkt 39 sprawę Komisja przeciwko Finlandii i ww. w pkt 57 sprawę Komisja przeciwko Irlandii (wyrok z dnia 13 listopada 2007 r.). Zatem wywołanie skutków prawnych przez komunikat wynika z pkt 1.3 i z jego powiązania z postępowaniem w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

145 Ponadto, zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, skutki komunikatu płynące z jego pkt 1.3 nie są jedynie natury informacyjnej, lecz wyznaczają również reguły zachowania i są zatem skutkami prawnymi. Komisja przyznała, że tak jest, gdyż według niej komunikat skutkuje ustaleniem pewnych wytycznych zachowania. Wiążący skutek komunikatu wynika więc z ogłoszonego przez Komisję zamiaru oparcia swoich praktyk w dziedzinie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na komunikacie.

146 Ponadto, w stosunku do pkt 1.3 komunikatu, Parlament utrzymuje, że Komisja, jako autor komunikatu, pełni również funkcję centralnego organu wykonawczego Wspólnoty oraz strażniczki traktatów. Tym samym instytucje zamawiające państw członkowskich powinny zastosować się do treści komunikatu, aby uniknąć skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, z którą Komisja wystąpiłaby na podstawie reguł ustanowionych w swoim własnym komunikacie.

147 Rzeczpospolita Polska dodaje, że należy spodziewać się, iż wytyczne zawarte w komunikacie najprawdopodobniej będą stanowić punkt odniesienia dla audytorów Komisji kontrolujących postępowania o udzielenie zamówień publicznych współfinansowanych z budżetu Unii Europejskiej, w tym środków strukturalnych. W przypadku ewentualnych niezgodności przeprowadzonych procedur z wytycznymi zawartymi w komunikacie audytorzy będą skłonni odmówić zakwalifikowania kosztów do zwrotu z funduszy unijnych. Jest bowiem całkowicie

naturalne, że urzędnicy Komisji i osoby działające na jej zlecenie, wykonując swoje obowiązki będą sięgali do komunikatu, jako wytycznych właściwych praktyk wydanych przez właściwą komórkę Komisji. W ten sposób, wbrew twierdzeniu na wstępie komunikatu, zawarte w nim wytyczne będą stosowane „jak prawo”. Mając zaś na uwadze doniosłość pomocy finansowej z budżetu Unii Europejskiej w Polsce, taka postawa audytorów będzie wystarczającą okolicznością, aby wytyczne były postrzegane jako bezwzględnie obowiązujące.

- 148 Wbrew argumentacji Republiki Federalnej Niemiec, iż pkt 1.3 komunikatu wywołuje skutek prawny, Komisja podnosi, że możliwy wpływ komunikatu na politykę Komisji w dziedzinie uchybień nie stwarza skutków prawnych wobec osób trzecich, lecz rodzi konsekwencje dla samej tylko Komisji. Komisja nie ma bowiem władzy by określać, poprzez stosowaną przez siebie politykę w postępowaniach w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, obowiązków ciążących na państwach członkowskich. Dopiero na etapie Trybunału, w ramach postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, zakres praw i obowiązków państw członkowskich ustala się w sposób prawnie wiążący.

## 2. b) Ocena Sądu

- 149 Ostatni akapit pkt 1.3 komunikatu stanowi:

„W momencie, gdy Komisja zda sobie sprawę z potencjalnego naruszenia podstawowych norm dotyczących udzielania zamówień publicznych nieobjętych dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, dokona ona oceny znaczenia danego zamówienia dla rynku wewnętrznego w zależności od okoliczności każdego indywidualnego przypadku. Postępowanie w sprawie naruszenia przepisów prawa na mocy art. 226 traktatu WE zostanie wszczęte wyłącznie w przypadkach, gdy uzna to za stosowne ze względu na ciężar naruszenia i jego wpływ na rynek wewnętrzny”.

- 150 W tym względzie należy zauważyć, że wszczęcie przez Komisję postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w trybie art. 226 WE przeciwko państwu członkowskiemu jest jak najbardziej możliwe w sytuacji, gdy rzeczone państwo nie będzie przestrzegać obowiązków instytucji zamawiających państw członkowskich płynących, przy udzielaniu zamówień publicznych, z postanowień i zasad figurujących w traktacie WE. W związku z tym sam fakt, że w pkt 1.3 komunikatu wspomina się o możliwości wszczęcia takiego postępowania nie stanowi, wbrew temu, co podnosi Republika Federalna Niemiec, żadnego dowodu na to, że wspomniany komunikat stwarza nowe obowiązki po stronie państw członkowskich przy udzielaniu zamówień publicznych i przez to jest aktem wywołującym wiążące skutki prawne.
- 151 Wprawdzie omawiany punkt komunikatu może zwrócić uwagę państwa członkowskiego na fakt, że rzeczywiście grozi mu wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w razie nieprzestrzegania jego obowiązków wynikających z pierwotnego prawa wspólnotowego, przypominanych w komunikacie, lecz jest to jedynie faktyczna konsekwencja, a nie wiążący skutek prawny (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 11 listopada 1981 r. w sprawie 60/81 IBM przeciwko Komisji, Rec. s. 2639, pkt 19 i z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie C-301/03 Włochy przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I-10217, pkt 30).
- 152 Argumentacja podnoszona przez Republikę Federalną Niemiec jest bezskuteczna tym bardziej, że wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na mocy art. 226 WE nie stanowi aktu o skutku wiążącym lub przymusowym. W ramach takiego postępowania, jego część poprzedzająca wniesienie skargi do Trybunału ma na celu wezwanie państwa członkowskiego do zastosowania się do swoich obowiązków, a Komisja podaje do wiadomości swoje stanowisko w postaci opinii dopiero po wezwaniu państwa członkowskiego do przedstawiania uwag. Etap poprzedzający wniesienie skargi nie zawiera, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, jakie-

gokolwiek aktu Komisji posiadającego moc wiążącą (wyrok w sprawie Trybunału z dnia 1 marca 1966 r. w sprawie 48/65 Lütticke i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 27, 39).

- 153 Ponadto, zgodnie z systemem określonym w art. 226 WE–228 WE, ustalenie praw i obowiązków państw członkowskich oraz osąd ich zachowania mogą być jedynie wynikiem wyroku Trybunału (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 27 maja 1981 r. w sprawach połączonych 142/80 i 143/80 Essevi i Salengo, Rec. s. 1413, pkt 15, 16; z dnia 29 września 1998 r. w sprawie C-191/95 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-5449, pkt 45). Z tego wniosek, że wbrew argumentacji Republiki Federalnej Niemiec, wyłącznie wyrok Trybunału może mieć w tej materii skutek wiążący.
- 154 W związku z tym należy odrzucić argumentację Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów, opartą na wiążącym skutku wynikającym z wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w razie braku poszanowania procedury określonej w komunikacie.
- 155 Słuszności tego wniosku nie umniejsza argument Republiki Federalnej Niemiec wysnuty na podstawie pkt 6 opinii rzecznika generalnego G. Tesauro w ww. w pkt 28 sprawie Francja przeciwko Komisji (wyrok z dnia 16 czerwca 1993 r.) Rec. s. I3292, który opowiadał się za wyraźnym uznaniem wiążących skutków prawnych wywoływanych groźbą wszczęcia postępowania w sprawie uchybienia.
- 156 Otóż, odwrotnie niż ma to miejsce w niniejszym przypadku, Komisja nigdy, w toku całej procedury leżącej u podstaw ww. w pkt 28 wyroku z dnia 16 czerwca 1993 r. w sprawie Francja przeciwko Komisji, nie poddała w wątpliwość wiążącego charakteru spornego aktu. Wychodząc z tego założenia, rzecznik generalny G. Tesauro zinterpretował wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego jako dodatkową wskazówkę służącą temu, by zasugerować Trybunałowi, aby nie stwierdzał z urzędu, iż skarga jest niedopuszczalna, lecz zbadał jej treść [opinia rzecznika generalnego G. Tesauro w ww. w pkt 28 sprawie Francja przeciwko Komisji (wyrok z dnia 16 czerwca 1993 r.), pkt 6]. Ponadto należy zauważyć, że Trybunał w powyższym wyroku nie podążył za tym tokiem rozumowania, które obecnie posłużyło za podstawę argumentu Republiki Federalnej Niemiec.
- 157 W świetle spostrzeżeń poczynionych w pkt 150–153 powyżej, argument Republiki Federalnej Niemiec, Królestwa Niderlandów i Rzeczypospolitej Polskiej, zmierzający do wykazania samoograniczenia się przez Komisję poprzez komunikat, należy również odrzucić jako co najmniej bezskuteczny. Dodatkowo z brzmienia pkt 1.3 komunikatu wynika, że Komisja nie zamierza wszczynać postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w każdym przypadku uchybienia, o którym się dowie, lecz że będzie wszczynać postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, uwzględniając okoliczności każdego przypadku, kierując się przy tym dwoma głównymi kryteriami, wagą naruszenia i skutkami naruszenia dla rynku wewnętrznego.
- 158 Wreszcie, jeśli chodzi o argument Republiki Federalnej Niemiec, iż Komisja odwoływała się do komunikatu jako do aktu prawnego, a nawet prowadziła szereg postępowań w sprawie uchybienia, aby wyegzekwować stosowanie zasad tego komunikatu, należy stwierdzić, że argumentu tego nie można przyjąć.
- 159 Jeśli chodzi o postępowanie w sprawie uchybienia nr 2005/4043, na które powołuje się Republika Federalna Niemiec, należy stwierdzić, że Komisja odnosi się rzeczywiście w pkt 7 uzasadnionej opinii do komunikatu. Jednakże wbrew temu, co twierdzi Republika Federalna Niemiec, komunikat nie pojawia się tam jako podstawa prawna, lecz pod koniec wskazanego punktu, jako zwykłe odesłanie w nawiasie. Podstawą sentencji uzasadnionej opinii są art. 43 WE i 49 WE oraz zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.

- 160 To samo odnosi się również do dwóch spraw, na które się Republika Federalna Niemiec powołuje, tj. ww. w pkt 39 sprawy Komisja przeciwko Finlandii i ww. w pkt 57 sprawy Komisja przeciwko Irlandii (wyrok z dnia 13 listopada 2007 r.). W tym względzie należy zauważyć, że w ww. w pkt 39 sprawie Komisja przeciwko Finlandii Trybunał stwierdził niedopuszczalność skargi Komisji, ponieważ przyjmując za podstawę skargi określone podstawowe zasady traktatu WE, a w szczególności zasadę niedyskryminacji, oznaczającą obowiązek przejrzystości, Komisja nie dostarczyła Trybunałowi wystarczających elementów, które pozwoliłyby mu na właściwe zrozumienie zakresu zarzucanego pozwanemu państwu członkowskiemu naruszenia prawa wspólnotowego (ww. w pkt 39 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, pkt 32). W odniesieniu do ww. w pkt 57 sprawy Komisja przeciwko Irlandii (wyrok z dnia 13 listopada 2007 r.) stwierdzić należy, że z wyroku w tej sprawie wynika, iż ogłoszenie *ex post* nie może zapewnić odpowiedniego ogłoszenia i że rzeczony wyrok potwierdza istnienie obowiązku uprzedniego ogłoszenia, co przyznała Republika Federalna Niemiec na rozprawie.
- 161 Jeśli chodzi o argument podnoszony przez Rzeczpospolitą Polską, iż komunikat uświadamia państwom członkowskim, że grozi im odmowa wspólnotowego finansowania niektórych z dokonanych wydatków, należy stwierdzić, że chodzi tu znowu o zwykłą konsekwencję faktyczną, a nie wiążący skutek prawny tegoż komunikatu (zob. pkt 151).
- 162 Z ogółu powyższych rozważań wynika, że komunikat nie zawiera nowych reguł udzielania zamówień publicznych wykraczających poza obowiązki płynące z istniejącego prawa wspólnotowego. W tych okolicznościach nie można uznać, że komunikat wywołuje wiążące skutki prawne mogące wpłynąć na sytuację prawną Republiki Federalnej Niemiec ani interwenientów, a skargę należy odrzucić jako niedopuszczalną.

### **3.10. orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-271/08 *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2010:426**

#### **W przedmiocie skargi**

*W przedmiocie stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18 do udzielania zamówień instytucjom i przedsiębiorstwom, o których mowa w art. TV-EUmw/VKA*

- 36 Na wstępie należy zbadać, czy – jak utrzymuje Federalna Republika Niemiec oraz Królestwo Danii i Królestwo Szwecji – udzielanie zamówień instytucjom i przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA, (zwane dalej „spornym udzielaniem zamówień”) nie jest objęte ze względu na ich charakter i przedmiot zakresem stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18. Opowiadając się za odniesieniem do niniejszego kontekstu toku rozumowania Trybunału przedstawionego w wyrokach z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-67/96 Albany, Rec. s. I-5751, i z dnia 21 września 2000 r. w sprawie C-222/98 van der Woude, Rec. s. I-7111, za podstawę swojej argumentacji podają okoliczność, że wspomniane udzielanie stanowi wdrożenie układu zbiorowego wynegocjowanego przez partnerów społecznych, a konkretnie art. 6 TV-EUmw/VKA.
- 37 W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że prawo do rokowań zbiorowych, z którego w niniejszym przypadku skorzystali sygnatariusze TV-EUmw/VKA, jest prawem uznanym zarówno przez przepisy wielu międzynarodowych aktów prawnych, przy których tworzeniu państwa członkowskie współpracowały lub do których przystąpiły – takie jak art. 6 Europejskiej karty społecznej, podpisanej w Turynie w dniu 18 października 1961 r., zmienionej w Strasburgu w dniu 3 maja 1996 r. – jak i przepisy aktów ustanowionych przez same państwa członkowskie na szczeblu wspólnotowym lub w ramach Unii – takie jak pkt 12 Wspólnotowej karty socjalnych praw podstawowych pracowników przyjętej podczas po-

siedzenia Rady Europejskiej w Strasburgu w dniu 9 grudnia 1989 r. i art. 28 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”), której art. 6 TUE przyznaje taką samą moc prawną, jaka jest uznana w odniesieniu do traktatów.

- 38 Ze wspomnianego art. 28 karty w związku z jej art. 52 ust. 6 wynika, że ochrona podstawowego prawa do rokowań zbiorowych musi w całości uwzględniać w szczególności ustawodawstwa i praktyki krajowe.
- 39 Ponadto na mocy art. 152 TFUE Unia uznaje i wspiera rolę partnerów społecznych na swoim poziomie, uwzględniając różnorodność systemów krajowych.
- 40 Po drugie należy zauważyć, że – co jest zgodnym stanowiskiem stron sporu – TV-EUmw/VKA ogólnie realizuje cel społeczny. Dąży bowiem do podwyższenia poziomu emerytur danych pracowników, wspierając zgodnie z BetrAVG rozwój oszczędzania emerytalnego za pomocą częściowego przekształcania wynagrodzeń zainteresowanych pracowników.
- 41 Jednakże podstawowy charakter prawa do rokowań zbiorowych i pojmowany w całości cel społeczny TV-EUmw/VKA nie mogą jako takie automatycznie powodować wyłączenia pracodawców komunalnych spod obowiązku poszanowania wymogów wynikających z dyrektyw 92/50 i 2004/18, które wdrażają swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych.
- 42 Trybunał orzekł już, że klauzule zawarte w układach zbiorowych nie są wyłączone z zakresu stosowania przepisów dotyczących swobodnego przepływu osób (wyrok z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 International Transport Workers’ Federation i Finnish Seamen’s Union, zwany „wyrokiem w sprawie Viking Line”, Zb. Orz. s. I-10779, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 43 Ponadto korzystanie z prawa podstawowego, takiego jak prawo do rokowań zbiorowych, może zostać poddane pewnym ograniczeniom (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Viking Line, pkt 44; wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 Laval un Partneri, Zb. Orz. s. I-11767, pkt 91). W szczególności, o ile wprowadzi prawo do rokowań zbiorowych cieszy się w Niemczech ochroną konstytucyjną przyznaną ogólnie przez art. 9 ust. 3 Grundgesetz prawu tworzenia stowarzyszeń mających na celu utrzymanie i polepszanie warunków pracy i warunków ekonomicznych, niemniej jednak na mocy art. 28 karty prawo to musi być wykonywane zgodnie z prawem Unii.
- 44 Korzystanie z prawa podstawowego do rokowań zbiorowych należy zatem pogodzić z wymogami wynikającymi ze swobód chronionych traktatem FUE, do wdrożenia których w niniejszym przypadku zmierzają dyrektywy 92/50 i 2004/18, i musi ono być zgodne z zasadą proporcjonalności (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Viking Line, pkt 46; w sprawie Laval un Partneri, pkt 94).
- 45 Jest oczywiście prawdą, że w szczególności w ww. wyrokach w sprawie Albany i w sprawie van der Woude Trybunał orzekł, iż pomimo skutków ograniczających konkurencję, które są właściwe dla układu zbiorowego, taki układ zawarty pomiędzy organizacjami reprezentującymi pracodawców i pracowników i wprowadzający w określonym sektorze uzupełniający system emerytalny zarządzany przez fundusze emerytalne, w którym uczestnictwo jest obowiązkowe, nie jest objęte art. 101 ust. 1 TFUE.
- 46 Jednakże takie rozumowanie nie przesądza w niczym odrębnej, właściwej dla niniejszej sprawy kwestii dotyczącej przestrzegania, dla celów wyznaczania instytucji ubezpieczeniowych odpowiedzialnych za wdrażanie rozpatrywanego przekształcania wynagrodzeń, przepisów Unii w zakresie stosowania swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia



usług w dziedzinie zamówień publicznych w kontekście zbiorowych układów pracy dotyczących pracowników sektora publicznego.

- 47 W tym względzie nie można uznać, by z samym korzystaniem ze swobody partnerów społecznych i z prawa do rokowań zbiorowych nierozdzielnie związane było naruszanie dyrektyw, które wdrażają swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Wiking Line*, pkt 52).
- 48 Ponadto okoliczność, iż umowa lub działalność jest wyłączona z zakresu stosowania przepisów traktatu dotyczących konkurencji, nie oznacza automatycznie, że ta umowa lub działalność jest również wyłączona spod obowiązku przestrzegania wymogów wynikających z przepisów tych dyrektyw, ze względu na to, że te odpowiednie przepisy, jedne i drugie, spełniają własne przesłanki stosowania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Viking Line*, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Wreszcie należy zauważyć, że w odróżnieniu od celu, uzgodnionego pomiędzy partnerami społecznymi, podwyższania poziomu emerytur pracowników komunalnej służby publicznej, wyznaczanie instytucji i przedsiębiorstw w układzie zbiorowym, takim jak ten rozpatrywany w niniejszej sprawie, nie dotyczy w istocie prawa do rokowań zbiorowych.
- 50 W świetle powyższych rozważań okoliczność, że sporne udzielanie zamówień wynika ze stosowania układu zbiorowego nie powoduje samo w sobie, by niniejszy przypadek był wyłączony spod zakresu stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18.
- 51 Z tego względu pojawia się kwestia pogodzenia wymogów związanych z realizacją celu społecznego, który starają się osiągnąć strony rokowań zbiorowych, z wymogami wynikającymi z dyrektyw 92/50 i 2004/18.
- 52 Kwestia taka zakłada zbadanie na podstawie danych wynikających z akt sprawy, czy podczas ustalania treści art. 6 TV-EUmw/VKA, którego dotyczy skarga Komisji jako artykułu służącego za podstawę spornemu udzielaniu zamówień, zachowano właściwą równowagę przy uwzględnianiu istniejących, odpowiednich interesów, mianowicie podwyższania poziomu emerytur danych pracowników z jednej strony, i realizacji swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług oraz otwarcia na konkurencję na poziomie Unii z drugiej strony (zob. analogicznie wyrok z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 *Schmidberger*, Rec. s. I-5659, pkt 81, 82).
- 53 W tym względzie, o ile wprawdzie art. 6 TV-EUmw/VKA znajduje się w układzie zbiorowym, który – jak podkreślono w pkt 40 niniejszego wyroku – dąży ogólnie do realizacji celu społecznego, niemniej jednak należy stwierdzić – jak to zrobiła rzecznik generalna w pkt 176 swojej opinii – że wspomniany artykuł sprowadza się do całkowitego wyłączenia przez czas nieokreślony stosowania zasad wynikających z dyrektyw 92/50 i 2004/18 w dziedzinie oszczędności emerytalnych pracowników komunalnych, czemu Republika Federalna Niemiec nie zaprzeczyła.
- 54 To państwo członkowskie jednakże podnosi, w pierwszej kolejności, że art. 6 TV-EUmw/VKA stanowi wspólne rozwiązanie uwzględniające odpowiednie interesy sygnatariuszy tego układu zbiorowego. Podkreśla, że wyznaczenie w nim instytucji i przedsiębiorstw ubezpieczeniowych, którym wyłącznie można powierzyć wdrażanie wprowadzonego w komunalnej służbie publicznej środka przekształcania wynagrodzenia, pozwala na silniejsze włączenie pracowników i korzystniejsze uwzględnienie ich interesów, niż gdyby wybór ubezpieczyciela lub ubezpieczycieli był dokonywany przez każdego komunalnego pracodawcę w ramach postępowania o udzielanie zamówienia.
- 55 Należy jednakże zauważyć, że możliwe jest pogodzenie stosowania procedur udzielania zamówień ze stosowaniem mechanizmów, wynikających w szczególności z niemieckiego prawa socjalnego, gwarantujących uczestnictwo w ramach danego organu lub przedsiębiorstwa komunalnego pracowników lub ich przedstawicieli w podejmowaniu decyzji

dotyczącej wyboru instytucji, której lub którym zostanie powierzone wdrażanie przekształcania wynagrodzenia, czego Republika Federalna Niemiec nie podważyła podczas rozprawy.

- 56 Ponadto stosowanie procedur udzielania zamówień nie może wykluczać, by w przetargu nałożono na zainteresowanych oferentów warunki odzwierciedlające interesy danych pracowników.
- 57 W drugiej kolejności, Republika Federalna Niemiec, popierana w tym względzie przez Królestwo Danii, podnosi, że oferty instytucji i przedsiębiorstw, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA, opierają się na zasadzie solidarności. W toku rozprawy położono akcent na okoliczność, że umowa ubezpieczenia pozwala dzięki uwspólnieniu ryzyka na zrównoważenie „dobrych” i „złych” ryzyk, w szczególności gdy świadczenia z pracowniczych programów emerytalnych są wypłacane w formie dożywotniej renty płatnej do chwili śmierci beneficjenta. Podkreślono także, że wspomniane instytucje i przedsiębiorstwa nie przeprowadzają w żadnej formie selekcji zainteresowanych kandydatów w oparciu o kryteria medyczne.
- 58 W tym względzie należy jednak podkreślić, że zachowanie tych elementów solidarności nie jest z natury nie do pogodzenia ze stosowaniem procedury udzielenia zamówienia. Uwspólnienie ryzyka, na którym opiera się wszelka działalność ubezpieczeniowa, może bowiem być zagwarantowane przez instytucję lub przedsiębiorstwo ubezpieczeniowe wybrane w ramach przetargu na poziomie Unii. Ponadto dyrektywy dotyczące zamówień publicznych w niczym nie sprzeciwiają się temu, by pracodawca komunalny sprecyzował w ogłoszeniu o zamówieniu warunki, których muszą przestrzegać oferenci, w celu zapobieżenia selekcjonowaniu na podstawie względów medycznych pracowników zainteresowanych przekształcaniem wynagrodzenia lub ograniczenia takiego selekcjonowania.
- 59 W trzeciej kolejności, Republika Federalna Niemiec kładzie nacisk na doświadczenie i solidność finansową instytucji i przedsiębiorstw wymienionych w art. 6 V-EUmw/VKA. Dodaje, że wybór, który dotyczył tych instytucji i przedsiębiorstw, może zagwarantować atrakcyjność przekształcania wynagrodzenia dla pracowników komunalnej służby publicznej.
- 60 Jednakże poza okolicznością, że dyrektywy Unii dotyczące zamówień publicznych zawierają przepisy pozwalające instytucjom zamawiającym na upewnienie się co do profesjonalizmu i zdolności finansowej oferentów, nie można zakładać, że tych elementów związanych z doświadczeniem i solidnością finansową brakuje w sposób ogólny instytucjom i przedsiębiorstwom ubezpieczeniowym innym niż wymienionym we wspomnianym art. 6.
- 61 Należy w szczególności podkreślić w tym względzie, że na mocy dyrektywy 2002/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. dotyczącej ubezpieczeń na życie (Dz.U. L 345, s. 1) przedsiębiorstwa prywatne zajmujące się ubezpieczeniem grupowym podlegają skoordynowanym na poziomie Unii zasadom kontroli ostrożnościowej, które w szczególności mają zagwarantować ich solidność finansową.
- 62 Instytucje pracowniczych programów emerytalnych są poddane zasadom o tym samym charakterze na mocy dyrektywy 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami (Dz.U. L 235, s. 10). Zasady te, skoordynowane na poziomie Unii, mają na celu zagwarantowanie wysokiego poziomu bezpieczeństwa dla przyszłych emerytów mających korzystać z ich świadczeń (zob. podobnie wyrok z dnia 14 stycznia 2010 r. w sprawie C-343/08 Komisja przeciwko Republice Czeskiej, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 45).
- 63 Należy także zauważyć, że zgodnie ze wskazaniami przedstawionymi przez Republikę Federalną Niemiec na podstawie art. 6 zdanie trzecie TV-EUmw/VKA zamówienia na umowy ubezpieczenia zostały udzielone przez pracodawców komunalnych instytucjom innym niż

te, o których mowa w tym art. 6 zdania pierwsze i drugie. W żaden sposób nie zostało ustalone ani nawet podniesione w toku niniejszego postępowania, że rozwiązanie to ograniczyło zainteresowanie danych pracowników przekształcaniem wynagrodzenia.

- 64 W czwartej kolejności, wspomniane państwo członkowskie podkreśla, że art. 6 TV-EUmw/VKA umożliwia pracodawcom komunalnym obejście się bez indywidualnego postępowania wyboru instytucji, której lub którym powierza się wdrożenie przekształcania wynagrodzenia na poziomie ich własnego organu lub przedsiębiorstwa. Ponadto koszty zarządzania pobierane przez instytucje lub przedsiębiorstwa, o których mowa w tym art. 6, są niskie.
- 65 Jednakże takie względy nie mogą legitymizować wyłączenia przepisów i procedur, które mają gwarantować w interesie pracodawców komunalnych i ich pracowników dostęp do rozszerzonej oferty usług na poziomie Unii.
- 66 W świetle rozważań przedstawionych w pkt 53–65 niniejszego wyroku należy stwierdzić, że przestrzeganie dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych na usługi nie okazuje się nie do pogodzenia z realizacją celu społecznego, który starają się osiągnąć strony sygnatariusze TV-EUmw/VKA, wykonując swoje prawo do rokowań zbiorowych.
- 67 W rezultacie należy zbadać czy sporne udzielanie zamówień objęte jest zakresem stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18.

*W przedmiocie kwalifikacji rozpatrywanych umów jako umów objętych zamówieniami publicznymi na usługi w rozumieniu dyrektyw 92/50 i 2004/18*

- 68 Na wstępie należy odnotować, że bezsporne jest między stronami niniejszego postępowania, że rozpatrywane umowy dotyczą usług ubezpieczeniowych w rozumieniu kategorii 6 lit. a) załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A do dyrektywy 2004/18.
- 69 Tak samo bezsporne jest między tymiż stronami, że umowy te zostały zawarte na piśmie w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 lub art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18.
- 70 Natomiast Republika Federalna Niemiec, wspierana przez Królestwo Szwecji, podważa, w pierwszej kolejności, że spełnione są w niniejszym przypadku pozostałe przesłanki, od których przepisy te uzależniają zakwalifikowanie jako „zamówień publicznych” w rozumieniu wspomnianych dyrektyw.
- 71 Utrzymuje, że pracodawcy komunalni nie występują w roli instytucji zamawiających, jeśli tylko wdrażają w dziedzinie pracowniczych programów emerytalnych wybór wcześniej dokonany w układzie zbiorowym bez dysponowania autonomią decyzyjną, która mogłaby je prowadzić z ich własnej woli do przyznania preferencji takiemu lub innemu oferentowi.
- 72 Twierdzi ponadto, że rozpatrywane umowy nie są umowami o charakterze odpłatnym. Jej zdaniem istnieje bowiem stosunek wymiany ekonomicznej tylko między instytucją ubezpieczeniową a pracownikiem, który zdecydował się na przekształcanie wynagrodzenia. Pracodawca ogranicza się ze swojej strony do przekazywania tej instytucji na rachunek pracownika składek potrącanych z tytułu tego przekształcania z wynagrodzenia tego pracownika. Umowy te mają na celu wdrożenie środka korzystnego dla pracowników, a nie złożenie zamówienia na rzecz władzy publicznej.
- 73 W tym względzie należy przypomnieć przede wszystkim, że ani art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50, ani art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 nie dokonują rozróżniania między zamówieniami publicznymi udzielanymi przez instytucję zamawiającą w celu wykonania zadania zaspokojenia potrzeb interesu ogólnego i tymi, które nie mają związku z tym zadaniem. Brak takiego rozróżnienia tłumaczy się celem tych dyrektyw, które dążą do wyłączenia ryzyka preferowania oferentów lub kandydatów krajowych podczas udzielania zamówienia przez instytucje zamawiające (zob. analogicznie wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. s. I-73, pkt 32, 33).

- 74 Następnie należy zauważyć, że TV-EUmw/VKA, a zwłaszcza jego art. 6, został wynegocjowany w szczególności przez przedstawicieli pracodawców komunalnych. Pracodawcy ci w rezultacie wywarli wpływ, co najmniej pośrednio, na treść tego artykułu.
- 75 Wreszcie przesłanka dotycząca charakteru odpłatnego rozpatrywanych umów wymaga sprawdzenia, czy umowy te obejmują bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym dla pracodawców komunalnych je zawierających (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C451/08 Helmut Müller, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 48, 49).
- 76 W tym względzie należy odnotować, że w dziedzinie służby komunalnej z art. 6 TV-EUmw/VKA wynika, iż pracodawca obowiązany jest dokonywać wdrożenia przekształcania wynagrodzenia w instytucjach publicznych, o których mowa w art. 6 zdanie pierwsze, lub jeśli tego nie uczyni, przewidzieć sposoby realizacji tego przekształcania oferowane przez przedsiębiorstwa wymienione w art. 6 zdanie drugie.
- 77 Zgodnie z art. 1 ust. 1 BetrAVG pracodawca „odpowiada za spełnienie świadczeń, które zagwarantował, także w przypadku gdy nie zajmuje się wdrażaniem bezpośrednio”.
- 78 Zatem pracodawca komunalny negocjuje warunki umowy ubezpieczenia grupowego z zawodowym ubezpieczycielem poddanym szczególnym ograniczeniom ostrożnościowym gwarantującym solidność finansową. Usługi świadczone przez tego ostatniego umożliwiają pracodawcy przyjęcie obowiązku odpowiadania za właściwą realizację tej formy odroczonego wynagrodzenia wynikającego z przekształcania pensji. Zwalniają one go też z konieczności zarządzania tym środkiem.
- 79 W ramach takiej umowy pracodawca komunalny przekazuje danej instytucji lub przedsiębiorstwu składki potrącone z należnego od niego zainteresowanym wynagrodzenia w zamian za uzyskiwanie usług nierozłącznie związanych z jego obowiązkiem, określonym w art. 1 ust. 1 BetrAVG, odpowiadania za spełnienie świadczeń emerytalnych wobec pracowników, którzy przy uwzględnieniu udzielonej przez niego gwarancji zdecydowali się na przekształcanie wynagrodzenia.
- 80 Okoliczność, że ostateczni beneficjenci świadczeń emerytalnych są pracownikami, którzy uczestniczą we wspomnianym środku, nie jest w stanie podważyć odpłatnego charakteru takiej umowy.
- 81 Republika Federalna Niemiec, popierana w tym względzie przez Królestwo Danii i Królestwo Szwecji, podnosi w drugiej kolejności, że wyjątek przewidziany odpowiednio w art. 1 lit. a) ppkt viii) dyrektywy 92/50 na rzecz zamówień w zakresie zatrudnienia i w art. 16 lit. e) dyrektywy 2004/18 na rzecz umów o pracę obejmuje wszelkie świadczenie usług mające podstawę, jak w niniejszym przypadku, w umowie o tym charakterze lub w układzie zbiorowym, który stanowi część integralną tej umowy, i objęte ze względu na swój przedmiot prawem pracy.
- 82 Jednakże w świetle wskazań przedstawionych w pkt 4 i 12 niniejszego wyroku wyjątek ten, który jako odstępstwo od stosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych na usługi musi być interpretowany w sposób zawężający, nie może obejmować świadczenia usług, które jak w niniejszym przypadku opierają się nie na umowie o pracę, ale na umowie zawartej między pracodawcą a przedsiębiorstwem ubezpieczeniowym i które oprócz tego nie wiążą się ze szczególną troską wyrażoną przez prawodawcę Unii w motywie 28 dyrektywy 2004/18.

*W przedmiocie wartości zamówienia i przekroczenia progów stosowania dyrektyw 92/50 i 2004/18*

- 83 Na wstępie należy odnotować, że Republika Federalna Niemiec nie zanegowała tego, że właściwe są progi 236 000 EUR i 211 000 EUR, przyjęte przez Komisję kolejno dla okresu

odpowiadającego latom 2004 i 2005 i dla okresu odpowiadającego latom 2006 i 2007 w celu określenia w niniejszej sprawie zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy 92/50 lub dyrektywy 2004/18 ze względu na ich wartość.

- 84 Republika Federalna Niemiec podważa natomiast prawidłowość metody obliczania przyjętej przez Komisję w celu określenia krytycznej wielkości pod względem liczby pracowników, poczynwszy od której uważa się w odniesieniu do pracodawców komunalnych, że zawarli umowy ubezpieczenia o wartości równej lub przekraczającej próg właściwy dla celów stosowania dyrektywy 92/50 lub dyrektywy 2004/18.
- 85 W pierwszej kolejności, wspomniane państwo członkowskie twierdzi, że obliczanie wartości zamówienia w rozumieniu tych dyrektyw musi w niniejszym przypadku opierać się wyłącznie na wysokości kosztów zarządzania, których zapłaty domaga się przedsiębiorstwo jako wynagrodzenia za świadczone usługi, a nie na całkowitej wysokości składek odprowadzanych w ramach przekształcania wynagrodzenia, gdyż ta ostatnia kwota nie jest bowiem możliwa do precyzyjnego określenia podczas zawierania umowy ubezpieczenia.
- 86 W tym względzie należy jednak zauważyć, że w odniesieniu do zamówień dotyczących usług ubezpieczeniowych w rozumieniu kategorii 6 lit. a) załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A do dyrektywy 2004/18 zarówno art. 7 ust. 4 tiret pierwsze dyrektywy 92/50, jak i art. 9 ust. 8 lit. a) ppkt i) dyrektywy 2004/18 wymieniają „należną składkę” jako podstawowy element sposobu obliczania szacunkowej wartości danego zamówienia.
- 87 W odniesieniu do usług dotyczących pracowniczych programów emerytalnych „szacunkowa wartość zamówienia” w rozumieniu przepisów, o których mowa w poprzednim punkcie niniejszego wyroku, odpowiada w rezultacie – tak jak słusznie uznała Komisja – szacunkowej wartości składek, w niniejszym przypadku składek potrącanych z wynagrodzenia zainteresowanych pracowników z tytułu przekształcania wynagrodzenia w ramach danego organu lub przedsiębiorstwa komunalnego, i przeznaczonych na finansowanie ostatecznych świadczeń z pracowniczych programów emerytalnych. Wspomniane składki stanowią bowiem w niniejszym przypadku zasadnicze świadczenie wzajemne za usługi świadczone przez instytucję lub przedsiębiorstwo, będące usługodawcami, na rzecz pracodawcy komunalnego w ramach realizacji tych świadczeń ostatecznych.
- 88 W kontekście takim jak ten w niniejszej sprawie, w którym ściśle wskazanie w chwili udzielenia rozpatrywanego zamówienia całkowitej wartości tych składek staje się niemożliwe ze względu na wybór pozostawiony każdemu pracownikowi co do uczestniczenia w przekształcaniu wynagrodzenia, i przy uwzględnieniu czasu trwania takiego zamówienia, który jest długi, a wręcz nieokreślony – co zostało potwierdzone w przemówieniach w toku rozprawy – zarówno art. 7 ust. 5 tiret drugie dyrektywy 92/50, jak i art. 9 ust. 8 lit. b) ppkt ii) dyrektywy 2004/18 wymagają, by podstawą obliczania szacunkowej wartości tego zamówienia była „miesięczna rata pomnożona przez 48”.
- 89 Jak zauważyła rzecznik generalny w pkt 150 swojej opinii, zatem słusznie w niniejszej sprawie Komisja – tak jak powinni byli to uczynić właściwi pracodawcy komunalni – na wstępie oparła swoje obliczenie na oszacowaniu średniej miesięcznej kwoty przekształcania wynagrodzenia na jednego pracownika, pomnożonej przez 48, następnie określiła, uwzględniając wynik tego mnożenia, liczbę pracowników indywidualnie uczestniczących w przekształcaniu wynagrodzenia konieczną do tego by osiągnąć odpowiedni próg stosowania przepisów Unii dotyczących zamówień publicznych, a w końcu na podstawie szacunku odsetka pracowników komunalnej służby publicznej uczestniczących w przekształcaniu wynagrodzenia ustaliła krytyczną wielkość pod względem liczby pracowników, poczynwszy od której pracodawcy komunalni udzielali zamówień, osiągając lub przekraczając wspomniany próg.

- 90 W drugiej kolejności, Republika Federalna Niemiec podnosi, że Komisja niesłusznie nie uwzględniła w swoich obliczeniach okoliczności, podkreślonej na etapie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi, zgodnie z którą pewna liczba pracodawców komunalnych zawarła w celu wdrożenia przekształcania wynagrodzenia na poziomie ich własnego organu lub przedsiębiorstwa kilka umów z odrębnymi instytucjami lub przedsiębiorstwami. Jej zdaniem okoliczność ta powinna była skłonić Komisję do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia na podstawie każdej umowy ubezpieczenia zawartej przez pracodawcę komunalnego.
- 91 Jednakże bez względu na to, jakie względy mogły sprawić, że pracodawcy komunalni zastosowali tę praktykę, i niezależnie od tego, czy sporne umowy stanowią – jak twierdzi Komisja, ale co kwestionuje Republika Federalna Niemiec – umowy ramowe w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18, z samego brzmienia art. 9 ust. 1 tej dyrektywy, który ustanawia ogólną zasadę obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego, wynika, że podstawą tego obliczania jest „całkowita kwota” tego zamówienia, oszacowana przez instytucję zamawiającą.
- 92 W niniejszym przypadku właściwy sposób obliczania powinien w rezultacie opierać się na szacunkowej całkowitej kwocie zamówienia dotyczącego pracowniczego programu emerytalnego na poziomie danego organu lub przedsiębiorstwa wyrażonej w wartości składek związanych z przekształcaniem wynagrodzenia.
- 93 Tak jak podkreśliła Komisja, w odniesieniu do takiego zamówienia, którego przedmiot ze swojej istoty jest jednolity, sposób obliczania, który byłby funkcją – za czym opowiada się Republika Federalna Niemiec – liczby umów ubezpieczenia zawartych przez danego pracodawcę komunalnego, prowadziłby do sztucznego podziału tego zamówienia, umożliwiającego wyłączenie go spod stosowania uregulowań Unii dotyczących zamówień publicznych, podczas gdy jego szacunkowa całkowita wartość byłaby równa właściwemu progowi stosowania tych uregulowań lub wyższa od niego.
- 94 Ponadto taki sposób obliczania naruszałby zasadę pewności prawnej, gdyż w chwili zawierania tych różnych ewentualnych umów ich indywidualna wartość nie może nawet być oszacowana przy uwzględnieniu niemożności przewidzenia, nawet w przybliżeniu, w jakim stosunku późniejszy wybór każdego pracownika chcącego uczestniczyć w przekształcaniu wynagrodzenia padnie na każde z poszczególnych przedsiębiorstw. Taki sposób obliczania oparty na zwykłym podzieleniu arytmetycznym szacunkowej całkowitej wartości zamówienia w zależności od liczby przewidywanych umów ubezpieczenia mógłby prowadzić do wyłączenia całości tych umów spod zakresu stosowania przepisów Unii dotyczących zamówień publicznych, podczas gdy okazałoby się następnie, że wartość niektórych z tych umów osiąga lub przekracza właściwy próg stosowania ze względu na liczbę uczestniczących pracowników i wielkość składek odprowadzanych do danego przedsiębiorstwa.
- 95 W trzeciej kolejności, Republika Federalna Niemiec kwestionowała w toku całego postępowania przed Trybunałem prawidłowość danych liczbowych przyjętych przez Komisję w odniesieniu do wskaźnika uczestnictwa pracowników komunalnych w przekształcaniu wynagrodzenia.
- 96 Należy zauważyć w tym względzie, że na każdym etapie postępowania przed Trybunałem, Komisja starała się oprzeć swoje obliczenia na najbardziej wiarygodnych danych liczbowych przedstawionych przez Republikę Federalną Niemiec w odniesieniu do wskaźnika uczestnictwa pracowników komunalnych w przekształcaniu wynagrodzenia, co skłoniło ją do ograniczenia w ostateczności przedmiotu jej skargi w sposób wskazany w pkt 3 niniejszego wyroku do okresu obejmującego lata 2004–2007.



- 97 W tym względzie należy przede wszystkim podkreślić, że przedmiot niniejszego sporu może również obejmować sporne udzielanie zamówień, które nastąpiło po upływie terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii, czyli po dniu 4 września 2006 r., jako że takie udzielanie wynikało z postępowania o takim samym charakterze jak te, o których mowa we wspomnianej uzasadnionej opinii (zob. podobnie wyroki: z dnia 22 marca 1983 r. w sprawie 42/82 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. 1013, pkt 20; z dnia 4 lutego 1988 r. w sprawie C-113/86 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 607, pkt 11; z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie C-236/05 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Zb.Orz. s. I-10819, pkt 12).
- 98 Natomiast dokonany przez Komisję w ramach jej obliczeń przeprowadzonych w toku niniejszego postępowania wybór dotyczący zastosowania do każdego okresu objętego jej skargą danych liczbowych za rok 2006, podczas którego upłynął wyżej wymieniony termin, pomija okoliczność, że pracodawcy komunalni, którzy udzielili spornych zamówień w roku 2004 lub 2005, mogli ze swojej strony dokonać oceny danego zamówienia tylko na podstawie szacunków za jeden lub drugi z tych dwóch lat. W rezultacie Komisja powinna była uwzględnić w swoich obliczeniach, odpowiednio, za 2004 i 2005 r. dane liczbowe dotyczące danego roku.
- 99 Z wyjaśnień przedstawionych przez Republikę Federalną Niemiec w jej duplice wynika, że te dane liczbowe w odniesieniu kolejno do średniej miesięcznej kwoty przekształcenia wynagrodzenia na jednego pracownika i odsetka uczestnictwa pracowników komunalnych w przekształcaniu wynagrodzenia są następujące:
- za rok 2004: 77,95 EUR i 1,40%, oraz
  - za rok 2005: 89,14 EUR i 1,76%.
- 100 W świetle tych danych i przy uwzględnieniu zastosowanej metody obliczania, tak jak zaważono w pkt 89 niniejszego wyroku w kontekście niniejszej sprawy, należy stwierdzić zarzucane uchybienie zobowiązaniom w zakresie, w jakim umowy ubezpieczenia zostały udzielone bezpośrednio bez przeprowadzenia przetargu na poziomie Unii instytucjom lub przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA:
- w 2004 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 4505 pracowników,
  - w 2005 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 3133 pracowników, oraz
  - w 2006 i 2007 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 2402 pracowników.
- 101 W czwartej kolejności, Republika Federalna Niemiec twierdzi, że miasta Berlin, Brema i Hamburg niesłusznie uznano za członków stowarzyszenia regionalnego VKA i z tego względu objęto zakresem stosowania TV-EUmw/VKA.
- 102 W tym względzie należy odnotować, że w wyniku wyjaśnień przedstawionych przez Republikę Federalną Niemiec w toku niniejszego postępowania, Komisja wyłączyła miasto Berlin ze swojej skargi.
- 103 Natomiast w odniesieniu do miast Bremy i Hamburga państwo to przyznało, że – tak jak wynika ze wskazań przedstawionych przez Komisję w jej replice – oba te miasta były członkami, odpowiednio, Kommunaler Arbeitgeberverband Bremen eV (stowarzyszenia pracodawców komunalnych Bremy) i Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg eV (stowarzyszenia prawa pracy Hamburga), które są członkami VKA.

- 104 Ponadto wspomniane państwo nie poparło żadnymi konkretnymi danymi twierdzenia zawartego w jego duplice, zgodnie z którym pracownicy służby publicznej tych dwóch miast nie są objęci zakresem stosowania TV-EUmw/VKA ze względu na szczególny status członków każdego z dwóch stowarzyszeń regionalnych wspomnianych w poprzednim punkcie niniejszego wyroku.
- 105 W świetle całości powyższych rozważań należy stwierdzić, że w zakresie, w jakim zamówienia na obsługę pracowniczych programów emerytalnych zostały udzielone bezpośrednio bez przeprowadzania przetargu na poziomie Unii instytucjom lub przedsiębiorstwom, o których mowa w art. 6 TV-EUmw/VKA w 2004 r., przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 4505 pracowników, w 2005 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 3133 pracowników oraz w 2006 i 2007 r. przez organy lub przedsiębiorstwa komunalne liczące wtedy ponad 2402 pracowników, Republika Federalna Niemiec dopuściła się uchybienia zobowiązaniom ciążącym na niej do dnia 31 stycznia 2006 r. na mocy przepisów art. 8 w związku z tytułami III–VI dyrektywy 92/50, a od dnia 1 lutego 2006 r. na mocy przepisów art. 20 w związku z art. 23–55 dyrektywy 2004/18.
- 106 W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.

**3.11. orzeczenie z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler przeciwko Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, ECLI:EU:C:2011:130**

**W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 21 Ponieważ pytania prejudycjalne pierwsze i drugie są ze sobą związane, należy rozpatrzyć je łącznie.
- 22 Na wstępie należy wskazać, że umowy dotyczące świadczenia usług pogotowia ratunkowego na rzecz ludności zawierane przez gminny związek Passau są zawierane w formie zwanej „modelem koncesyjnym”. Ten model umowny odróżnia się od modelu zwanego modelem „przetargowym”, który stanowi rodzaj udzielenia zamówienia publicznego na usługi (zob. podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C160/08 Komisja przeciwko Niemcom, Zb. Orz. s. I-3713, pkt 131), w związku z tym, że w ramach modelu koncesyjnego wynagrodzenie wypłacane jest nie przez instytucję zamawiającą, lecz poprzez kwoty pobrane od użytkowników usług za pośrednictwem centralnego biura ds. rozliczeń. Opłaty za korzystanie z usług są uzgadniane pomiędzy instytucją zabezpieczenia społecznego a usługodawcą wybranym przez gminny związek Passau.
- 23 W tym zakresie należy wskazać, że kwestia, czy dane działanie powinno zostać zakwalifikowane jako „koncesja na usługi” czy „zamówienie publiczne na usługi”, musi być oceniana wyłącznie w świetle prawa Unii (zob. w szczególności wyroki: z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb. Orz. s. I-6657, pkt 31; z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 Acoset, Zb. Orz. s. I-9913, pkt 38).
- 24 Z porównania definicji zamówień publicznych na usługi i koncesji na usługi, zawartych, odpowiednio, w art. 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18, wynika, że różnica pomiędzy zamówieniem publicznym na usługi a koncesją na usługi tkwi w wynagrodzeniu za świadczenie usług. Zamówienie na usługi zawiera wynagrodzenie, które – nie będąc wszakże jedynym wynagrodzeniem – jest płacone bezpośrednio przez instytucję zamawiającą usługodawcy (zob. podobnie wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb. Orz. s. I-8585, pkt 39; ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 33, 40), podczas gdy w przypadku koncesji na usługi wynagrodzenie za świad-

czenie usług polega na prawie do gospodarczego wykorzystania usługi bądź jako takim, bądź wraz z ceną (zob. podobnie wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 Eurawasser, Zb. Orz. s. I-8377, pkt 51).

- 25 W przypadku umowy dotyczącej usług okoliczność, że kontrahent nie jest bezpośrednio wynagradzany przez instytucję zamawiającą, lecz ma prawo do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, spełnia wymogi wynagrodzenia, o którym mowa w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18 (zob. ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 57).
- 26 O ile sposób wynagradzania jest w związku z powyższym jednym z elementów decydujących o dokonaniu kwalifikacji danej czynności jako koncesji na usługi, o tyle z orzecznictwa wynika ponadto, że koncesja na usługi oznacza, iż koncesjonariusz przejmuje ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usługi publicznej i że brak przeniesienia na usługodawcę tego ryzyka wskazuje na to, iż omawiana czynność stanowi zamówienie publiczne na usługi, a nie koncesję na usługi (ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 59, 68 oraz przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie zawisłej przed sądem krajowym wynika, że wynagrodzenie usługodawcy świadczącego usługi pogotowia ratunkowego jest zapewniane nie przez instytucję zamawiającą, która zawarła omawianą umowę, lecz poprzez opłaty za korzystanie z usług, których zgodnie z ustawą bawarską usługodawca może żądać albo od instytucji zabezpieczenia społecznego, gdy osoby ubezpieczone w jej ramach korzystały z usług pogotowia ratunkowego, albo od osób ubezpieczonych prywatnie i osób nieubezpieczonych, które skorzystały z tych usług.
- 28 Okoliczność, że wysokość opłat za korzystanie z usług nie jest ustalana jednostronnie przez usługodawcę świadczącego usługi pogotowia ratunkowego – lecz w drodze uzgodnienia z instytucjami zabezpieczenia społecznego, które same mają charakter instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns, Zb.Orz. s. I-4779, pkt 40–59) – oraz że opłaty te są uiszczane nie bezpośrednio przez użytkowników tych usług na rzecz wybranych usługodawców, lecz za pośrednictwem centralnego biura ds. rozliczeń właściwego w zakresie pobierania i wypłaty tych opłat w formie regularnych płatności zaliczkowych, nie ma wpływu na to stwierdzenie. Nie zmienia to bowiem faktu, że wszelkie wynagrodzenia wypłacane na rzecz usługodawcy pochodzą od innych osób niż instytucja zamawiająca, z którą zawarł on umowę.
- 29 W sprawie takiej jak zawisła przed sądem krajowym, dla przyjęcia, że wystąpiła koncesja na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18, należy ponadto zbadać, czy uzgodniony sposób wynagradzania polega na prawie usługodawcy do wykonywania usługi i prowadzi do przejścia przez usługodawcę ryzyka prowadzenia działalności związanej ze świadczeniem usług publicznych. Ryzyko to wprawdzie od początku może być bardzo ograniczone, jednak w celu stwierdzenia istnienia koncesji na usługi niezbędne jest, by instytucja zamawiająca przeniosła na koncesjonariusza całość lub przynajmniej znaczną część ponoszonego przez nią ryzyka (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 77, 80).
- 30 W sprawie zawisłej przed sądem krajowym gminny związek Passau przeniósł na wybranych usługodawców, na okres wielu lat, całość wykonania technicznego, administracyjnego i finansowego usług pogotowia ratunkowego, w zakresie których był właściwy, zgodnie z art. 4 ust. 1 bawarskiej ustawy.
- 31 Wybrani usługodawcy mają więc za zadanie zapewnić, zgodnie z wymogami ustanowionymi w umowie i bawarskiej ustawie, świadczenie usług pogotowia ratunkowego w ramach miejscowej właściwości gminnego związku Passau.

- 32 Przedsiębiorstwo Stadler kwestionuje twierdzenie, jakoby w ten sposób gminny związek Passau również przeniósł ryzyko związane ze świadczeniem omawianych usług na wybranych usługodawców.
- 33 W tym względzie należy przypomnieć, że gdy usługodawca jest wynagradzany wyłącznie przez osoby trzecie, przeniesienie przez instytucję zamawiającą „bardzo ograniczonego” ryzyka prowadzenia działalności wystarcza, by można dojść do wniosku, że ma miejsce koncesja na usługi (zob. ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 77).
- 34 Jak bowiem wiadomo, pewne sektory działalności – w szczególności sektor użyteczności publicznej taki jak będący przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie – są przedmiotem reglamentacji mogącej prowadzić do ograniczenia ponoszonego ryzyka gospodarczego. Należy zwłaszcza umożliwić instytucjom zamawiającym, działającym w dobrej wierze, zapewnienie dostawy usług za pomocą koncesji, jeśli uznają one, że jest to najlepszy sposób zagwarantowania danych usług publicznych, i to również wtedy, gdy ryzyko prowadzenia działalności jest bardzo ograniczone (ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 72, 74).
- 35 W tego rodzaju sektorach instytucje zamawiające nie mają żadnego wpływu na przepisy prawa publicznego mające zastosowanie do organizacji usługi, a zatem na poziom ewentualnie przenoszonego ryzyka, a ponadto nie byłoby rozsądne żądanie od zlecającej administracji publicznej stworzenia warunków konkurencji i ryzyka gospodarczego na wyższym poziomie niż występujące w tym sektorze ze względu na uregulowania mające do niego zastosowanie (ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 75, 76).
- 36 Na wstępie należy wyjaśnić, że dokonywanie kwalifikacji prawnej czynności będących przedmiotem sporu w sprawie przed sądem krajowym nie należy do właściwości Trybunału. Rola Trybunału sprowadza się do dokonania na użytek sądu krajowego wykładni prawa Unii, użytecznej celem wydania orzeczenia, które sąd ten ma obowiązek wydać w sprawie przed nim zawisłej (zob. ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 32). Konkretna kwalifikacja umowy należy do kompetencji sądu krajowego, który powinien zweryfikować, czy ustalone okoliczności faktyczne odpowiadają ogólnym kryteriom ustanowionym przez Trybunał.
- 37 W tym zakresie należy wskazać, że ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usług należy rozumieć jako ryzyko narażenia na niebezpieczeństwa rynku (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 66, 67), które może się przekładać na ryzyko konkurencji ze strony innych wykonawców, ryzyko braku równowagi pomiędzy popytą a popytem na usługi, ryzyko niewypłacalności ze strony dłużników winnych opłat za świadczone usługi, ryzyko braku pełnego pokrycia wydatków przychodami lub ryzyko odpowiedzialności za szkodę powstałą w wyniku uchybienia w świadczeniu usług (zob. podobnie wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse i in., Zb.Orz. s. I-9315, pkt 22; ww. wyrok w sprawie Hans & Christophorus Oymanns, pkt 74).
- 38 Natomiast ryzyko takie jak ryzyko nieprawidłowego zarządzania przedsiębiorstwem lub ryzyko popełnienia przez wykonawcę błędów w ocenie nie jest decydujące dla celów zakwalifikowania umowy jako zamówienia publicznego lub jako koncesji na usługi, bowiem te rodzaje ryzyka są związane z każdą umową, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne, czy też o koncesję na usługi.
- 39 Należy stwierdzić, że w sprawie zawisłej przed sądem krajowym opłaty za korzystanie z usług są ustalane nie jednostronnie przez usługodawcę świadczącego usługi pogotowia ratunkowego, lecz w drodze uzgodnienia z instytucjami zabezpieczenia społecznego, na podstawie prowadzonych co roku negocjacji. Wynik tych negocjacji jest jedynie częściowo

przewidywalny i niosą one dla usługodawcy ryzyko ograniczeń nałożonych na czas trwania umowy. Ograniczenia te mogą wynikać w szczególności z konieczności zawarcia w toku negocjacji lub w postępowaniu arbitrażowym kompromisu w zakresie dotyczącym wysokości opłat za korzystanie z usług.

- 40 Mając na uwadze podkreśloną przez sąd krajowy okoliczność, że instytucje zabezpieczenia społecznego, z którymi wybrany usługodawca ma prowadzić negocjacje, przywiązują wagę – ze względu na ich zobowiązania prawne – do określenia opłat za korzystanie z usług na możliwie najniższym poziomie, wskazany usługodawca naraża się w ten sposób na ryzyko, że opłaty te nie będą wystarczające, by pokryć całość wydatków związanych z prowadzeniem działalności.
- 41 Usługodawca nie może się chronić przed tego rodzaju ewentualnością poprzez rezygnację z prowadzenia dalszej działalności, ponieważ, po pierwsze, poczynione przez niego inwestycje nie zostałyby zamortyzowane, a po drugie, naraziłby się on na konsekwencje prawne swej decyzji o przedwczesnym rozwiązaniu umowy. W każdym razie przedsiębiorstwo specjalizujące się w świadczeniu usług pogotowia ratunkowego ma jedynie ograniczoną elastyczność na rynku transportu.
- 42 Ponadto z bawarskiej ustawy wynika, że nie gwarantuje ona pełnego pokrycia kosztów wykonawcy.
- 43 Jeżeli koszty faktycznie poniesione przekroczą w określonym okresie koszty przewidziane, które były podstawą do obliczenia opłat za korzystanie z usług, wskazany wykonawca może znaleźć się w sytuacji deficytu, której będzie musiał zaradzić poprzez finansowanie z własnych środków. Prawdą jest bowiem, że popyt na usługi pogotowia ratunkowego może podlegać wahaniom.
- 44 Ponadto w przypadku wystąpienia różnicy pomiędzy kosztami faktycznie poniesionymi a kosztami przewidywalnymi uznanymi przez instytucje zabezpieczenia społecznego wynik złożenia rachunków będzie jedynie przedmiotem najbliższych negocjacji, co nie zobowiązuje instytucji zabezpieczenia społecznego do wyrównania ewentualnego deficytu w następnym roku i nie stanowi w związku z tym gwarancji pełnego wyrównania.
- 45 Należy dodać, że jeśli koszty są przewidziane jako budżet, przeniesienie pozytywnego lub negatywnego wyniku przedsiębiorstwa na rok następny nie jest możliwe.
- 46 Ponadto, wybrany usługodawca jest w pewnym stopniu narażony na ryzyko braku zapłaty za korzystanie z usług przez dłużników opłat. Prawdą jest, że przeważająca większość użytkowników omawianych usług jest ubezpieczona w instytucjach zabezpieczenia społecznego, jednak również nie bez znaczenia jest liczba użytkowników, którzy są osobami nieubezpieczonymi lub ubezpieczonymi prywatnie. O ile do zadań centralnego biura ds. rozliczeń należy, technicznie rzecz biorąc, pobranie wierzytelności tej ostatniej z wymienionych kategorii ubezpieczonych, o tyle nie przejmuje ona długów osób nieubezpieczonych lub ubezpieczonych prywatnie ani nie gwarantuje rzeczywistej zapłaty za korzystanie z usług przez te osoby. Z danych przedstawionych Trybunałowi wynika, że centralne biuro ds. rozliczeń nie ma uprawnień organu administracji publicznej.
- 47 Należy wreszcie wskazać, że zgodnie z wyjaśnieniami sądu krajowego bawarska ustawa nie wyklucza, aby większa liczba wykonawców była uprawniona do świadczenia usług na tym samym obszarze. W związku z tym gminny związek Passau zawarł umowy z dwoma usługodawcami.

- 48 Na pytania prejudycjalne należy zatem odpowiedzieć, że wówczas, gdy wynagrodzenie wybranego wykonawcy jest w pełni zapewnione przez osoby inne niż instytucja zamawiająca, z którą zawarł on umowę w przedmiocie świadczenia usług pogotowia ratunkowego, i gdy wykonawca ten jest narażony na ryzyko prowadzenia działalności, nawet jeśli jest ono bardzo ograniczone, w szczególności w związku z tym, że wysokość opłat za korzystanie z omawianych usług zależy od wyników negocjacji prowadzonych co roku z osobami trzecimi i wykonawca nie ma gwarancji pełnego pokrycia kosztów poniesionych w ramach prowadzenia działalności zgodnie z zasadami ustanowionymi przez prawo krajowe, umowę tę należy zakwalifikować jako „koncesję na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18.
- 49 Należy dodać, że nawet jeśli zgodnie z obowiązującym stanem prawnym Unii umowy koncesji na usługi nie są objęte żadną z dyrektyw, w których prawodawca Unii uregulował dziedzinę zamówień publicznych, organy publiczne, które zawierają takie umowy, są mimo to zobowiązane do przestrzegania zarówno podstawowych postanowień traktatu FUE, w szczególności art. 49 TFUE i 56 TFUE, jak i obowiązku przejrzystości, który z nich wynika, jeżeli rozpatrywana umowa stanowi pewny przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, co podlega ocenie sądu krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall, Zb.Orz. s. I-2815, pkt 33, 34 i przytoczone tam orzecznictwo).

### **3.12. orzeczenie 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**

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

##### *Uwagi wstępne*

- 22 Jak podniosły rząd słowacki i Komisja, należy po pierwsze wskazać, że art. 51 dyrektywy 2004/18 znajduje się pośród przepisów zawartych w sekcji 2, dotyczącej kryteriów kwalifikacji podmiotowej kandydatów lub oferentów. Przepisy wskazanego artykułu nie mają zatem wpływu na ocenę, którą ma dokonać Trybunał celem udzielenia odpowiedzi na przedłożone pytania odnoszące się w ramach okoliczności sprawy przed sądem krajowym jedynie do etapu procedury ograniczonego przetargu, gdzie po selekcji kandydatów upoważnionych do przedstawienia oferty do instytucji zamawiającej należy ocena tych ofert. Brak jest zatem konieczności, by Trybunał dokonywał wykładni art. 51 dyrektywy 2004/18.
- 23 Po drugie, okoliczność, że instytucja zamawiająca utworzyła w niniejszej sprawie komisję mającą za zadanie ocenę, w jej imieniu, ofert kandydatów, nie zwalnia owej instytucji z odpowiedzialności w zakresie poszanowania wymogów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych. W związku z tym, o ile sąd krajowy przedstawia pytanie, czy przepis prawa krajowego – przewidujący, że komisja utworzona dla celów oceny ofert jest jedynie uprawniona do żądania na piśmie od uczestników udzielenia wyjaśnienia w przedmiocie oferty – jest zgodny z prawem Unii, pytanie to należy rozumieć jako zadane w sposób ogólny, tak jakby sama instytucja zamawiająca znajdowała się w tej sytuacji.
- 24 W tych okolicznościach pytania przedstawione Trybunałowi należy łącznie rozumieć w ten sposób, że zmierzają do ustalenia, w jakim zakresie instytucje zamawiające mogą lub mają obowiązek zażądać udzielenia wyjaśnień od danego kandydata, gdy w ramach procedury ograniczonego przetargu uznają, że oferta jednego z kandydatów jest rażąco niska, niedokładna lub niezgodna z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, mając na uwadze przepisy art. 2 i 55 dyrektywy 2004/18.
- 25 W zakresie dotyczącym art. 2 dyrektywy 2004/18 należy przypomnieć, że jednym z głównych celów zasad prawa Unii z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego



przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo Unii stosuje w szczególności zasadę równego traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 31, 32 i przytoczone tam orzecznictwo). Co się tyczy obowiązku przejrzystości, ma on zasadniczo na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej (zob. podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P *Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta*, Rec. s. I-3801, pkt 111). W zakresie udzielania zamówień art. 2 dyrektywy 2004/18 wymaga, by instytucje zamawiające dochowały tych samych zasad i obowiązków.

- 26 To w świetle tych rozważań należy odpowiedzieć na pytania przedłożone Trybunałowi, badając po kolei poszczególne sytuacje, w których instytucja zamawiająca uznaje, że oferta jest rażąco niska, lub uznaje, że jest ona niedokładna czy też niezgodna z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji.

*W przedmiocie rażąco niskiej oferty*

- 27 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 55 dyrektywy 2004/18, jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie względem świadczenia, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert „zwraca się na piśmie o podanie szczegółów, dotyczących składowych elementów ofert, które uważa za istotne”.
- 28 Z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, jasno wynika, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (zob. podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 *Lombardini i Mantovani*, Rec. s. I-9233, pkt 46–49).
- 29 W związku z tym zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontradyktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Lombardini i Mantovani*, pkt 57).
- 30 W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że jakkolwiek wyliczenie zawarte w art. 55 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/18 nie jest wyczerpujące, to jednak nie jest ono czysto informacyjne, i w związku z tym nie pozostawia instytucjom zamawiającym swobody przy ustalaniu, jakie są istotne okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, zanim odrzucona zostanie oferta jawiąca się jako rażąco niska (wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-292/07 *Komisja przeciwko Belgii*, pkt 159).
- 31 Po drugie, z wymogu zapewnienia skuteczności art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18 wynika, że instytucja zamawiająca powinna jasno sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.
- 32 Jednakże wyłącznie do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnienia pozwoliło danym kandydatom w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy ich ofert.
- 33 Ponadto art. 55 dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się przepisowi krajowemu, takiemu jak art. 42 ust. 3 ustawy nr 25/2006, który przewiduje zasadniczo, że wówczas gdy kandydat proponuje cenę rażąco niską, instytucja zamawiająca kieruje do niego na piśmie żądanie

udzielenia wyjaśnienia swej propozycji ceny. Wskazany przepis dyrektywy wręcz wymaga istnienia takiego przepisu w ustawodawstwie krajowym dotyczącym zamówień publicznych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 161).

- 34 W związku z tym art. 55 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się w szczególności stanowisku instytucji zamawiającej, wedle którego – jak wskazał sąd krajowy w pytaniu trzecim – nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

*Co się tyczy oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji*

- 35 W tym względzie należy wskazać, że w odróżnieniu od kwestii rażąco niskich ofert dyrektywa 2004/18 nie zawiera żadnego przepisu przewidującego wyraźnie sposób postępowania w przypadku stwierdzenia przez instytucję zamawiającą w ramach procedury ograniczonego przetargu, że oferta kandydata jest niedokładna lub niezgodna z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji.
- 36 Z samej natury procedury ograniczonego przetargu wynika, że gdy zostanie dokonana selekcja kandydatów i złożone zostaną ich oferty, zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy kandydata. Zasada równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacjom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami.
- 37 Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania.
- 38 Ponadto z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci.
- 39 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi zatem na przeszkodzie temu, by w ustawodawstwie krajowym brak było przepisu nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązek żądania od kandydatów w procedurze przetargu ograniczonego udzielenia wyjaśnienia ich oferty w zakresie dotyczącym wymogów technicznych zawartych w specyfikacji, zanim owa oferta zostanie odrzucona ze względu na niedokładność lub brak zgodności ze specyfikacją.
- 40 Jednakże wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis, jaki jest przewidziany w art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiejkolwiek zmiany oferty.
- 41 Przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaś-

nień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.

- 42 Celem udzielenia sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi należy dodać, że żądanie udzielenia wyjaśnienia oferty może mieć miejsce dopiero po zaznajomieniu się przez instytucję zamawiającą z wszystkimi ofertami (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Lombardini i Mantovani, pkt 51, 53).
- 43 Ponadto wskazane żądanie powinno zostać skierowane w sposób jednakowy do wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w tej samej sytuacji, o ile brak jest obiektywnie weryfikowalnej okoliczności mogącej uzasadnić odmienne traktowanie kandydatów w tym względzie, w szczególności, gdy mając na uwadze pozostałe aspekty, ofertę należy w każdym razie odrzucić.
- 44 Jednocześnie wskazane żądanie powinno odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, przy czym instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty ze względu na niejasność jej aspektu, który nie był przedmiotem owego żądania.
- 45 W świetle ogółu powyższych uwag na przedłożone pytania należy odpowiedzieć w następujący sposób:
- artykuł 55 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że wymaga on istnienia w ustawodawstwie krajowym przepisu takiego, jak art. 42 ust. 3 ustawy nr 25/2006, który przewiduje zasadniczo, że wówczas gdy kandydat proponuje cenę rażąco niską, instytucja zamawiająca kieruje do niego na piśmie żądanie udzielenia wyjaśnienia swej propozycji ceny. Do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnienia pozwoliło danemu kandydatowi w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy jego oferty,
  - artykuł 55 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stanowisku instytucji zamawiającej, wedle którego nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
  - artykuł 2 dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się przepisowi prawa krajowego, takiemu jak art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.

### **3.13. orzeczenie z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów, ECLI:EU:C:2012:284**

#### **IV – W przedmiocie skargi**

- 45 Na poparcie swojej skargi Komisja podnosi trzy zarzuty.
- 46 Zarzut pierwszy i trzeci dotyczą używania etykiet EKO i MAX HAVELAAR, po pierwsze, w ramach specyfikacji technicznych spornego zamówienia dotyczącego podlegających dostawie kawy i herbaty i, po drugie, w ramach kryteriów udzielenia zamówienia odnoszących się do podlegających dostawie dodatków. Zarzut pierwszy składa się z dwóch części, dotyczących naruszenia art. 23 ust. 6 dyrektywy 2004/18 w zakresie dotyczącym używania etykiety EKO

oraz naruszenia art. 23 ust. 8 w zakresie dotyczącym używania etykiety MAX HAVELAAR. Zarzut trzeci dotyczy naruszenia art. 53 ust. 1 wskazanej dyrektywy i opiera się na dwóch argumentach, w ramach których Komisja podnosi, że ów przepis sprzeciwia się używaniu etykiet oraz że etykiety te nie były związane z przedmiotem spornego zamówienia.

- 47 Zarzut drugi dotyczy wymogu dotyczącego poszanowania przez oferentów „kryteriów trwałości zakupów i społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw”. Jest on podzielony na trzy części, dotyczące naruszenia art. 44 ust. 2 akapit pierwszy i art. 48 dyrektywy 2004/18, w zakresie, w jakim ów wymóg nie odpowiadał wymogom dopuszczonym na mocy tych przepisów, naruszenia art. 44 ust. 2 akapit drugi owej dyrektywy, w zakresie w jakim ów wymóg nie był związany z przedmiotem zamówienia, oraz naruszenia obowiązku przejrzystości przewidzianego w art. 2 owej dyrektywy, w zakresie w jakim pojęcia „trwałości zakupów” i „społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw” nie były w wystarczający sposób jasne.

#### *A – Uwagi wstępne*

##### *1. W przedmiocie stosowalności dyrektywy 2004/18*

- 48 Należy, po pierwsze, wskazać, że sporne zamówienie polegające na udostępnieniu w ramach wynajmu automatów do napojów i na ich konserwacji, a także na dostawie produktów niezbędnych do ich funkcjonowania, stanowi zamówienie publiczne na dostawę w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/18.
- 49 Po drugie, przedstawiona przez Komisję ocena dotycząca szacowanej wartości zamówienia, a mianowicie 760 000 EUR, nie została zakwestionowana przez Królestwo Niderlandów. Należy zatem stwierdzić, że wskazana dyrektywa ma zastosowanie do owego zamówienia z uwagi na progi określone w art. 7 dyrektywy.
- ##### *2. Co się tyczy zakresu wymogu i życzenia wskazanych w ramach zarzutów pierwszego i trzeciego*
- 50 Strony nie zgadzają się co do zakresu wymogu i życzenia wskazanych, odpowiednio, w pkt 31 i pkt 35 załącznika A specyfikacji. Komisja podkreśla, odnosząc się do tych punktów, że owe wymóg i życzenie polegały na tym, by produkty, o których mowa, były oznaczone etykietą EKO lub MAX HAVELAAR, lub przynajmniej etykietami opartymi na porównywalnych lub identycznych kryteriach, jeśli uwzględnić pkt 11 i 12 noty informacyjnej. Zdaniem Królestwa Niderlandów z sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu i podrozdziału 1.3 specyfikacji wynikało, że instytucja zamawiająca zażądała lub życzyła sobie, by dostarczone zostały produkty biologiczne i pochodzące z uczciwego handlu, natomiast wskazanie owych etykiet lub etykiet im równoważnych miało jedynie charakter wyjaśnienia kryteriów podlegających spełnieniu.
- 51 Należy, po pierwsze, stwierdzić, że brak jest możliwości interpretowania specyfikacji w sposób dokonany przez Królestwo Niderlandów.
- 52 W tym względzie należy przypomnieć, że zakres specyfikacji należy ustalać z punktu widzenia potencjalnych oferentów, mając na uwadze, że celem procedur przetargowych przewidzianych w dyrektywie 2004/18 jest właśnie zagwarantowanie owym oferentom prowadzącym działalność na terenie Unii Europejskiej dostępu do interesujących ich zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux, Zb.Orz. s. I-385, pkt 53). Tymczasem w niniejszej sprawie specyfikacja nie mogła zostać zrozumiana przez potencjalnych oferentów inaczej niż w ten sposób, że w ramach spornego wymogu lub życzenia przewidziano w niej posiadanie rzeczonych etykiet.
- 53 Wskazane wymóg i życzenie zostały wyrażone w załączniku do specyfikacji zawierającej „Profil wymogów”, który na podstawie rozdziału 5.2 sekcji 1 owej specyfikacji oferenci powinni przedstawić zgodnie z tym, jak został on sformułowany. Tymczasem pkt 31 i 35 wskazanego programu odnosiły się w sposób wyraźny i bez zastrzeżeń do etykiet EKO i MAX

HAVELAAR, z wyłączeniem wszelkich rozwiązań alternatywnych, których przedstawienie zostało ponadto zabronione w podrozdziale 3.4 specyfikacji. W tych okolicznościach nie można przyjąć, że mało precyzyjne co do swego zakresu sformułowanie, wedle którego „ważnym aspektem jest dążenie prowincji Noord-Holland do zwiększania stosowania w automatach do kawy produktów biologicznych i pochodzących z uczciwego handlu”, zawarte w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia i w podrozdziale 1.3 specyfikacji, to znaczy poza częściami dokumentów zamówienia poświęconymi wymogom lub życzeniom instytucji zamawiającej, mogło wskazywać, iż sporne wymóg i życzenie dotyczyły w sposób generalny okoliczności, by omawiane produkty pochodziły z upraw biologicznych lub z uczciwego handlu.

- 54 Po drugie, wyjaśnienia dokonane później w pkt 11 i 12 noty informacyjnej, wedle których odesłanie do etykiet EKO i MAX HAVELAAR w ramach owego wymogu i życzenia odnosiło się również do etykiet im równoważnych, a więc opartych na identycznych lub porównywalnych kryteriach udzielania zamówień, nie może zostać wzięte pod uwagę na podstawie art. 39 ust. 2 dyrektywy 2004/18.
- 55 Jak bowiem wskazała rzecznik generalna w pkt 71 opinii, o ile informacje dodatkowe dotyczące specyfikacji oraz dokumenty dodatkowe wskazane w tym przepisie mogą wyjaśnić niektóre punkty lub dostarczyć koniecznych informacji, to jednak nie mogą one zmienić, np. w drodze poprawek, zakresu zasadniczych warunków zamówienia, do których należą specyfikacje techniczne i kryteria udzielenia zamówienia, tak jak zostały one sformułowane w specyfikacji zamówienia, na których zasadnie oparli się zainteresowani wykonawcy celem podjęcia decyzji w przedmiocie przedstawienia oferty lub, przeciwnie, w przedmiocie odmowy udziału w procedurze udzielania danego zamówienia. Wynika to jednocześnie z użycia we wskazanym art. 39 ust. 2 sformułowania „informacje dodatkowe” oraz z krótkiego – sześciodniowego – terminu pomiędzy przedstawieniem tego rodzaju informacji a datą końcową przyjmowania ofert zgodnie z tym przepisem.
- 56 W tym względzie zarówno zasada równego traktowania, jak i wynikający z niej obowiązek przejrzystości wymagają, aby przedmiot każdego zamówienia, a także kryteria jego udzielenia, zostały określone w sposób jasny z chwilą wszczęcia procedury w przedmiocie udzielenia zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 10 grudnia 2009 r. w sprawie C-299/08 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. s. I-11587, pkt 41, 43).
- 57 Należy w związku z tym stwierdzić, że dokumenty zamówienia, które określają jego przedmiot i kryteria jego udzielenia, po pierwsze, nakładały wymóg, aby dostarczana kawa i herbata były oznaczone etykietami EKO i MAX HAVELAAR i po drugie, formułowały życzenie, aby dodatki były oznakowane tymi samymi etykietami.

*B – W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego naruszenia art. 23 ust. 6 i 8 dyrektywy 2004/18 w zakresie specyfikacji technicznych odnoszących się do kawy i herbaty*

- 58 Pierwszy zarzut, który przedstawiła Komisja, dotyczy wymogu wskazanego w pkt 31 załącznika A specyfikacji, wedle którego „prowincja Noord-Holland stosuje w odniesieniu do konsumpcji kawy i herbaty etykiety MAX HAVELAAR i EKO”.

1. W przedmiocie części pierwszej zarzutu pierwszego, dotyczącej naruszenia art. 23 ust. 6 dyrektywy 2004/18 w zakresie użycia etykiety EKO w ramach specyfikacji technicznych odnoszących się do kawy i herbaty podlegających dostawie.

a) Argumentacja stron

- 59 W ramach części pierwszej zarzutu pierwszego Komisja podnosi zasadniczo, że wymóg, wedle którego kawa i herbata podlegające dostawie powinny być oznaczone etykietą EKO lub inną etykietą jej równoważną, to znaczy poświadczającą, że pochodzą one z upraw biologicznych, stanowi opis cech wymaganych dla rozpatrywanych produktów i podlega w związku z tym art. 23 dyrektywy 2004/18 jako specyfikacja techniczna. Tymczasem art. 23

ust. 6, dopuszczający, pod pewnymi warunkami, zastosowanie ekoetykiety, takiej jak etykieta EKO, w ramach formułowania aspektów środowiskowych, nie zezwala jednak na ustanowienie jako wymogu ekoetykiety jako takiej.

- 60 Wedle stanowiska Królestwa Niderlandów ze względu na popularność wśród wykonawców z sektora omawianej działalności etykieta EKO dotyczy w niewątpliwy sposób produktów pochodzących z upraw biologicznych poprzez odniesienie w czasie utworzenia dokumentów zamówienia do rozporządzenia nr 2092/91. W każdym wypadku zainteresowany, dochowujący zwykłej staranności wykonawca bez trudu znalazłby w Internecie opis kryteriów odnoszących się do wskazanej etykiety lub mógłby przedstawić instytucji zamawiającej pytania w tym zakresie. Byłoby zatem nierealne, by uznać, że wskazanie etykiety EKO stwarzało zagrożenie naruszenia zasady równego traktowania ze względu na to, że potencjalny oferent mógł, przy niezrozumieniu owego wskazania, utracić zainteresowanie spornym zamówieniem lub popaść w znaczną zwłokę.

b) Ocena Trybunału

- 61 Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 23 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/18 specyfikacje techniczne mogą być określane w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, przy czym wymagania te mogą obejmować aspekty środowiskowe. Zgodnie z motywem 29 wskazanej dyrektywy metoda produkcji może zostać uznana za tego rodzaju aspekt środowiskowy. Etykieta EKO, oparta na aspektach środowiskowych i spełniająca warunki wskazane w art. 23 ust. 6 dyrektywy 2004/18, stanowi „ekoetyketę” w rozumieniu tego przepisu, co jest również bezsporne między stronami. Ponadto, określając wymóg w zakresie dotyczącym cechy dostarczanej herbaty i kawy w związku z ową etykietą, prowincja Noord-Holland ustanowiła w tym względzie specyfikację techniczną. W związku z powyższym omawianą część zarzutu pierwszego należy zbadać przy zastosowaniu wskazanego przepisu.
- 62 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 ustanawiającej zasady udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Owe zasady mają decydujące znaczenie w odniesieniu do specyfikacji technicznych, z uwagi na ryzyko dyskryminacji związane z ich wyborem lub sposobem ich sformułowania. W związku z tym art. 23 ust. 2 i art. 23 ust. 3 lit. b) oraz ostatnie zdanie motywu 29 dyrektywy 2004/18 podkreślają, że specyfikacje techniczne powinny umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję, muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia, oraz powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić. Interpretacji art. 23 ust. 6 dyrektywy 2004/18 należy dokonać w szczególności w świetle powyższych stwierdzeń.
- 63 Z brzmienia pierwszego akapitu wskazanego przepisu wynika, że w zakresie dotyczącym wymogów odnoszących się do aspektów środowiskowych przepis ten przyznaje instytucjom zamawiającym możliwość powołania się na szczegółowe specyfikacje ekoetykiety, lecz nie na ekoetyketę jako taką. Wymóg precyzji zapisany w art. 23 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/18, do którego odnosi się ust. 6 wskazanego artykułu, wyjaśniony w ostatnim zdaniu motywu 29, sprzeciwia się rozszerzającej wykładni wskazanego przepisu.
- 64 Prawdą jest, że celem ułatwienia weryfikacji poszanowania wskazanego wymogu art. 23 ust. 6 akapit drugi między innymi uprawnia instytucje zamawiające do wskazania, że domniemuje się, iż produkty oznaczone ekoetyketą – której szczegółowe specyfikacje zostały użyte – spełniają dane specyfikacje. Ów przepis nie rozszerza jednak zakresu art. 23 ust. 6 akapitu pierwszego, ponieważ umożliwia zastosowanie ekoetykiety jako takiej jedynie



pomocniczo, jako dowodu, że spełnione zostały „specyfikacje techniczne zdefiniowane w specyfikacji”.

- 65 Zgodnie z art. 23 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające muszą przyjąć wszelkie inne odpowiednie dowody, takie jak dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzany przez uznaną instytucję.
- 66 Należy ponadto przypomnieć, że o ile – jak wskazuje Królestwo Niderlandów – instytucja zamawiająca ma prawo oczekiwać od zainteresowanych wykonawców, że będą oni poinformowani i dochowają należytej staranności, to jednak tego rodzaju uprawnione oczekiwanie zakłada jednak, że instytucja zamawiająca sama sformułowała swe wymagania w sposób jasny (zob. podobnie wyrok z dnia 22 kwietnia 2010 r. w sprawie C423/07 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I3429, pkt 58). A fortiori brak jest możliwości powołania się na owo oczekiwanie celem zwolnienia instytucji zamawiających z obowiązków nałożonych na nich w dyrektywie 2004/18.
- 67 Ponadto obowiązek wyraźnego wskazania przez instytucję zamawiającą szczegółowych aspektów środowiskowych, które zamierza określić, nawet jeśli odwołuje się do cech zdefiniowanych przez ekoetykietę, nie stanowi nadmiernego formalizmu, jest natomiast niezbędny celem umożliwienia potencjalnym oferentom oparcia się na jedynym i oficjalnym dokumencie wydanym przez samą instytucję zamawiającą, a zatem bez poddania ich przypadkowości poszukiwania informacji i możliwym zmianom w czasie kryteriów związanych z ekoetykietą.
- 68 Ponadto należy wskazać, że nie jest zasadny zarzut podniesiony przez Królestwo Niderlandów, wedle którego w związku z tym, że etykieta EKO wskazuje na biologiczne uzyskanie oznaczonych nią produktów, wskazanie cech szczegółowych wymagałoby wyszczególnienia wszystkich przepisów rozporządzenia nr 2092/91, co byłoby o wiele mniej jasne od odesłania do owej etykiety. Dyrektywa 2004/18 zasadniczo nie sprzeciwia się bowiem odesłaniu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji do przepisów ustawodawczych lub administracyjnych dla niektórych specyfikacji technicznych, o ile tego rodzaju odniesienie jest w praktyce nieuniknione, jeśli towarzyszy mu całość ewentualnie wymaganych przez tę dyrektywę wskazówek dodatkowych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 64, 65). W związku z tym, ponieważ wprowadzanie do obrotu w Unii biologicznych produktów rolnych i przedstawianych jako takie powinno być zgodne z właściwym prawem Unii, instytucja zamawiająca może w danym wypadku, nie naruszając pojęcia „specyfikacji technicznej” w rozumieniu pkt 1 lit. b) załącznika VI do dyrektywy 2004/18 ani art. 23 ust. 3 dyrektywy, określić w specyfikacji, że dostarczany produkt powinien być zgodny z rozporządzeniem nr 2092/91 lub jakimkolwiek zastępującym je rozporządzeniem późniejszym.
- 69 Co się tyczy późniejszego sprecyzowania pkt 11 noty informacyjnej, wedle którego odesłanie do etykiety EKO oznaczało również etykietę jej równoważną, należy podkreślić, że poza stwierdzeniami zawartymi w pkt 54–56 niniejszego wyroku tego rodzaju sprecyzowanie w żadnym razie nie mogło skompensować braku określenia szczegółowych specyfikacji technicznych odnoszących się do danej etykiety.
- 70 Z powyższych rozważań wynika, że wymagając w specyfikacji, aby pewne produkty podlegające dostawie były oznaczone określoną ekoetykietą, miast użycia szczegółowych specyfikacji określonych przez ową ekoetykietę, prowincja Noord-Holland ustanowiła specyfikację techniczną niezgodną z art. 23 ust. 6 dyrektywy 2004/18. W związku z tym część pierwsza zarzutu pierwszego jest zasadna.
2. W przedmiocie części drugiej zarzutu pierwszego, dotyczącej naruszenia art. 23 ust. 8 dyrektywy 2004/18 w zakresie użycia etykiety MAX HAVELAAR w ramach specyfikacji technicznych odnoszących się do kawy i herbaty podlegających dostawie

a) Argumentacja stron

- 71 W części drugiej zarzutu pierwszego Komisja podnosi zasadniczo, że wymóg, wedle którego kawa i herbata podlegające dostawie powinny być oznaczone etykietą MAX HAVELAAR lub inną etykietą jej równoważną, która poświadcza, że produkty te pochodzą z uczciwego handlu, stanowi opis cech wymaganych dla omawianych produktów, a zatem jest specyfikacją techniczną podlegającą art. 23 dyrektywy 2004/18. Wymóg ów narusza jednak ust. 8 owego artykułu, który stanowi, że co do zasady specyfikacje techniczne nie mogą zawierać „odniesienia do źródła ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego [...], pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów”, albowiem wskazana etykieta, będąca zarejestrowanym znakiem towarowym, mieści się w ramach każdej z tych kategorii.
- 72 Zasadniczo Królestwo Niderlandów zaprzecza, jakoby kryteria przyznawania etykiety MAX HAVELAAR mogły stanowić wymogi związane z procesem lub metodą produkcji, i podnosi, że chodzi o warunki społeczne mające zastosowanie do nabywania produktów dostarczanych w ramach wykonywania spornego zamówienia, wchodząc w ramy pojęcia „warunków wykonania zamówienia” w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18. Pomocniczo, nawet gdyby przyjąć, że wymóg dotyczący owej etykiety stanowi specyfikację techniczną, państwo to kwestionuje, jakoby zastosowanie miał art. 23 ust. 8 owej dyrektywy.
- b) Ocena Trybunału
- 73 Jak wskazano w pkt 37 niniejszego wyroku, etykieta MAX HAVELAAR służy oznaczeniu produktów pochodzących z uczciwego handlu, zakupionych w organizacjach zrzeszających małych producentów z krajów rozwijających się, po uczciwej cenie i na warunkach korzystnych względem warunków determinowanych przez działanie rynku. Z akt sprawy wynika, że wskazana etykieta opiera się na czterech kryteriach: uiszczona cena powinna pokrywać wszelkie koszty i zawierać dodatek względem ceny na rynku światowym, produkcja powinna być objęta finansowaniem wstępnym i importer powinien utrzymywać długoterminowe stosunki handlowe z producentem.
- 74 Należy stwierdzić, że tego rodzaju kryteria nie odpowiadają definicji pojęcia specyfikacji technicznej zawartej w pkt 1 lit. b) załącznika VI dyrektywy 2004/18 mając na uwadze, że owa definicja nawiązuje wyłącznie do samych cech produktów, ich procesów produkcji, ich opakowania lub sposobu ich użycia, a nie warunków, na jakich dostawca nabył je od producenta.
- 75 Natomiast poszanowanie owych kryteriów wchodzi w zakres pojęcia „warunków wykonania zamówienia” w rozumieniu art. 26 owej dyrektywy.
- 76 Zgodnie bowiem z brzmieniem wskazanego artykułu warunki wykonania zamówienia mogą w szczególności dotyczyć względów społecznych. Wymóg, by herbata i kawa podlegające dostawie pochodziły od małych producentów z państw rozwijających się, z którymi nawiązano korzystne dla nich stosunki handlowe, należy do tego rodzaju względów. W związku z tym zgodność z prawem tego rodzaju warunku należy zbadać na podstawie wskazanego art. 26 dyrektywy.
- 77 Należy jednak stwierdzić, że w ramach procedury poprzedzającej wniesienie skargi, a także w skardze Komisja zakwestionowała omawiane postanowienie specyfikacji wyłącznie na podstawie art. 23 ust. 8 owej dyrektywy, podnosząc dopiero w replice, że przedstawiona w tym względzie argumentacja ma zastosowanie mutatis mutandis do warunku realizacji zamówienia uregulowanego w art. 26 dyrektywy.
- 78 Tymczasem przedmiot skargi wniesionej na podstawie art. 258 TFUE jest ograniczony zakresem postępowania poprzedzającego jej wniesienie przewidzianego w tym artykule. Zatem skarga powinna opierać się na tych samych motywach i zarzutach co uzasadniona opinia, w związku z czym zarzut, który nie został sformułowany w uzasadnionej opinii, jest niedopuszczalny na etapie postępowania przed Trybunałem (zob. podobnie w szczegól-

ności wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawie C-305/03 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Zb.Orz. s. I-1213, pkt 22).

79 W związku z tym część drugą zarzutu pierwszego należy oddalić jako niedopuszczalną.

C – *W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego naruszenia art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18 w zakresie kryteriów udzielania zamówień odnośnie do dodatków podlegających dostawie*

80 Zarzut trzeci ma związek z zarzutem pierwszym, ponieważ Komisja porusza w nim również kwestię odniesienia w dokumentach zamówienia do etykiet EKO i MAX HAVELAAR, ale jako kryterium udzielenia zamówienia w rozumieniu art. 53 dyrektywy 2004/18.

81 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że jak stwierdzono w pkt 51–57 niniejszego wyroku w odniesieniu do dokumentów zamówienia określających kryteria jego udzielenia, prowincja Noord-Holland ustanowiła kryterium udzielenia zamówienia polegające na tym, że dodatki podlegające dostawie miały być oznaczone etykietami EKO lub MAX HAVELAAR.

## 1. Argumentacja stron

82 Komisja podnosi zasadniczo, że tego rodzaju kryterium udzielenia zamówienia w dwojaki sposób narusza art. 53 dyrektywy 2004/18. Z jednej strony nie jest ono związane z przedmiotem zamówienia, ponieważ kryteria leżące u podstaw etykiet EKO i MAX HAVELAAR nie dotyczą samych produktów podlegających dostawie, lecz ogólnej polityki oferentów, w szczególności w przypadku etykiety MAX HAVELAAR. Z drugiej strony wskazane kryterium udzielenia zamówienia jest niezgodne z wymogami w dziedzinie równości dostępu, niedyskryminacji i przejrzystości, skutkując w szczególności postawieniem w niekorzystnej sytuacji potencjalnych oferentów nie pochodzących z Niderlandów lub oferentów którzy nie dysponują etykietami EKO lub MAX HAVELAAR w odniesieniu do swych produktów.

83 Zdaniem Królestwa Niderlandów sporne kryterium udzielenia zamówienia jest przejrzyste, obiektywne i niedyskryminujące. Wskazane etykiety są bowiem dobrze znane wykonawcom z sektora działalności, o której mowa, opierają się na kryteriach pochodzących z regulacji unijnych w dziedzinie produkcji biologicznej produktów rolnych (w zakresie dotyczącym etykiety EKO) lub określanych przez organizację przyznającą etykietę i są potencjalnie dostępne dla wszystkich zainteresowanych wykonawców (w zakresie dotyczącym etykiety MAX HAVELAAR). Ponadto potencjalny oferent dochowujący zwykłej staranności może w każdym wypadku w łatwy sposób pozyskać informacje dotyczące wskazanych kryteriów. Jednocześnie dyrektywa 2004/18 nie nakłada w zakresie dotyczącym kryteriów udzielenia zamówienia tych samych wymogów co w zakresie specyfikacji technicznych, o jakich mowa w art. 23 owej dyrektywy, co jest logiczne, ponieważ nie jest wymagane, by wszyscy oferenci mogli spełniać kryterium udzielenia zamówienia. Wreszcie kryterium udzielenia zamówienia ma związek z przedmiotem zamówienia, które dotyczy w szczególności dostaw produktów biologicznych pochodzących z uczciwego handlu, i jego spełnienie daje informację o jakościowej właściwości oferty umożliwiając dokonanie oceny stosunku jakości do ceny.

## 2. Ocena Trybunału

84 Należy, po pierwsze, wskazać, że zgodnie z art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 w sytuacji takiej, jak w niniejszej sprawie, w której instytucja zamawiająca decyduje o przyznaniu zamówienia oferentowi, który przedstawił ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, powinna ona oprzeć się na różnych kryteriach podlegających określeniu przy poszanowaniu wymogów owej dyrektywy, wskazany przepis zawiera bowiem, jak wynika z użycia słowa „przykładowo”, niewyczerpujące wyliczenie możliwych kryteriów.

- 85 Artykuł 53 dyrektywy 2004/18 jest wyjaśniony w jej motywie 46, którego akapity trzeci i czwarty wskazują, iż kryteria udzielenia zamówienia mogą być zasadniczo nie tylko gospodarcze, lecz również jakościowe. Z tego względu spośród przykładów wymienionych w ust. 1 lit. a) wskazanego artykułu znajdują się w szczególności aspekty środowiskowe. Jak wskazała rzecznik generalna w pkt 103 opinii, akapit czwarty owego motywu wskazuje ponadto, że „instytucja zamawiająca może stosować kryteria mające na celu spełnienie wymagań społecznych w odpowiedzi na określone w specyfikacjach zamówienia, potrzeby grup ludzi znajdujących się w szczególnie niekorzystnej sytuacji, do których należą odbiorcy robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia”. Należy ponadto przyznać, że instytucje zamawiające są również uprawnione do wyboru kryteriów udzielenia zamówienia opartych na względach społecznych, które mogą dotyczyć użytkowników lub beneficjentów robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia, a ponadto także innych osób.
- 86 Po drugie, art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 wymaga, by kryteria udzielania zamówień były związane z przedmiotem zamówienia. W tym względzie motyw 46 dyrektywy wskazuje w akapicie trzecim, że „określenie tych kryteriów uzależnione jest od przedmiotu zamówienia, gdyż muszą one umożliwić ocenę poziomu wykonania przedstawionego w każdej ofercie w świetle przedmiotu zamówienia, zdefiniowanego w specyfikacjach technicznych, oraz na ocenę relacji jakości do ceny każdej z ofert”, przy czym „ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie” jest ta, która „prezentuje najlepszą relację jakości do ceny”.
- 87 Po trzecie, jak wynika z akapitów pierwszego i czwartego wskazanego motywu, poszanowanie zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości wymaga, by kryteria udzielania zamówienia były obiektywne, zapewniając w ten sposób, by również obiektywnie dokonywane było porównanie i ocena ofert, a więc w warunkach efektywnej konkurencji. Sytuacja ta nie ma miejsca wówczas, gdy kryteria przyznają instytucji zamawiającej nieograniczoną swobodę wyboru (zob. w zakresie dotyczącym analogicznych przepisów dyrektyw poprzedzających dyrektywę 2004/18 wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland*, Rec. s. I-7213, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 88 Po czwarte, jak podkreślono w akapicie drugim wskazanego motywu, z tych samych zasad wynika obowiązek zapewnienia przez instytucję zamawiającą we wszystkich stadiach procedury udzielania zamówienia publicznego poszanowania zarówno zasady równego traktowania potencjalnych oferentów, jak również przejrzystości kryteriów udzielania zamówień. Kryteria te powinny być sformułowane w sposób umożliwiający wszystkim odpowiednio poinformowanym i dochowującym należytej staranności oferentom zapoznanie się z ich dokładnym zakresem i zinterpretowanie ich w ten sam sposób (zob. w zakresie dotyczącym analogicznych przepisów dyrektyw poprzedzających dyrektywę 2004/18 w szczególności wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN i Wienstrom*, Rec. s. I-14527, pkt 56–58).
- 89 Celem dokonania oceny zasadności zarzutu dotyczącego braku wystarczającego związku pomiędzy spornym kryterium udzielenia zamówienia a przedmiotem zamówienia należy, po pierwsze, wziąć pod uwagę kryteria, na których opierają się etykiety EKO i MAX HAVE-LAAR. Jak wynika z pkt 34 i 37 niniejszego wyroku, kryteria te opisują produkty biologiczne lub pochodzące z uczciwego handlu. Co się tyczy metody produkcji biologicznej uregulowanej w przepisach Unii, a mianowicie – w czasie właściwym dla niniejszej sprawy – w rozporządzeniu nr 2092/91, motywy drugi i dziewiąty owego rozporządzenia wskazują, że ta metoda produkcji jest korzystna dla ochrony środowiska, w szczególności w związku z tym, że skutkuje istotnymi ograniczeniami w zakresie dotyczącym używania nawozów lub pestycydów. Co się tyczy uczciwego handlu, z wskazanego pkt 37 wynika, że kryteria określone przez fundację, która przyznaje etykietę MAX HAVE-LAAR, mają na celu promowanie małych producentów z państw rozwijających się poprzez utrzymywanie z nimi stosunków

handlowych, w ramach których bierze się pod uwagę rzeczywiste potrzeby owych producentów, a nie tylko reguły rynkowe. Ze wskazań tych wynika, że sporne kryterium udzielenia zamówienia dotyczy aspektów środowiskowych i społecznych wchodzących w zakres art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18.

- 90 Po drugie, należy stwierdzić, że zgodnie z opisem zamówienia zawartym w podrozdziale 1.4 specyfikacji owo zamówienie dotyczyło w szczególności dostawy kawy, herbaty i innych dodatków koniecznych do produkcji napojów dostępnych w automatach. Ze sformułowania spornego kryterium udzielenia zamówienia wynika ponadto, że dotyczyło ono jedynie dodatków dostarczanych w ramach wskazanego zamówienia, bez jakiegokolwiek wpływu na ogólną politykę zakupową oferentów. Owe kryteria dotyczyły produktów, których dostawa stanowiła część przedmiotu wskazanego zamówienia.
- 91 Wreszcie, jak wynika z pkt 110 opinii rzecznik generalnej, nie jest wymagane, by kryterium udzielenia zamówienia dotyczyło immanentnej cechy produktu, a więc elementu zawartego w nim materialnie. W tym kontekście Trybunał orzekł w pkt 34 wyroku w sprawie EVN i Wienstrom, że prawodawstwo Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie sprzeciwia się temu, by w ramach zamówienia na dostawę energii elektrycznej instytucja zamawiająca użyła kryterium udzielenia zamówienia polegającego na tym, że energia elektryczna ma być produkowana z odnawialnych źródeł energii. Zasadniczo nic nie stoi zatem na przeszkodzie, by tego rodzaju kryterium polegało na tym, że produkt powinien pochodzić z uczciwego handlu.
- 92 Należy zatem stwierdzić, że sporne kryterium udzielenia zamówienia ma związek z przedmiotem omawianego zamówienia wymagany w art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18, w związku z czym zarzut sformułowany w tym względzie przez Komisję jest bezzasadny.
- 93 Co się tyczy zarzutu dotyczącego okoliczności, że prowincja Noord-Holland ustanowiła jako kryterium udzielenia zamówienia fakt posiadania określonych etykiet, należy wskazać, że zgodnie z pkt 35 załącznika A specyfikacji instytucja zamawiająca przewidziała, że oznaczenie dodatków podlegających dostawie etykietami EKO lub MAX HAVELAAR prowadzić będzie do przyznania określonej liczby punktów w ramach ustalania kolejności konkurujących ofert dla celów udzielenia zamówienia. Warunek ten należy zbadać w świetle wymogów jasności i obiektywności, których powinny przestrzegać w tym względzie instytucje zamawiające.
- 94 Co się tyczy szczególnego przypadku zastosowania etykiet, prawodawca unijny podał pewne szczegółowe wskazówki dotyczące znaczenia owych wymogów w kontekście specyfikacji technicznych. Jak wynika z pkt 62–65 niniejszego wyroku, po podkreśleniu w art. 23 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/18, że owe specyfikacje powinny być wystarczająco precyzyjne celem umożliwienia oferentom określenia przedmiotu zamówienia i instytucjom zamawiającym jego udzielenia, prawodawca zezwolił w ust. 6 owego artykułu na to, by instytucje zamawiające powołały się na kryteria ekoetykiet celem określenia pewnych cech produktu, jednak nie dla celów uczynienia z ekoetykiety specyfikacji technicznej. Ekoetykieta może być bowiem używana jedynie tytułem domniemania, że oznaczone nią produkty spełniają zdefiniowane w ten sposób cechy, z wyraźnym zastrzeżeniem każdego innego adekwatnego środka dowodowego.
- 95 Wbrew stanowisku Królestwa Niderlandów, brak jest względów, które prowadziłyby do stwierdzenia, że zasady równości, niedyskryminacji i przejrzystości miałyby prowadzić do odmiennych skutków, gdy chodzi o kryteria udzielenia zamówienia, które są również podstawowymi warunkami zamówienia publicznego, ponieważ są one decydujące przy wskazaniu oferty, która zostanie wybrana spośród ofert odpowiadających wymogom wyrażonym przez instytucję zamawiającą w ramach specyfikacji technicznych.



- 96 Co się tyczy późniejszego sprecyzowania pkt 12 noty informacyjnej, wedle której odesłanie do etykiet EKO i MAX HAVELAAR dotyczyło także etykiet im równoważnych, należy podkreślić, że poza tym, co wskazano w pkt 54–56 niniejszego wyroku, tego rodzaju sprecyzowanie w żadnym razie nie może skompensować braku precyzji w przedmiocie kryteriów, na których opierają się omawiane etykiety.
- 97 Z całości powyższych rozważań wynika, iż przewidując w specyfikacji, że oznaczenie niektórych produktów podlegających dostawie określonymi etykietami prowadzić będzie do przyznania określonej liczby punktów w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, lecz nie wyszczególniając przy tym kryteriów, na których opierają się owe etykiety, ani nie dopuszczając, by można było przedstawić każdy adekwatny dowód celem wskazania, że dany produkt spełnia owe kryteria, prowincja Noord-Holland ustanowiła kryterium udzielenia zamówienia niezgodne z art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18. W związku z powyższym zarzut trzeci jest zasadny.

*D – W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego naruszenia art. 2, art. 44 ust. 2 i art. 48 dyrektywy 2004/18 w zakresie wymogu odnoszącego się do poszanowania kryteriów „trwałości zakupów” i „społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw”*

- 98 Zarzut drugi, zawierający trzy części, dotyczy wymogu określonego w podrozdziale 4.4 sekcji 4 pkt 2 specyfikacji, zasadniczo nakładającego na wybranego oferenta obowiązek poszanowania „kryteriów trwałości zakupów i społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw”, w szczególności przyczyniając się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy. W związku z tym zażądano od oferentów wskazania, w jaki sposób spełnią owe kryteria.

#### 1. Argumentacja stron

- 99 W ramach pierwszej części niniejszego zarzutu Komisja podnosi, że wskazany wymóg ustanawia minimalny poziom zdolności technicznych, naruszając art. 44 ust. 2 akapit pierwszy i art. 48 dyrektywy 2004/18, ponieważ nie mieści się on w ramach kryteriów przewidzianych w drugim z wskazanych artykułów, który ustanawia system zamknięty. Królestwo Niderlandów podnosi zasadniczo, że ów wymóg stanowi w rzeczywistości warunek realizacji zamówienia uregulowany w art. 26 wskazanej dyrektywy. Tytułem pomocniczym państwo to podnosi, że wskazany wymóg mieści się w systemie ustanowionym we wskazanym art. 48 poprzez odniesienie do ust. 2 lit. c) owego artykułu, który dotyczy opisu urządzeń technicznych oraz środków zastosowanych przez dostawcę lub usługodawcę w celu zapewnienia jakości oraz zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa. Zdaniem tego państwa poprzez zastosowanie owego wymogu oferenci mogli wykazać, że byli w stanie wykonać zamówienie, spełniając jakościowo wysokie kryteria.
100. Druga część niniejszego zarzutu, dotycząca naruszenia art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, odnosi się do braku przynajmniej wystarczającego związku pomiędzy spornym wymogiem i przedmiotem zamówienia. Pozwane państwo członkowskie kwestionuje ów argument, ponieważ jego zdaniem trwałość zakupów i odpowiedzialność społeczna przedsiębiorstw są związane z zamówieniem obejmującym między innymi dostawę kawy i herbaty pochodzących z upraw biologicznych i uczciwego handlu.
- 101 W ramach trzeciej części niniejszego zarzutu Komisja podnosi naruszenie art. 2 dyrektywy 2004/18, w związku z tym że pojęcia „trwałości zakupów” i „odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw” nie mają wystarczająco jasnego zakresu. Zdaniem Królestwa Niderlandów twierdzenie to jest bezzasadne, w szczególności ze względu na to, że owe sformułowania są zrozumiałe dla każdego odpowiednio poinformowanego przedsiębiorcy, a ponadto są w sposób wyczerpujący udokumentowane w Internecie.



## 2. Ocena Trybunału

a) W przedmiocie kwalifikacji omawianej klauzuli specyfikacji

102 Strony pozostają w sporze w kwestii kwalifikacji spornego wymogu, wedle którego oferenci powinni dochować „trwałości zakupów i odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw”, w szczególności przyczyniając się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy. Komisja podnosi, że ów wymóg dotyczy ogólnej polityki oferentów i odnosi się do ich kwalifikacji technicznych i zawodowych w rozumieniu art. 48 dyrektywy 2004/18. Zdaniem Królestwa Niderlandów wskazany wymóg ma zastosowanie do spornego zamówienia w ten sposób, że chodzi o warunek realizacji zamówienia w rozumieniu art. 26 wskazanej dyrektywy.

103 Nie da się uwzględnić powyższej tezy. Sporna klauzula zawarta jest w czwartej sekcji podrozdziału 4.4 specyfikacji, zatytułowanego „Wymogi predyspozycji/wymogi minimalne”, co odpowiada terminologii zastosowanej w szczególności w tytule art. 44 dyrektywy 2004/18 oraz w jego ustępie drugim, odsyłającym do art. 47 i 48 owej dyrektywy, zatytułowanymi, odpowiednio, „Sytuacja ekonomiczna i finansowa” i „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe”. Ponadto trzy pierwsze sekcje owego podrozdziału dotyczą poziomów minimalnych wymaganych przez instytucję zamawiającą w zakresie obrotów, zabezpieczenia przed ryzykiem zawodowym i doświadczenia oferentów, a więc elementów w sposób wyraźny wymienionych we wskazanych art. 47 i 48. Poza tym „wymogi predyspozycji” zostały zdefiniowane w części wprowadzającej specyfikacji jako wymogi wyrażone w formie wyłączeń lub poziomów minimalnych, które oferenci powinni spełnić, by ich oferta została rozpatrzona, w związku z czym były one oddzielone od oferty we właściwym znaczeniu. Wreszcie sporny wymóg został sformułowany w sposób ogólny, a nie szczegółowo w związku ze spornym zamówieniem.

104 Z powyższych rozważań wynika, że potencjalni oferenci nie mogli zrozumieć owego wymogu inaczej, niż jako odnoszącego się do minimalnego poziomu kwalifikacji zawodowych wymaganego przez instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 44 ust. 2 i art. 48 dyrektywy 2004/18. W związku z tym zgodność z prawem wskazanego wymogu powinna zostać oceniona na podstawie tych przepisów.

b) W przedmiocie zarzucanego Królestwu Niderlandów naruszenia art. 44 ust. 2 i art. 48 dyrektywy 2004/18

105 Jak wynika z art. 48 ust. 1 i ust. 6 dyrektywy 2004/18, artykuł ów wylicza w sposób wyczerpujący elementy, na podstawie których instytucja zamawiająca może dokonać oceny i weryfikacji kwalifikacji technicznych i zawodowych oferentów. Ponadto o ile art. 44 ust. 2 dyrektywy uprawnia instytucję zamawiającą do ustanowienia minimalnych poziomów kwalifikacji, które powinien spełnić oferent, aby jego oferta została rozpatrzona przy udzielaniu zamówienia, to na podstawie art. 44 akapit pierwszy owe poziomy mogą zostać określone jedynie poprzez odniesienie do elementów wyliczonych we wskazanym art. 48 w zakresie kwalifikacji technicznych i zawodowych.

106 Tymczasem, wbrew stanowisku Królestwa Niderlandów, wymóg poszanowania „trwałości zakupów i odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw” nie jest związany z żadnym z owych elementów.

107 W szczególności informacje żądane w ramach owego wymogu, a mianowicie wskazanie „sposobu, w jakim oferent spełnia kryteria trwałości zakupów i odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw oraz przyczynia się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy”, nie może zostać zrównane z „opisem urządzeń technicznych oraz środków zastosowanych

przez dostawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisem zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa” wskazanym w art. 48 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/18. Pojęcie „jakości”, użyte nie tylko w tym przepisie, lecz również w art. 48 ust. 2 lit. b), d) i j), powinno w kontekście wskazanego art. 48 obejmować jakość techniczną świadczeń lub dostaw podobnego typu do świadczeń lub dostaw stanowiących przedmiot rozpatrywanego zamówienia, w związku z czym instytucja zamawiająca jest uprawniona do zażądania od oferentów informacji dotyczących sposobu, w jaki kontrolują i zapewniają jakość swych świadczeń lub dostaw w sposób przewidziany we wskazanych punktach.

- 108 Z powyższych rozważań wynika, że ustanawiając tytułem określonych w specyfikacji wymogów zdolności i minimalnego poziomu kwalifikacji warunek, wedle którego oferenci powinni spełnić kryteria trwałości zakupów i społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw i wskazać, w jaki sposób je spełnią i przyczynią się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekotechnologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy, prowincja Noord-Holland określiła minimalny poziom kwalifikacji technicznych w sposób niezgodny z art. 44 ust. 2 i art. 48 dyrektywy 2004/18. W związku z tym część pierwsza zarzutu drugiego jest zasadna.
- c) W przedmiocie zarzucanego Królestwu Niderlandów naruszenia art. 2 dyrektywy 2004/18
- 109 Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg (zob. w szczególności wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801).
- 110 Tymczasem, jak wskazała rzecznik generalna w pkt 146 opinii, należy stwierdzić, że wymogi dotyczące poszanowania „kryteriów trwałości zakupów i odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw” oraz obowiązku „przyczynienia się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekotechnologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy” nie są wystarczająco jasne, precyzyjne i jednoznaczne, tak by każdy rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność oferent mógł się w pewny i dokładny sposób dowiedzieć, jakie są kryteria objęte tymi wymogami. To samo dotyczy a fortiori żądania, aby oferenci wskazali w ofercie, „w jaki sposób spełniają” wskazane kryteria lub „przyczyniają się” do celów przedstawionych przez instytucję zamawiającą w zakresie dotyczącym rynku kawy i jej produkcji, bez wskazania im dokładnych wskazówek dotyczących żądanych od nich informacji.
- 111 W związku z tym nakładając na oferentów w spornej specyfikacji obowiązki poszanowania „kryteriów trwałości zakupów i odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw”, „przyczynienia się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekotechnologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy” oraz wskazania w ofercie, „w jaki sposób spełniają” owe kryteria lub jak „przyczyniają się” do celów przedstawionych przez instytucję zamawiającą w zakresie dotyczącym rynku kawy i jej produkcji, prowincja Noord-Holland ustanowiła klauzulę niezgodną z obowiązkiem przejrzystości przewidzianym w art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 112 W konsekwencji z całości powyższych rozważań wynika, że w związku z tym, iż w ramach udzielenia zamówienia publicznego na dostawę automatów do kawy i zarządzanie nimi, które to zamówienie zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 16 sierpnia 2008 r., prowincja Noord-Holland:

- ustanowiła specyfikację techniczną niezgodną z art. 23 ust. 6 dyrektywy 2004/18, wymagając, by pewne produkty podlegające dostawie były oznaczone określoną ekoetykietą, miast użycia szczegółowych specyfikacji;
- ustanowiła kryteria udzielenia zamówienia niezgodne z art. 53 ust. 1 lit. a) owej dyrektywy, przewidując, że oznaczenie niektórych produktów podlegających dostawie określonymi etykietami prowadzić będzie do przyznania określonej liczby punktów w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, lecz nie wyszczególniając przy tym kryteriów, na których opierają się owe etykiety, ani nie dopuszczając, by można było przedstawić każdy adekwatny dowód celem wykazania, że dany produkt spełnia owe kryteria;
- określiła minimalny poziom kwalifikacji technicznych w sposób niezgodny z art. 44 ust. 2 i art. 48 wskazanej dyrektywy, ustanawiając tytułem określonych w specyfikacji wymogów zdolności i minimalnego poziomu kwalifikacji warunek, wedle którego oferenci powinni spełnić „kryteria trwałości zakupów i społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw” i wskazać, w jaki sposób je spełnią i „przyczynią się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekotechnologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy”; oraz
- ustanowiła klauzulę niezgodną z obowiązkiem przejrzystości przewidzianym w art. 2 wskazanej dyrektywy, przewidując warunek, wedle którego oferenci powinni dochować „kryteriów trwałości zakupów i odpowiedzialności społecznej przedsiębiorstw” oraz wskazać, w jaki sposób spełniają owe kryteria i jak „przyczyniają się do polepszenia trwałości rynku kawy i ekotechnologicznej, społecznej i ekonomicznej odpowiedzialności w zakresie produkcji kawy”;

Królestwo Niderlandów uchybiło zobowiązaniom ciążącym na nim na mocy wskazanych powyżej przepisów. Z rozważań tych wynika również, że w pozostałym zakresie skargę należy oddalić.

### **3.14. orzeczenie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C- 183/11 *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno i in.*, ECLI:EU:C:2012:758**

#### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

##### *Uwagi wstępne*

- 19 Comune di Cagno i Comune di Solbiate twierdzą, że w okresie po wystąpieniu okoliczności znajdujących się u źródła niniejszych wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zorganizowały one otwarte postępowania przetargowe, w wyniku których sporne zamówienie zostało udzielone ostatecznie spółce ASPEM. Ten późniejszy rozwój wypadków ma znaczenie, jeżeli chodzi o użyteczność udzielania przez Trybunał odpowiedzi na pytanie zadane przez sąd odsyłający.
- 20 Rząd włoski twierdzi, że pytanie prejudycjalne jest niedopuszczalne z powodu niewystarczającego przedstawienia ram prawnych i stanu faktycznego sprawy głównych.
- 21 W tym względzie warto przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach postępowania, o którym mowa w art. 267 TFUE, opartego na wyraźnym rozdziale zadań sądów krajowych i Trybunału, ocena stanu faktycznego sporu w postępowaniu głównym oraz wykładnia i zastosowanie prawa krajowego należą wyłącznie do sądu krajowego. Tak samo jedynie do sądu krajowego, przed którym zawiśł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za przyszły wyrok, należy – przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy – zarówno ocena, czy do wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia

prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, z którymi zwraca się do Trybunału. W konsekwencji, jeśli zadane pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (wyrok z dnia 25 października 2012 r. w sprawie C-553/11 Rintisch, pkt 15 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 22 Odrzucenie przez Trybunał wniosku sądu krajowego o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest więc możliwe tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego i prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu przedstawione (ww. wyrok w sprawie Rintisch, pkt 16 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 23 Tymczasem nie ma to miejsca w niniejszym przypadku. Sąd odsyłający zwraca się bowiem do Trybunału o wyjaśnienie jego orzecznictwa dotyczącego kontroli sprawowanej łącznie przez liczne instytucje zamawiające nad wykonawcą będącym we wspólnym posiadaniu tychże instytucji oraz warunków, w których należy uznać, że w takim wypadku sprawowana jest „analogiczna kontrola”, które to pytanie ma niezaprzeczalnie związek z przedmiotem postępowania głównego. Co więcej, Trybunał uważa, iż informacje dotyczące przepisów i okoliczności faktycznych zawarte w niniejszym wniosku są wystarczające, aby Trybunał był w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi na zadane pytanie.
- 24 W związku z powyższym wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym są dopuszczalne.

*Co do istoty*

- 25 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, jest zwolniona z obowiązku organizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli sprawuje ona nad wykonawcą kontrolę analogiczną do kontroli, jaką sprawuje na swymi własnymi służbami, a jednostka ta wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej ją instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających. (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50). Bezsporne jest, że orzecznictwo to – początkowo przyjęte dla celów wykładni i stosowania dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawę (Dz.U. L 199, s. 1) – ma zastosowanie również do postępowań o udzielenie zamówień publicznych na roboty i usługi.
- 26 Należy również zaznaczyć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału kwestia, czy chodzi o koncesję na usługi lub o zamówienie publiczne na usługi oraz, w tym drugim wypadku, czy wartość zamówienia osiąga próg przewidziany przez przepisy Unii, nie ma znaczenia dla odpowiedzi, jakiej udzielić ma Trybunał na pytanie prejudycjalne, ponieważ wyjątek od stosowania przepisów prawa Unii, w sytuacji gdy warunki sprawowania „analogicznej kontroli” są spełnione, ma zastosowanie we wszystkich tych sytuacjach (zob. podobnie wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea, Zb.Orz. s. I-8127, pkt 31–40).
- 27 Według utrwalonego orzecznictwa „analogiczna kontrola” istnieje, gdy dana jednostka podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wywieranie wpływu na jej decyzje. Chodzi o możliwość przesądzającego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej jednostki (ww. wyroki: w sprawie Parking Brixen, pkt 65; w sprawie Coditel Brabant, pkt 28; w sprawie Sea, pkt 65). Innymi słowy, instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 26). Trybunał wymaga również, aby kontrola była skuteczna (ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 46).

- 28 Zgodnie z orzecnictwem, w przypadku gdy jednostka stanowi własność wielu organów publicznych, „analogiczna kontrola” może być sprawowana łącznie przez te organy bez konieczności sprawowania jej indywidualnie przez każdy z nich (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Coditel Brabant, pkt 47, 50; a także w sprawie Sea, pkt 59).
- 29 Wynika z tego, że jeśli organ publiczny zostanie mniejszościowym współnikiem spółki akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną, kontrola, którą będące współnikami tej spółki organy publiczne sprawują nad nią, może zostać uznana za analogiczną do kontroli wykonywanej nad ich własnymi służbami, gdy sprawują ją łącznie (ww. wyrok w sprawie Sea, pkt 63).
- 30 W tych okolicznościach, chociaż w wypadku gdy liczne organy publiczne korzystają ze wspólnej jednostki w celu wypełniania wspólnych zadań w zakresie usług publicznych, rzeczywiście nie jest nieodzowne, aby każdy z tych organów sam posiadał indywidualne uprawnienia kontrolne w stosunku do tej jednostki, to sprawowana nad tą jednostką kontrola nie może opierać się na samych uprawnieniach kontrolnych organu publicznego posiadającego udział większościowy w kapitale danej jednostki, i to pod rygorem pozbawienia znaczenia samego pojęcia łącznej kontroli.
- 31 Pozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu niezapewniającą jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką pozwalałaby bowiem na obchodzenie przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego zgodnie z przepisami Unii, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu „analogicznej kontroli” nad tą jednostką (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb. Orz. s. I-7287, pkt 24).
- 32 Z powyższego wynika, że w postępowaniach głównych do sądu odsyłającego należy sprawdzić, czy fakt podpisania przez Comune di Cagno i Comune di Solbiate porozumienia akcjonariuszy nadającego im prawo do bycia konsultowanymi, prawo do powoływania jednego członka rady nadzorczej i prawo do wyznaczenia jednego członka zarządu w zgodzie z innymi gminami, których dotyczy to porozumienie, umożliwia tym gminom skuteczne przyczynianie się do kontroli nad spółką ASPeM.
- 33 W świetle powyższych rozważań na zadane pytanie należy odpowiedzieć, że w wypadku gdy liczne organy publiczne jako instytucje zamawiające tworzą wspólnie jednostkę odpowiedzialną za wypełnianie ich zadań w zakresie usług publicznych lub gdy organ publiczny przystępuje do takiej jednostki, ustanowiony w orzecnictwie Trybunału warunek, wedle którego aby organy te były zwolnione ze spoczywającego na nich obowiązku zorganizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami prawa Unii, muszą one łącznie sprawować nad tą jednostką kontrolę analogiczną do kontroli, jaką sprawują nad swymi własnymi służbami, jest spełniony, jeżeli każdy z tych organów uczestniczy zarówno w kapitale rzeczowej jednostki, jak też w jej organach kierowniczych.

**3.15. orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.*, ECLI:EU:C:2012:801**

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)  
z dnia 13 grudnia 2012 r.(\*)

Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) – Dyrektywa 2004/17/WE – Artykuł 53 ust. 3, art. 54 ust. 4 – Zamówienia publiczne – Sektor usług pocztowych – Kryteria wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia – Poważne wykroczenie zawodowe – Ochrona interesu publicznego – Zachowanie uczciwej konkurencji

W sprawie C-465/11

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2011 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 września 2011 r., w postępowaniu:

**Forposta S.A.,**

**ABC Direct Contact sp. z o.o.**

przeciwko

**Poczcie Polskiej S.A.,**

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: K. Lenaerts, pełniący obowiązki prezesa trzeciej izby, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis, J. Malenovský i T. von Danwitz, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: M. Aleksejev, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 26 września 2012 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Forposty S.A. oraz ABC Direct Contact sp. z o.o. przez P. Gruszczyńskiego i A. Starczewską-Galos, radców prawnych,
- w imieniu Poczty Polskiej S.A. przez P. Burzyńskiego i H. Kornackiego, radców prawnych,
- w imieniu rządu polskiego przez M. Szpunara, B. Majczynę, M. Laszuk i E. Gromnicką, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varonego, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez K. Herrmann i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

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

**Wyrok**

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia



31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114) w związku z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1).

- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu toczzonego przez spółki Forposta S.A., dawniej Praxis sp. z o.o., i ABC Direct Contact sp. z o.o. z Poczta Polska S.A. (zwaną dalej „Poczta Polska”) w przedmiocie podjętej przez tę ostatnią spółkę decyzji o wykluczeniu ich z ogłoszonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

## Ramy prawne

### *Prawo Unii*

- 3 Sekcja 2 rozdziału VII dyrektywy 2004/18, poświęcona „[k]ryteriom kwalifikacji podmiotowej”, zawiera art. 45 zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”. W art. 45 ust. 1 wymienione są kryteria obowiązkowego wykluczenia kandydata lub oferenta z postępowania, zaś w ust. 2 wymienione są kryteria mogące prowadzić do wykluczenia. Artykuł 45 ust. 2 brzmi następująco:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

- a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;
- e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy [jest winny bądź poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy, bądź nieprzekazania tych informacji].

Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”.

- 4 Sekcja 1 rozdziału VII dyrektywy 2004/17 nosi tytuł „Systemy kwalifikowania oraz kwalifikacja podmiotowa”. Znajdujący się w tej sekcji art. 53, zatytułowany „Systemy kwalifikowania”, stanowi, co następuje:

„1. Podmioty zamawiające mogą, według swojego uznania, ustanowić i stosować systemy kwalifikowania wykonawców.

Podmioty zamawiające, które utworzą i stosują taki system, zapewniają, aby wykonawcy mogli w dowolnym momencie wnioskować o ujęcie ich w tym systemie.

[...]

3 Kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 2, mogą obejmować kryteria wykluczania wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE na zasadach i w okolicznościach tam określonych.

Jeżeli podmiotem zamawiającym jest instytucja zamawiająca w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a), te kryteria i zasady będą obejmować kryteria wykluczania wymienione w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE.

[...]”.

5 Artykuł 54 dyrektywy 2004/17, również znajdujący się w sekcji 1, zatytułowany „Kryteria kwalifikacji podmiotowej”, zawiera w ust. 1 i 4 następujące przepisy:

„1. Podmioty zamawiające, które ustanawiają kryteria kwalifikacji w procedurze otwartej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami dostępnymi dla zainteresowanych wykonawców.

[...]

4. Kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 1 i 2, mogą obejmować kryteria wykluczania wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE na zasadach tam określonych.

Jeżeli podmiotem zamawiającym jest instytucja zamawiająca w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a), kryteria i zasady, o których mowa w ust. 1 i 2 niniejszego artykułu, powinny obejmować kryteria wyłączeń wymienione w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE”.

*Prawo polskie*

6 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759) określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w tym zakresie. Ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2011 r., nr 87, poz. 484), która weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r., w ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 24 w ust. 1 dodano pkt 1a). Zmieniony w ten sposób przepis brzmi następująco:

„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

[...]

1a) wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy;

[...]”.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

7 Poczta Polska jest spółką Skarbu Państwa, działającą w sektorze usług pocztowych i stanowi instytucję zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/17. Wszczęła ona, w procedurze otwartej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „doręczanie paczek

pocztowych, krajowych i zagranicznych, paczek pocztowych plus, przesyłek pobraniowych, paczek pocztowych przyjmowanych na warunkach szczególnych". Zgodnie z ustaleniami zawartymi we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wartość tego zamówienia przekracza próg, od którego mają zastosowanie przepisy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych.

- 8 Instytucja zamawiająca uznała oferty spółek Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. za najkorzystniejsze dla określonych części zamówienia i zaprosiła je do podpisania umowy. Wybór ten nie został zakwestionowany przez żadnego z uczestników postępowania. Jednakże w dniu 21 lipca 2011 r., na który wyznaczono termin podpisania umowy, Poczta Polska unieważniła udzielenie zamówienia ze względu na to, że podmioty, które przedstawiły wybrane oferty, musiały zostać obowiązkowo wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 9 Obie zainteresowane spółki wniosły odwołania od powyższej decyzji do Krajowej Izby Odwoławczej, podnosząc niezgodność przytoczonego przepisu krajowego z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. W ich opinii, przesłanki określone we wskazanym przepisie krajowym ujęte są znacznie szerzej niż przesłanka określona w prawie Unii, zgodnie z którą podstawę wykluczenia stanowi wyłącznie „poważne wykroczenie zawodowe”, a w okolicznościach rozpatrywanych w postępowaniu głównym takie poważne wykroczenie nie zostało popełnione.
- 10 Sąd odsyłający podnosi, że przyjmując art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca krajowy wskazał, iż opierał się na przepisach art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Sąd odsyłający wyraża wątpliwości co do zgodności wskazanego przepisu krajowego ze stanowiącym jego podstawę przepisem prawa Unii i uzasadnia te wątpliwości wymienionymi poniżej względami.
- 11 W pierwszej kolejności podstawą wykluczenia zawartą we wskazanym przepisie dyrektywy 2004/18 jest poważne wykroczenie zawodowe, pojęcie, które zdaniem sądu odsyłającego w języku prawniczym wskazuje raczej na złamanie zasad etyki, godności bądź sumienności zawodowej. Osoba winna tego rodzaju naruszenia ponosi odpowiedzialność zawodową, w szczególności w drodze postępowania dyscyplinarnego wszczynanego przez właściwe organizacje zawodowe. Tym samym w przedmiocie poważnego wykroczenia zawodowego orzekają takie organizacje zawodowe lub sądy, a nie instytucje zamawiające, jak przewiduje to sporny przepis krajowy.
- 12 W drugiej kolejności pojęcie okoliczności, za które wykonawca „ponosi odpowiedzialność”, zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych, jest w ocenie sądu odsyłającego znacznie szersze niż pojęcie poważnego wykroczenia zawodowego, którego „winny jest wykonawca”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18, a zatem nie powinno mieć zastosowania w przepisach o charakterze sankcyjnym.
- 13 W trzeciej kolejności, jako że rozpatrywany przepis dyrektywy 2004/18 wymaga, by wykroczenie było „poważne”, można mieć wątpliwości, czy niezrealizowanie 5% wartości umowy można już uznać za takie poważne wykroczenie. Sąd odsyłający podkreśla w tym względzie, że jeśli określone w spornym w postępowaniu głównym przepisie krajowym przesłanki są spełnione, instytucja zamawiająca ma obowiązek wykluczyć danego wykonawcę i nie ma przy tym żadnej możliwości wzięcia pod uwagę jego indywidualnej sytuacji, co może prowadzić do naruszenia zasady proporcjonalności.
- 14 Sąd odsyłający podnosi na koniec, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału (wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, Zb.Orz. s. I-9999; z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, Zb.Orz. s. I-12169) dyrektywa 2004/18 nie zabrania państwom członkowskim wprowadzenia innych podstaw wykluczenia niż podstawy określone w art. 45 ust. 2 dyrektywy, które nie są oparte na obiektywnych wzglę-

dach dotyczących cech zawodowych przedsiębiorców, o ile środki te są proporcjonalne do zamierzonego celu. Jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału (wyroki: z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb.Orz. s. I-1559; a także z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 *SECAP i Santorso*, Zb. Orz. s. I-3565) prawo Unii sprzeciwia się uregulowaniom krajowym przewidującym automatyczne wykluczanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, automatyczne odrzucanie ofert lub stosowanie środków nieproporcjonalnych do założonego celu. Tymczasem zdaniem sądu odsyłającego sporny przepis krajowy ma zarówno automatyczne zastosowanie, jak i wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu polegającego na ochronie interesu publicznego poprzez eliminację naprawdę nierzetelnych wykonawców.

- 15 Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza uznała za niezbędne zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy art. 45 ust. 2 [akapit pierwszy] lit. d) dyrektywy 2004/18 [...] w brzmieniu: »z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który [...] jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające« w związku z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17 [...] można interpretować w ten sposób, że za takie zawinione poważne wykroczenie zawodowe można uznać sytuację, w której dana instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?
- 2) W przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze: czy, jeśli państwo członkowskie może wprowadzić inne niż wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18 [...] podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uzna za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słusznym interesów instytucji zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, za zgodną z tą dyrektywą oraz Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej można uznać sytuację, w której wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?”.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### *W przedmiocie właściwości Trybunału*

- 16 Poczta Polska podnosi, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdyż pełni ona jednocześnie funkcje sądownicze i konsultacyjne.
- 17 Należy w tym względzie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przy ustalaniu, czy organ odsyłający ma charakter „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, co jest kwestią podlegającą wyłącznie porządkowi prawnemu Unii, Trybunał bierze pod uwagę zespół przesłanek, takich jak w szczególności ustawowe umocowanie istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (wyroki: z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 *Dorsch Consult*, Rec. s. I-4961, pkt 23; a także z dnia 19 kwietnia 2012 r. w sprawie C-443/09 *Grillo Star*, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 18 W niniejszym wypadku należy stwierdzić, że, jak wynika z przedłożonych Trybunałowi akt sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza, która jest organem ustanowionym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, mającym wyłączną właściwość do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców z instytucjami zamawiającymi, i którego funkcjonowanie regulują art. 172–198 wspomnianej ustawy, jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Fakt, że na podstawie innych przepisów omawiany organ jest również upoważniony do pełnienia funkcji o charakterze konsultacyjnym, jest w tym względzie bez znaczenia.

*W przedmiocie dopuszczalności*

- 19 Rząd polski utrzymuje, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny ze względu na to, że jest hipotetyczny i zmierza w istocie do ustalenia zgodności krajowych przepisów będących przedmiotem postępowania głównego z przepisami dyrektywy 2004/18, a nie do interpretacji prawa Unii na potrzeby wyjaśniania sprawy będącej przedmiotem sporu, który ma być rozstrzygnięty na gruncie prawa krajowego. Tymczasem w ramach postępowania prejudycjalnego zadaniem Trybunału nie jest dokonywanie oceny zgodności ustawodawstwa krajowego z prawem Unii ani dokonywanie wykładni przepisów krajowych.
- 20 W tym względzie należy zauważyć, po pierwsze, że sąd odsyłający nie zwraca się do Trybunału o ocenę zgodności właściwych przepisów krajowych z prawem Unii ani o wykładnię tych przepisów. Wnosi tylko o dokonanie wykładni uregulowań Unii z zakresu zamówień publicznych w celu ustalenia, czy w postępowaniu głównym należy odstąpić od zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych. Po drugie, należy stwierdzić, że zadane pytania są istotne dla rozstrzygnięcia omawianego sporu, ponieważ Poczta Polska unieważniła decyzję o udzieleniu spornego zamówienia ze względu na to, że wykonawcy, których oferty wygrały, musieli zostać obowiązkowo wykluczeni z postępowania na podstawie przytoczonego przepisu krajowego.
- 21 W tych okolicznościach wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny i należy w związku z tym udzielić odpowiedzi na przedłożone w nim pytania.

*W przedmiocie pytania pierwszego*

- 22 Zadając pytanie pierwsze, sąd odsyłający pragnie w istocie ustalić, czy art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.
- 23 Ze względu na niektóre uwagi przedstawione przez rząd polski na rozprawie przed Trybunałem, zgodnie z którymi sprawa taka, jak sprawa w postępowaniu głównym, podlegająca *ratione materiae* dyrektywie 2004/17, powinna być poddana ocenie wyłącznie w ramach tej dyrektywy, należy podkreślić, że zgodnie z ustaleniami sądu odsyłającego krajowy ustawodawca sam wskazał, iż przyjmując art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych, na którego podstawie zainteresowane spółki zostały wykluczone z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, opierał się na przepisach art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Poza tym to właśnie do tegoż art. 45 odsyłają wprost przepisy art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17.

- 24 Widać z tego, że Rzeczpospolita Polska skorzystała z upoważnienia przyznanego przez wymienione przepisy dyrektywy 2004/17 i zawarła w uregulowaniach krajowych podstawę wykluczenia przewidzianą w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18.
- 25 Należy stwierdzić, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18, w odróżnieniu od przepisów dotyczących podstaw wykluczenia określonych w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a), b), e) i f), nie zawiera odesłania do krajowych przepisów ustawowych i wykonawczych, lecz art. 45 ust. 2 akapit drugi stanowi, że zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa Unii państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów tego ustępu.
- 26 Zatem pojęcia „poważnego” „wykroczenia” „zawodowego” zawarte w omawianym art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) mogą zostać wyjaśnione i doprecyzowane w prawie krajowym, zawsze jednak z poszanowaniem prawa Unii.
- 27 W tym względzie należy stwierdzić, że, jak słusznie podnosi rząd polski, pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym.
- 28 Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia bowiem instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Ponadto w odróżnieniu od wspomnianego art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), prawomocny wyrok nie jest wymagany do stwierdzenia wykroczenia zawodowego w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d).
- 29 W związku z tym niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe.
- 30 Jednak pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.
- 31 Ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.
- 32 Tymczasem uregulowania stanowiące przedmiot postępowania głównego nakazują instytucji zamawiającej wykluczyć z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcę, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca „ponosi odpowiedzialność”, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z nim w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego.
- 33 W tym względzie należy zauważyć, że zważywszy na cechy właściwe poszczególnym krajowym systemom prawnym w zakresie odpowiedzialności, pojęcie „okoliczności, za które [wykonawca] ponosi odpowiedzialność” jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tymczasem art. 54 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 odsyła do uprawnienia do zastosowania kryteriów wykluczenia wymienionych w art. 45 dyrektywy 2004/18 „na zasadach tam określonych”, tak że pojęcia „poważnego wykroczenia” w rozumieniu opisanym w pkt 25 niniejszego wyroku nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca.



- 34 Ponadto uregulowania krajowe będące przedmiotem postępowania głównego same określają kryteria, na podstawie których zachowanie wykonawcy w przeszłości zmusza daną instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia go z właśnie wszczętego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, nie pozostawiając tej instytucji zamawiającej możliwości dokonania oceny, dla każdego przypadku oddzielnie, wagi rzekomego zawinionego uchybienia danego wykonawcy w związku z wykonaniem wcześniejszego zamówienia.
- 35 W związku z tym należy stwierdzić, że uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego nie ograniczają się do wytyczenia ogólnych ram stosowania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18, lecz nakładają w tym względzie na instytucje zamawiające wiążące warunki i konieczność automatycznego wyciągnięcia konsekwencji z określonych okoliczności, przekraczając tym samym zakres uznania, który przysługuje państwom członkowskim na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi omawianej dyrektywy w zakresie określania szczegółowych zasad stosowania podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d), przy poszanowaniu prawa Unii.
- 3 Z całości przedstawionych powyżej względów odpowiedź na pytanie pierwsze powinna pierwsze brzmieć tak, iż art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

*W przedmiocie pytania drugiego*

- 37 Pytanie drugie, przedstawione na wypadek udzielenia przeczącej odpowiedzi na pytanie pierwsze, zmierza w istocie do ustalenia, czy zasady i przepisy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych uzasadniają, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w pytaniu pierwszym.
- 38 W tym względzie, chociaż z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17 wynika, że instytucje zamawiające mogą ustalać jakościowe kryteria wyboru wykraczające poza kryteria wykluczenia wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18, to jednak zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału wspomniany art. 45 ust. 2 omawianej dyrektywy zawiera zamknięty katalog podstaw mogących uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w przetargu ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności i dotyczących jego cech zawodowych, a w związku z tym stoi na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie zawartego w nim wykazu o inne podstawy wykluczenia wynikające z kryteriów dotyczących cech zawodowych (zob. wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 La Cascina i in., Zb. Orz. s. I-1347, pkt 22; ww. wyrok w sprawie Michaniki, pkt 43; a także wyrok z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-74/09 Bâtiments et Ponts Construction et WISAG Produktionservice, Zb. Orz. s. I-7271, pkt 43).
- 39 Jedynie w sytuacji, gdy dana podstawa wykluczenia nie jest związana z cechami zawodowymi wykonawcy, a zatem nie podlega wyczerpującemu wyliczeniu w postaci takiego zamknię-

tego katalogu, można rozważać ewentualną dopuszczalność takiej podstawy w świetle zasad i innych norm prawa Unii z zakresu zamówień publicznych (zob. w tym względzie ww. wyroki: w sprawach połączonych *Fabricom*, pkt 25–36; w sprawie *Michaniki*, pkt 44–69; a także wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie *C-538/07 Assitur*, Zb. Orz. s. I-4219, pkt 21–33).

- 40 Tymczasem w niniejszym wypadku art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych ustanawia podstawę wykluczenia dotyczącą cechy zawodowej zainteresowanego wykonawcy, co znajduje potwierdzenie we wskazanym w pkt 10 i 23 niniejszego wyroku fakcie, że polski ustawodawca przywołał art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 na poparcie przyjęcia tego przepisu krajowego. Tego rodzaju podstawa wykluczenia, wykraczająca poza ramy zamkniętego katalogu zawartego w omawianym art. 45 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18, jak wynika z odpowiedzi na pytanie pierwsze, nie jest również dopuszczalna w świetle zasad i innych norm prawa Unii z zakresu zamówień publicznych.
- 41 W związku z tym odpowiedź na pytanie drugie powinna brzmieć tak, iż zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne.

#### **W przedmiocie skutków niniejszego wyroku *ratione temporis***

- 42 Na rozprawie przed Trybunałem rząd polski zwrócił się o ograniczenie zakresu temporalnego skutków niniejszego wyroku, na wypadek gdyby Trybunał dokonał wykładni art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych takich, jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego.
- 43 Na poparcie swojego wniosku rząd polski podnosi brak jasności wspomnianego przepisu prawa Unii, który nie był jeszcze przedmiotem wykładni Trybunału, a także ryzyko poważnych konsekwencji gospodarczych na szczeblu krajowym, z którym miałyby się wiązać taka wykładnia.
- 44 Należy w tym względzie przypomnieć, że wykładnia normy prawa Unii dokonana przez Trybunał w ramach kompetencji przyznanej mu w art. 267 TFUE wyjaśnia i precyzuje znaczenie oraz zakres tej normy, w postaci, w jakiej należy lub należało ją rozumieć i stosować od chwili jej wejścia w życie oraz że jedynie w wyjątkowych przypadkach Trybunał, stosując ogólną zasadę pewności prawa stanowiącą integralną część porządku prawnego Unii, może stanąć wobec potrzeby ograniczenia wobec ogółu zainteresowanych możliwości powoływania się na zinterpretowany przez siebie przepis celem podważenia nawiązanych w dobrej wierze stosunków prawnych (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 maja 2012 r. w sprawach połączonych od *C-338/11* do *C-347/11 Santander Asset Management SGIC i in.*, pkt 58, 59; z dnia 18 października 2012 r. w sprawie *C-525/11 Mednis*, pkt 41, 42).
- 45 Dokładniej mówiąc, Trybunał stosował to rozwiązanie jedynie w bardzo konkretnych okolicznościach: po pierwsze, gdy istniało ryzyko poważnych reperkusji gospodarczych, między innymi ze względu na znaczną liczbę stosunków prawnych nawiązanych w dobrej wierze na podstawie przepisów uważanych za obowiązujące, i, po drugie, gdy okazywało się, że jednostki oraz władze krajowe zostały skłonione do zachowań niezgodnych z prawem Unii ze względu na istnienie obiektywnej i istotnej niepewności co do zakresu przepisów prawa Unii, do której to niepewności przyczyniło się ewentualnie również samo zachowanie innych państw członkowskich bądź Komisji Europejskiej (zob. w szczególności ww. wyroki: w sprawach połączonych *Santander Asset Management SGIC i in.*, pkt 60; a także w sprawie *Mednis*, pkt 43).

- 46 Jeśli chodzi o podnoszoną obiektywną istotną niepewność co do zakresu rozpatrywanych przepisów prawa Unii, to w postępowaniu głównym nie można przyjąć istnienia takiej niepewności. Po pierwsze bowiem, hipotezy „poważnego wykroczenia zawodowego” w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 oczywiście nie spełnia podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych. Po drugie, z orzecznictwa, dobrze utrwalonego już w chwili uchwalania omawianego przepisu krajowego, wynika, że taka podstawa wykluczenia nie może być uzasadniona w świetle zasad i innych norm prawa Unii w zakresie zamówień publicznych.
- 47 Natomiast finansowe konsekwencje mogące wyniknąć dla państwa członkowskiego z wyroku Trybunału wydanego w trybie prejudycjalnym nie stanowią same w sobie uzasadnienia dla ograniczenia skutków temporalnych takiego wyroku (www. wyroki: w sprawach połączonych Santander Asset Management SGIIIC i in., pkt 62; w sprawie Mednis, pkt 44).
- 48 Należy przy tym zauważyć, że w każdym razie rząd polski nie przedstawił żadnych informacji pozwalających Trybunałowi na ocenę zaistnienia, z powodu niniejszego wyroku, ryzyka poważnych gospodarczych reperkusji dla Rzeczypospolitej Polskiej.
- 49 W związku z powyższym nie ma podstaw do ograniczenia skutków temporalnych niniejszego wyroku.

### **W przedmiocie kosztów**

- 50 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) **Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 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 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.**
- 2) **Zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słuszných interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w odpowiedzi na pierwsze pytanie.**

Podpisy

---

\* Język postępowania: polski.

**3.16. orzeczenie z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., ECLI:EU:C:2012:817**

**W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 22 W swym pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają zawarcie umowy, bez odwołania się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, na mocy której dwa podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę taką jak w postępowaniu głównym.
- 23 Na wstępie należy przypomnieć, że zastosowanie dyrektywy 2004/18 do zamówienia publicznego jest uzależnione od przesłanki, zgodnie z którą szacunkowa wartość tego zamówienia osiąga próg określony w art. 7 lit. b) tej dyrektywy, z uwzględnieniem normalnej wartości na rynku robót budowlanych, dostaw lub usług, których dotyczy to zamówienie publiczne. W przeciwnym przypadku zastosowanie znajdują podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada pewne transgraniczne znaczenie w świetle w szczególności jego wagi i miejsca wykonania (zob. podobnie wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP i Santorso, Zb. Orz. s. I-3565, pkt 20, 21, 31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 24 Jednakże okoliczność, że umowa będąca przedmiotem postępowania głównego może podlegać, stosownie do okoliczności, dyrektywie 2004/18 lub podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, nie wpływa na odpowiedź, jakiej należy udzielić na zadane pytanie. Kryteria wymienione w orzecznictwie Trybunału w celu dokonania oceny, czy odwołanie się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych jest bądź nie jest obowiązkowe, są istotne przy dokonywaniu zarówno wykładni tej dyrektywy, jak i wykładni rzeczonych zasad traktatu FUE (zob. podobnie wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea, Zb. Orz. s. I-8127, pkt 35–37).
- 25 Po wyjaśnieniu powyższej kwestii należy zauważyć, że zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odpłatna umowa zawarta na piśmie między wykonawcą i instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku IIA do tej dyrektywy, stanowi zamówienie publiczne.
- 26 W tym względzie, po pierwsze, nie jest istotne, czy ten wykonawca sam jest instytucją zamawiającą (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 51). Nie ma ponadto znaczenia, że dany podmiot nie ma zasadniczo celu zarobkowego, nie posiada struktury przedsiębiorstwa czy też że nie jest stale obecny na rynku (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie CoNISMa, pkt 30, 45).
- 27 Jeśli chodzi o podmioty takie jak publiczne uniwersytety, Trybunał orzekł, że podmioty takie mogą co do zasady uczestniczyć w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych na usługi. Jednakże państwa członkowskie mogą uregulować działalność tych podmiotów, a w szczególności zezwolić bądź nie zezwolić tym podmiotom na prowadzenie działalności na rynku, uwzględniając ich cele instytucjonalne i statutowe. Niemniej jednak jeżeli podmioty takie mają prawo do oferowania określonych usług na rynku, i w zakresie, w jakim przysługuje im to prawo, nie można zabraniać im uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie CoNISMa, pkt 45, 48, 49, 51). Tymczasem w niniejszym przypadku sąd odsyłający zauważył, że art. 66 akapit pierwszy dekretu prezydenta republiki nr 382 z dnia 11 lipca 1980 r. wyraż-

nie zezwala uniwersytetom publicznym na świadczenie usług badawczych i usług w zakresie doradztwa na rzecz podmiotów publicznych lub prywatnych, o ile działalność ta nie narusza powierzonych im zadań w zakresie nauczania.

- 28 Po drugie, działalność taka jak będąca przedmiotem umowy badanej w postępowaniu głównym, niezależnie od podkreślonego przez sąd odsyłający faktu, że może ona obejmować badania naukowe, wchodzi, w zależności od tego, co stanowi rzeczywisty charakter tej działalności, w zakres usług badawczych i rozwojowych, o których mowa w załączniku IIA, kategoria 8, do dyrektywy 2004/18, albo w zakres usług inżynierskich i związanych z nimi usług konsultacji naukowych i technicznych, o których mowa w kategorii 12 tego załącznika.
- 29 Po trzecie, jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 32–34 opinii i jak wynika z powszechnego i zwyczajowego znaczenia zwrotu „odpłatnie”, umowa nie może być wyłączona z pojęcia zamówienia publicznego wyłącznie z uwagi na fakt, że otrzymane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania zamówionej usługi.
- 30 Z zastrzeżeniem ustaleń, których powinien dokonać sąd odsyłający, wydaje się, że umowa będąca przedmiotem postępowania głównego posiada wszystkie cechy wymienione w pkt 26–29 niniejszego wyroku.
- 31 Z orzecnictwa Trybunału wynika jednak, że dwa rodzaje zamówień zawieranych przez podmioty publiczne nie są objęte zakresem zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.
- 32 Chodzi w pierwszej kolejności o zamówienia udzielane przez podmiot publiczny na rzecz odrębnej od niego osoby prawnej, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jego własnymi służbami i osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, które są jej udziałowcami (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50).
- 33 Nie ulega jednak wątpliwości, że wyjątek ten nie znajduje zastosowania w kontekście takim jak w postępowaniu głównym, gdyż z postanowienia odsyłającego wynika, że ASL nie sprawuje kontroli nad uniwersytetem.
- 34 W drugiej kolejności chodzi o umowy, które ustanawiają współpracę między podmiotami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej (zob. podobnie wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-4747, pkt 37).
- 35 W tej sytuacji zasady prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania, jeżeli ponadto umowy takie zawierane są wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału podmiotów prywatnych, jeżeli żaden usługodawca prywatny nie znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji względem swoich konkurentów, a ustanowiona w nich współpraca jest dyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 44, 47).
- 36 Jeżeli, jak zauważył sąd odsyłający, umowa taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego zdaje się odpowiadać niektórym kryteriom wymienionym w dwóch poprzednich punktach niniejszego wyroku, to jednak może być ona wyłączona z zakresu stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, wyłącznie gdy spełniała wszystkie te kryteria.
- 37 W tym względzie z informacji zawartych w postanowieniu odsyłającym wynika, jak się zdaje, że po pierwsze, umowa ta obejmuje ogół aspektów rzeczowych, z których znacząca, a nawet dominująca część odpowiada działalności wykonywanej co do zasady przez inżynierów lub architektów i które mimo że oparte są na naukowych podstawach, to jednak nie stanowią badań naukowych. W rezultacie, wbrew temu, co orzekł Trybunał w pkt 37 ww. wy-

roku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, misja publiczna będąca przedmiotem współpracy ustanowionej we wskazanej umowie nie wydaje się zapewniać wykonania misji publicznej wspólnej dla ASL i uniwersytetu.

- 38 Po drugie, umowa będąca przedmiotem postępowania głównego może prowadzić do uprzywilejowania prywatnych przedsiębiorstw, jeżeli do wysoko wykwalifikowanych współpracowników zewnętrznych, do których zgodnie z umową może odwołać się uniwersytet w celu wykonania niektórych usług, należą również prywatni usługodawcy.
- 39 To jednak do sądu odsyłającego należy dokonanie ogółu wymaganych w tym względzie ustaleń.
- 40 Na przedłożone pytanie należy zatem odpowiedzieć, że prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych sprzeciwia się obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają, bez odwołania się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, zawarcie umowy, na mocy której podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę, jeżeli – czego zbadanie należy do sądu odsyłającego – przedmiotem takiej umowy nie jest zapewnienie wykonania misji publicznej wspólnej dla tych podmiotów, umowa ta nie jest wyłącznie dyktowana względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie lub może ona prowadzić do uprzywilejowania prywatnego usługodawcy względem jego konkurentów.

### **3.17. orzeczenie z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie C-386/11 *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren*, ECLI:EU:C:2013:385**

#### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 26 W swoim pytaniu sąd odsyłający zamierza zasadniczo ustalić, czy stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18 i z tego tytułu podlega przepisom tej dyrektywy umowa taka jak ta będąca przedmiotem postępowania przed sądem odsyłającym, mocą której jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej zadanie utrzymania w czystości niektórych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, lokali administracyjnych i szkół, ponieważ ta druga jednostka jest upoważniona do korzystania z podmiotów trzecich w celu wykonania tego zadania za rekompensatą finansową odpowiadającą kosztom powstałym przy okazji realizacji tego zadania, zastrzegając sobie jednocześnie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania.
- 27 W tym względzie należy bowiem uznać, że poprzez przedmiotowy projekt umowy Kreis Düren zastrzega sobie takie prawo kontroli, skoro umowa ta przewiduje, że będzie można jednostronnie rozwiązać umowę w przypadku niewłaściwego wykonania ze strony Stadt Düren.
- 28 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odpłatna umowa zawarta na piśmie między wykonawcą i instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku II A do tej dyrektywy, stanowi zamówienie publiczne.
- 29 W tym względzie, po pierwsze, nie jest istotne, że z jednej strony wykonawca ten sam jest instytucją zamawiającą oraz że drugiej strony dany podmiot nie ma zasadniczo celu zarobkowego, nie posiada struktury przedsiębiorstwa czy też że nie jest stale obecny na rynku (zob. wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C159/11 *Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce i in.*, pkt 26).
- 30 Po drugie, działalność taką jak ta będąca przedmiotem analizowanego w postępowaniu krajowym projektu umowy stanowią usługi sprzątania budynków, o których mowa w załączniku II A kategoria 14 do dyrektywy 2004/18.



- 31 Po trzecie, umowę należy uznać za umowę „o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, nawet jeżeli przewidziane wynagrodzenie jest ograniczone zwrotu kosztów powstałych przy okazji dostarczania umówionej usługi (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., pkt 29).
- 32 Z zastrzeżeniem ustaleń, których powinien dokonać sąd odsyłający, wydaje się z jednej strony, że umowa będąca przedmiotem postępowania głównego posiada wszystkie cechy wymienione powyżej i stąd zasadniczo stanowi zamówienie publiczne.
- 33 Z drugiej strony wydaje się, że taka umowa nie zalicza się do dwóch rodzajów zamówień, które choć zawierane są przez podmioty publiczne, to nie są objęte zakresem zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.
- 34 Chodzi w pierwszej kolejności o zamówienia udzielane przez podmiot publiczny na rzecz odrębnej od niego osoby prawnej, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jego własnymi służbami, zaś osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, które są jej udziałowcami (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie *Teckal*, pkt 50; a także w sprawie *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., pkt 32).
- 35 W tym względzie bezsporne jest, że w ramach umowy takiej jak umowa będąca przedmiotem postępowania krajowego nie jest spełniona żadna z tych przesłanek. Z postanowienia odsyłającego wynika bowiem, że w kontekście postępowania krajowego przede wszystkim żadna jednostka nie stanowi własności drugiej. Następnie jednostka powierzająca wykonanie zadania innej, choć zastrzega sobie prawo kontrolowania odpowiedniego wykonania tego zadania, nie sprawuje nad tą drugą jednostką kontroli, która mogłaby zostać określona jako analogiczna do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami. Wreszcie ta druga jednostka nie prowadzi zasadniczej części swojej działalności dla pierwszej jednostki.
- 36 W drugiej kolejności chodzi o umowy, które ustanawiają współpracę między podmiotami publicznymi, mające za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej (zob. ww. wyrok w sprawie *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., pkt 34).
- 37 W tej sytuacji zasady prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania, jeżeli umowy takie zawierane są wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału podmiotów prywatnych, jeżeli żaden usługodawca prywatny nie znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji względem swoich konkurentów, a ustanowiona w nie współpraca jest dyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie (zob. ww. wyrok w sprawie *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., pkt 35).
- 38 Powyższe kryteria mają charakter kumulatywny, tak że zamówienie między jednostkami publicznymi może być wyłączone spod obowiązywania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych z uwagi na ten wyjątek, wyłącznie jeśli umowa określająca to zamówienie spełnia wszystkie te kryteria (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., pkt 36).
- 39 Tymczasem z ustaleń dokonanych przez sąd odsyłający wynika, że badany projekt umowy nie wydaje się służyć ustanowieniu między dwiema umawiającymi się jednostkami publicznymi współpracy w celu realizacji wspólnej misji służby publicznej.
- 40 Ponadto z tych ustaleń wynika również, że umowa ta uprawnia do skorzystania z podmiotów trzecich w celu wykonania zadań przez tę umowę przewidzianych, w ten sposób, że owe podmioty trzecie mogłyby uzyskać przewagę konkurencyjną w stosunku do innych przedsiębiorstw działających na tym samym rynku.

- 41 W świetle powyższych rozważań na przedłożone Trybunałowi pytanie należy odpowiedzieć, że umowa taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego, mocą której – bez ustanawiania współpracy mającej na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi – jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej zadanie utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół, zastrzegając sobie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania, w zamian za rekompensatę finansową mającą odpowiadać kosztom poniesionym przy realizacji tego zadania, przy czym ta druga jednostka jest ponadto uprawniona do skorzystania z podmiotów trzecich, które w danym przypadku są zdolne do działania na rynku w celu realizacji tego zadania, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18.

### **3.18. orzeczenie z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 *Fastweb SpA przeciwko Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, ECLI:EU:C:2013:448**

#### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 24 Poprzez swe pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 89/665, a w szczególności jej art. 1 i 2, należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w ramach postępowania odwoławczego wybrany oferent podniesie zarzut niedopuszczalności oparty na braku legitymacji oferenta, który wniósł odwołanie z uwagi na fakt, że oferta, którą przedstawił ten ostatni, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą z uwagi na jej niezgodność z wymogami technicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, to rzeczony artykuł 1 ust. 3 sprzeciwia się temu, aby to odwołanie zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania wskazanego zarzutu niedopuszczalności, jeżeli sam wnoszący odwołanie kwestionuje prawidłowość oferty wybranego oferenta na tej samej podstawie, a tylko te dwa podmioty gospodarcze złożyły ofertę.
- 25 Należy zauważyć, że z art. 1 dyrektywy 89/665 wynika, iż dyrektywa ta ma umożliwić wnoszenie skutecznego odwołania od niezgodnych z prawem Unii decyzji instytucji zamawiających. Zgodnie z ust. 3 wskazanego artykułu państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, 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.
- 26 W tym względzie decyzja, na mocy której instytucja zamawiająca odrzuca ofertę oferenta jeszcze przed przystąpieniem do selekcji, stanowi decyzję, od której, zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, powinno być możliwe wniesienie odwołania, gdyż przepis ten znajduje zastosowanie do wszystkich decyzji przyjętych przez instytucje zamawiające, które są objęte zasadami prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, i nie przewiduje on żadnego ograniczenia co do charakteru i treści rzeczonych decyzji (zob. w szczególności wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Hackermüller*, Rec. s. I6319, pkt 24, i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 W związku z tym w pkt 26 ww. wyroku w sprawie *Hackermüller* Trybunał orzekł, że fakt odmówienia przez organ odwoławczy dostępu do rzeczonych procedur odwoławczych [z uwagi na brak legitymacji] oferentowi, którego oferta została odrzucona [jeszcze przed dokonaniem selekcji],\* prowadziłby do pozbawienia tego oferenta nie tylko prawa do odwołania od decyzji, której zarzuca niezgodność z prawem, lecz również prawa do zakwe-

---

\* por. inne wersje językowe

stonowania zasadności powodu wykluczenia podniesionego przez wskazany organ w celu odmówienia uznania go za podmiot, który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku podnoszonej niezgodności z prawem.

- 28 Bez wątpienia jeżeli w celu uniknięcia takiej sytuacji oferentowi przyznane jest prawo do zakwestionowania zasadności rzeczonego powodu wykluczenia w ramach postępowania odwoławczego wszczętego przez niego w celu podważenia zgodności z prawem decyzji, na mocy której instytucja zamawiająca nie uznała jego oferty za najlepszą, to nie można wykluczyć, iż w wyniku tego postępowania organ, do którego wniesiono odwołanie, uzna, że rzeczona oferta rzeczywiście powinna być zostać uprzednio odrzucona, a odwołanie oferenta powinno być oddalone z uwagi na fakt, iż uwzględniając tę okoliczność, nie poniósł on lub nie może ponieść szkody w wyniku podnoszonej przez niego niezgodności z prawem (zob. ww. wyrok w sprawie Hackermüller, pkt 27).
- 29 W takiej sytuacji oferent, który wszczął postępowanie odwoławcze od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, powinien posiadać prawo do zakwestionowania przed rzecznym organem w ramach tego postępowania zasadności powodu, dla którego jego oferta powinna być zostać odrzucona (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Hackermüller, pkt 28, 29).
- 30 Wniosek ten znajduje co do zasady zastosowanie, również jeżeli zarzut niedopuszczalności jest podniesiony nie z urzędu przez organ, do którego wniesiono to odwołanie, lecz w ramach odwołania wzajemnego wniesionego przez stronę postępowania odwoławczego, taką jak wybrany oferent, który w sposób zgodny z prawem przystąpił do tego postępowania.
- 31 W postępowaniu głównym sąd odsyłający, po sprawdzeniu odpowiedniego charakteru ofert złożonych przez dwie zainteresowane spółki, stwierdził, że oferta przedstawiona przez Fastweb nie była zgodna z ogółem wymogów technicznych określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Sąd ten doszedł jednak do takiego samego wniosku w odniesieniu do oferty złożonej przez drugiego oferenta, Telecom Italia.
- 32 Taka sytuacja różni się od tej występującej w sprawie zakończonej ww. wyrokiem w sprawie Hackermüller, w szczególności z uwagi na fakt, iż stwierdzone zostało, że wybrana oferta w sposób błędny nie została wykluczona na etapie weryfikacji ofert, mimo jej niezgodności z wymogami technicznymi specyfikacji warunków zamówienia.
- 33 Tymczasem wobec tego odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach. W takiej sytuacji bowiem każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.
- 34 W świetle powyższych rozważań na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w ramach postępowania odwoławczego wybrany oferent, któremu udzielono zamówienia i który wniósł odwołanie wzajemne, podnosi zarzut niedopuszczalności oparty na braku legitymacji oferenta, który wniósł odwołanie, ze względu na fakt, że oferta, którą ten ostatni przedstawił, powinna być zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą z uwagi na jej niezgodność z wymogami technicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, to przepis ten sprzeciwia się temu, aby rzeczone odwołanie zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania tego zarzutu niedopuszczalności, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności ze wskazanymi wymogami technicznymi zarówno oferty wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, jak i oferty oferenta, który wniósł odwołanie.

### 3.19. orzeczenie z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11 IVD GmbH & Co. KG przeciwko Ärztekammer Westfalen-Lippe, ECLI:EU:C:2013:543

#### W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 16 W pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że podmiot taki jak izba zawodowa prawa publicznego spełnia kryterium dotyczące finansowania w przeważającej mierze przez władze publiczne, jeżeli podmiot ten finansowany jest w przeważającej mierze z uiszczanych przez jego członków składek, których wysokość jest ustalana i które są pobierane zgodnie z obowiązującą ustawą przez ten podmiot, w sytuacji gdy ustawa ta nie określa zakresu i zasad działań podejmowanych przez wskazany podmiot przy wypełnianiu powierzonych mu prawem zadań, które składki te mają finansować, lub kryterium dotyczące kontroli zarządzania przez władze publiczne, jeżeli decyzja, na mocy której podmiot ten określa wysokość rzeczonych składek, musi być zatwierdzona przez organ nadzoru.
- 17 Należy zauważyć na wstępie, jak czyni to sąd odsyłający, że Ärztekammer jest wymieniona w załączniku III do dyrektywy 2004/18, określającym dla każdego państwa członkowskiego podmioty prawa publicznego i kategorie podmiotów prawa publicznego, o których mowa w rzeczonym art. 1 ust. 9 akapit drugi. W części III tego załącznika, poświęconej Republice Federalnej Niemiec, kategoria 1.1, dotycząca „instytucji prawa publicznego utworzonych przez władze federalne, państwowe lub lokalne”, wymienia w tiret drugim, dotyczącym podkategorii „stowarzyszenia zawodowe”, w szczególności „stowarzyszenia zawodowe reprezentujące [...] lekarzy”.
- 18 Jednakże, jak przypomniiał rzecznik generalny w pkt 20 i 21 opinii, wpisanie danego podmiotu do tego załącznika stanowi wyłącznie wykonanie przepisu podstawowego ustanowionego w art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18, przy czym nie wynika z tego niewzruszalne domniemanie, że podmiot ów stanowi „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu tego przepisu. W rezultacie do sądu Unii należy – gdy przedstawiony mu zostanie uzasadniony wniosek sądu krajowego – zapewnienie wewnętrznej spójności tej dyrektywy poprzez zweryfikowanie, czy wpis podmiotu do rzeczonego załącznika stanowi prawidłowe zastosowanie takiego przepisu podstawowego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Hans & Christophorus Oymanns, pkt 42, 43, 45).
- 19 W tym względzie zgodnie z art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 podmiot jest „podmiotem prawa publicznego” w rozumieniu tego przepisu i z tego względu podlega przepisom tej dyrektywy, jeżeli spełnione zostaną łącznie trzy przesłanki, zgodnie z którymi podmiot ten został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego [pkt a)], posiada on osobowość prawną [pkt b)] i jego działalność finansowana jest w przeważającej części przez władze publiczne lub jego zarząd podlega nadzorowi tych władz lub też ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorującego została wyznaczona przez władze publiczne [pkt c)].
- 20 Trzy alternatywne kryteria wymienione w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) wskazanej dyrektywy odzwierciedlają ścisłą zależność od władz publicznych. Taka zależność ma bowiem umożliwić tym ostatnim wpływanie na decyzje danego podmiotu w zakresie zamówień publicznych, co sprawia, że możliwe staje się, iż decyzje te determinowane są względami innymi niż gospodarcze, oraz w szczególności stwarza ryzyko preferencyjnego traktowania krajowych oferentów lub kandydatów, powodując powstanie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów, których uniknięcie jest właśnie celem dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (zob. w odniesieniu do analogicznych, wcześniejszych niż dyrekty-

wa 2004/18 przepisów wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-939, pkt 39, 41, 42, 44, 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 21 W świetle tych celów każde z tych kryteriów powinno być przedmiotem wykładni funkcjonalnej (zob. w odniesieniu do analogicznych, wcześniejszych niż dyrektywa 2004/18 przepisów ww. wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo; a także w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 40), to znaczy wykładni niezależnej od formalnych zasad jego stosowania (zob. analogicznie wyrok z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 BFI Holding, Rec. s. I-6821, pkt 62, 63), i powinno być rozumiane w ten sposób, że tworzy ścisłą zależność od władz publicznych.
- 22 Co się tyczy przede wszystkim pierwszego kryterium wymienionego w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18, dotyczącego finansowania w przeważającej mierze przez władze publiczne, pojęcie finansowania obejmuje transfer środków pieniężnych dokonany bez szczególnego świadczenia wzajemnego w celu wspierania działalności danego podmiotu (zob. w odniesieniu do analogicznych, wcześniejszych niż dyrektywa 2004/18 przepisów wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 21).
- 23 Ponieważ pojęcie to powinno być przedmiotem wykładni funkcjonalnej, Trybunał orzekł, iż kryterium dotyczące finansowania w przeważającej mierze przez władze publiczne obejmuje pośredni sposób finansowania.
- 24 Takie finansowanie może być zrealizowane za pośrednictwem opłaty, która została przewidziana i nałożona ustawą w zakresie ustanawiającej ją zasady i jej wysokości i która nie stanowi świadczenia wzajemnego za rzeczywiste korzystanie z usług świadczonych przez dany podmiot ze strony osób obciążonych tą opłatą, a której zasady pobierania wynikają z uprawnień władzy publicznej (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 41, 42, 44, 45, 47–49).
- 25 Okoliczność, że w formalny sposób podmiot sam określa wysokość składek, które zapewniają w przeważającej mierze jego finansowanie, nie wyklucza, że może mieć miejsce finansowanie pośrednie spełniające rzeczne kryterium. Jest tak, w sytuacji gdy podmioty takie jak publiczne kasy zabezpieczenia społecznego są finansowane za pośrednictwem składek płaconych przez lub na rzecz jej członków bez szczególnego świadczenia wzajemnego, jeżeli przynależność do takiej kasy i opłacanie tych składek są obowiązkowe na mocy ustawy, a ich wymiar, mimo iż formalnie określony przez same kasy, jest, po pierwsze, ustanowiony prawem, gdyż ustawa określa usługi świadczone przez rzeczne kasy, jak również związane z tym wydatki, i zakazuje im wykonywania ich zadań w celach zarobkowych, a po drugie, musi być zatwierdzony przez organ nadzoru, a pobór składek ma charakter przymusowy na podstawie przepisów prawa publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Hans & Christophorus Oymanns, pkt 53–56).
- 26 Należy jednak stwierdzić, że sytuacja podmiotu takiego jak Ärztekammer nie może być porównana z sytuacją opisaną w poprzednim punkcie niniejszego wyroku.
- 27 O ile bowiem zadania tego podmiotu są wymienione w HeilBerG NRW, o tyle jednak z postanowienia odsyłającego wynika, że sytuacja owego podmiotu charakteryzuje się istotną autonomią, przyznaną mu tą ustawą na potrzeby określenia charakteru, zakresu i zasad wykonywania podejmowanych przez ten podmiot działań w celu wypełnienia jego zadań, a zatem na potrzeby określenia budżetu niezbędnego w tym zakresie i w rezultacie wysokości składek wymaganej od członków tegoż podmiotu. Okoliczność, że regulamin, który określa tę wysokość, musi być zatwierdzony przez publiczny organ nadzorczy, nie jest rozstrzygająca, w sytuacji gdy organ ten ogranicza się do zbadania, iż budżet danego podmiotu jest zbilansowany, to znaczy że podmiot ten za pośrednictwem składek członków i innych własnych środków ma zapewnione dochody wystarczające na

pokrycie wszystkich kosztów związanych z jego funkcjonowaniem zgodnie z zasadami, które sam przyjął.

- 28 Ponadto, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 65 i 66 opinii, ta autonomia względem władz publicznych jest w niniejszym przypadku spotęgowana faktem, że rzeczony regulamin jest przyjęty przez zgromadzenie składające się z osób, które same uiszczają składki.
- 29 Co się tyczy następnie drugiego kryterium wymienionego w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18, dotyczącego kontroli zarządu przez władze publiczne, należy przypomnieć, że co do zasady kontrola ex post nie spełnia tego kryterium, gdyż taka kontrola nie pozwala władzom publicznym na wpływanie na decyzje danego podmiotu w dziedzinie zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 Adolf Truley, Rec. s. I-1931, pkt 70). Jest tak co do zasady w przypadku ogólnej kontroli zgodności z prawem dokonywanej ex post przez organ nadzoru i a fortiori w przypadku działania tego organu obejmującego zatwierdzenie decyzji danego podmiotu określającej wysokość składek zapewniających zasadniczą część jego finansowania, które to działanie ogranicza się do zbadania, czy budżet rzeczzonego podmiotu jest zbilansowany.
- 30 Wydaje się zatem, że mimo iż ustawa, po pierwsze, określa zadania podmiotu takiego jak *Ärztelkammer* oraz sposób, w jaki powinna być zorganizowana zasadnicza część jego finansowania, i po drugie, przewiduje, iż decyzja, na mocy której ustalana jest wysokość składek należnych od jego członków, powinna być zatwierdzona przez organ nadzoru, to podmiot ów posiada w rzeczywistości autonomię organizacyjną i budżetową, która sprzeciwia się uznaniu go za podmiot pozostający w ścisłej zależności od władz publicznych. W rezultacie zasady finansowania takiego podmiotu nie stanowią finansowania w przeważającej mierze przez władze publiczne i nie pozwalają na kontrolę zarządzania tego podmiotu przez te władze.
- 31 W świetle ogółu powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, iż art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że podmiot taki jak izba zawodowa prawa publicznego nie spełnia kryterium dotyczącego finansowania w przeważającej części przez władze publiczne, jeżeli podmiot ten jest finansowany w przeważającej mierze z uiszczanych przez jego członków składek, których wysokość jest ustalana i które są pobierane zgodnie z obowiązującą ustawą przez ten podmiot, w sytuacji gdy ustawa ta nie określa zakresu i zasad działań podejmowanych przez wskazany podmiot przy wypełnianiu powierzonych mu prawem zadań, które mają finansować te składki, ani też nie spełnia on kryterium dotyczącego kontroli zarządzania przez władze publiczne wyłącznie z uwagi na fakt, że decyzja, na mocy której podmiot ten określa wysokość rzeczonych składek, musi być zatwierdzona przez organ nadzoru.

### **3.20. orzeczenie 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**

#### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 23 Na wstępie należy zauważyć, że przepis krajowy, o którym mowa w pytaniu prejudycjalnym, znajduje zastosowanie zarówno do kryteriów ekonomicznych i finansowych, jak i kryteriów w zakresie kwalifikacji technicznych i organizacyjnych. Tymczasem art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18, będący jedynym przepisem tej dyrektywy wymienionym w pytaniu prejudycjalnym, dotyczy wyłącznie sytuacji ekonomicznej i finansowej podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, podczas gdy art. 48 tej dyrektywy, dotyczący kwalifikacji technicznych lub zawodowych tych podmiotów, zawiera ust. 3, którego treść jest w istocie identyczna z treścią rzeczzonego art. 47 ust. 2.



- 24 Okoliczność, iż sąd krajowy na płaszczyźnie formalnej sformułował pytanie prejudycjalne, odnosząc się do określonych przepisów prawa Unii, nie stoi na przeszkodzie temu, aby Trybunał dostarczył temu sądowi wszystkich wskazówek interpretacyjnych, które mogą być przydatne dla osądzenia zawisłej przed nim sprawy, niezależnie od tego, czy sąd ten odniósł się do nich w treści pytań (zob. podobnie wyrok z dnia 22 marca 2012 r. w sprawie C-248/11 Nilas i in., pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 25 Należy zatem uznać, że w swoim pytaniu sąd odsyłający pyta w istocie, czy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisu krajowego takiego jak ten będący przedmiotem postępowania głównego, który zakazuje co do zasady podmiotom gospodarczym uczestniczącym w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane powołać się na kwalifikacje więcej niż jednego przedsiębiorstwa w odniesieniu do danej kategorii kwalifikacji.
- 26 Na mocy art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca weryfikuje predyspozycje kandydatów lub oferentów, na podstawie kryteriów, o których mowa w art. 47–52 wskazanej dyrektywy.
- 27 W tym względzie należy zauważyć, po pierwsze, że wskazany art. 47 ust. 1 lit. c) przewiduje, że instytucja zamawiająca może w szczególności żądać od kandydatów lub oferentów wykazania ich sytuacji ekonomicznej i finansowej w drodze oświadczenia o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz o stosownym obrocie w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych. Po drugie, wskazany art. 48 stanowi ze swej strony w ust. 2 lit. a) ppkt (i), że można żądać od podmiotów gospodarczych wykazania ich kwalifikacji technicznych poprzez przedstawienie wykazu robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat.
- 28 Na mocy art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może żądać od kandydatów lub oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a także kwalifikacji technicznych i zawodowych zgodnie z art. 47 i 48 tej dyrektywy.
- 29 Na tej podstawie ta instytucja zamawiająca powinna uwzględnić prawo, jakie art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu podmiotowi gospodarczemu, który może, w przypadku konkretnego zamówienia, powołać się na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, pod warunkiem że udowodni on instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami w celu wykonania zamówienia.
- 30 W tym względzie należy zauważyć, jak czyni to rzecznik generalny w pkt 18 przedstawionej opinii, że konsekwentne posłużenie się liczbą mnogą w tych przepisach wskazuje, że nie zakazują one co do zasady kandydatom lub oferentom powołać się na kwalifikacje wielu podmiotów trzecich w celu wykazania, że spełniają oni minimalne wymogi. Tym bardziej rzeczone przepisy nie stanowią żadnego zasadniczego zakazu odwołania się przez kandydata lub oferenta do kwalifikacji jednego lub wielu podmiotów trzecich w połączeniu z własnymi kwalifikacjami w celu spełnienia kryteriów określonych przez instytucję zamawiającą.
- 31 Twierdzenie to potwierdzają liczne przepisy dyrektywy 2004/18. Artykuł 48 ust. 2 lit. b) tej dyrektywy dotyczy wskazania zaangażowanych pracowników technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy są oni lub nie są, częścią przedsiębiorstwa danego podmiotu gospodarczego, którymi podmiot ten będzie dysponował do wykonania robót budowlanych. Ponadto art. 48 ust. 2 pkt h) odnosi się do narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, którymi dysponuje przedsiębiorca w celu realizacji zamówienia, bez jakiegokolwiek ograniczenia co do liczby podmiotów, które udostępniają te środki.

Podobnie art. 4 ust. 2 tej dyrektywy zezwala grupom wykonawców na uczestniczenie w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych, nie przewidując przy tym ograniczenia co do łączenia kwalifikacji, tak jak art. 25 wskazanej dyrektywy umożliwia odwołanie się do podwykonawców, nie stanowiąc ograniczeń w tym zakresie.

- 32 Wreszcie Trybunał wyraźnie powołał się na możliwość wykorzystania przez podmiot gospodarczy w celu realizacji zamówienia środków należących do jednego lub kilku innych podmiotów ewentualnie wraz ze swoimi własnymi środkami (zob. podobnie wyroki: z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 *Holst Italia*, Rec. s. I-8607, pkt 26, 27; a także z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 *Siemens i ARGE Telekom*, Rec. s. I-2549, pkt 43).
- 33 Należy zatem zauważyć, że dyrektywa 2004/18 umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie w rzeczywistości mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia.
- 34 Taka interpretacja jest zgodna z celem w postaci otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, założonym w dyrektywach z tej dziedziny w interesie nie tylko podmiotów gospodarczych, lecz również instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 *CoNISMa*, Zb. Orz. s. I-12129, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 33 i 37 opinii, sprzyja ona również ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co zgodnie z jej motywem 12 jest również założeniem dyrektywy 2004/18.
- 35 Nie można oczywiście wykluczyć, że istnieją szczególne roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny.
- 36 Jednakże, ponieważ taki przypadek stanowi nadzwyczajną sytuację, dyrektywa 2004/18 sprzeciwia się temu, aby wskazany wymóg stał się ogólną zasadą na mocy prawa krajowego, jak ma to miejsce w przypadku art. 49 ust. 6 dekreту ustawodawczego nr 163/2006.
- 37 Okoliczność, że w niniejszym przypadku ocena poziomu kwalifikacji podmiotu gospodarczego w odniesieniu do wartości zamówień publicznych na roboty budowlane, do których podmiot ten ma dostęp, jest określona uprzednio w ogólny sposób w ramach systemu certyfikacji lub poprzez umieszczenie w wykazach jest w tym względzie bez znaczenia. Stworzona państwom członkowskim w art. 52 dyrektywy 2004/18 możliwość ustanowienia takiego systemu może być wprowadzona przez te państwa w życie wyłącznie z zachowaniem innych przepisów tej dyrektywy, w szczególności jej art. 44 ust. 2, art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3.
- 38 W świetle ogółu powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisowi krajowemu takiemu jak ten będący przedmiotem postępowania głównego, który zakazuje co do zasady podmiotom gospodarczym uczestniczącym w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane powoływania się na kwalifikacje wielu przedsiębiorstw w odniesieniu do danej kategorii kwalifikacji.

**3.21. orzeczenie z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser* przeciwko *Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647**

**W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 25 Występując z pytaniem prejudycjalnym, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, których przedstawienie było wymagane zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, lecz które nie zostały załączone do zgłoszenia złożonego przez kandydata.
- 26 Na wstępie należy przypomnieć, że jakkolwiek zgodnie z art. 21 dyrektywy 2004/18 udzielanie zamówień na usługi wymienione w załączniku II B podlega jedynie przepisom art. 23 i art. 35 ust. 4 tej dyrektywy, to jednak podstawowe normy traktatu oraz ogólne zasady prawa Unii znajdują zastosowanie do tego rodzaju zamówień, jeżeli mają one znaczenie transgraniczne. Trybunał orzekł bowiem, że ustanowionych przez ustawodawcę Unii zasad udzielania zamówień na usługi wymienione w tym załączniku nie można interpretować jako wykluczających zastosowanie zasad wynikających z 43 WE i 49 WE, którym obecnie odpowiadają art. 49 TFUE i 56 TFUE (zob. podobnie, w szczególności, wyrok z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 Komisja przeciwko Irlandii, Zb. Orz. s. I-11807, pkt 29, 31).
- 27 Jak się wydaje w świetle uwag przedstawionych Trybunałowi, sytuacja taka ma miejsce w sprawie głównej, nawet z punktu widzenia instytucji zamawiającej, gdyż w ogłoszeniu o zamówieniu wymagano od kandydatów między innymi oświadczenia, iż nie zalegają oni ze składkami na ubezpieczenie społeczne ani zobowiązaniami podatkowymi nie tylko w Danii, ale także ewentualnie w państwie członkowskim swojej siedziby. Jednakże to do sądu odsyłającego należy dokonanie niezbędnych ustaleń w tym zakresie.
- 28 Jednym z głównych celów, jakim służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, jest zapewnienie swobody świadczenia usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Osiągnięciu tego podwójnego celu służy między innymi zasada równego traktowania oferentów i kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości.
- 29 Zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest więc celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić.
- 30 Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem zasada ta wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione (zob. wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb. Orz. s. I-1-559, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 31 Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko i in.*, pkt 36, 37).

- 32 Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych (ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 40).
- 33 Trybunał określił w tym wyroku szereg wymagań, jakie towarzyszą możliwości zwrócenia się do oferenta na piśmie o wyjaśnienie oferty.
- 34 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, należy skierować bez różnicy do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 42, 43).
- 35 Następnie, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 44).
- 36 Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 40).
- 37 Wreszcie generalnie rzecz biorąc, korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano (ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 41).
- 38 Powyższe zasady, dotyczące ofert złożonych przez oferentów, można zastosować do zgłoszeń składanych przez kandydatów na etapie preselekcji w procedurze ograniczonej.
- 39 Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdania finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.
- 40 Trzeba jednakże dodać, że inaczej jest w sytuacji, gdy materiały dotyczące zamówienia wymagają przedstawienia brakującego dokumentu lub informacji pod rygorem wykluczenia. Instytucja zamawiająca powinna bowiem ściśle przestrzegać ustanowionych przez siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801, pkt 115).
- 41 W tym wypadku, jak się wdaje, wymagania wskazane w pkt 39 i 40 niniejszego wyroku zostały spełnione. Do sądu odsyłającego należy jednakże dokonanie odpowiednich ustaleń w tej mierze.
- 42 W świetle powyższych rozważań na pytanie prejudycjalne trzeba udzielić odpowiedzi, iż zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.

**3.22. orzeczenie z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-15/13 *Technische Universität Hamburg-Harburg i Hochschul-Informationssystem GmbH przeciwko Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, ECLI:EU:C:2014:303**

**W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 21 Poprzez swoje pytania, które należy analizować łącznie, sąd odsyłający w istocie dąży do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że umowa, której przedmiotem jest dostawa produktów zawarta między uniwersytetem będącym instytucją zamawiającą, który jest kontrolowany w dziedzinie nabywania produktów i usług przez niemiecki kraj związkowy, a przedsiębiorstwem prawa prywatnego posiadanym przez państwo federalne i niemieckie kraje związkowe, w tym przez rzeczony kraj związkowy, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu tego przepisu.
- 22 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału głównym celem uregulowań Unii w zakresie zamówień publicznych jest otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich w dziedzinie wykonywania robót budowlanych, dostaw produktów i świadczenia usług, co obejmuje zobowiązanie wszystkich instytucji zamawiających do stosowania właściwych uregulowań prawa Unii, gdy spełnione są przewidziane w nich warunki (zob. podobnie wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 44).
- 23 Każdy wyjątek od stosowania tego obowiązku podlega w rezultacie wykładni zawężającej (zob. wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, EU:C:2005:5, pkt 46).
- 24 Trybunał stwierdził, że w kontekście stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przewidzianych przez dyrektywę 2004/18 co do zasady wystarczy, zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy, aby umowa o charakterze odpłatnym została zawarta pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem prawnie od niej odrębnym (zob. podobnie wyrok Teckal, EU:C:1999:562, pkt 50).
- 25 Uznany przez Trybunał wyjątek od stosowania tej zasady, dotyczący udzielania zamówień typu inhouse, jest uzasadniony argumentem, że władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, ma możliwość wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb, oraz że wyjątek ten może być rozszerzony na sytuacje, w których kontrahent jest podmiotem odrębnym od instytucji zamawiającej pod względem prawnym, jeżeli ta ostatnia sprawuje nad wykonawcą kontrolę analogiczną do tej, jaką podmiot ten sprawuje nad własnymi służbami, i gdy wykonuje on zasadniczą część swojej działalności na rzecz instytucji zamawiających, które posiadają w nim udziały (zob. podobnie wyroki: Teckal, EU:C:1999:562, pkt 50; a także Stadt Halle i RPL Lochau, EU:C:2005:5, pkt 48, 49). W takich wypadkach można uznać, że instytucja zamawiająca angażuje swoje własne środki.
- 26 Trybunał wyjaśnił ponadto pojęcie „kontroli analogicznej”, stwierdzając, że powinno chodzić o możliwość decydującego wpływu instytucji zamawiającej zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje wykonawcy, oraz że kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą powinna być skuteczna, strukturalna i funkcjonalna (zob. podobnie wyrok Econord, C-182/11 i C-183/11, EU:C:2012:758, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Ponadto Trybunał uznał, że pod pewnymi warunkami „kontrola analogiczna” może być sprawowana łącznie przez kilka organów władzy publicznej, które wspólnie posiadają udziały wykonawcy (zob. podobnie wyrok Econord, EU:C:2012:758, pkt 28–31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 28 W postępowaniu głównym bezsporne jest, że nie istnieje żaden stosunek kontroli pomiędzy uniwersytetem – instytucją zamawiającą, a HIS – wykonawcą. Uniwersytet nie ma bowiem

żadnych udziałów w kapitale tego podmiotu i nie ma prawnego przedstawiciela w jego organach kierowniczych.

- 29 W konsekwencji względ uzasadniający uznanie wyjątku, jeśli chodzi o zamówienia zwane inhouse, czyli istnienie szczególnego wewnętrznego związku między instytucją zamawiającą a wykonawcą, nie występuje w sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym.
- 30 Zatem sytuacja taka nie może być objęta rzeczonym wyjątkiem, w przeciwnym wypadku zostałyby rozszerzone granice jego stosowania, wyraźnie określone przez orzecznictwo Trybunału, w sposób mogący znacznie zmniejszyć zakres zasady określonej w pkt 24 niniejszego wyroku.
- 31 Należy ponadto stwierdzić, że w każdym razie na podstawie akt sprawy udostępnionych Trybunałowi i w świetle przedstawionego wyżej orzecznictwa miasto Hamburg nie jest w stanie sprawować nad uniwersytetem „kontroli analogicznej”.
- 32 Należy bowiem stwierdzić, że kontrola sprawowana przez miasto Hamburg nad uniwersytetem obejmuje tylko część działalności tego ostatniego, to znaczy wyłącznie zamówienia, ale nie dziedziny badań i nauczania, w których uniwersytet dysponuje szeroką autonomią. Uznanie istnienia „kontroli analogicznej” w takiej sytuacji częściowej kontroli byłoby sprzeczne z orzecznictwem przywołanym w pkt 26 niniejszego wyroku.
- 33 W tych okolicznościach nie ma potrzeby badać, czy wyjątek dotyczący zamówień typu inhouse może znaleźć zastosowanie do horyzontalnych zamówień typu inhouse, to znaczy sytuacji, w której ta sama instytucja zamawiająca sprawuje – lub te same instytucje zamawiające sprawują – „kontrolę analogiczną” nad dwoma odrębnymi przedsiębiorcami, z których jeden udziela zamówienia drugiemu.
- 34 Jeśli chodzi o możliwość stosowania w sprawie głównej orzecznictwa dotyczącego współpracy pomiędzy jednostkami terytorialnymi na podstawie wyroków Komisja/Niemcy (EU:C:2009:357), a także Azienda Sanitaria Locale di Lecce i in. (EU:C:2012:817), należy stwierdzić za sądem odsyłającym, że względów wymienionych w pkt 16 niniejszego wyroku, że warunki stosowania wyjątku przewidzianego przez to orzecznictwo nie są spełnione.
- 35 Współpraca ustanowiona pomiędzy uniwersytetem a HIS nie służy bowiem wykonywaniu wspólnych zadań publicznych w rozumieniu orzecznictwa (zob. wyrok Azienda Sanitaria Locale di Lecce i in., EU:C:2012:817, pkt 34, 37).
- 36 Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, na pytania prejudycjalne powinno się odpowiedzieć, iż art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że umowa, której przedmiotem jest dostawa produktów, zawarta między uniwersytetem będącym instytucją zamawiającą, który jest kontrolowany w dziedzinie nabywania produktów i usług przez niemiecki kraj związkowy, a przedsiębiorstwem prawa prywatnego posiadanym przez państwo federalne i niemieckie kraje związkowe, w tym przez rzeczony kraj związkowy, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu tego przepisu, a zatem powinna podlegać zasadom udzielania zamówień publicznych przewidzianym przez rzeczoną dyrektywę.

### **3.23. orzeczenie z dnia 19 czerwca 2014 r. w sprawie C-574/12 *Centro Hospitalar de Setúbal EPE i Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) przeciwko Eurest (Portugalia) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, ECLI:EU:C:2014:2004**

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

##### *Uwaga wstępna*

- 30 Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodnie z postanowieniami rozdziału III tytułu II dyrektywy 2004/18 stosowanie jej przepisów jest uzależnione od kategorii odnośnych usług. Zgod-



nie z informacjami zawartymi w aktach sprawy udostępnionych Trybunałowi wydaje się, że usługi, których dotyczy porozumienie z 2011 r., objęte są załącznikiem II B do tej dyrektywy.

- 31 Taka ocena należy jednak do kompetencji sądu odsyłającego w oparciu o okoliczności faktyczne sprawy, którą sąd ten rozstrzyga, a w każdym razie nie może ona wpłynąć na zastosowanie dyrektywy 2004/18 jako takiej ani na zastosowanie wyjątku dotyczącego transakcji „in house”, jeżeli przesłanki przewidziane w tym zakresie w orzecznictwie Trybunału są spełnione.

*W przedmiocie pytania pierwszego*

- 32 W tym pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli”, ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, aby udzielenie zamówienia publicznego mogło być uznane za transakcję „in house” i aby zamówienie to mogło być zatem udzielone bezpośrednio, bez stosowania dyrektywy 2004/18, jest spełniona, w sytuacji gdy wykonawca zamówienia jest stowarzyszeniem pożytku publicznego nieposiadającym celu zarobkowego, którego członkami zgodnie z jego statutem mogą być nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również instytucje prywatne solidarności społecznej prowadzące działalność w celach niezarobkowych, a w dniu udzielenia zamówienia te ostatnie instytucje stanowiły istotną, jakkolwiek mniejszościową, część członków stowarzyszenia będącego wykonawcą zamówienia.
- 33 W tym względzie należy przypomnieć przede wszystkim, że okoliczność, iż wykonawca zamówienia posiada formę prawną stowarzyszenia prawa prywatnego i działa w celach niezarobkowych, jest pozbawiona znaczenia do celów stosowania zasad prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, a w rezultacie orzecznictwa Trybunału dotyczącego wyjątku w zakresie transakcji „in house”. Taka okoliczność nie wyklucza bowiem, że dany podmiot będący wykonawcą zamówienia może prowadzić działalność gospodarczą (zob. podobnie wyroki: Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 41; CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 45).
- 34 Należy następnie zauważyć, że w niniejszym przypadku rozstrzygnięciu podlega zasadniczo kwestia, czy orzecznictwo wynikające z wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5) znajduje zastosowanie, zważywszy, iż SUCH nie został utworzony w formie spółki, a zatem nie posiada kapitału zakładowego, a jego członkowie należący do sektora społecznego nie są przedsiębiorstwami zgodnie ze sformułowaniami użytymi we wskazanym wyroku.
- 35 W tym względzie należy podkreślić, że wyjątek dotyczący udzielenia zamówień „in house” jest oparty na podejściu, zgodnie z którym w takich przypadkach można uznać, iż będący instytucją zamawiającą organ publiczny korzysta z własnych środków w celu wypełnienia ciążących na nim zadań leżących w interesie publicznym.
- 36 Jeden z powodów, który doprowadziły Trybunał do wniosków przyjętych w wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5), oparty był nie na formie prawnej podmiotów prywatnych wchodzących w skład podmiotu będącego wykonawcą zamówienia ani na celu gospodarczym tychże podmiotów, lecz na fakcie, że te podmioty prywatne podlegały szczególnym względem w zakresie ich prywatnych interesów, różniącym się od celów interesu publicznego, do których dąży instytucja zamawiająca. Z tego powodu instytucja zamawiająca nie mogła sprawować nad wykonawcą zamówienia kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami (zob. podobnie wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, EU:C:2005:5, pkt 49, 50).
- 37 Mając na uwadze podniesioną przez sąd odsyłający okoliczność, zgodnie z którą SUCH jest stowarzyszeniem o celu niezarobkowym, a prywatnymi członkami wchodzącymi w skład

tego stowarzyszenia w chwili udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego były instytucje prywatne solidarności społecznej, również nieposiadające celu zarobkowego, należy zauważyć, że fakt, iż w wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5) Trybunał odwołał się do pojęć takich jak „przedsiębiorstwo” lub „kapitał zakładowy”, wynika z konkretnych okoliczności sprawy zakończonej tym wyrokiem i nie oznacza, że Trybunał chciał ograniczyć swe wnioski wyłącznie do przypadków udziału – w ramach podmiotu wykonującego zamówienie – przedsiębiorstw handlowych posiadających cele zarobkowe.

- 38 Innym powodem, który doprowadził Trybunał do przyjęcia wniosków zawartych w wyroku Stadt Halle i RPL Lochau (EU:C:2005:5), jest fakt, że bezpośrednie udzielenie zamówienia powodowałoby powstanie po stronie prywatnego podmiotu wchodzącego w skład wykonawcy zamówienia przewagi względem jego konkurentów (zob. podobnie wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, EU:C:2005:5, pkt 51).
- 39 W postępowaniu głównym interesy i cele prywatnych członków SUCH, niezależnie od tego, jak mogą być one istotne ze społecznego punktu widzenia, mają charakter różniący się od charakteru celów interesu publicznego, realizowanych przez instytucje zamawiające, które są jednocześnie członkami SUCH.
- 40 Ponadto jak zauważył rzecznik generalny w pkt 37 opinii, nie jest wykluczone, że prywatni członkowie SUCH, niezależnie od ich statutu instytucji solidarności społecznej działających w celach niezarobkowych, mogą prowadzić działalność gospodarczą konkurencyjną wobec innych podmiotów gospodarczych. W rezultacie bezpośrednie udzielenie zamówienia SUCH może przynieść jego prywatnym członkom korzyść względem konkurentów.
- 41 Względny, które doprowadziły Trybunał do przyjęcia wniosków przedstawionych w pkt 36 i 38 niniejszego wyroku, zachowują zatem również ważność w okolicznościach takich jak okoliczności postępowania głównego.
- 42 Okoliczność, że udział prywatnych członków w ramach podmiotu będącego wykonawcą zamówienia jest wyłącznie udziałem mniejszościowym, nie może podważyć tych wniosków (zob. podobnie wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, EU:C:2005:5, pkt 49).
- 43 Należy wreszcie zauważyć, że fakt, iż zgodnie ze swym statutem SUCH mógł wyłącznie przyjmować w charakterze członków podmioty prywatne, nie ma co do zasady znaczenia. W niniejszym przypadku istotnym elementem jest okoliczność, że w chwili udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego do SUCH należeli nie tylko członkowie publiczni, lecz również podmioty należące do sektora prywatnego.
- 44 W świetle powyższych uwag na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że jeżeli wykonawcą zamówienia publicznego jest stowarzyszenie pożytku publicznego działające w celach niezarobkowych, którego członkami w chwili udzielenia tego zamówienia są nie tylko podmioty należące do sektora publicznego, lecz również instytucje prywatne solidarności społecznej działające w celach niezarobkowych, to przesłanka dotycząca „analogicznej kontroli”, ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, aby możliwe było uznanie udzielenia zamówienia publicznego za transakcję „in house”, nie jest spełniona, co oznacza, że dyrektywa 2004/18 znajduje zastosowanie.

*W przedmiocie pytań od drugiego do szóstego*

- 45 Uwzględniając odpowiedź udzieloną na pierwsze pytanie prejudycjalne, udzielenie odpowiedzi na pozostałe pytania nie jest konieczne.

### 3.24. orzeczenie 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

#### W przedmiocie pytań prejudycjalnych

##### W przedmiocie pytania pierwszego

- 39 W pytaniu pierwszym, które należy przeformułować w związku z przepisami prawa Unii znajdującymi zastosowanie *ratione temporis* w postępowaniu głównym, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że umowa obejmująca zobowiązanie do wynajmu nieruchomości, które nie zostały jeszcze wybudowane, stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane, mimo iż posiada pewne elementy charakterystyczne umowy najmu, a zatem nie może być objęta wyłączeniem, o którym mowa w art. 1 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 92/50.
- 40 W tym względzie należy na wstępie przypomnieć, po pierwsze, że kwestia, czy transakcja stanowi bądź nie zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu przepisów Unii, jest objęta zakresem prawa Unii. Nie jest w tym względzie rozstrzygająca podnoszona kwalifikacja umowy jako „umowy najmu”, wskazana przez Pizzarotti i rząd włoski (zob. podobnie wyrok Komisja/Niemcy, C-536/07, EU:C:2009:664, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 Po drugie, w wypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia mających zastosowanie uregulowań prawa Unii (zob. podobnie wyroki: *Auroux i in.*, C-220/05, EU:C:2007:31, pkt 37; *Komisja/Włochy*, C-412/04, EU:C:2008:102, pkt 47; *Komisja/Niemcy*, EU:C:2009:664, pkt 57).
- 42 W postępowaniu głównym z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że w dniu, w którym Pizzarotti zaproponowała Comune di Bari zawarcie omawianej umowy, budowa odnośnego obiektu budowlanego, którego dotyczyła ta umowa, nie została jeszcze rozpoczęta. W tej sytuacji należy uznać, że główny przedmiot umowy stanowi taka budowa, będąca w rzeczywistości konieczną przesłanką późniejszego najmu tego obiektu (zob. podobnie *Komisja/Niemcy*, EU:C:2009:664, pkt 56).
- 43 Jak podkreślił zatem rząd niemiecki, dla uznania, iż występuje „zamówienie publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu dyrektywy 93/37, konieczne jest również, aby budowa planowanego obiektu spełniała wymogi określone przez instytucję zamawiającą (wyrok *Komisja/Niemcy*, EU:C:2009:664, pkt 55).
- 44 Jest tak w sytuacji gdy instytucja zamawiająca podjęła kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej, wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie (zob. podobnie wyrok *Helmut Müller*, C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 67).
- 45 W postępowaniu głównym projekt „zobowiązania do wynajmu”, wskazany przez sąd odsyłający jako sugerowana w ostatniej kolejności forma umowy proponowanej Comune di Bari przez Pizzarotti, w pkt 10 odnosi się do wymogów ustanowionych przez Corte d'appello di Bari do celów publikacji odnośnego ogłoszenia o badaniu rynku. Artykuł 7 tego projektu zastrzega administracji prawo zweryfikowania przed odebraniem obiektu budowlanego jego zgodności z tymi wymogami.
- 46 Wymogi te określają różne właściwości techniczne i technologiczne planowanego obiektu budowlanego, a także, w zależności od ogółu danych statystycznych dotyczących działalności sądowej okręgu w Bari (liczby spraw cywilnych i karnych, tygodniowej liczby rozpraw, liczby pracowników personelu administracyjnego, policji sądowej lub służb bezpieczeństwa, liczby adwokatów należących do izby adwokackiej w Bari), szczególne potrzeby każdego

sądu należącego do tego okręgu sądowego (liczbę koniecznych biur oraz sali rozpraw, sali konferencyjnych, sali narad i archiwów, powierzchnię pomieszczeń, sposób wewnętrznej komunikacji) oraz pewne wspólne potrzeby, takie jak wielkość i dostępność powierzchni parkingowych.

- 47 Wbrew temu, co twierdzi Pizzarotti i rząd włoski, takie wymogi powodują, że Comune di Bari może wywierać decydujący wpływ na projektowanie obiektu budowlanego, który ma być wzniesiony.
- 48 Wynika stąd, że głównym przedmiotem umowy badanej w postępowaniu głównym jest budowa obiektu budowlanego spełniającego wymogi określone przez instytucję zamawiającą.
- 49 Bez wątpienia, jak zauważa sąd odsyłający, projekt „zobowiązania do wynajmu” obejmuje również elementy charakterystyczne umowy najmu. Przed Trybunałem podkreślony został fakt, że wynagrodzenie obciążające organy administracji odpowiada zgodnie z art. 5 tego projektu „rocznemu czynszowi” w wysokości 3,5 mln EUR płatnemu przez 18 lat okresu obowiązywania umowy. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Pizzarotti i rząd włoski, to całkowite wynagrodzenia w kwocie 63 milionów EUR jest wyraźnie niższe niż całkowity koszt obiektu budowlanego, wynoszący prawie 330 mln EUR.
- 50 Należy jednak przypomnieć w tym zakresie, że decydującym elementem do celów kwalifikacji danej umowy jest główny przedmiot umowy, a nie kwota wynagrodzenia wykonawcy czy sposób jego uregulowania (wyrok Komisja/Niemcy, EU:C:2009:664, pkt 61).
- 51 Ponadto ani art. 4 projektu „zobowiązania do wynajmu”, zgodnie z którym umowa wygasa automatycznie po upływie 18 lat, ani przepis włoskiego ustawodawstwa dotyczący ogólnej rachunkowości państwa, na który akcent położył rząd włoski, a który wymaga, aby umowy zawierane z władzami publicznymi miały określony termin i okres obowiązywania, oraz który zakazuje, aby umowy te obciążały państwo w trwały sposób, nie stoją na przeszkodzie, jak wynika z debaty przeprowadzonej na rozprawie, zawarciu po wygaśnięciu pierwszej zakładanej umowy, jednej lub wielu kolejnych umów gwarantujących Pizzarotti wynagrodzenie za całość lub istotną część robót budowlanych wykonanych w celu realizacji odnośnego obiektu budowlanego.
- 52 W świetle powyższych uwag na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że umowa, której głównym przedmiotem jest wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane i nie jest zatem objęta wyłączeniem, o którym mowa w art. 1 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 92/50, nawet jeśli obejmuje ona zobowiązanie do wynajmu odnośnego obiektu budowlanego.

#### *W przedmiocie pytania drugiego*

- 53 W pytaniu drugim sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy może on pozbawić skutków wydane przez niego orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej, które prowadziłyby do sytuacji niezgodnej z przepisami Unii dotyczącymi zamówień publicznych na roboty budowlane.
- 54 W tym względzie należy przypomnieć, że w braku przepisów Unii w tym zakresie tryb wykonania zasady powagi rzeczy osądzonej należy do wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich na mocy zasady ich autonomii proceduralnej przy poszanowaniu jednakże zasad równowagi i skuteczności (zob. podobnie wyrok Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 55 We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający zauważa, że zgodnie z jego własnym orzecznictwem może on z zachowaniem pewnych warunków uzupełnić pierwotną sentencję swojego orzeczenia orzeczeniem wykonawczym, w wyniku czego powstaje zdaniem tego sądu „orzeczenie mające powagę rzeczy osądzonej o treści kształtowanej progresywnie”.
- 56 Jeżeli – co powinien ustalić sąd odsyłający – orzeczenie zawarte w jego wyroku nr 4267/2007, o którym mowa w pkt 15 niniejszego wyroku i które zgodnie z postanowieniem odsyłającym posiada powagę rzeczy osądzonej w niniejszej sprawie, spełnia przesłanki zastosowania tego trybu postępowania, sąd ten w świetle zasady równoważności powinien zastosować wskazany tryb postępowania, przyznając pierwszeństwo spośród „licznych i różnych sposobów wykonania”, które zgodnie z tym, co twierdzi, odnoszą się do tego orzeczenia, temu, który zgodnie z zasadą skuteczności gwarantuje zachowanie przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane.
- 57 Jak zauważyła Comune di Bari, rozwiązanie to może polegać na nakazaniu, w uzupełnieniu rzeczonego orzeczenia, zakończenia postępowania w sprawie badania rynku bez wybrania żadnej oferty, co umożliwiłoby wszczęcie nowego postępowania z zachowaniem przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane.
- 58 Jeżeli natomiast sąd odsyłający miałby uznać, że prawidłowe zastosowanie tych przepisów napotyka przeszkodę, w świetle obowiązujących krajowych zasad proceduralnych, w postaci powagi rzeczy osądzonej wyroku nr 4267/2007 lub orzeczeń wykonawczych do tego wyroku, wydanych przez ten sąd w dniach 15 kwietnia i 3 grudnia 2010 r., należy przypomnieć znaczenie, jakie zasada powagi rzeczy osądzonej ma zarówno w porządku prawnym Unii, jak i w krajowych porządkach prawnych. Dla zapewnienia bowiem stabilności prawa i stosunków prawnych, jak też prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości istotne jest, aby orzeczenia sądowe, które stały się prawomocne po wyczerpaniu przysługujących środków odwoławczych lub po upływie przewidzianych dla tych środków terminów, były niepodważalne (wyroki: Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, pkt 20; Komisja/Luksemburg, C-526/08, EU:C:2010:379, pkt 26; ThyssenKrupp Nirosta/Komisja, C-352/09 P, EU:C:2011:191, pkt 123).
- 59 W rezultacie prawo Unii nie zobowiązuje zatem sądu krajowego do zaprzestania stosowania krajowych zasad proceduralnych nadających powagę rzeczy osądzonej danemu orzeczeniu, nawet jeśli umożliwiłoby to usunięcie sytuacji w porządku krajowym, która jest niezgodna z tym prawem (zob. podobnie wyroki: Eco Swiss, C126/97, EU:C:1999:269, pkt 46, 47; Kapferer, EU:C:2006:178, pkt 20, 21; Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, pkt 22, 23; Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, pkt 35–37, a także Komisja/Słowacja, C-507/08, EU:C:2010:802, pkt 59, 60).
- 60 Prawo Unii nie wymaga zatem, aby w celu uwzględnienia wykładni odpowiedniego przepisu tego prawa przyjętej przez Trybunał po wydaniu przez organ sądowy orzeczenia posiadającego powagę rzeczy osądzonej, organ ten był co do zasady zobowiązany do zmiany tego orzeczenia.
- 61 Wyrok Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), na który powołuje się sąd odsyłający, nie może podważyć tych ustaleń. To bowiem w bardzo szczególnej sytuacji, w której rozpatrywano zasady podziału kompetencji pomiędzy państwami członkowskimi a Unią Europejską w dziedzinie pomocy państwa, Trybunał orzekł w istocie, że prawo Unii sprzeciwia się stosowaniu przepisu krajowego, takiego jak art. 2909 włoskiego kodeksu cywilnego, który ustanawia zasadę powagi rzeczy osądzonej w zakresie, w jakim jego stosowanie uniemożliwiłoby odzyskanie pomocy państwa przyznanej z naruszeniem prawa Unii i której niezgodność ze wspólnym rynkiem została stwierdzona w ostatecznej decyzji Komisji Europejskiej (zob.

podobnie wyrok Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, pkt 25). Niniejsza sprawa nie dotyczy jednak takich kwestii podziału kompetencji.

- 62 W związku z tym, jeżeli obowiązujące krajowe zasady proceduralne obejmują możliwość, z zachowaniem pewnych warunków, dokonania przez sąd krajowy zmiany orzeczenia posiadającego moc rzeczy osądzonej w celu doprowadzenia do sytuacji zgodnej z prawem krajowym, możliwość ta zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności powinna zostać wykorzystana w pierwszej kolejności, jeśli warunki te zostały spełnione, w celu doprowadzenia sytuacji będącej przedmiotem postępowania głównego do stanu zgodnego z przepisami Unii w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane.
- 63 W tym względzie należy podkreślić, że rzeczzone przepisy obejmują istotne zasady prawa Unii w zakresie, w jakim mają one na celu zapewnienie stosowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości w celu otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. podobnie wyroki: Komisja/Portugalia, C-70/06, EU:C:2008:3, pkt 40; Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 55; Komisja/Cypr, C-251/09, EU:C:2011:84, pkt 37–39; a także Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 28).
- 64 W świetle powyższych uwag na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że o ile obowiązujące krajowe zasady proceduralne zezwalają na to, sąd krajowy, taki jak sąd odsyłający, który rozstrzygał w ostatniej instancji, bez uprzedniego zwrócenia się do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE, powinien uzupełnić wydane przez ten sąd orzeczenie posiadające powagę rzeczy osądzonej, które prowadziło do sytuacji niezgodnej z przepisami Unii dotyczącymi zamówień publicznych na roboty budowlane, lub dokonać zmiany tego orzeczenia, uwzględniając wykładnię tych przepisów dokonaną następnie przez Trybunał.

### **3.25. orzeczenie z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13 Bundesdruckerei GmbH przeciwko Stadt Dortmund, ECLI:EU:C:2014:2235**

#### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

##### *Co do istoty*

- 24 W odniesieniu do znaczenia pytania prejudycjalnego należy stwierdzić, że w przeciwieństwie do sytuacji mającej miejsce w innych sprawach, takiej jak ta, która doprowadziła do wydania wyroku Rüffert (EU:C:2008:189), dyrektywa 96/71 nie ma zastosowania w postępowaniu głównym.
- 25 Jest bowiem bezsporne, że oferent, który wniósł skargę w postępowaniu głównym, nie zamierza wykonać zamówienia publicznego w drodze delegowania pracowników swojego podwykonawcy, spółki w 100% zależnej mającej siedzibę w Polsce, na terytorium Niemiec.
- 26 Przeciwnie, jak już wynika z samego brzmienia pytania prejudycjalnego, dotyczy ono sytuacji, w której „podwykonawca ma siedzibę w innym [niż Niemcy] państwie członkowskim Unii, a jego pracownicy pracują przy wykonywaniu świadczeń będących przedmiotem zamówienia wyłącznie w swoim kraju ojczystym”.
- 27 Sytuacja taka nie wchodzi w zakres jednego z trzech środków wybiegających poza granice państwowe, przewidzianych w art. 1 ust. 3 dyrektywy 96/71, a zatem dyrektywa ta nie ma zastosowania do sporu głównego.
- 28 Ponadto, nawet jeśli – jak podnosi Komisja Europejska – zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania głównego wydaje się, biorąc pod uwagę jego przedmiot i kwotę za-



mówienia, wchodzić w zakres stosowania dyrektywy 2004/18, i przy założeniu, że wymogi w zakresie minimalnego wynagrodzenia ustanowione w § 4 ust. 3 TVgG – NRW mogą być zakwalifikowane jako „warunki szczególne związane z realizacją zamówienia”, w szczególności „względy społeczne”, które są „wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach” w rozumieniu art. 26 tej dyrektywy, to jednak zgodnie z tym ostatnim przepisem warunki takie mogą być nałożone tylko wtedy, gdy są „zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty”.

- 29 Wynika z tego, że poprzez swoje pytanie Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg w istocie dąży do ustalenia, czy w sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym, w której oferent zamierza wykonać zamówienie publiczne przy wykorzystaniu wyłącznie pracowników zatrudnionych przez podwykonawcę mającego siedzibę w państwie członkowskim innym niż państwo instytucji zamawiającej, art. 56 TFUE sprzeciwia się stosowaniu przepisów państwa członkowskiego instytucji zamawiającej, zobowiązujących tego podwykonawcę do zapłaty rzeczonym pracownikom minimalnego wynagrodzenia określonego przez te przepisy.
- 30 W tym względzie z orzecznictwa Trybunału wynika, że nakazanie, na podstawie przepisów krajowych, zapłaty minimalnego wynagrodzenia przez podwykonawców oferenta mających siedzibę w państwie członkowskim innym niż państwo instytucji zamawiającej, i w którym minimalne stawki wynagrodzenia są niższe, stanowi dodatkowy ciężar gospodarczy, którego skutkiem może być powstrzymanie, utrudnianie lub zmniejszenie atrakcyjności wykonywania przez tych podwykonawców świadczeń w przyjmującym państwie członkowskim. W związku z tym środek tego rodzaju jak środek rozpatrywany w postępowaniu głównym może stanowić ograniczenie w rozumieniu art. 56 TFUE (zob. podobnie wyrok Rüffert, EU:C:2008:189, pkt 37).
- 31 Taki środek krajowy co do zasady może być uzasadniony celem ochrony pracowników, na który wyrażnie powołał się ustawodawca kraju związkowego Nadrenia Północna-Westfalia w projekcie ustawy, który doprowadził do przyjęcia TVgG – NRW, czyli celem zapewnienia, aby pracownikom wypłacano godziwe wynagrodzenie dla uniknięcia „dumpingu socjalnego” i penalizacji konkurencyjnych przedsiębiorstw, które przyznają godziwe wynagrodzenie swoim pracownikom.
- 32 Trybunał orzekł już jednakże, iż o ile taki środek krajowy ma zastosowanie tylko do zamówień publicznych, o tyle nie może on osiągnąć rzeczzonego celu, jeśli nie ma oznak pozwalających uznać, że pracownicy działający na rynku prywatnym nie potrzebują takiej ochrony wynagrodzenia jak pracownicy działający w ramach zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok Rüffert, EU:C:2008:189, pkt 38–40).
- 33 W każdym razie przepisy krajowe będące przedmiotem postępowania głównego, o ile ich zakres stosowania obejmuje sytuację taką jak w sporze głównym, w której pracownicy wykonują zamówienie publiczne w państwie członkowskim innym niż państwo instytucji zamawiającej i w którym stawki minimalnego wynagrodzenia są niższe, wydają się nieproporcjonalne.
- 34 Przepisy te bowiem, poprzez nakazanie w takiej sytuacji określonej płacy minimalnej, która odpowiada płacy wymaganej do zapewnienia godziwego wynagrodzenia pracownikom państwa członkowskiego instytucji zamawiającej w kontekście kosztów utrzymania istniejących w tym państwie członkowskim, ale jednak nie ma związku z kosztami utrzymania istniejącymi w państwie członkowskim, w którym zostaną zrealizowane świadczenia dotyczące rozpatrywanego zamówienia publicznego, co w konsekwencji pozbawiłoby podwykonawców mających siedzibę w tym ostatnim państwie członkowskim odniesienia konkurencyjnej korzyści z różnic istniejących między odpowiednimi stawkami płac, wykraczając poza to, co jest niezbędne do zapewnienia osiągnięcia celu ochrony pracowników.
- 35 Środek ochrony pracy sporny w postępowaniu głównym nie może też być uzasadniony w świetle celu stabilności systemów zabezpieczenia społecznego. Nie twierdzono bowiem,

i nie wydaje się to zresztą możliwe do utrzymania, że zastosowanie tego środka do danych pracowników polskich byłoby niezbędne w celu uniknięcia zagrożenia poważnego naruszenia równowagi niemieckiego systemu zabezpieczenia społecznego (zob. analogicznie wyrok Rüffert, EU:C:2008:189, pkt 42). Gdyby pracownicy ci nie otrzymywali godziwego wynagrodzenia i w konsekwencji zostaliby zmuszeni do skorzystania z zabezpieczenia społecznego w celu zapewnienia minimalnego poziomu siły nabywczej, mieliby prawo do polskiej pomocy socjalnej. Taka konsekwencja w oczywisty sposób nie obciążałaby niemieckiego systemu zabezpieczenia społecznego.

- 36 Mając na względzie powyższe rozważania, należy odpowiedzieć na przedstawione pytanie, że w sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym, w której oferent zamierza wykonać zamówienie publiczne przy wykorzystaniu wyłącznie pracowników zatrudnionych przez podwykonawcę mającego siedzibę w państwie członkowskim innym niż państwo instytucji zamawiającej, art. 56 TFUE sprzeciwia się stosowaniu przepisów państwa członkowskiego instytucji zamawiającej, zobowiązujących tego podwykonawcę do zapłaty rzeczonym pracownikom minimalnego wynagrodzenia określonego przez te przepisy.

### **3.26. orzeczenie z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 *Cartiera dell'Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345**

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

##### *Co do istoty*

- 34 Na wstępie należy stwierdzić, po pierwsze, że chociaż sąd odsyłający nie wspomina o art. 45 dyrektywy 2004/18 w treści swych pytań, to z samego postanowienia odsyłającego, a zwłaszcza z akapitu stanowiącego wprowadzenie do pytań, wynika, że sąd ten zastanawia się nad zgodnością art. 38 ust. 1 lit. b) i c) dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 z tymże art. 45.
- 35 Po drugie, tylko w pytaniu drugim mowa jest o nieprzestrzeganiu przez podmiot gospodarczy uczestniczący w przetargu postanowienia zawartego w dokumentacji przetargowej, takiej jak ogłoszenie o przetargu i specyfikacja warunków zamówienia, dotyczącej spornego w sprawie głównej postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Niemniej podstawa wykluczenia, o której mowa w obu pytaniach, jest taka sama i znajduje się, jak wynika to z pkt 10 niniejszego wyroku, w art. 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 36 Należy zatem uznać, że poprzez swoje pytania, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zadaje w istocie pytanie, czy art. 45 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie wykluczeniu z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia podmiotu gospodarczego na tej podstawie, iż podmiot ten nie dochował obowiązku, określonego w dokumentacji przetargowej, załączenia do oferty, pod rygorem wykluczenia, oświadczenia, że osoba wskazana w tej ofercie jako dyrektor techniczny tego podmiotu gospodarczego nie jest przedmiotem postępowania karnego lub skazania, jeżeli po upływie terminu do składania ofert oświadczenie takie zostanie przekazane instytucji zamawiającej lub zostanie wykazane, że status dyrektora technicznego został przypisany tej osobie omyłkowo.
- 37 Jeśli chodzi o to, czy sporny w postępowaniu głównym przetarg jest objęty zakresem przedmiotowym dyrektywy 2004/18, Komisja Europejska uznała na rozprawie, że zamówienie to stanowi zamówienie publiczne na usługi, zdefiniowane w art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy i ujęte konkretnie w pkt 16 załącznika II A do tej dyrektywy.

- 38 Natomiast CEM Ambiente uważa, że przedmiotem omawianego zamówienia jest umowa kupna i sprzedaży rzeczy ruchomych lub – zważywszy na towarzyszący jej obowiązek przetwarzania odpadów – że jest nim co najwyżej koncesja na usługi. Nie wchodzi zatem w zakres zastosowania dyrektywy 2004/18.
- 39 W pierwszej kolejności, gdyby sporne w postępowaniu głównym zamówienie było objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18, co powinien ocenić sąd odsyłający, należy przypomnieć, że art. 45 tej dyrektywy ustanawia w ust. 1 i 2 szereg podstaw wykluczenia oferenta dotyczących jego sytuacji podmiotowej. Artykuł 45 ust. 3 wskazuje, które dokumenty muszą zostać przyjęte przez instytucje zamawiające jako wystarczający dowód na to, że oferenta nie dotyczy żaden z przypadków wskazanych w ust. 1 i 2, z wyjątkiem sytuacji, o których mowa w ust. 2 lit. d) i g).
- 40 Z postanowienia odsyłającego nie wynika, aby w ramach sporu w postępowaniu głównym kwestionowano zgodność podstaw wykluczenia wymienionych w art. 38 ust. 1 lit. b) i c) dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 oraz obowiązku złożenia „oświadczenia zastępczego”, o którym mowa w ust. 2 tego artykułu, z tymi przepisami dyrektywy 2004/18. Postanowienie odsyłające nie zawiera również twierdzenia, że wykluczenie oferenta z przetargu z racji niedochowania przez niego rzeczonego obowiązku jest samo w sobie niezgodne z tą dyrektywą. Sąd odsyłający ma natomiast wątpliwości co do zgodności z prawem Unii tego, że po złożeniu oferty wspomniany oferent nie może zaradzić temu, iż nie załączył do tejże oferty takiego oświadczenia, czy to poprzez przekazanie tego oświadczenia instytucji zamawiającej, czy to poprzez wykazanie, że status dyrektora technicznego został danej osobie przypisany omyłkowo.
- 41 W tym względzie bezsporne jest, że z dokumentacji spornego w postępowaniu głównym przetargu wynika, po pierwsze, iż „oświadczenie zastępcze”, o którym mowa w art. 38 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006, w odniesieniu do osoby wskazanej jako dyrektor techniczny danego podmiotu gospodarczego powinno być dołączone do złożonej przez ten podmiot oferty pod rygorem wykluczenia z przetargu, a po drugie, że możliwe było zarządzenie a posteriori jedynie czysto formalnym nieprawidłowościom, niemającym decydującego znaczenia dla oceny oferty.
- 42 Tymczasem Trybunał orzekł już, że instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła, przez co musi ona wykluczyć z przetargu podmiot gospodarczy, który nie dostarczył dokumentu lub informacji, których dostarczenie było wymagane przez dokumentację przetargową pod rygorem wykluczenia (zob. podobnie wyrok Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40).
- 43 Ten ścisły obowiązek ciążyący na instytucjach zamawiających mieści się w ramach zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, obowiązujących te instytucje na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 44 Z jednej strony bowiem zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów poddane były tym samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 108–111).

- 45 Wynika z tego, że w okolicznościach takich jak te w sporze w postępowaniu głównym art. 45 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy nie stoi na przeszkodzie wykluczeniu oferenta ze względu na to, że nie załączył on do swojej oferty oświadczenia zastępczego dotyczącego osoby wskazanej jako dyrektor techniczny w tej ofercie. W szczególności jeżeli instytucja zamawiająca uważa, że zaniechanie to nie stanowi czysto formalnej nieprawidłowości, nie może ona pozwolić temu oferentowi na późniejsze naprawienie tego braku, obojętnie w jaki sposób, po upływie terminu wyznaczonego na złożenie ofert.
- 46 Ponadto w takich okolicznościach art. 51 omawianej dyrektywy, stanowiący, że instytucja zamawiająca może wezwać wykonawcę do uzupełniania lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 tej dyrektywy, nie może być interpretowany w ten sposób, że zezwala on na dopuszczenie jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferty.
- 47 W drugiej kolejności, gdyby sporne w postępowaniu głównym zamówienie stanowiło koncesję na usługi, należy przypomnieć, że chociaż w czasie okoliczności faktycznych sporu w postępowaniu głównym umowy koncesyjne na usługi nie podlegały żadnej z dyrektyw, w których prawodawca Unii uregulował materię zamówień publicznych, to organy administracji publicznej zawierające takie umowy były zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu FUE, a w szczególności zasad równego traktowania i przejrzystości (zob. podobnie wyroki: *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, pkt 46–49; *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 33), jeżeli dana koncesja na usługi posiadała niewątpliwie transgraniczne znaczenie w świetle w szczególności swojej wagi i miejsca wykonania (zob. podobnie wyrok *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 48 Jeżeli sporne w postępowaniu głównym zamówienie ma takie znaczenie, co powinien zweryfikować sąd odsyłający, to zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości wymagają, by instytucja zamawiająca, jak wynika z pkt 42 i 44 niniejszego wyroku, przestrzegała kryteriów, które sama ustaliła, przez co musi ona wykluczyć z przetargu podmiot gospodarczy, który nie dostarczył dokumentu lub informacji, których dostarczenie było wymagane przez dokumentację przetargową pod rygorem wykluczenia.
- 49 W tych okolicznościach należy uznać, że wykluczenie oferenta takiego jak *Cartiera dell'Adda* z przetargu takiego jak ten sporny w postępowaniu głównym jest zgodne z zasadą równego traktowania i z obowiązkiem przejrzystości jako podstawowymi zasadami traktatu FUE.
- 50 W świetle powyższego na przedstawione pytania należy odpowiedzieć, że art. 45 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie wykluczeniu podmiotu gospodarczego z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia na tej podstawie, iż podmiot ten nie dochował określonego w dokumentacji przetargowej obowiązku załączenia do oferty, pod rygorem wykluczenia, oświadczenia, że osoba wskazana w tej ofercie jako dyrektor techniczny tego podmiotu gospodarczego nie jest przedmiotem postępowania karnego lub skazania, nawet jeżeli po upływie terminu do składania ofert oświadczenie takie zostanie przekazane instytucji zamawiającej lub zostanie wykazane, że status dyrektora technicznego został przypisany tej osobie omyłkowo.

**3.27. orzeczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt* przeciwko *Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2014:2469**

**W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 19 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że o ile tak jak twierdzi sąd odsyłający art. 61 ust. 1 lit. a) Kbt pozwala na wykluczenie z postępowania przetargowego podmiot gospodarczy z powodu wszelkiego wykroczenia popełnionego w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, bez precyzowania cech charakterystycznych lub powagi tego naruszenia, to Generali zostało wykluczone z postępowania przetargowego spornego w postępowaniu głównym na podstawie tego przepisu, z uwagi na popełnione przez niego wykroczenie w świetle krajowego prawa konkurencji, co zostało stwierdzone orzeczeniem sądu mającym powagę rzeczy osądzonej, i w związku z którym została na niego nałożona grzywna.
- 20 W związku z tym należy stwierdzić, że przez swoje pytania, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zasadniczo zmierza do ustalenia tego, czy art. 18 TFUE, 34 TFUE, 49 TFUE i 56 TFUE, a także art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) i d) dyrektywy 2004/18 sprzeciwiają się zastosowaniu uregulowania krajowego wykluczającego z uczestnictwa w przetargu podmiot gospodarczy, który popełnił wykroczenie w świetle prawa konkurencji stwierdzone orzeczeniem sądu mającym powagę rzeczy osądzonej, za które została na niego nałożona grzywna.
- 21 Jeżeli chodzi, po pierwsze, o przepisy dyrektywy 2004/18, których dotyczą pytania prejudycjalne, to zarówno Generali w odpowiedzi na pytanie Trybunału zadane w trakcie rozprawy, jak i rząd węgierski w pisemnych uwagach stwierdziły, że sporne w postępowaniu głównym zamówienie ma niższą wartość niż próg kwotowy znajdujący się w art. 7 lit. b) tiret pierwsze tej dyrektywy, który to próg zdaniem tego rządu jest progiem mającym zastosowanie w niniejszej sprawie, ponieważ krajowy organ ds. podatkowych i celnych nie został przewidziany w załączniku IV do tej dyrektywy. W związku z tym, z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji tej okoliczności przez sąd odsyłający, dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania do tego zamówienia.
- 22 W trakcie rozprawy Generali, podobnie jak Komisja Europejska, podniosło jednak, że uregulowanie węgierskie dokonujące transpozycji dyrektywy 2004/18 ma zastosowanie zarówno do zamówień osiągających próg ustalony w art. 7 tej dyrektywy, jak i do zamówień nieosiągających tego progu. W tym kontekście Generali i Komisja przypomniały, że Trybunał uznał się za właściwy do orzekania w sprawie wniosków prejudycjalnych dotyczących przepisów zawartych w akcie Unii Europejskiej w sytuacjach, w których okoliczności faktyczne postępowania głównego znajdowały się poza zakresem zastosowania tego artykułu, lecz w których rzeczne przepisy stały się przepisami mającymi zastosowanie na podstawie prawa krajowego, z powodu odesłania przez prawo krajowe do treści tych przepisów (zob. podobnie wyroki: Dzodzi, C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, pkt 36; Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, pkt 45).
- 23 Prawdą jest, że Trybunał orzekł już, iż wykładnia przepisów danego aktu Unii dokonana w sytuacjach nieobjętych zakresem stosowania tego prawa jest uzasadniona, gdy przepisy te znalazły zastosowanie do takich sytuacji na podstawie prawa krajowego w sposób bezpośredni i bezwarunkowy w celu zapewnienia identycznego traktowania tych sytuacji i sytuacji objętych zakresem stosowania tego aktu (zob. podobnie wyrok Nolan, EU:C:2012:638, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 24 Nie jest tak jednak w kontekście sprawy w postępowaniu głównym.
- 25 W rzeczywistości bowiem, ani z postanowienia odsyłającego, ani z akt sprawy przekazanych Trybunałowi nie wynika, że istnieją przepisy prawa węgierskiego, które powodują, iż dy-

rektywa 2004/18 znajduje bezpośrednio i bezwarunkowo zastosowanie do zamówień publicznych, których wartość nie przekracza właściwego progu przewidzianego w art. 7 tej dyrektywy.

- 26 Z powyższego wynika, że nie ma konieczności dokonania przez Trybunał na rzecz sądu odsyłającego wykładni przepisów dyrektywy 2004/18 wymienionych w pytaniach prejudycjalnych w celu umożliwienia mu rozpatrzenia toczącej się przed nim sprawy głównej.
- 27 Po drugie, jeżeli chodzi o przepisy traktatu FUE przywołane przez sąd odsyłający, należy przypomnieć, że jeżeli zamówienie publiczne nie jest objęte zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18 z uwagi na brak osiągnięcia właściwych progów ustalonych przez art. 7 tej dyrektywy, zamówienie to podlega podstawowym i ogólnym zasadom tego traktatu, o ile zamówienie posiada pewne transgraniczne znaczenie z uwagi, w szczególności, na jego wagę i miejsce wykonania (zob. podobnie wyroki: *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 23; *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 24).
- 28 Niemniej jednak sąd odsyłający nie ustalił niezbędnych okoliczności pozwalających Trybunałowi na zbadanie, czy w postępowaniu głównym istnieje określone transgraniczne znaczenie. Otóż, tak jak wynika z art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem w wersji, która weszła w życie w dniu 1 listopada 2012 r., Trybunał powinien być w stanie znaleźć w postanowieniu odsyłającym wskazanie okoliczności faktycznych, na jakich oparte są pytania, a także związku istniejącego pomiędzy tymi okolicznościami a pytaniami. Tym samym ustalenie niezbędnych okoliczności, pozwalających na weryfikację istnienia określonego znaczenia transgranicznego, podobnie jak ogólnie, ustalenie wszystkich okoliczności, czego dokonanie należy do sądu krajowego, i od których zależy zastosowanie danego aktu prawa wtórnego lub pierwotnego Unii, powinno zostać przeprowadzone przed wystąpieniem do Trybunału (wyrok *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino”* i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 47).
- 29 Z uwagi na zasadę współpracy, która reguluje stosunki pomiędzy sądami krajowymi i Trybunałem w ramach postępowania prejudycjalnego, brak takich wcześniejszych ustaleń dokonanych przez sąd odsyłający w odniesieniu do istnienia ewentualnego określonego interesu transgranicznego, nie prowadzi do niedopuszczalności skargi, jeżeli pomimo tych braków Trybunał ze względu na okoliczności wynikające z akt sprawy uzna, że jest w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy postanowienie odsyłające zawiera wystarczająco dużo okoliczności właściwych dla oceny ewentualnego istnienia takiego interesu. Niemniej jednak odpowiedź udzielona przez Trybunał nastąpi jedynie z zastrzeżeniem, że określone znaczenie transgraniczne w sprawie głównej będzie mogło zostać ustalone na podstawie oceny wszystkich właściwych okoliczności faktycznych dotyczących sprawy głównej, dokonanej przez sąd odsyłający (zob. wyrok *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino”* i in., EU:C:2014:2440, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo). To z tym zastrzeżeniem Trybunał dokonał poniższych rozważań.
- 30 Jeżeli chodzi o przepisy traktatu FUE wymienione w tych pytaniach, to z postanowienia odsyłającego wynika, że rzeczzone zamówienie dotyczy świadczenia usług ubezpieczeniowych. W związku z tym nie będzie miał zastosowania art. 34 TFUE, który dotyczy swobody przepływu towarów. Z kolei należy uznać art. 49 TFUE i 56 TFUE dotyczące, odpowiednio, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, za właściwe w sprawie głównej.
- 31 W zakresie, w jakim ostatnie z wymienionych przepisów stanowią szczególne zastosowanie ogólnego zakazu dyskryminacji ze względów na przynależność państwową, ustanowionego w art. 18 TFUE, nie ma konieczności, w celu udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne, odnoszenia się do tego zakazu (zob. podobnie wyrok *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).



- 32 Ponieważ art. 49 TFUE i 56 TFUE mają zastosowanie do zamówienia takiego jak sporne w postępowaniu głównym, pod warunkiem że zamówienie to ma określone znaczenie transgraniczne, organy zamawiające są zobowiązane przestrzegać zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a także zasady przejrzystości wynikającej z tych artykułów (zob. podobnie wyrok Wall, EU:C:2010:182, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 33 Tymczasem nic w aktach przekazanych Trybunałowi lub w uwagach przedstawionych przez zainteresowanych przewidzianych przez art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie pozwala stwierdzić, że wykluczenie z powodu wymienionego w art. 61 ust. 1 lit. a) Kbt w sytuacji takiej jak sporna w postępowaniu głównym mogłoby stanowić dyskryminację, nawet pośrednią, ze względu na przynależność państwową lub mogłoby ograniczać obowiązek przejrzystości. W tym zakresie należy przypomnieć, że organ zamawiający wyraźnie wspominał w ogłoszeniu o zamówieniu, że w odniesieniu do tego zamówienia zastosowanie znajduje wykluczenie z powodu wskazanego w rzeczonym przepisie Kbt.
- 34 Jeżeli chodzi o wykluczenie podmiotów gospodarczych z zamówienia publicznego w kontekście swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług przewidzianych w art. 49 TFUE i 56 TFUE, należy stwierdzić, że art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18 pozwala na wykluczenie każdego podmiotu gospodarczego, który „jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”.
- 35 W tym zakresie Trybunał orzekł już, że pojęcie „wykroczenia zawodowego” obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu, a nie tylko naruszenie w ścisłym tego słowa znaczeniu przepisów deontologicznych zawodu, do którego należy ten podmiot (zob. podobnie wyrok Forposta (dawniej Praxis) i ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, pkt 27). W tych okolicznościach należy stwierdzić, że dopuszczanie się naruszenia przepisów z dziedziny konkurencji, w szczególności wówczas, gdy naruszenie to zostało ukarane grzywną, stanowi przyczynę wykluczenia objętą art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18.
- 36 Otóż, jeżeli wykluczenie z takiego powodu jest możliwe na podstawie dyrektywy 2004/18, a fortiori należy uznać je za uzasadnione w zakresie zamówień publicznych nieosiągających właściwego progu kwotowego określonego w art. 7 rzeczony dyrektywy, a tym samym za niepodlegające szczególnym i rygorystycznym procedurom przewidzianym przez tę dyrektywę (zob. podobnie wyrok Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, EU:C:2014:2063, pkt 37).
- 37 Ponadto motyw 101 dyrektywy 2014/24 przyjętej już po zaistnieniu okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, który stanowi, że organy zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia podmiotów gospodarczych w szczególności z uwagi na poważne wykroczenia zawodowe, takie jak naruszenie zasad konkurencji, ponieważ takie wykroczenie może podważyć integralność podmiotu gospodarczego, świadczy o tym, że wykluczenie z powodu wymienionego w pkt 35 niniejszego wyroku zostało uznane za uzasadnione w świetle prawa Unii. Ponadto art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy przewiduje w wyraźny i precyzyjny sposób taką przyczynę wykluczenia.
- 38 Należy dodać, że, tak jak to wyjaśnił Generali w trakcie rozprawy, spółka ta nie kwestionuje możliwości przewidzenia przez państwa członkowskie w uregulowaniu krajowym wykluczenia z zamówienia publicznego z powodu popełnienia przez odnośny podmiot gospodarczy naruszenia zasad konkurencji. Generali kwestionuje w istocie art. 61 ust. 1 lit. a) Kbt, który jej zdaniem stanowi podstawę wykluczenia o charakterze ogólnym przekraczającą w znaczny sposób zakres powodów wykluczenia znajdujących się w art. 45 dyrektywy 2004/18. Tymczasem, co zostało przypomniane w pkt 19 niniejszego wyroku, sprawa głów-

na dotyczy wykluczenia Generali z uczestnictwa w ośnośnym przetargu z tego powodu, iż dopuściło się ono naruszenia zasad konkurencji, za co została na tę spółkę nałożona grzywna. W związku z tym ocena zgodności z prawem Unii pozostałych przyczyn wykluczenia objętych przez rzeczony przepis węgierskiego uregulowania nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.

- 39 Z uwagi na powyższe na pytania prejudycjalne należy odpowiedzieć w ten sposób, iż art. 49 TFUE i 56 TFUE nie sprzeciwiają się stosowaniu uregulowania krajowego wykluczającego z uczestnictwa w postępowaniu przetargowym podmiot gospodarczy, który popełnił wykroczenie w świetle prawa konkurencji stwierdzone orzeczeniem sądu mającym powagę rzeczy osądzonej, za które to wykroczenie nałożona została na niego grzywna.

**3.28. orzeczenie 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**

**W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 22 Wniosek prejudycjalny dotyczy zasadniczo tego, czy art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca, w celu udzielenia zamówienia na świadczenie usług o charakterze intelektualnym, ustanawiała kryterium udzielenia, które umożliwia ocenę zdolności ekip konkretnie zaproponowanych przez ubiegających się do wykonania zamówienia, które to kryterium uwzględnia skład ekipy, a także doświadczenie i życiorysy jej członków.
- 23 Sąd odsyłający uważa, że zwrócenie się z tym pytaniem jest konieczne z uwagi na sprzeczność, jaka występuje pomiędzy z jednej strony orzecznictwem Trybunału dotyczącym oceny zdolności podmiotów gospodarczych do wykonania zamówienia i kryteriów udzielenia zamówienia, jakie wynikają z wyroku Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40), a z drugiej strony propozycją Komisji, której przedmiotem jest zmiana uregulowania postępowań dotyczących udzielenia zamówienia, i okolicznością, że zdolność jest jednym z kryteriów udzielenia zamówienia przewidzianych przez art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18, które to kryterium może zostać powiązane ze składem ekipy, doświadczeniem i życiorysami jej członków, którym zostanie powierzone wykonanie udzielonego zamówienia.
- 24 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94, s. 65), weszła w życie po zaistnieniu okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym i nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.
- 25 Należy ponadto stwierdzić, że stanowisko przedstawione w wyroku Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40) dotyczy wykładni dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), która została uchylona dyrektywą 2004/18, oraz że wyrok ten nie wyklucza tego, aby instytucja zamawiająca mogła w określonych okolicznościach ustalić i stosować kryterium takie jak znajdujące się w pytaniu prejudycjalnym na etapie udzielania zamówienia publicznego.
- 26 W rzeczywistości bowiem wyrok ten dotyczy stanu i doświadczenia ubiegających się ogólnie, a nie, tak jak w niniejszej sprawie, stanu i doświadczenia osób stanowiących konkretną ekipę, która rzeczywiście powinna wykonywać zamówienie.
- 27 Jeżeli chodzi o wnioskowaną przez sąd odsyłający wykładnię art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18, należy zauważyć, że dyrektywa ta wprowadziła, w stosunku do dyrektywy 92/50, nowe elementy do prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

- 28 Po pierwsze, art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 stanowi, że „najkorzystniejsza ekonomicznie” oferta powinna zostać określona „z punktu widzenia instytucji zamawiającej”, a tym samym przyznaje tej instytucji szerszy margines uznania.
- 29 Po drugie, motyw 46 akapit trzeci dyrektywy 2004/18 stanowi, że w przypadku gdy zamówienie ma zostać udzielone ubiegającemu się, który przedstawi najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, należy wyłonić ofertę „prezentującą najlepszą relację jakości do ceny”, co może zatem wzmocnić wagę jakości wśród kryteriów udzielenia zamówienia publicznego.
- 30 Należy również dodać, że kryteria, jakie mogą zostać przyjęte przez organy zamawiające w celu ustalenia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, nie zostały wyliczone w art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18 w sposób wyczerpujący. W związku z tym przepis ów pozostawia instytucjom zamawiającym wybór kryteriów udzielenia zamówienia, jakie chcą one zastosować. Niemniej jednak wybór ten musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (zob. podobnie wyrok Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 28, 29 i przytoczone tam orzecznictwo). W tym celu art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 wyraźnie stanowi, że kryteria udzielenia zamówienia powinny być związane z przedmiotem zamówienia (zob. wyrok Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 86).
- 31 Zdolność do wykonania zamówienia publicznego może zależeć w znacznym stopniu od zawodowej wartości osób zobowiązanych do wykonania, na którą to wartość składają się doświadczenie zawodowe i wykształcenie tych osób.
- 32 Jest tak tym bardziej, gdy usługa stanowiąca przedmiot zobowiązania ma charakter intelektualny i dotyczy, tak jak w sprawie głównej, usług szkoleniowych i doradczych.
- 33 Jeżeli zamówienie ma być wykonywane przez ekipę, to kompetencje i doświadczenie jej członków mają determinujące znaczenie dla oceny zdolności zawodowej tej ekipy. Zdolność ta może być cechą charakterystyczną oferty i jest związana z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18.
- 34 W związku z tym rzeczona zdolność może stanowić kryterium udzielenia w ogłoszeniu o przetargu lub w specyfikacji zamówienia.
- 35 Z uwagi na powyższe na pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć, że przy udzielaniu zamówienia na świadczenie usług o charakterze intelektualnym, szkolenia i doradztwa art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się ustanowieniu przez instytucję zamawiającą kryterium, które pozwala na ocenę zdolności konkretnie zaproponowanych przez ubiegających się ekip do wykonania tego zamówienia i które uwzględnia skład ekipy, a także doświadczenie i życiorysy jej członków.

### **3.29. orzeczenie z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL przeciwko Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*, ECLI:EU:C:2015:228**

#### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 14 Na wstępie należy wskazać, że sąd odsyłający wychodzi z założenia, iż dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym, nie podając jednakże informacji, z których wynikałaby właściwość tego aktu prawa pochodnego.
- 15 Tymczasem należy wskazać, że szczególne, rygorystyczne procedury ustanowione w dyrektywach Unii Europejskiej w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość przekracza próg wyraźnie przewidziany w każdej z tych dyrektyw. W związku z tym przepisy tych dyrektyw nie mają zasto-

sowania do zamówień, których wartość nie sięga określonego w nich progu (wyrok SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo). Zatem art. 23 ust. 8 dyrektywy 2004/18, o którego wykładnię wystąpiono do Trybunału, nie znajduje zastosowania do sporu w postępowaniu głównym. Wartość bez podatku VAT rozpatrywanego zamówienia publicznego wynosi bowiem 58 600 EUR, natomiast próg właściwy do celów stosowania tej dyrektywy, określony w jej art. 7 lit. b), wynosi 200 000 EUR.

- 16 Należy jednak uznać, że udzielanie zamówień publicznych, które ze względu na swoją wartość nie są objęte zakresem tej dyrektywy, podlega podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, w szczególności zasadzie równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającemu z nich obowiązki przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada niewątpliwe transgraniczne znaczenie w świetle określonych obiektywnych kryteriów (zob. podobnie wyrok Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 17 Zaś mimo że sąd odsyłający nie powołuje się w postanowieniu odsyłającym bezpośrednio na podstawowe i ogólne zasady prawa Unii, z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że aby udzielić użytecznej odpowiedzi sądowi, który zwrócił się do niego z pytaniem prejudycjalnym, może on uznać, że należy wziąć pod rozwagę normy prawa Unii, na które sąd krajowy nie powołał się w swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (zob. podobnie wyrok Medipac – Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, pkt 34).
- 18 W tym względzie należy stwierdzić, że sąd odsyłający nie ustalił okoliczności potrzebnych Trybunałowi w celu zbadania, czy w sprawie w postępowaniu głównym istnieje niewątpliwe znaczenie transgraniczne. Należy tymczasem przypomnieć, że, jak wynika z art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem, musi on mieć możliwość odnalezienia we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym okoliczności faktycznych, na jakich oparte są pytania, oraz związku pomiędzy tymi danymi i pytaniami. W konsekwencji ustalenie okoliczności niezbędnych, aby możliwe było zbadanie istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego, podobnie jak, ogólnie rzecz ujmując, wszystkich okoliczności, których ustalenie należy do sądów krajowych i od których zależy stosowanie aktu prawa pochodnego lub prawa pierwotnego Unii, powinno mieć miejsce przed wystąpieniem do Trybunału (zob. wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 47).
- 19 Niemniej ze względu na ducha współpracy charakteryzującego stosunki pomiędzy sądami krajowymi i Trybunałem w ramach postępowania prejudycjalnego brak takich uprzednich ustaleń sądu odsyłającego w przedmiocie ewentualnego istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie musi prowadzić do niedopuszczalności wniosku, jeśli w świetle informacji wynikających z akt Trybunał uzna, że jest w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu. Jest tak zwłaszcza w wypadku, gdy postanowienie odsyłające zawiera wystarczająco wiele informacji istotnych dla dokonania oceny ewentualnego istnienia takiego znaczenia. Niemniej jednak Trybunał udziela odpowiedzi jedynie z zastrzeżeniem, że sąd odsyłający może stwierdzić istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego na podstawie dokładnej oceny wszystkich istotnych okoliczności dotyczących postępowania głównego (zob. podobnie wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 20 Jeżeli chodzi o obiektywne kryteria mogące wskazywać na niewątpliwe istnienie znaczenia transgranicznego, Trybunał orzekł już, że mogą nimi być zwłaszcza kwota pewnej wysokości danego zamówienia w związku z miejscem wykonania robót lub także techniczne cechy zamówienia. Sąd odsyłający może w ramach swej ogólnej oceny istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego uwzględnić również skargi wniesione przez podmioty z innych państw członkowskich pod warunkiem stwierdzenia, że są one prawdziwe a nie fikcyjne (zob. wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 21 W niniejszym przypadku, mimo niskiej wartości zamówienia i braku wyjaśnień ze strony sądu odsyłającego, należy stwierdzić, że zamówienie będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym może posiadać niewątpliwe znaczenie transgraniczne, zważywszy na stan faktyczny sprawy w postępowaniu głównym, w szczególności zaś fakt, że dotyczy ona dostawy systemów informatycznych i sprzętu komputerowego z odwołaniem do procesora światowej marki.
- 22 Sąd odsyłający powinien więc przeprowadzić szczegółową ocenę, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych elementów cechujących okoliczności zawisłej przed nim sprawy, tego, czy sporne w postępowaniu głównym zamówienie faktycznie ma niewątpliwe transgraniczne znaczenie. Zastrzeżenie to odnosi się do poniższych wywodów.
- 23 Należy więc rozumieć, że pytanie prejudycjalne dotyczy, w ramach przetargu nieobjętego zakresem dyrektywy 2004/18, lecz mającego niewątpliwe znaczenie transgraniczne, oddziaływania podstawowych i ogólnych zasad traktatu, w szczególności zaś zasad równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości.
- 24 Ponadto trzeba podkreślić, że w sprawie w postępowaniu głównym zaprzestanie produkcji przy utrzymaniu dostępności na rynku dotyczy nie wyrobu oferowanego przez oferenta, lecz tego, do którego odwołuje się sporna specyfikacja techniczna. Zatem istotne pytanie dotyczy nie tego, czy, pomijając jakiegokolwiek wyjaśnienia na ten temat zawarte w dokumentacji przetargu będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, instytucja zamawiająca może wymagać, by oferowany przez oferenta wyrób był wciąż w produkcji, tylko tego, czy instytucja zamawiająca, która określiła specyfikację techniczną w drodze odwołania do wyrobu danej marki, może w razie zaprzestania produkcji tego wyrobu zmienić tę specyfikację, odwołując się do podobnego wyrobu tej samej marki, który jest teraz produkowany, posiadającego inne cechy.
- 25 Co się tyczy zasad równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązku przejrzystości, należy stwierdzić, że państwa członkowskie mają pewien zakres uznania w zakresie przyjmowania środków mających zagwarantować poszanowanie tych zasad, które obowiązują instytucje zamawiające w toku całego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (zob. wyrok Serrantoni i Consortio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 31, 32).
- 26 Obowiązek przejrzystości ma w szczególności na celu zapewnienie wykluczenia ryzyka arbitralności ze strony instytucji zamawiającej (zob. w odniesieniu do art. 2 dyrektywy 2004/18 wyrok SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Tymczasem cel ten nie zostanie osiągnięty, jeżeli instytucja zamawiająca będzie mogła nie zastosować się do warunków, które sama ustaliła. Tym samym nie wolno jej zmieniać kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie przetargu. Zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości mają w tym względzie taki sam skutek w odniesieniu do specyfikacji technicznej.
- 28 Zatem zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości zabraniają tego, by instytucja zamawiająca odrzuciła ofertę spełniającą wymogi ogłoszenia o zamówieniu wskazując podstawy, które nie zostały przewidziane w tym ogłoszeniu (wyrok Medipac – Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, pkt 54).
- 29 W związku z tym instytucja zamawiająca nie może po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu dokonać zmian specyfikacji technicznej dotyczących jednego z elementów zamówienia, z naruszeniem zasad równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązku przejrzystości. W tym względzie obojętne jest, czy element, do którego odwołuje się specyfikacja, jest nadal produkowany lub dostępny na rynku.
- 30 Na pytanie prejudycjalne należy więc odpowiedzieć, że art. 23 ust. 8 dyrektywy 2004/18 nie ma zastosowania do przetargu, którego wartość nie sięga określonego w tej dyrektywie

progu. W ramach przetargu publicznego nieobjętego zakresem tej dyrektywy, lecz mającego niewątpliwe znaczenie transgraniczne, co powinien ustalić sąd odsyłający, podstawowe i ogólne zasady traktatu, w szczególności zaś zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty spełniającej wymogi ogłoszenia o zamówieniu wskazując podstawy, które nie zostały w tym ogłoszeniu przewidziane.

**3.30. orzeczenie z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-425/14 *Impresa Edilux srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) przeciwko Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani i in.*, ECLI:EU:C:2015:721**

**W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

*Uwagi wstępne*

- 18 Pytania przedstawione przez sąd krajowy dotyczą wykładni art. 45 dyrektywy 2004/18. Niemniej jednak sąd odsyłający stwierdza we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że sporne w postępowaniu głównym zamówienie na roboty budowlane ma niższą wartość niż właściwy próg zastosowania tej dyrektywy, to znaczy próg przewidziany w jej art. 7 lit. c).
- 19 Należy wskazać, że szczególne i rygorystyczne procedury przewidziane w dyrektywach Unii w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość przekracza próg wyraźnie przewidziany w każdej z tych dyrektyw. W związku z tym przepisy tych dyrektyw nie mają zastosowania do zamówień, których wartość nie osiąga określonego w nich progu (zob. wyrok *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 15 i przytoczone tam orzecznictwo). W związku z tym art. 45 dyrektywy 2004/18 nie ma zastosowania w ramach postępowania głównego.
- 20 Jednakże z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że okoliczność, iż sąd odsyłający zadał pytanie prejudycjalne, powołując się wyłącznie na określone przepisy prawa Unii, nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał przekazał temu sądowi wszelkie wskazówki dotyczące wykładni, które mogą być pomocne w rozstrzygnięciu rozpatrywanej przez niego sprawy, niezależnie od tego, czy sąd ten powołał się na nie w treści pytań. W tym zakresie do Trybunału należy wyprowadzenie z całości informacji przedstawionych mu przez sąd krajowy, a w szczególności z uzasadnienia postanowienia odsyłającego, tych aspektów prawa Unii, które wymagają dokonania wykładni w świetle przedmiotu sporu (zob. w szczególności wyrok *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve i in.*, C-225/13, EU:C:2014:245, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 21 Zgodnie z równie ustalonym orzecznictwem udzielanie zamówień publicznych, które ze względu na ich wartość nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw Unii, podlega jednak podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, w szczególności zasadzie równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada niewątpliwe transgraniczne znaczenie w świetle określonych obiektywnych kryteriów (zob. podobnie wyrok *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 16 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 22 W tym zakresie sąd odsyłający dopuszcza stosowanie w rozpoznawanym przez niego sporze zasad prawa Unii i stwierdza w tym kontekście istnienie określonego znaczenia transgranicznego, ponieważ przepisy szczególnego uregulowania postępowania w sprawie



zamówienia będącego przedmiotem sporu dotyczą udziału przedsiębiorstw innych niż przedsiębiorstwa mające siedzibę we Włoszech.

- 23 W tych okolicznościach należy uznać, że pierwsze pytanie dotyczy interpretacji podstawowych i ogólnych zasad traktatowych, o których mowa w pkt 21 niniejszego wyroku.
- 24 Nie ma natomiast konieczności udzielania odpowiedzi na pytanie drugie. W rzeczywistości bowiem, jak wynika z uzasadnienia postanowienia odsyłającego, pytanie to dotyczy w szczególności art. 45 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2004/18, który przewiduje wyjątek dla nadrzędnych wymogów interesu ogólnego od przewidzianego w akapicie pierwszym tego ustępu obowiązku wykluczenia przez instytucję zamawiającą z udziału w przetargu publicznym każdego kandydata lub oferenta, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu jednej z przyczyn lub kilku przyczyn wymienionych w tym przepisie.

*W przedmiocie pytania pierwszego*

- 25 Pytanie pierwsze należy w związku z tym rozumieć jako dotyczące zasadniczo tego, czy podstawowe i ogólne zasady traktatowe, a w szczególności zasada równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikający z niej obowiązek przejrzystości, powinny być rozumiane w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisowi krajowemu, na podstawie którego instytucja zamawiająca może przewidzieć, że kandydat lub oferent zostaje wykluczony z przetargu dotyczącego zamówienia publicznego, jeśli nie złoży on wraz z ofertą pisemnego oświadczenia o przyjęciu zobowiązań i deklaracji zawartych w porozumieniu o zgodności z prawem, takiego jak oświadczenie w postępowaniu głównym, które ma na celu zwalczanie infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych.
- 26 Trybunał orzekł już, że należy przyznać państwom członkowskim określony zakres uznania w celu umożliwienia im przyjmowania środków mających zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości, które obowiązują instytucje zamawiające we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić w świetle charakterystycznych dla niego względów historycznych, prawnych, ekonomicznych i społecznych sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tej zasady i tego obowiązku (zob. podobnie wyrok Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 31, 32 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Zdaniem sądu odsyłającego porozumienie o zgodności z prawem, takie jak sporne w postępowaniu głównym, ma na celu zapobieganie fenomenowi infiltracji i zwalczanie go, w szczególności w sektorze zamówień publicznych, zorganizowanej przestępczości, która jest mocno zakorzeniona w niektórych regionach południowych Włoch. Służy ono również ochronie zasad konkurencji i przejrzystości, jakie leżą u podstaw uregulowań włoskiego i Unii w dziedzinie zamówień publicznych.
- 28 Należy stwierdzić, że przeciwdziałając działalności przestępczej i zakłóceniom konkurencji w sektorze zamówień publicznych, środek taki jak obowiązek oświadczenia o przyjęciu takiego rodzaju porozumienia o zgodności z prawem wydaje się być w stanie umocnić równe traktowanie i przejrzystość w udzielaniu zamówień. Ponadto, jako że obowiązek ten ciąży bez różnicy na każdym kandydacie lub ofercie, nie kłóci się on z zasadą niedyskryminacji.
- 29 Niemniej jednak, zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, taki środek nie powinien wychodzić poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu (zob. podobnie wyrok Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 30 W tym zakresie należy, po pierwsze, odrzucić argument Edilux i SICEF, zgodnie z którym oświadczenie o przyjęciu określonych zobowiązań stanowi nieskuteczny środek zwalczania infiltracji zorganizowanej przestępczości, ponieważ przestrzeganie tych zobowiązań może zostać zweryfikowane jedynie po udzieleniu danego zamówienia.
- 31 Sąd odsyłający wyjaśnia bowiem, że aby były one wiążące, warunki porozumień o zgodności z prawem powinny być uprzednio przyjęte jako przesłanka dopuszczenia do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, oraz że jeżeli sam tylko brak przestrzegania tych warunków na etapie wykonania podlegałoby sankcjom, skutek w postaci maksymalnej antycypacji poziomu ochrony i odstraszania zostałby zmniejszony do zera. W tych okolicznościach, z uwagi na zakres uznania przyznany państwu członkowskim, o którym przypomniano w pkt 26 niniejszego wyroku, nie można uznać, że obowiązek oświadczenia o przyjęciu zobowiązań zawartych w porozumieniu o zgodności z prawem od początku uczestnictwa w przetargu w celu udzielenia zamówienia wychodzi poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonych celów.
- 32 Po drugie, jeżeli chodzi o treść spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem, to zobowiązania, które powinni przyjąć kandydaci lub oferenci na podstawie lit. a)–d) tego porozumienia, polegają zasadniczo na wskazaniu stanu zaawansowania prac, przedmiotu, kwoty i podmiotów korzystających z umów o podwykonawstwo i umów pochodnych, a także sposobu wyboru kontrahentów, na zasygnalizowaniu każdej próby zaburzenia, nieprawidłowości lub zakłócenia w przeprowadzaniu postępowania przetargowego oraz w wykonaniu umowy, na współpracy z siłami policji poprzez donoszenie o każdej próbie wymuszenia, zastraszania lub wywarcia wpływu o charakterze przestępczym, oraz na włączaniu podobnych warunków do umów o podwykonawstwo. Zobowiązania te pokrywają się z oświadczeniami zawartymi w tym porozumieniu w lit. h)–j).
- 33 Jeżeli chodzi o oświadczenie takie jak znajdujące się pod lit. g) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem, zgodnie z którym uczestnik oświadcza, że nie zawarł lub nie zawrze żadnego porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego zmierzającego do ograniczenia lub uniknięcia konkurencji, to ogranicza się ono do celu polegającego na ochronie zasad konkurencji i przejrzystości postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych.
- 34 Takie zobowiązania i oświadczenia dotyczą lojalnego zachowania kandydata lub oferenta wobec występującej w postępowaniu głównym instytucji zamawiającej oraz współpracy z siłami porządkowymi. W związku z tym nie wychodzą one poza to, co jest konieczne dla zwalczania infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych.
- 35 Niemniej jednak lit. e) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem obejmuje oświadczenie, zgodnie z którym uczestnik nie pozostaje w żadnym stosunku kontroli lub powiązania z innymi konkurentami.
- 36 Tymczasem, jak podniosła Komisja Europejska w uwagach na piśmie, z orzecznictwa Trybunału wynika, że automatyczne wykluczenie kandydatów lub oferentów, którzy pozostają w takim stosunku z innymi kandydatami lub oferentami, wychodzi poza to, co jest konieczne dla zapobiegania zachowaniem polegającym na zмовie, a tym samym dla zapewnienia stosowania zasady równego traktowania i przestrzegania obowiązku przejrzystości. Takie automatyczne wykluczenie stanowi bowiem niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu ofert złożonych w tym samym przetargu przez przedsiębiorstwa, które łączy stosunek kontroli, lub przez związek przedsiębiorstw. 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 najszerszego udziału oferentów w przetargu (zob. podobnie wyroki: Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 28–30; a także Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 39, 40).

- 37 We wspomnianej lit. e) znajduje się również oświadczenie, zgodnie z którym uczestnik nie zawarł lub nie zawrze porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego. Wykluczając w ten sposób jakiekolwiek porozumienie pomiędzy uczestnikami, w tym porozumienia, które nie są w stanie ograniczać gry konkurencyjnej, takie oświadczenie wychodzi poza to, co jest konieczne dla ochrony zasady konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych. Z tego powodu takie oświadczenie różni się od oświadczenia znajdującego się w lit. g) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem.
- 38 Z powyższego wynika, że obowiązek złożenia przez uczestnika postępowania przetargowego oświadczenia, po pierwsze, o braku stosunku kontroli lub pozostawania w związku z innymi konkurentami, oraz po drugie, o braku porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego, z tym skutkiem, że w braku takiego oświadczenia zostaje on automatycznie wykluczony z tego postępowania, narusza zasadę proporcjonalności.
- 39 Podobne rozważania powinny również mieć zastosowanie w odniesieniu do oświadczenia znajdującego się pod lit. f) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem, zgodnie z którym uczestnik oświadcza, że nie podzleci żadnego rodzaju zadania innym przedsiębiorstwom uczestniczącym w przetargu oraz że ma on świadomość, że w przeciwnym przypadku nie otrzyma on zgody na takie umowy podwykonawstwa. Takie oświadczenie oznacza bowiem niewzruszalne domniemanie, zgodnie z którym ewentualne podzlecenie przez wykonującego zamówienie po udzieleniu zamówienia innemu uczestnikowi tego samego przetargu skutkować będzie złą między dwoma odnośnymi przedsiębiorstwami, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że jest przeciwnie. W ten sposób oświadczenie takie wychodzi poza to, co jest konieczne dla zapobiegania zachowaniom stanowiącym złą.
- 40 Ponadto z uwagi na cel, jakim jest zapobieganie fenomenowi infiltracji zorganizowanej przestępczości i zwalczanie go, każdy ewentualny nacisk wywierany na przedsiębiorstwo, któremu udzielono zamówienia, przez inne przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu w celu przyznania ostatniemu z wymienionych przedsiębiorstw wykonania zamówienia, powinien zostać podany do wiadomości instytucji zamawiającej, a w odpowiednim wypadku doniesiony siłom policji zgodnie z lit. b), c), g), h) i i) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem.
- 41 Z uwagi na powyższe na pierwsze zadane pytanie należy odpowiedzieć, że podstawowe i ogólne zasady traktatowe, a w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikające z nich obowiązki przejrzystości, powinny być interpretowane w ten sposób, iż nie sprzeciwiają się one przepisowi prawa krajowego, na podstawie którego instytucja zamawiająca może przewidzieć, że kandydat lub oferent zostaje automatycznie wykluczony z postępowania przetargowego dotyczącego zamówienia publicznego, z powodu braku złożenia wraz z ofertą pisemnego oświadczenia o przyjęciu zobowiązań i deklaracji zawartych w porozumieniu o zgodności z prawem, takim jak sporne w postępowaniu krajowym, którego celem jest zwalczanie infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych. Niemniej jednak ponieważ porozumienie to zawiera oświadczenia, że kandydat lub oferent nie znajduje się w stosunku kontroli lub powiązania z innymi kandydatami lub oferentami, że nie zawarł on ani nie zawrze porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego i nie podzleci żadnego rodzaju zadań innym przedsiębiorstwom uczestniczącym w tym postępowaniu, brak takich oświadczeń nie może skutkować automatycznym wykluczeniem kandydata lub oferenta ze wspomnianego postępowania.

**3.31. orzeczenie z dnia 17 listopada 2015 r. C-115/14 *Regiopost GmbH & Co. KG przeciwko Stadt Landau in der Pfalz*, ECLI:EU:C:2015:760**

**W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

*Co do istoty sprawy*

W przedmiocie pytania pierwszego

- 53 Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe rozważania dotyczące dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, należy uznać, że poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 26 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stanowi on przeszkodę dla uregulowania jednostki administracji regionalnej państwa członkowskiego takiego jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, nakazującym oferentom i ich podwykonawcom zobowiązanie się w drodze pisemnego oświadczenia, które należy dołączyć do oferty, do zapłaty pracownikom zatrudnionym przy wykonywaniu usług będących przedmiotem rozpatrywanego zamówienia publicznego minimalnego wynagrodzenia określonego przez wspomniane uregulowanie.
- 54 W tym względzie przepis krajowy taki jak § 3 LTTG, jako że ustanawia wymóg, by wszyscy oferenci i podwykonawcy zobowiązali się wobec instytucji zamawiającej wypłacać pracownikom mającym realizować dane zamówienie publiczne określone ustawowo minimalne wynagrodzenie, należy zakwalifikować jako „warunek szczególny związany z realizacją zamówienia” dotyczący „kwestii społecznych” w rozumieniu art. 26 tej dyrektywy.
- 55 W niniejszym przypadku ten warunek szczególny został wyszczególniony zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji warunków zamówienia, w związku z czym proceduralna przesłanka przejrzystości zawarta w tym artykule jest spełniona.
- 56 Ponadto z motywu 33 tej dyrektywy wynika, że warunek szczególny związany z realizacją zamówienia jest zgodny z prawem Unii, wyłącznie jeżeli nie jest dyskryminujący w sposób bezpośredni lub pośredni. Bezsporne jest zaś, że przepis krajowy taki jak ten będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym spełnia ten warunek.
- 57 Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, jeżeli krajowy akt prawny należy do dziedziny będącej przedmiotem wyczerpującej harmonizacji na szczeblu Unii, powinien być on oceniany w świetle przepisów tego środka harmonizacji, a nie postanowień prawa pierwotnego Unii (zob. podobnie w szczególności wyroki: *DaimlerChrysler*, C-324/99, EU:C:2001:682, pkt 32; *Brzeziński*, C-313/05, EU:C:2007:33, pkt 44; *Komisja/Węgry*, C-115/13, EU:C:2014:253, pkt 38).
- 58 Zaś zgodnie z treścią art. 26 dyrektywy 2004/18 warunki szczególne związane z realizacją zamówienia można wprowadzić „pod warunkiem, że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty”.
- 59 Wynika z tego, że omawiana dyrektywa nie reguluje w sposób wyczerpujący dziedziny warunków szczególnych związanych z realizacją zamówienia, przez co uregulowania będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym można oceniać w świetle prawa pierwotnego Unii.
- 60 Wobec tego, zgodnie z motywem 34 dyrektywy 2004/18, w ramach badania zgodności krajowego przepisu będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym z prawem Unii należy sprawdzić, czy w sytuacjach z elementem transgranicznym, w których pracownicy z jednego państwa członkowskiego świadczą usługi w innym państwie członkowskim w celu realizacji zamówienia publicznego, w stosunku do delegowanych pracowników przestrzegane są w państwie przyjmującym minimalne warunki określone w dyrektywie 96/71.

- 61 W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że sąd odsyłający zastanawia się nad skutkami krajowego przepisu będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym dla przedsiębiorstw mających siedzibę poza niemieckim terytorium, które to przedsiębiorstwa mogły przejawiać zainteresowanie udziałem w danym przetargu publicznym i rozważać delegowanie swoich pracowników na to terytorium, ze względu na to, że przedsiębiorstwa te mogły zrezygnować z tego udziału ze względu na stawiany im wymóg zobowiązania się do przestrzegania minimalnego wynagrodzenia określonego w LTTG. Należy więc zbadać ten przepis krajowy w świetle art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71.
- 62 W tym względzie należy stwierdzić, że przepis taki jak § 3 LTTG należy zakwalifikować jako „przepis ustawowy” w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret pierwsze tej dyrektywy, ustanawiający „minimalne stawki płacy” w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy lit. c) tej samej dyrektywy. Po pierwsze bowiem, w odróżnieniu od ustawy o udzielaniu zamówień publicznych kraju związkowego Dolna Saksonia, będącej przedmiotem sprawy Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189), przepis taki jak § 3 LTTG sam ustanawia omawianą minimalną stawkę wynagrodzenia. Po drugie, w czasie wystąpienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym ani AEntG, ani inne uregulowanie krajowe nie przewidywały dla branży usług pocztowych niższego wynagrodzenia.
- 63 Kwalifikacji tej nie podważa fakt, że rozpatrywany przepis krajowy znajduje zastosowanie do zamówień publicznych, a nie do zleceń prywatnych, gdyż przesłanka powszechnego zastosowania, określona w art. 3 ust. 8 akapit pierwszy dyrektywy 96/71, stosuje się wyłącznie do układów zbiorowych lub do orzeczeń arbitrażowych, o których mowa w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret drugie tej dyrektywy.
- 64 Ponadto skoro przepis krajowy będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym jest objęty zakresem art. 26 dyrektywy 2004/18, który dopuszcza pod pewnymi warunkami wymóg minimalnego wynagrodzenia w zamówieniach publicznych, nie można wymagać, by przepis ten wykraczał poza tę szczególną dziedzinę i obowiązywał ogólnie przy wszystkich rodzajach zamówień, w tym prywatnych.
- 65 Ograniczenie zakresu stosowania przepisu krajowego do zamówień publicznych wynika bowiem po prostu z istnienia szczególnych dla tej dziedziny norm prawa Unii, które w niniejszym przypadku zawarte są w dyrektywie 2004/18.
- 66 Wynika z tego, że art. 26 dyrektywy 2004/18 w związku z dyrektywą 96/71 zezwala na to, by przyjmujące państwo członkowskie ustanowiło w ramach udzielania zamówienia publicznego bezwzględnie wiążącą normę minimalnej ochrony, o której mowa w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy lit. c) tej dyrektywy, taką jak ta będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, wymagającą od przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich stosowania minimalnej stawki wynagrodzenia wobec pracowników oddelegowanych na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego w celu realizacji tego zamówienia publicznego. Tego rodzaju norma jest bowiem elementem składowym poziomu ochrony, który należy zapewnić omawianym pracownikom (zob. podobnie wyrok Laval un Partneri, C-341/05, EU:C:2007:809, pkt 74, 80, 81).
- 67 Tego rodzaju wykładnię art. 26 dyrektywy 2004/18 potwierdza ponadto analiza tego przepisu w świetle art. 56 TFUE, ponieważ dyrektywa ta ma między innymi na celu realizację swobody świadczenia usług, stanowiącą jedną z podstawowych swobód zagwarantowanych przez traktat (zob. analogicznie wyrok Rüffert, C-346/06, EU:C:2008:189, pkt 36).
- 68 Ponadto z motywu 2 omawianej dyrektywy wynika, że zawarte w niej przepisy służące koordynacji w zakresie zamówień publicznych powyżej określonej wartości powinny być interpretowane zgodnie z regułami i zasadami traktatu, w tym tymi dotyczącymi swobody świadczenia usług.

- 69 W tym względzie z orzecznictwa Trybunału wynika, że nakazanie, na podstawie przepisów krajowych, zapłaty minimalnego wynagrodzenia przez oferentów i ich potencjalnych podwykonawców mających siedzibę w państwie członkowskim innym niż to, do którego należy instytucja zamawiająca, i w którym minimalne stawki wynagrodzenia są niższe, stanowi dodatkowy ciężar gospodarczy, którego skutkiem może być powstrzymanie, utrudnienie lub zmniejszenie atrakcyjności realizacji ich świadczeń w przyjmującym państwie członkowskim. W związku z tym przepis tego rodzaju jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym może stanowić ograniczenie w rozumieniu art. 56 TFUE (zob. podobnie wyrok Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 30).
- 70 Taki przepis krajowy co do zasady może być uzasadniony celem ochrony pracowników (zob. podobnie wyrok Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 31).
- 71 Jednak, jak wskazał sąd odsyłający, powstaje pytanie, czy z pkt 38–40 wyroku Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189) wynika, że takie uzasadnienie nie może zostać przyjęte ze względu na to, że minimalne wynagrodzenie określone w § 3 ust. 1 LTTG ma zastosowanie wyłącznie do zamówień publicznych, z pominięciem zleceń prywatnych.
- 72 Na pytanie to należy udzielić odpowiedzi przeczącej.
- 73 Ze wspomnianych pkt 38–40 wyroku Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189) wynika bowiem, że choć w ramach badania pod kątem art. 56 TFUE krajowego przepisu będącego przedmiotem sprawy Rüffert Trybunał uznał, iż przepisu tego nie można uzasadnić celem ochrony pracowników, uczynił to w oparciu o pewne swoiste cechy tego przepisu, odróżniające go widocznie od przepisu krajowego będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym.
- 74 W wyroku Rüffert (C-346/06, EU:C:2008:189) Trybunał oparł się na stwierdzeniu, że przedmiotem sporu był w tej sprawie układ zbiorowy, mający zastosowanie wyłącznie do branży budowlanej, nieobejmujący zleceń prywatnych i nieuznany za powszechnie stosowany. Ponadto Trybunał zwrócił uwagę, że stawka wynagrodzenia ustalona w tym układzie zbiorowym przekraczała minimalne wynagrodzenie obowiązujące w tym sektorze na mocy AEntG.
- 75 Natomiast stawka minimalnego wynagrodzenia obowiązująca na podstawie przepisu będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym ustalona jest w drodze przepisu ustawowego, który jako bezwzględnie wiążąca norma ochrony minimalnej ma zasadniczo zastosowanie, ogólnie, do wszystkich przetargów publicznych w kraju związkowym Nadrenia-Palatynat, bez względu na branżę.
- 76 Ponadto ten przepis ustawowy zapewnia minimalną ochronę socjalną, gdyż w czasie gdy miały miejsce okoliczności faktyczne rozpatrywane w postępowaniu głównym, ani AEntG, ani inne uregulowanie krajowe nie przewidywały dla branży usług pocztowych niższego wynagrodzenia minimalnego.
- 77 Zważywszy na całość powyższych wywodów, na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, iż art. 26 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu jednostki administracji regionalnej państwa członkowskiego, takiemu jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nakazuje oferentom i ich podwykonawcom przedstawienie przy składaniu oferty pisemnego zobowiązania do zapłaty pracownikom zatrudnionym przy realizacji usług będących przedmiotem danego zamówienia publicznego minimalnego wynagrodzenia określonego przez wspomniane uregulowanie.
- W przedmiocie pytania drugiego
- 78 W pytaniu drugim sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 26 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu jednostki administracji



regionalnej państwa członkowskiego, takiemu jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, wymagającego wykluczenia z udziału w przetargu publicznym oferentów i ich podwykonawców, którzy odmówią przedstawienia przy składaniu oferty pisemnego zobowiązania do zapłaty pracownikom zatrudnionym przy realizacji usług będących przedmiotem danego zamówienia publicznego minimalnego wynagrodzenia określonego przez wspomniane uregulowanie.

- 79 Z odpowiedzi udzielonej na pytanie pierwsze wynika, że wspomniany art. 26 należy interpretować w ten sposób, iż nie sprzeciwia się on uregulowaniu jednostki administracji regionalnej państwa członkowskiego, takiemu jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nakazuje oferentom i ich podwykonawcom przedstawienie przy składaniu oferty pisemnego zobowiązania do zapłaty pracownikom zatrudnionym przy realizacji usług będących przedmiotem danego zamówienia publicznego minimalnego wynagrodzenia określonego przez wspomniane uregulowanie.
- 80 Paragraf 3 ust. 1 LTTG stanowi również, że w przypadku braku tego oświadczenia przy składaniu oferty oraz niezłożenia go na wezwanie oferta zostaje wykluczona z przetargu.
- 81 Ponadto § 7 LTTG ustanawia system kar mających zastosowanie w sytuacjach, gdy takie pisemne zobowiązanie zostało dołączone do oferty, lecz nie dochowano go w toku realizacji zamówienia. System ten nie ma znaczenia dla sprawy głównej, dotyczącej wykluczenia oferenta, który odmówi dołączenia takiego zobowiązania do oferty.
- 82 W niniejszym przypadku RegioPost został wykluczony z udziału w przetargu będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym po tym, jak odmówił usunięcia braku swojej oferty poprzez dołączenie pisemnego zobowiązania do przestrzegania wymogu wypłacania minimalnego wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 LTTG.
- 83 Wykluczenia z udziału w tym przetargu nie można zaś zakwalifikować jako kary. Jest ono jedynie konsekwencją uchybienia, polegającego na braku dołączenia do oferty pisemnych zobowiązań wymaganych w § 3 ust. 1 LTTG, co stanowi uchybienie wymogowi zapisanemu w sposób szczególnie przejrzysty w ogłoszeniu o zamówieniu, mającemu na celu podkreślenie przede wszystkim wagi przestrzegania bezwzględnie obowiązującej normy minimalnej ochrony, wyraźnie dozwolonemu na podstawie art. 26 dyrektywy 2004/18.
- 84 Tym samym, ponieważ artykuł ten nie zabrania też wymagania pisemnego zobowiązania do przestrzegania tej normy, zezwala on na tego rodzaju wykluczenie.
- 85 Waga przestrzegania tej bezwzględnie wiążącej normy minimalnej ochrony wynika ponadto wyraźnie z motywu 34 dyrektywy 2004/18, ponieważ stanowi on, że niedochowanie nałożonych w tej dziedzinie przez prawo krajowe obowiązków, w szczególności w zakresie warunków pracy, może zostać uznane przez państwa członkowskie za poważne naruszenie lub wykroczenie wobec zasad etyki zawodowej przez danego wykonawcę, które może prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w przetargu publicznym.
- 86 Ponadto uciążliwość spełnienia przez oferentów i w razie potrzeby przez ich podwykonawców wymogu dołączenia zobowiązania o przestrzeganiu minimalnego wynagrodzenia, takiego jak to określone w § 3 ust. 1 LTTG, jest minimalna, tym bardziej że może się sprowadzać do wypełnienia przez nich przygotowanych wcześniej formularzy.
- 87 Odpowiedni i proporcjonalny charakter wykluczenia podmiotu gospodarczego z udziału w przetargu publicznym, takiego jak to przewidziane w § 3 ust. 1 LTTG, wynika również z okoliczności, że przepis ten wyraźnie przewiduje, iż wykluczenie można zastosować dopiero po tym, jak w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania oferty poprzez dołączenie tego zobowiązania dany podmiot odmówi, tak jak w niniejszym przypadku, zastosowania się do tego wezwania.

- 88 Zważywszy na całość powyższych wywodów, na pytanie drugie należy opowiedzieć, iż art. 26 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu jednostki administracji regionalnej państwa członkowskiego, takiemu jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, wymagającemu wykluczenia z udziału w przetargu publicznym oferentów i ich podwykonawców, którzy odmówią przedstawienia przy składaniu oferty pisemnego zobowiązania do zapłaty pracownikom zatrudnionym przy realizacji usług będących przedmiotem danego zamówienia publicznego minimalnego wynagrodzenia określonego przez wspomniane uregulowanie.

### **3.32. orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA*, ECLI:EU:C:2016:199**

*W przedmiocie pytania pierwszego*

- 21 Poprzez swoje pytanie pierwsze sąd odsyłający pyta w istocie, czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by odwołanie główne – wniesione przez oferenta zainteresowanego uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów dokonujących jego transpozycji – mające na celu wykluczenie innego oferenta, zostało uznane za niedopuszczalne na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, przewidujących pierwszeństwo badania odwołania wzajemnego wniesionego przez tego drugiego oferenta.
- 22 Sąd odsyłający pragnie w szczególności ustalić, czy dokonana przez Trybunał w wyroku *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) wykładnia art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 znajduje zastosowanie w przypadku, w którym wszystkie przedsiębiorstwa uczestniczące w spornym przetargu, choć początkowo dopuszczone w liczbie większej niż dwa, zostały wykluczone przez podmiot zamawiający, przy czym wykluczenie to nie zostało zaskarżone przez przedsiębiorstwa inne niż dwa przedsiębiorstwa biorące udział w postępowaniu głównym.
- 23 W kwestii tej należy przypomnieć, że zgodnie z postanowieniami art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 te same dyrektywy, aby odwołania od decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą mogły zostać uznane za skuteczne, muszą być one dostępne co najmniej dla każdego, kto ma, względnie miał, interes w uzyskaniu określonego zamówienia i kto poniósł w związku z nim szkodę lub był narażony na jej poniesienie w wyniku podnoszonego naruszenia.
- 24 W pkt 33 wyroku *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) Trybunał uznał, że odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, którego oferta nie została wybrana, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania, gdyż w takiej sytuacji każdy z konkurentów może powołać się na równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.
- 25 W pkt 34 tego samego wyroku Trybunał dokonał zatem wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w ten sposób, że przepis ten sprzeciwia się temu, aby odwołanie oferenta, którego oferta nie została wybrana, zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego zbadania zarzutu niedopuszczalności podniesionego w ramach odwołania wzajemnego wybranego oferenta, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności obydwu ofert z wymogami wskazanymi w specyfikacji warunków zamówienia.

- 26 Wyrok ów konkretyzuje przywołane w pkt 23 niniejszego wyroku wymogi sformułowane w przepisach prawa Unii w warunkach, w których w wyniku przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia.
- 27 W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.
- 28 Przywołana w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku wykładnia dokonana przez Trybunał w wyroku *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) ma zastosowanie w kontekście takim jak zaistniały w postępowaniu głównym. Po pierwsze, każdy z uczestników sporu ma bowiem równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych konkurentów. Po drugie, co podniósł rzecznik generalny w pkt 37 swojej opinii, nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw wykluczenia ofert tak wybranego oferenta, jak i oferenta kwestionującego decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania.
- 29 Liczba uczestników postępowania o udzielenie odnośnego zamówienia publicznego, podobnie jak liczba jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżności w podnoszonych w odwołaniach zarzutów nie mają znaczenia dla stosowania zasady prawnej wynikającej z wyroku *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448).
- 30 W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by odwołanie główne – wniesione przez oferenta zainteresowanego uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów dokonujących jego transpozycji – mające na celu wykluczenie innego oferenta, zostało uznane za niedopuszczalne na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, przewidujących pierwszeństwo badania odwołania wzajemnego wniesionego przez tego drugiego oferenta.

*W przedmiocie pytania drugiego*

*W przedmiocie części pierwszej*

- 31 Za pomocą pierwszej części pytania drugiego sąd odsyłający pragnie w istocie ustalić, czy art. 267 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie stosowaniu przepisu prawa krajowego w zakresie, w jakim przepis ten jest interpretowany w ten sposób, że jeśli chodzi o wątpliwość dotyczącą wykładni lub ważności prawa Unii, izba sądu orzekającego w ostatniej instancji, która nie podziela podejścia przyjętego w orzeczeniu pełnego składu tegoż sądu, musi przekazać temu ostatniemu ową kwestię do rozstrzygnięcia i tym samym zostaje pozbawiona możliwości wystąpienia z odesłaniem prejudycjalnym do Trybunału.
- 32 Zgodnie z wcześniejszym orzecnictwem Trybunału sądy krajowe mają jak najszerze uprawnienie do wystąpienia do Trybunału o wykładnię przepisów prawa Unii wymagających zastosowania z ich strony (zob. podobnie wyrok: *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, EU:C:1974:3, pkt 3), przy czym uprawnienie to przekształca się w obowiązek sądów orzekających w ostatniej instancji, z zastrzeżeniem wyjątków sformułowanych w orzecznictwie

Trybunału (zob. podobnie wyrok: Cilfit i in., 283/81, EU:C:1982:335, pkt 21 i sentencja). Przepis prawa krajowego nie może stać na przeszkodzie – w zależności od przypadku – skorzystaniu przez sąd krajowy z tego uprawnienia (zob. podobnie wyroki: Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73, EU:C:1974:3, pkt 4; Melki i Abdeli, C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 42; a także Elcinow, C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 27), względnie wywiązaniu się z tego obowiązku.

- 33 Zarówno wspomniana możliwość, jak i przywołany obowiązek stanowią nieodłączne elementy ustanowionego na mocy art. 267 TFUE systemu współpracy pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem, i są nieodłącznie związane ze sprawowaniem funkcji sądów stosujących prawo Unii, powierzonych przez tenże przepis sądom krajowym.
- 34 W konsekwencji, gdy rozpatrujący sprawę sąd krajowy uzna, że w ramach rozpatrywanej sprawy powstaje pytanie dotyczące wykładni lub ważności prawa Unii, ma on możliwość lub, w zależności od przypadku, obowiązek zwrócenia się do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, a rzeczony uprawnienie, względnie obowiązek nie mogą napotykać na przeszkodę w postaci krajowych norm wynikających z przepisów prawnych, czy też z orzecznictwa.
- 35 W niniejszej sprawie przepis prawa krajowego nie może stać na przeszkodzie zwróceniu się przez izbę sądu ostatniej instancji, skonfrontowaną z kwestią dotyczącą wykładni dyrektywy 89/665, do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.
- 36 W świetle całokształtu powyższych rozważań na pierwszą część pytania drugiego należy odpowiedzieć, że art. 267 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie stosowaniu przepisu prawa krajowego w zakresie, w jakim przepis ten jest interpretowany w ten sposób, że jeśli chodzi o wątpliwość dotyczącą wykładni lub ważności prawa Unii, izba sądu orzekającego w ostatniej instancji, która nie podziela podejścia przyjętego w orzeczeniu pełnego składu tegoż sądu, musi przekazać temu ostatniemu ową kwestię do rozstrzygnięcia i tym samym zostaje pozbawiona możliwości wystąpienia z odesłaniem prejudycjalnym do Trybunału.

W przedmiocie części drugiej i trzeciej

- 37 Za pomocą drugiej i trzeciej części pytania drugiego, które należy zbadać łącznie, sąd odsyłający pragnie w istocie ustalić, czy art. 267 TFUE należy interpretować w ten sposób, że po uzyskaniu od Trybunału odpowiedzi na zadane przez sąd i dotyczące wykładni prawa Unii pytanie lub gdy orzecznictwo Trybunału udziela już jasnej odpowiedzi na takie pytanie, sąd ten powinien uczynić wszystko co niezbędne, aby wykładnia ta została wprowadzona w życie.
- 38 W kwestii tej należy przypomnieć, że wyrok wydany przez Trybunał w trybie prejudycjalnym wiąże sąd krajowy w zakresie dotyczącym wykładni lub ważności rozpatrywanych aktów instytucji Unii przy rozstrzyganiu zawisłego przed nim sporu (zob. wyrok Elcinow, C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo). Dlatego też sąd krajowy, który jako sąd orzekający w ostatniej instancji wykonuje obowiązek nałożony na niego w art. 267 akapit trzeci TFUE, jest przy rozstrzyganiu zawisłego przed nim sporu głównego związany dokonaną przez Trybunał wykładnią spornych przepisów i w danym przypadku nie może uwzględnić orzecznictwa sądów krajowych, jeśli uzna, że nie jest ono zgodne z prawem Unii (zob. podobnie wyrok Elcinow, C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 30).
- 39 Należy również przypomnieć, że skuteczność (effet utile) art. 267 TFUE zostałaby osłabiona, gdyby sąd krajowy natrafiał na przeszkodę uniemożliwiającą natychmiastowe stosowanie prawa Unii zgodnie z orzeczeniem lub orzecznictwem Trybunału (zob. podobnie wyrok Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, pkt 20).

- 40 Sąd krajowy, do którego w ramach zakresu jego właściwości należy stosowanie przepisów prawa Unii, jest zobowiązany zapewnić pełną skuteczność tych norm, w razie konieczności z własnej inicjatywy, odstępując od stosowania wszelkich niezgodnych z nimi przepisów prawa krajowego, także późniejszych, bez potrzeby zwracania się o ich uprzednie usunięcie w drodze ustawodawczej lub w ramach innej procedury konstytucyjnej (zob. przede wszystkim wyroki: *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, pkt 21, 24; a także, ostatnio, *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 Niezgodne z wymogami wynikającymi z samej natury prawa Unii byłyby bowiem wszelkie przepisy obowiązujące w krajowym porządku prawnym oraz wszelka praktyka legislacyjna, administracyjna lub sądowa, powodujące ograniczenie skuteczności tego prawa poprzez odmowę przyznania sądowi właściwemu w kwestii jego zastosowania uprawnienia do uczynienia, w momencie stosowania tego prawa, wszystkiego, co niezbędne do pominięcia przepisów prawa krajowego stojących ewentualnie na przeszkodzie pełnej skuteczności prawa Unii (zob. wyroki: *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, pkt 22; a także *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 42 Mając na uwadze całokształt powyższych rozważań, na drugą i trzecią część pytania drugiego należy odpowiedzieć w ten sposób, iż art. 267 TFUE należy interpretować w ten sposób, że po uzyskaniu od Trybunału odpowiedzi na zadane przez sąd i dotyczące wykładni prawa Unii pytanie lub gdy orzecznictwo Trybunału udziela już jasnej odpowiedzi na takie pytanie, izba sądu orzekającego w ostatniej instancji musi sama uczynić wszystko co niezbędne do tego, aby ta wykładnia prawa Unii została wprowadzona w życie.

**3.33. orzeczenie z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta, ECLI:EU:C:2016:214**

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)  
z dnia 7 kwietnia 2016 r.(\*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe wykonawców – Artykuł 48 ust. 3 – Możliwość polegania na zdolności innych podmiotów – Warunki i zasady – Charakter powiązań między oferentem a innymi podmiotami – Zmiana oferty – Unieważnienie i powtórzenie aukcji elektronicznej – Dyrektywa 2014/24/UE

W sprawie C-324/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 18 czerwca 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 7 lipca 2014 r., w postępowaniu:

**Partner Apelski Dariusz**

przeciwko

**Zarządowi Oczyszczania Miasta,**

przy udziale:

**Remondis sp. z o.o.,**

**MR Road Service sp. z o.o.,**

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: A. Tizzano (sprawozdawca), wiceprezes Trybunału, pełniący obowiązki prezesa pierwszej izby, F. Biltgen, E. Levits, M. Berger i S. Rodin, sędziowie,

rzecznik generalny: N. Jääskinen,

sekretarz: K. Malacek, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 maja 2015 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Partner Apelski Dariusz przez T. Krzeñniaka, adwokata,
- w imieniu Zarządu Oczyszczania Miasta przez K. Wąsika, radcę prawnego,
- w imieniu Remondis sp. z o.o. oraz MR Road Service sp. z o.o. przez K. Kamińskiego oraz K. Dajczera, radców prawnych,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczyńską, a także M. Szwarc oraz D. Lutostańską, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu hiszpańskiego przez J. Garcíę-Valdecasas Dorrego, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu łotewskiego przez I. Kalniņša oraz I. Nesterovą, działających w charakterze pełnomocników,



– w imieniu Komisji Europejskiej przez K. Herrmann oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 8 września 2015 r.,

wydaje niniejszy

### Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2, 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką Partner Apelski Dariusz (zwaną dalej „Partnerem”) a Zarządem Oczyszczania Miasta miasta Warszawa (zwanym dalej „ZOMem”) dotyczącego wykluczenia PARTNER-a z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic Warszawy (Polska) w latach 2014–2017.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

#### Dyrektywa 2004/18

- 3 Motyw 46 dyrektywy 2004/18 brzmi następująco:  
„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. A zatem należy dopuszczać stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień: »najniższej ceny« i »oferty najkorzystniejszej ekonomicznie«.  
Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić – ustanowiony przez orzecznictwo – obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiającej uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i [trybu], które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty [...]”.
- 4 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:  
„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.
- 5 Artykuł 44 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień”, przewiduje:  
„1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55, z uwzględnieniem art. 24, po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47–52, oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3.  
  
2. Instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48.

Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia [muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego].

Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

[...].

- 6 Artykuł 47 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa”, w ust. 2 stanowi:

„Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”.

- 7 Zgodnie z art. 48 tej dyrektywy, zatytułowanym „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe”:

„1. Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane zgodnie z ust. 2 i 3.

2. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

a) [...]

(ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. [...]

[...]

3. Wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

[...].

- 8 Artykuł 51 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Dokumenty i informacje dodatkowe”, przewiduje:

„Instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub [prosić] o ich wyjaśnienie”.

- 9 Artykuł 54 tejże dyrektywy, zatytułowany „Zastosowanie aukcji elektronicznych”, ma następujące brzmienie:

„1. Państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość stosowania aukcji elektronicznych przez instytucje zamawiające.

[...]

4. Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej instytucje zamawiające dokonują pełnej wstępnej oceny ofert, zgodnie z ustalonym kryterium/ustalonymi kryteriami udzielenia zamówienia oraz przypisaną im wagą.

Wszyscy oferenci, którzy przedstawiają dopuszczalne oferty, zostaną jednocześnie zaproszeni drogą elektroniczną do przedstawienia nowych cen lub nowych wartości [...].

[...]

8. Po zamknięciu aukcji elektronicznej instytucje zamawiające udzielają zamówienia zgodnie z art. 53 na podstawie wyników aukcji elektronicznej.

Instytucje zamawiające nie mogą korzystać z aukcji elektronicznych w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji”.

#### Dyrektywa 2014/24

- 10 Motyw 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65) ma następującą treść:

„[...] należy zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych przyjęte na podstawie [...] dyrektywy [...] 2004/18/WE [...], aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych [...]. Istnieje również konieczność doprecyzowania podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

- 11 Artykuł 63 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Poleganie na zdolności innych podmiotów”, otrzymał następujące brzmienie:

„1. W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

[...]

2. W przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta [...].”

- 12 Zgodnie z art. 90 ust. 1 tej dyrektywy:

„Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r. [...]”.

#### *Prawo polskie*

- 13 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do polskiego porządku prawnego mocą ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 907, 984, 1047, 1473 i Dz.U. z 2014 r., poz. 423, zwanej dalej „ustawą PZP”).

- 14 Artykuł 26 ust. 2b ustawy PZP ma następujące brzmienie:  
„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.
- 15 Artykuł 83 ust. 2 i 3 ustawy PZP przewiduje:  
„2. Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.  
3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca”.
- 16 Artykuł 91b ust. 1 ustawy PZP stanowi:  
„Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”.
- 17 Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP:  
„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.
- 18 Paragraf 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), ma następujące brzmienie:  
„Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy [PZP], polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy [PZP], zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:  
1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy [PZP] – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;  
2) dokumentów dotyczących w szczególności:  
a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,  
b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,  
c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,  
d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 19 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w grudniu 2013 r. ZOM wszczął postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic miasta stołecznego Warszawa w sezonie zimowym i letnim w latach

2014–2017. Oczyszczanie zimowe, będące przedmiotem tego zamówienia polega na zapobieganiu i likwidowaniu śliskości zimowej poprzez posypywanie i płuzenie jezdni ulic różnej kategorii dróg miejskich, a oczyszczanie letnie obejmuje zmiatanie i zmywanie jezdni ulic.

- 20 ZOM podjął decyzję o prowadzeniu przetargu obejmującego przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Rzeczne zamówienie zostało podzielone na osiem części obejmujących poszczególne dzielnice Warszawy, a oferenci mogli złożyć jedną ofertę dotyczącą całego zamówienia lub ofertę częściową.
- 21 Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy w celu wykazania ich kwalifikacji technicznych musieli przedstawić wykaz usług polegających na zimowym utrzymaniu jezdni dróg technologią zwilżoną wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu złożenia oferty. Całkowita minimalna wartość tych usług powinna wynosić 1 000 000 PLN (złotych polskich) (około 224 442 EUR) w odniesieniu do każdej z ośmiu części zamówienia. W rezultacie w celu złożenia oferty na całe zamówienie, oferent musiał wykazać usługi o wartości co najmniej 8 000 000 PLN (około 1 795 537 EUR).
- 22 Po opublikowaniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia o zamówieniu Partner zgłosił swoją kandydaturę, podnosząc, że w ostatnich trzech latach wykonał czternaście usług, z których dwanaście wskazywało na jego własne doświadczenie, a dwie na doświadczenie PUM sp. z o.o. (zwanej dalej „PUMem”), z siedzibą w Grudziądzu (Polska), mieście położonym około 230 km od Warszawy.
- 23 Partner dołączył ponadto do oferty zobowiązanie PUMu, zgodnie z którym ta ostatnia spółka udostępni Partnerowi swe zasoby, w szczególności w formie usług doradczych obejmujących między innymi przeszkolenie jego pracowników oraz udzielanie mu pomocy w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą pojawiać się na etapie realizacji zamówienia. Partner wskazał również, że do celów wykonania zamówienia współpraca ta zostanie uregulowana w umowie między przedsiębiorcami.
- 24 W dniu 26 lutego 2014 r. ZOM zwrócił się do Partnera o wyjaśnienia w zakresie szczegółowego charakteru działań PUMu oraz wpływu, jaki mogą one mieć na jakość i sprawność usług wykonywanej na terenie Warszawy, zważywszy w szczególności na odległość dzielącą Grudziądz od Warszawy.
- 25 ZOM uznawszy, że odpowiedź Partnera jest niewystarczająca, gdyż wiedza i doświadczenie PUMu nie mogą zostać udostępnione z uwagi na brak osobistego i realnego uczestnictwa tej spółki w realizacji zamówienia, wezwał go w piśmie z dnia 11 marca 2014 r. do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.
- 26 W odpowiedzi z dnia 18 marca 2014 r., kwestionując jednocześnie stanowisko ZOMu, Partner zwrócił się o uwzględnienie jego oferty w celu udzielenia każdej z ośmiu części zamówienia zgodnie z określoną kolejnością.
- 27 ZOM odrzucił jednak ofertę Partnera w całości i zakończył postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, przeprowadzwszy uprzednio aukcję elektroniczną.
- 28 Partner wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym żądał unieważnienia decyzji wykluczającej go z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego oraz decyzji w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do poszczególnych części tego zamówienia. Wniósł on również o dokonanie ponownej oceny złożonych w tym postępowaniu ofert i dopuszczenie go do nowej aukcji elektronicznej.
- 29 W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że za »stosowne sytuacje«, w których wykonawca może polegać na zdolnościach

innych podmiotów, należy uznać każdą sytuację, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać? Czy też wskazanie, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów jedynie w »stosownych sytuacjach« należy uznać za ograniczenie wskazujące, że takie powoływanie się może następować jedynie wyjątkowo, a nie jako reguła przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?

- 2) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia »niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań« oraz »dysponowanie zasobami« tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu) albo udział ten może polegać na »doradztwie«, »konsultacjach«, »szkoleniu« itp.? Czy też art. 48 ust. 3 należy interpretować w ten sposób, że podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?
- 3) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że wykonawca, który ma własne doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu (np. niewystarczającym dla złożenia oferty na wszystkie części zamówienia), może powoływać się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu?
- 4) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może (lub nawet powinien) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?
- 5) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zdolności innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, w ramach którego nastąpi sumowanie zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą?
- 6) A tym samym, czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na taką interpretację art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 [...], zgodnie z którą spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez instytucję zamawiającą może być jedynie formalne dla celów udziału w postępowaniu i niezależne od rzeczywistych kwalifikacji wykonawcy?
- 7) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na to, by, w przypadku gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wykonawca po złożeniu ofert, np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, zadeklarował, do której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu?
- 8) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na unieważnienie prze-



prowadzonej aukcji i powtórzenie aukcji elektronicznej, w przypadku gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty?

- 9) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku takiej aukcji bez jej powtarzania, w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik?
- 10) Czy przy interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18 [...] dozwolone jest posługiwanie się treścią przepisów i preambuły dyrektywy [...] 2014/24 [...], pomimo że nie upłynął czas na jej implementację, jako przesłanką interpretacyjną w zakresie, w jakim wyjaśnia ona pewne założenia i intencje ustawodawcy Unii, a nie jest sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18 [...]?”.

### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

*W przedmiocie pytań od pierwszego do trzeciego, piątego i szóstego*

- 30 W swych pytaniach od pierwszego do trzeciego, piątym i szóstym, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający zwraca się w istocie o określenie przesłanek, które muszą być spełnione, aby wykonawca mógł polegać na zdolnościach innych podmiotów w rozumieniu art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oraz wyjaśnienie zasad udostępnienia niezbędnych zasobów przez takie podmioty, a zatem ich ewentualnego udziału w wykonaniu danego zamówienia.
- 31 Aby odpowiedzieć na te pytania, należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 to instytucje zamawiające sprawdzają predyspozycje kandydatów lub oferentów zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 47–52 tej dyrektywy.
- 32 Ponadto, na mocy art. 44 ust. 2 wskazanej dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca może żądać od wykonawców spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a także kwalifikacji technicznych i zawodowych zgodnie z art. 47 i 48 tej dyrektywy.
- 33 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33).
- 34 Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, założonym w dyrektywach z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających. Ponadto wykładnia ta sprzyja także ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co zgodnie z jej motywem 32 jest również założeniem dyrektywy 2004/18 (wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 35 Wynika stąd, że uwzględniając wagę, jaką posiada ono w ramach przepisów Unii z dziedziny zamówień publicznych, prawo ustanowione w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tejsz dyrektywy stanowi ogólną zasadę, którą instytucje zamawiające muszą wziąć pod uwagę przy wykonywaniu swych kompetencji w zakresie weryfikacji zdolności oferenta do wykonania określonego zamówienia.

- 36 W tym kontekście okoliczność, że zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach”, nie może być interpretowana, jak zdaje się sugerować w szczególności sąd odsyłający, w ten sposób, że taki podmiot może odwołać się do zdolności podmiotów trzecich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.
- 37 Należy wobec tego stwierdzić w pierwszej kolejności, że o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób.
- 39 W drugiej kolejności, jak orzekł już Trybunał, przepisy dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwiają się temu, aby korzystanie z prawa ustanowionego w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tej dyrektywy było ograniczone w wyjątkowych okolicznościach (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 36).
- 40 Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne roboty budowlane wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny (wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35).
- 41 Ponadto nie można wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania danego zamówienia. W rezultacie w takich okolicznościach oferent może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia.
- 42 W niniejszym przypadku sąd odsyłający wyraża wątpliwości w kwestii, czy Partner może rzeczywiście polegać na zdolnościach PUMu, w tym znaczeniu, że zdolności te mogą prowadzić do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 zważywszy, że takie udostępnienie polegałoby jedynie na prowadzeniu działalności doradczej i szkoleniowej przy całkowitym braku bezpośredniego udziału PUM-u w wykonywaniu tego zamówienia.
- 43 Należy w tym względzie zauważyć, że zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania głównego, opisane w pkt 19 niniejszego wyroku, obejmuje kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic Warszawy w sezonie zimowym i letnim w czteroletnim okresie.
- 44 Co się tyczy w szczególności oczyszczania w sezonie zimowym z postanowienia odsyłającego wynika, że świadczenie tej usługi wymaga specjalistycznych umiejętności oraz dogłębnej znajomości topografii Warszawy, a przede wszystkim wymaga zdolności natychmiastowego reagowania w celu zapewnienia w krótkim czasie określonych standardów utrzymania dróg.
- 45 Ponadto usługa ta jest oparta na wykorzystaniu szczególnej technologii, wymagającej odpowiedniego doświadczenia i wysokich umiejętności w zakresie wykorzystywania tej

technologii, która jako jedyna pozwala na właściwe wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, przy jednoczesnym uniknięciu niebezpiecznych skutków w zakresie ruchu drogowego.

- 46 W tym kontekście konkretna realizacja takiego zamówienia wymaga udziału doświadczonego personelu, który w szczególności w drodze bezpośrednich obserwacji stanu nawierzchni dróg oraz pomiarów przeprowadzonych na miejscu pozwala na przewidzenie, a w każdym razie odpowiednie zaspokojenie specyficznych potrzeb tego zamówienia.
- 47 Tymczasem, uwzględniając przedmiot zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego oraz jego cele, nie można wykluczyć, że planowany udział PUMu polegający wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym i szkoleniowym nie może być uznany za dostateczny do zapewnienia, że Partnerowi zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania tego zamówienia w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 33 niniejszego wyroku. Potwierdza to tym bardziej okoliczność, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, siedziba PUMu znajduje się w mieście Grudziądz, w odległości około 230 km od Warszawy.
- 48 W tej sytuacji do sądu odsyłającego należy – z uwzględnieniem wszystkich szczególnych elementów zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego – ustalenie, czy takie udostępnienie może zostać dokonane w sposób odpowiadający wymogom wskazanym w rzeczonym orzecznictwie.
- 49 Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności, na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste należy odpowiedzieć, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że:
- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz
  - nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.

#### *W przedmiocie pytania czwartego*

- 50 W pytaniu czwartym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma możliwość wskazania wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów.
- 51 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, jak zauważono w pkt 33 i 49 niniejszego wyroku, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania na zdolnościach innych podmiotów, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia.
- 52 W tym celu, o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru

prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań (wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r., Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 28).

- 53 Z tego względu instytucja zamawiająca nie może co do zasady ustanowić wyraźnych wymogów mogących stanowić przeszkodę w wykonywaniu prawa przysługującego każdemu wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów w szczególności poprzez wskazanie z góry szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może powołać się na zdolności tych innych podmiotów. Jest tak tym bardziej, że w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów.
- 54 Wobec tego, jak zostało stwierdzone w odpowiedzi na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste, a także uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach, takich jak wskazane w pkt 39–41 niniejszego wyroku.
- 55 Tymczasem w takich okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że instytucja zamawiająca może do celów prawidłowego wykonania danego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady umożliwiające wykonawcy poleganie na zdolnościach innych podmiotów.
- 56 Jednakże, jeżeli instytucja zamawiająca postanawia skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.
- 57 Taki wymóg pozwala ponadto zapewnić poszanowanie zasady przejrzystości w odniesieniu do zasad przyjętych przez instytucję zamawiającą, stwarzając jednocześnie wykonawcom możliwość zaproponowania instytucji zamawiającej alternatywnych zasad polegania na zdolnościach innych podmiotów gwarantujących, że rzeczzone zdolności zostaną rzeczywiście udostępnione.
- 58 W rezultacie na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, iż art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.

#### *W przedmiocie pytania siódmego*

- 59 W pytaniu siódmym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego uwzględniła wnioski wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty do celów udzielenia wyłącznie niektórych części tego zamówienia.
- 60 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty.
- 61 W związku z tym, po pierwsze, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wy-

nika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 62 Ponadto, jak orzekł Trybunał, zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 63 Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych (wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 64 W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).
- 65 Ponadto, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37).
- 66 W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, ZOM, który miał wątpliwości, czy Partner posiada zasoby niezbędne do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, zwrócił się do tej spółki po złożeniu przez nią oferty o wykazanie w szczegółach, jaki charakter będzie miał udział PUMu w wykonaniu tego zamówienia.
- 67 W odpowiedzi na to żądanie wyjaśnień Partner zwrócił się do ZOMu, w razie gdyby uznał on, że wykazane doświadczenie jest niedostateczne, o zakwalifikowanie zasobów wskazanych przez niego w odniesieniu do każdej z ośmiu części zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego zgodnie z określoną kolejnością, tak aby ewentualne wykluczenie nie dotyczyło całego zamówienia, lecz jedynie poszczególnych części, co do których nie spełniał on wymaganych warunków.
- 68 Tymczasem nie ulega wątpliwości, że taka informacja, w której wykonawca wskazuje instytucji zamawiającej, po otwarciu ofert, kolejność poszczególnych części danego zamówienia,

zgodnie z którą powinna być oceniana jego oferta, z pewnością nie jest jedynie niewielkim wyjaśnieniem lub poprawieniem oczywistych błędów materialnych w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 63 niniejszego wyroku i stanowi de facto istotną zmianę, prowadzącą raczej do przedstawienia nowej oferty.

- 69 Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może pozwolić wykonawcy na sprecyzowanie w taki sposób jego pierwotnej oferty, pod rygorem naruszenia zasad równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 43).
- 70 Z powyższego wynika, że na pytanie siódme należy odpowiedzieć, iż wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

*W przedmiocie pytań ósmego i dziewiątego*

- 71 Poprzez pytania ósme i dziewiąte, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik.
- 72 Zgodnie z motywem 14 i art. 1 ust. 7 dyrektywy 2004/18 korzystanie z aukcji elektronicznych umożliwia instytucjom zamawiającym, po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert, zaproszenie oferentów do przedstawienia nowych, obniżonych cen oraz w przypadku udzielenia zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie także zaproszenie do ulepszenia innych niż cena elementów ofert.
- 73 W ramach takiej procedury, jak stwierdza wskazany motyw, dyrektywa 2004/18 wymaga wyraźnie, aby aukcje elektroniczne odbywały się w zgodzie z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.
- 74 W tym celu, po pierwsze, art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18 przewiduje, że każdy oferent, który przedstawi dopuszczalną ofertę, zostaje zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej w celu przedstawienia nowych cen lub nowych wartości.
- 75 Po drugie, art. 54 ust. 8 akapit drugi tej dyrektywy stanowi wyraźnie, że instytucje zamawiające, w przypadku podjęcia przez nie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej nie mogą korzystać z takiego trybu postępowania w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 76 Wynika stąd, że jeżeli oferent przedstawia dopuszczalną ofertę i spełnia w związku z tym kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, instytucja zamawiająca, zgodnie z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18, ma zapewnić, że ten oferent może, stosownie do okoliczności, skorzystać z przysługującego mu prawa do udziału w aukcji elektronicznej.
- 77 W rezultacie, jeżeli taki oferent nie został zaproszony do udziału w rzeczonyj aukcji, to jak zauważył rzecznik generalny w pkt 52 opinii, zasady równego traktowania i niedyskrymi-



nacji wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 nakazują instytucji zamawiającej unieważnienie i powtórzenie takiej aukcji.

- 78 W tym względzie należy dodać, że taki wniosek narzuca się niezależnie od kwestii, czy udział wykluczonego wykonawcy zmieniłby wynik danej aukcji.
- 79 Korzystanie z prawa oferenta do udziału w aukcji elektronicznej nie może bowiem w żadnym razie być uzależnione od przewidywanego wyniku tej aukcji i nie może zostać z góry wykluczone z uwagi na hipotetyczne rozważania instytucji zamawiającej.
- 80 Innymi słowy, jak zauważa również Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu odsyłającym, nie można a priori wykluczyć, że wykonawca niedopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej przedstawiłby najkorzystniejszą ofertę, tak że błąd popełniony przez instytucję zamawiającą pociąga za sobą konieczność unieważnienia i powtórzenia aukcji.
- 81 Na pytania ósme i dziewiąte należy zatem odpowiedzieć, że wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.

*W przedmiocie pytania dziesiątego*

- 82 Poprzez pytanie dziesiąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 mogą być interpretowane w świetle przepisów dyrektywy 2014/24, mimo iż termin transpozycji tej ostatniej dyrektywy jeszcze nie upłynął, i w zakresie, w jakim przepisy dyrektywy 2014/24 nie są sprzeczne z przepisami dyrektywy 2004/18.
- 83 Aby odpowiedzieć na to pytanie należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 84 W postępowaniu głównym odnośnie postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 24 grudnia 2013 r., podczas gdy dyrektywa 2014/24 została przyjęta dopiero w dniu 26 lutego 2014 r., a zgodnie z jej art. 90 termin transpozycji dyrektywy upłynie w dniu 18 kwietnia 2016 r.
- 85 W tej sytuacji dyrektywa 2014/24 nie znajduje zastosowania *ratione temporis* w postępowaniu głównym.
- 86 Ponadto zastosowanie dyrektywy 2014/24, która, jak wynika z samego jej tytułu, uchyla dyrektywę 2004/18, przed upływem terminu jej transpozycji powodowałoby, że państwa członkowskie oraz instytucje zamawiające nie dysponowałyby dostatecznym terminem na przystosowanie się do nowych przepisów wprowadzonych tą dyrektywą.
- 87 W związku z powyższym należy zauważyć, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, poprzez swe pytanie sąd odsyłający dąży w szczególności do ustalenia, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, który przyznaje każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, należy interpretować z uwzględnieniem treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, który stanowi przepis odpowiadający wskazanemu art. 48.

- 88 W tym względzie należy stwierdzić, jak czyni to sąd odsyłający, że art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie w jaki sposób wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.
- 89 Natomiast art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”.
- 90 Tymczasem, o ile prawdą jest, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie, to jednak art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego.
- 91 Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym.
- 92 W tej sytuacji wskazany przepis dyrektywy 2014/24 nie może być wykorzystywany jako kryterium w celu interpretacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, gdyż w tym wypadku nie chodzi o rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści tego ostatniego przepisu.
- 93 Odmienne podejście wprowadzałoby w pewnym sensie ryzyko nieprawidłowego zastosowania z wyprzedzeniem nowego systemu prawnego odmiennego od systemu prawnego przewidzianego w dyrektywie 2004/18 i byłoby wyraźnie sprzeczne z zasadą pewności prawa w odniesieniu do wykonawców, której zapewnienie jest wyraźnym celem dyrektywy 2014/24, jak wynika w szczególności z jej motywu 2.
- 94 W świetle powyższego na pytanie dziesiąte należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

### **W przedmiocie kosztów**

- 95 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 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 w związku z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że:**
- **przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz**
  - **nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdol-**

nościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.

- 2) Artykuł 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz względem nich proporcjonalne.
- 3) Wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.
- 4) Wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.
- 5) W okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18.

Podpisy

---

\* Język postępowania: polski.

**3.34. orzeczenie 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**

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)  
z dnia 14 lipca 2016 r.(\*)

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18/WE – Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Zgodność z prawem obowiązku wykonania pewnej części zamówienia bez udziału podwykonawców

– Rozporządzenie (WE) nr 1083/2006

– Przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności

– Obowiązek państw członkowskich dokonania korekty finansowej

w stosunku do wykrytych nieprawidłowości – Pojęcie „nieprawidłowości”

– Konieczność dokonania korekt w przypadku naruszenia prawa Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych

W sprawie C-406/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Polska) postanowieniem z dnia 3 czerwca 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 27 sierpnia 2014 r., w postępowaniu:

**Wrocław – miasto na prawach powiatu**

przeciwko

**Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju,**

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: L. Bay Larsen, prezes izby, D. Šváby (sprawozdawca), J. Malenovský, M. Safjan i M. Vilaras, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Wrocławia – miasta na prawach powiatu, przez W. Szustera, radcę prawnego,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczyń, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez B.R. Killmanna, A. Tokára oraz przez M. Owsiany-Hornung, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2015 r.,

wydaje następujący

## Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 25 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132; sprostowanie Dz.U. 2004, L 351, s. 44), zmienionej rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. (Dz.U. 2005, L 333, s. 28) (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18”), a także wykładni art. 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.U. 2006, L 210, s. 25).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Wrocławiem – miastem na prawach powiatu (Polska) a Ministrem Infrastruktury i Rozwoju w przedmiocie decyzji nakładającej na owo miasto korektę finansową z powodu zarzucanego naruszenia dyrektywy 2004/18 w ramach udzielania zamówienia publicznego na roboty budowlane współfinansowanego z funduszy Unii Europejskiej.

## Ramy prawne

### *Prawo Unii*

#### Dyrektywa 2004/18

- 3 Zgodnie z art. 7 lit. c) dyrektywy 2004/18 akt ten ma zastosowanie w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych w sporze w postępowaniu głównym do niepodlegających wyłączeniu zamówień publicznych na roboty budowlane, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od 5 278 000 EUR.
- 4 Możliwość przewidzenia przez oferenta zlecenia części zamówienia podwykonawcom została przewidziana, w szczególności w art. 25 owej dyrektywy, w następujący sposób:  
„W dokumentach zamówienia 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 zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców.  
Wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy”.
- 5 Artykuł 26 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Warunki realizacji zamówień”, stanowi:  
„Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych”.
- 6 Przepis ten został wyjaśniony w motywie 33 owej dyrektywy, który stanowi, iż warunki realizacji zamówienia są zgodne ze wskazaną dyrektywą, „pod warunkiem że nie są one, bezpośrednio lub pośrednio, dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia. Mogą one, w szczególności, zachęcać do organizacji wewnętrznych szkoleń zawodowych, zatrudniania osób mających szczególne trudności z integracją, a także zwalczania bezrobocia lub ochrony środowiska. Można na przykład ustanowić wymóg – odnoszący się do realizacji zamówienia – co do zatrudnienia osób długotrwale poszukujących pracy, co do przeprowadzenia szkoleń dla bezrobotnych lub młodocianych, co do przestrzegania postanowień Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP), o ile przepisy te nie zostały wdrożone do prawa krajowego, oraz co do za-

trudnienia większej liczby osób niepełnosprawnych, niż przewiduje to ustawodawstwo krajowe”.

- 7 Dyrektywa 2004/18 określa także kryteria kwalifikacji pozwalające wybrać kandydatów dopuszczonych do udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Artykuł 48 owej dyrektywy dotyczący kwalifikacji technicznych lub zawodowych brzmi następująco:

„[...]”

2. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

[...]

- b) wskazanie zaangażowanych pracowników technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy są one częścią przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych, odpowiedzialnych za kontrolę jakości, zaś w przypadku zamówień na roboty budowlane – tych, którymi ten przedsiębiorca budowlany będzie dysponował do wykonania robót budowlanych;

[...]

- i) wskazanie części zamówienia, której realizację usługodawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcy;

[...]

3. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

[...]

5. W procedurach udzielania zamówień publicznych, których przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, wykonania usług lub realizacji robót budowlanych, zdolność wykonawców do wykonania usług, instalacji lub robót może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności.

6. Instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert, które z dokumentów wymienionych w ust. 2 życzy sobie otrzymać”.

Rozporządzenie nr 1083/2006

- 8 Zgodnie z motywem 66 rozporządzenia nr 1083/2006:

„Powinno się określić zobowiązania państw członkowskich odnośnie do systemów zarządzania i kontroli, poświadczania wydatków oraz zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości i naruszeń prawa Wspólnoty, w celu zagwarantowania wydajnej i prawidłowej realizacji programów operacyjnych. [...]”.

- 9 Artykuł 1 tego rozporządzenia stanowi:

„Niniejsze rozporządzenie ustanawia ogólne zasady dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR), Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS) (zwanym dalej »funduszami strukturalnymi«) oraz Funduszu Spójności [...]



[...]

W tym celu niniejsze rozporządzenie ustanawia zasady partnerstwa, programowania, oceny, zarządzania, w tym zarządzania finansowego, monitorowania i kontroli, oparte na podziale obowiązków między państwa członkowskie a Komisję”.

- 10 Artykuł 2 pkt 7 omawianego rozporządzenia definiuje pojęcie „nieprawidłowości” jako „jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”.
- 11 Zgodnie z art. 9 ust. 5 rozporządzenia nr 1083/2006 działania finansowane z funduszy strukturalnych lub funduszy spójności powinny być zgodne z przepisami aktów prawa wtórnego.
- 12 Artykuł 98 owego rozporządzenia, zatytułowany „Korekty finansowe dokonywane przez państwa członkowskie”, przewiduje:
- „1. Państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych.
  2. Państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze.

[...]”.

*Prawo polskie*

- 13 Z postanowienia odsyłającego wynika, że art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „p.z.p.”) w wersji obowiązującej w chwili wystąpienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym miał następujące brzmienie:
- „Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom”.
- 14 Przepis ten został następnie zmieniony, otrzymując brzmienie, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie udzielonego mu zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu tego zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość rzeczzonego zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 15 W dniu 18 maja 2007 r. właściwa jednostka organizacyjna miasta Wrocław wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę odcinka obwodnicy. Przy realizacji tego projektu, którego koszty odpowiadały ok. 65 mln EUR, skorzystano z pomocy finansowej Unii na podstawie programu operacyjnego pomocy wspólnotowej na rzecz Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie infrastruktury i środowiska, w ramach celu „Konwergencja”, współfinansowanego z Funduszu Spójności i EFRR.

- 16 Pięciu spośród siedmiu wykonawców, którzy ubiegali się o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu, zostało zaproszonych do złożenia ofert. Skierowana do tych pięciu wykonawców specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała klauzulę o następującej treści:  
„Wykonawca zobowiązany jest wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem”.
- 17 W dniu 1 sierpnia 2008 r. miasto Wrocław udzieliło wybranemu wykonawcy zamówienia publicznego.
- 18 W wyniku postępowania administracyjnego toczącego się po wykonaniu tego zamówienia, wszczętego przez krajowe organy odpowiedzialne za kontrolę prawidłowości niektórych działań współfinansowanych przez Unię, zażądano od miasta Wrocław dokonania korekty finansowej w wysokości 8 600 473,38 PLN (złotych polskich) (ok. 1 960 000 EUR) w zakresie kwoty głównej, czyli 5% kwoty kosztów pokrytych ze środków publicznych, z powodu zarzucanej nieprawidłowości wspomnianej klauzuli w świetle dyrektywy 2004/18, która ma zastosowanie do rozpatrywanego zamówienia ze względu na jego wartość.
- 19 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym właściwy organ ostatniej instancji tego postępowania administracyjnego uzasadnił tę korektę finansową, po pierwsze, faktem, że sporna klauzula ogranicza możliwość korzystania z podwykonawstwa z naruszeniem art. 36 ust. 5 p.z.p. Celem tego przepisu jest bowiem zapewnienie, aby te części zamówienia, które wymagają szczególnej wiedzy i umiejętności, a których jakość wykonania jest zależna od indywidualnych właściwości wykonawcy, były faktycznie wykonywane przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Cel ten nabiera szczególnego znaczenia, w sytuacji gdy przepisy prawa krajowego obowiązujące w chwili wystąpienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym nie zezwalały wykonawcom na powoływanie się na kwalifikacje podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia kryteriów kwalifikacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- 20 Zdaniem tego organu instytucja zamawiająca stosująca art. 36 ust. 5 p.z.p. była wobec tego zobowiązana do wskazania konkretnych części rzeczzonego zamówienia, które przyszły wykonawca miał obowiązek wykonać osobiście. Tymczasem klauzula taka, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, która wskazuje jedynie w sposób domyślny udział procentowy robót odpowiadający części robót, które mają zostać wykonane przez wybranego oferenta, nie pozwala ustalić, wbrew celowi art. 36 ust. 5 p.z.p., czy ograniczenie podwykonawstwa dotyczy takiego zakresu robót, którego wykonanie wymaga szczególnych umiejętności. Owo naruszenie prawa krajowego stanowi jednocześnie naruszenie art. 25 dyrektywy 2004/18, przy czym wspomniany organ powołuje się w tym względzie na wyrok z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).
- 21 Po drugie, pomimo braku wpływu zarzucanego naruszenia prawa Unii na udzielenie rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia, ograniczenie podwykonawstwa niekorzystnie wpłynęło na ogólny budżet Unii. Ograniczenie to doprowadziło bowiem do ryzyka zachwiania równowagi konkurencyjnej mogącego powodować wzrost cen proponowanych w ofertach, a ryzyko takie jest wystarczającą przesłanką wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006.
- 22 Z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że stawka korekty finansowej zastosowana w niniejszym przypadku została ustalona za pomocą stosowanego przez właściwy organ taryfikatora.
- 23 Miasto Wrocław wniosło do sądu odsyłającego skargę na decyzję dotyczącą korekty finansowej, kwestionując zasadność obu części uzasadnienia, na których została oparta ta de-

cyzja. W odniesieniu do dopuszczalności spornej klauzuli specyfikacji istotnych warunków zamówienia miasto Wrocław podniosło, że art. 36 ust. 5 p.z.p. w wersji obowiązującej w chwili wystąpienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym zawierał zasadę, że wybrany oferent powinien wykonać zamówienie własnymi siłami, a korzystanie przez niego z podwykonawców było odstępstwem, i na tej podstawie instytucja zamawiająca mogła na to zezwolić, nie będąc jednak do tego zobowiązana. Sąd odsyłający wydaje się dzielić taką wykładnię rozpatrywanego przepisu.

- 24 Sąd ów uznaje, że dla rozstrzygnięcia rozpatrywanego przez niego sporu konieczne jest dokonanie przez Trybunał wykładni, po pierwsze, art. 25 dyrektywy 2004/18, zwłaszcza wyrażenia „części zamówienia” w celu ustalenia, czy przepis ten stoi na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca ustanowiła procentowe ograniczenie części zamówienia, które przyszły wykonawca będzie mógł zlecić podwykonawcom. Sąd odsyłający ma również wątpliwości co do tego, czy takie ograniczenie jest objęte art. 26 omawianej dyrektywy jako warunek realizacji w rozumieniu tego ostatniego przepisu.
- 25 Wspomniany sąd uważa, że z wyroku z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159) wynika, iż dyrektywa 2004/18 dopuszcza ograniczenie korzystania z podwykonawstwa przy realizacji zamówień publicznych, pod warunkiem że skutkiem jego zastosowania nie będzie pozbawienie możliwości udziału w postępowaniu przetargowym wykonawców, którzy chcą wykorzystać w przetargu potencjał techniczny i ekonomiczny podwykonawców. Niemniej wskazany wyrok nie rozstrzyga kwestii, czy instytucja zamawiająca ma prawo określić procentowo zakres prac, które wybrany oferent ma wykonać osobiście.
- 26 Ponadto sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy klauzula taka, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, poprzez ograniczenie możliwości dla małych i średnich przedsiębiorstw uczestnictwa w wykonaniu robót objętych zamówieniem publicznym, nie narusza zasady otwarcia zamówień publicznych na niezakłóconą konkurencję, które to otwarcie dotyczy wszystkich przedsiębiorstw, bez względu na ich wielkość, przy czym w opinii tego sądu wydaje się, że należy zwrócić szczególną uwagę w tym zakresie na małe i średnie przedsiębiorstwa. Sąd ów powołuje się w tej kwestii na orzecznictwo Trybunału, w szczególności na wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 33).
- 27 Po drugie, wspomniany sąd uznaje, że konieczne jest także uzyskanie wyjaśnień w odniesieniu do pojęcia „nieprawidłowości” w rozumieniu rozporządzenia nr 1083/2006, tak aby sąd ów mógł ocenić, czy w okolicznościach rozpatrywanej przez niego sprawy ewentualne naruszenie prawa Unii, które miało wpływ na postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jest na tyle istotne, że wymaga dokonania korekty finansowej.
- 28 W tym względzie sąd ten zmierza do ustalenia, czy jakiegokolwiek naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych może stanowić taką nieprawidłowość powodującą konieczność dokonania korekty finansowej, czy też należy wziąć pod uwagę konkretne okoliczności każdej indywidualnej sprawy, w szczególności skutki ewentualnego naruszenia tego prawa. W odniesieniu do tych konkretnych okoliczności sąd ów zauważa w zawisłej przed nim sprawie, że mające zastosowanie przepisy są interpretowane w ten sposób, iż nie wykluczają klauzuli takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, że owa klauzula zezwala jednak na korzystanie z podwykonawstwa dla 75% robót objętych zamówieniem, że klauzula ta nie jest kwestionowana oraz że przetarg odbył się w warunkach silnej konkurencji.
- 29 W tych okolicznościach Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie postanowił zawieść postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy w świetle art. 25 dyrektywy 2004/18 dopuszczalne jest określenie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [publicznego], że [wybrany oferent będzie] zobowiązany [...] wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem?
- 2) W razie odpowiedzi negatywnej na pytanie pierwsze – czy skutkiem zastosowania wymogu opisanego w pytaniu pierwszym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest takie naruszenie przepisów prawa Unii Europejskiej, które uzasadnia konieczność dokonania korekty finansowej w trybie art. 98 rozporządzenia [nr 1083/2006]?”.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### *W przedmiocie pytania pierwszego*

- 30 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca jest uprawniona do wymagania w drodze klauzuli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, by przyszły wykonawca tego zamówienia wykonał własnymi siłami pewną, określoną procentowo część robót objętych wspomnianym zamówieniem.
- 31 Zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 w dokumentach zamówienia 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 podmiotom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców.
- 32 Jak stwierdził Trybunał w pkt 31 wyroku z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), na mocy tego przepisu dyrektywa 2004/18 umożliwia odwołanie się do podwykonawców, nie stanowiąc ograniczeń w tym zakresie.
- 33 Natomiast art. 48 ust. 3 owej dyrektywy, który przewiduje dla oferentów możliwość udowodnienia, że spełnią oni określone przez instytucję zamawiającą minimalne wymogi w zakresie kwalifikacji technicznych i zawodowych poprzez wykorzystanie kwalifikacji podmiotów trzecich, o ile wykażą, że w przypadku udzielenia im zamówienia będą oni rzeczywiście dysponować niezbędnymi do jego wykonania zasobami, które nie stanowią ich własności, potwierdza możliwość korzystania przez oferentów z podwykonawstwa w celu wykonania danego zamówienia w zakresie co do zasady nieograniczonym.
- 34 Niemniej, jeżeli w dokumentach zamówienia wymaga się od oferentów wskazania w ich ofertach części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców, zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 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 (zob. podobnie wyrok z dnia 18 marca 2004 r., *Siemens i ARGE Telekom*, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 45).
- 35 Nie ma to jednak miejsca w kontekście zakresu klauzuli takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, która nakłada ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru odnośnych zadań. We wszystkich tych aspektach klauzula taka okazuje się niezgodna z dyrektywą 2004/18 mającą znaczenie dla sporu rozpatrywanego w postępowaniu głównym.

- 36 Ponadto, jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 41 opinii, klauzula taka, przy założeniu, że stanowi ona warunek wykonania zamówienia w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18, nie może zostać dopuszczona na podstawie tego artykułu, na mocy samego jego brzmienia, ponieważ jest ona niezgodna z art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, a zatem z prawem Unii.
- 37 W związku z powyższym na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, iż dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie jest uprawniona do wymagania w drodze klauzuli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, by przyszły wykonawca tego zamówienia wykonał własnymi siłami pewną, określoną procentowo część robót objętych wspomnianym zamówieniem.

*W przedmiocie pytania drugiego*

- 38 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006 w związku z jego art. 2 pkt 7 należy interpretować w ten sposób, iż okoliczność, że w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące projektu korzystającego z pomocy finansowej Unii instytucja zamawiająca wymagała, aby przyszły wykonawca realizował siłami własnymi co najmniej 25% wskazanych robót, z naruszeniem dyrektywy 2004/18, stanowi – w sytuacji takiej jak ta w sprawie w postępowaniu głównym – „nieprawidłowość” w rozumieniu wspomnianego art. 2 pkt 7, uzasadniającą konieczność dokonania korekty finansowej na mocy wspomnianego art. 98.
- 39 W odniesieniu do konkretnych okoliczności rozpatrywanej sprawy sąd odsyłający zauważa, że mające zastosowanie przepisy prawa krajowego są interpretowane w ten sposób, iż nie zakazują klauzuli takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, że klauzula ta zezwala jednak na korzystanie z podwykonawstwa dla 75% robót objętych zamówieniem, że klauzula ta nie została kwestionowana przez kandydatów zaproszonych do składania ofert, którzy znali jej treść, oraz że przetarg doprowadził do silnej konkurencji.
- 40 Zadane pytanie odnosi się zatem do dwóch kwestii dotyczących, po pierwsze, pojęcia „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 oraz, po drugie, mechanizmu korekty finansowej podlegającej na podstawie art. 98 wskazanego rozporządzenia wykonaniu przez organy krajowe w wypadku wystąpienia nieprawidłowości.
- 41 W pierwszej kolejności, w odniesieniu do wspomnianego pojęcia „nieprawidłowości”, zgodnie z art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 dotyczy ono jakiegokolwiek naruszenia przepisu prawa Unii wynikającego z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego.
- 42 Należy stwierdzić, że to ta ostatnia część tej definicji budzi wątpliwości sądu odsyłającego, jako że w niniejszej sprawie klauzula, którą w związku z odpowiedzią udzieloną na pytanie pierwsze należy uznać za sprzeczną z prawem Unii, wydała się temu sądowi pozbawiona konkretnych skutków.
- 43 W tym względzie należy zauważyć, że wprawdzie, jak wskazała rzecznik generalna w pkt 53–55 opinii, odnosząc się w szczególności do art. 9 ust. 5 rozporządzenia nr 1083/2006, a także analogicznie do wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r., *Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre* (C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 46, 47), Unia zmierza do finansowania z funduszy strukturalnych i funduszy spójności jedynie działań podejmowanych w całkowitej zgodności z prawem Unii.
- 44 Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 owego rozporządzenia wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nie-

prawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (zob. analogicznie wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 47).

- 45 W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu.
- 46 W drugiej kolejności, w odniesieniu do mechanizmu korekt finansowych przewidzianego w art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 98 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia przepis ów wymaga od państw członkowskich dokonania korekty finansowej w wypadku stwierdzenia nieprawidłowości.
- 47 Niemniej art. 98 ust. 2 akapit pierwszy wymaga również od właściwego organu krajowego ustalenia kwoty korekty, która ma zostać dokonana, przy uwzględnieniu trzech kryteriów, a mianowicie charakteru nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz.
- 48 Jeżeli chodzi o, tak jak w sprawie w postępowaniu głównym, nieprawidłowość jednorazową, a nie powtarzającą się, ten ostatni wymóg oznacza, że należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.
- 49 Wobec tego, nawet jeśli, jak wskazała rzecznik generalna w pkt 60 opinii, nie wyklucza to tego, że pierwsze obliczenie można przeprowadzić na podstawie taryfikatora zgodnego z zasadą proporcjonalności, to nie zmienia to jednak faktu, że przy ustalaniu końcowej kwoty korekty, która ma zostać dokonana, należy uwzględnić wszystkie szczególne cechy, jakie charakteryzują stwierdzoną nieprawidłowość, w porównaniu do elementów branych pod uwagę przy ustalaniu tego taryfikatora, które to cechy mogą uzasadniać dokonanie większej bądź niższej korekty.
- 50 Okoliczności takie jak zgodność z prawem krajowym klauzuli takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, obowiązek wykonania za pomocą zasobów własnych określonej części zamówienia i sam fakt stwierdzenia ryzyka, nawet niewielkiego, wystąpienia skutków finansowych, mogą mieć wpływ na końcową kwotę korekty finansowej, która ma zostać dokonana.
- 51 Na pytanie drugie należy zatem odpowiedzieć, że art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006 w związku z jego art. 2 pkt 7 należy interpretować w ten sposób, iż okoliczność, że w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące projektu korzystającego z pomocy finansowej Unii instytucja zamawiająca wymagała, aby przyszły wykonawca realizował siłami własnymi co najmniej 25% wskazanych robót, z naruszeniem dyrektywy 2004/18, stanowi „nieprawidłowość” w rozumieniu wspomnianego art. 2 pkt 7, uzasadniającą konieczność dokonania korekty finansowej na mocy wspomnianego art. 98, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. Kwotę tej korekty należy określić przy uwzględnieniu wszystkich konkretnych okoliczności, które są istotne z punktu widzenia kryteriów wskazanych w art. 98 ust. 2 akapit pierwszy wspomnianego rozporządzenia, a mianowicie charakteru stwierdzonej nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz.

### **W przedmiocie kosztów**

- 52 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.



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

- 1) Dyrektywę 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, zmienioną rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie jest uprawniona do wymagania w drodze klauzuli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, by przyszły wykonawca tego zamówienia wykonał własnymi siłami pewną, określoną procentowo część robót objętych wspomnianym zamówieniem.**
- 2) Artykuł 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 w związku z art. 2 pkt 7 tego rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, iż okoliczność, że w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące projektu korzystającego z pomocy finansowej Unii instytucja zamawiająca wymagała, aby przyszły wykonawca realizował siłami własnymi co najmniej 25% wskazanych robót, z naruszeniem dyrektywy 2004/18, stanowi „nieprawidłowość” w rozumieniu wspomnianego art. 2 pkt 7, uzasadniającą konieczność dokonania korekty finansowej na mocy wspomnianego art. 98, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. Kwotę tej korekty należy określić przy uwzględnieniu wszystkich konkretnych okoliczności, które są istotne z punktu widzenia kryteriów wskazanych w art. 98 ust. 2 akapit pierwszy wspomnianego rozporządzenia, a mianowicie charakteru stwierdzonej nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz.**

Podpisy

---

\* Język postępowania: polski.

### 3.35. orzeczenie z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-6/15 *TNS Dimarso NV przeciwko Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2016:555

#### W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 19 W pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że przy zamówieniu publicznym na usługi, które ma być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, owa instytucja musi zawsze podać do wiadomości potencjalnych oferentów, w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia dotyczących przetargu na to zamówienie, metodę oceny lub zasady określania wagi, na podstawie których oceniane będą oferty zgodnie z kryteriami udzielenia zamówienia opublikowanymi w tych dokumentach, lub, w braku takiego ogólnego obowiązku, czy okoliczności właściwe rozpatrywanemu zamówieniu mogą sprawiać, że taki obowiązek istnieje.
- 20 Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy wskazać, że gdy instytucja zamawiająca decyduje się na udzielenie zamówienia według oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 stanowi, iż instytucja ta powinna określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Waga ta może być wyrażona za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej określenie wagi nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, lub, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.
- 21 Wymogi te mają na celu, jak wyjaśnia motyw 46 dyrektywy 2004/18, umożliwienie uzyskania przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i trybu, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Ponadto stanowią wyraz określonego w art. 2 tej dyrektywy obowiązku, aby instytucje zamawiające traktowały oferentów w sposób zapewniający równe i niedyskryminacyjne traktowanie oraz działały w sposób przejrzysty.
- 22 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem 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 (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 listopada 2005 r., *ATI EAC e Viaggi di Maio i in.*, C-331/04, EU:C:2005:718, pkt 22; a także z dnia 24 maja 2016 r., *MT Højgaard i Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 23 I tak, Trybunał orzekł, że przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia publicznego powinny być jasno określone już z chwilą wszczęcia procedury w przedmiocie jego udzielenia (wyrok z dnia 10 maja 2012 r., *Komisja/Niderlandy*, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 56) oraz że instytucja zamawiająca może stosować podkryteria w odniesieniu do kryteriów udzielenia zamówienia, wyłącznie gdy podała je wcześniej do wiadomości oferentów (wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., *Evropaiki Dynamiki/EMSA*, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 31). Instytucja zamawiająca powinna również posługiwać się tą samą interpretacją kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania (wyrok z dnia 18 października 2001 r., *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 24 Wymogi te mają w zasadzie odpowiednio zastosowanie do obowiązku wskazania przez instytucję zamawiającą w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia „wagi” przypisywanej poszczególnym kryteriom udzielenia zamówienia. Trybunał orzekł więc, że instytucja zamawiająca nie może co do zasady stosować reguł dotyczących waż-

nia, o których nie powiadomiła uprzednio oferentów (zob. podobnie wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 38, 42).

- 25 W szczególności waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia powinna, z zastrzeżeniem przepisów art. 53 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2004/18, zostać jasno ustalona od samego początku przetargu, aby w ten sposób umożliwić oferentom obiektywne ustalenie faktycznego znaczenia danego kryterium udzielenia zamówienia w stosunku do innych podczas późniejszej oceny dokonywanej przez instytucję zamawiającą. Także stosunkowa waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia nie powinna ulegać zmianie przez cały czas trwania przetargu.
- 26 Jednakże Trybunał dopuścił możliwość, aby instytucja zamawiająca określiła po upływie terminu do składania ofert współczynniki wagi podkryteriów odpowiadających w istocie kryteriom, o których poinformowano uprzednio oferentów, pod trzema warunkami, a mianowicie pod warunkiem, że takie określenie podkryteriów, po pierwsze, nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia, po drugie, nie zawiera elementów, które gdyby były znane podczas przygotowania ofert, mogłyby mieć wpływ na to przygotowanie, i po trzecie, nie zostało przyjęte z uwzględnieniem elementów, które mogą mieć skutek dyskryminujący wobec jednego z oferentów (zob. wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Jednak ani art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, ani inny jej przepis nie ustanawia obowiązku, by instytucja zamawiająca podała do wiadomości potencjalnych oferentów, w drodze publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, metodę oceny stosowaną przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert w świetle kryteriów udzielenia zamówienia i ich wagi, ustalonych uprzednio w dokumentacji przetargowej.
- 28 Taki ogólny obowiązek nie wynika też z orzecznictwa Trybunału.
- 29 Trybunał uznał bowiem, że komisja przetargowa powinna posiadać pewną swobodę realizacji swego zadania, a tym samym może, nie zmieniając kryteriów udzielenia zamówienia określonych w specyfikacji warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, organizować swoją własną pracę w zakresie oceny i analizy przedstawionych ofert (zob. wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 35).
- 30 Swoboda ta jest uzasadniona z praktycznych względów. Instytucja zamawiająca powinna móc dostosować metodę oceny, którą będzie stosować w celu oceny i klasyfikacji ofert, w zależności od okoliczności danego postępowania.
- 31 Zgodnie z zasadami rządzącymi udzielaniem zamówień publicznych określonymi w art. 2 dyrektywy 2004/18 oraz aby uniknąć ryzyka faworyzowania kogokolwiek, metoda oceny stosowana przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert nie może co do zasady zostać określona po otwarciu ofert przez instytucję zamawiającą. Jednak jeżeli określenie tej metody przed otwarciem nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, jak wskazuje rząd belgijski, nie można zarzucać instytucji zamawiającej, że określiła ją dopiero po tym, jak instytucja zamawiająca lub jej komisja przetargowa zapoznała się treścią tych ofert.
- 32 W każdym razie, zgodnie ze wspomnianymi zasadami rządzącymi udzielaniem zamówień publicznych i z tym, co stwierdzono w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku, ustanowienie przez instytucję zamawiającą metody oceny po publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia nie może skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi.

- 33 W niniejszym przypadku należy się zastanowić, czy przetarg rozpatrywany w postępowaniu głównym był prowadzony z poszanowaniem obowiązków wynikających z art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, mając na uwadze fakt, że po pierwsze, instytucja zamawiająca wskazała jedynie w ogłoszeniu o zamówieniu dwa kryteria udzielenia zamówienia, czyli jakość i cenę, z punktacją „(50/100)” dla każdego z nich, i że po drugie, komisja przetargowa zastosowała skalę od oceny „bardzo dobrej” do „słabej”, między którymi mieściła się „zadowalająca”, w celu oceny kryterium jakości ofert, zaś nie zastosowała skali do kryterium cenowego udzielenia zamówienia.
- 34 W tym względzie należy wskazać, że dwie oceny „(50/100)” oznaczają, wedle wskazań sądu odsyłającego we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że oba kryteria udzielenia zamówienia mają takie samo znaczenie.
- 35 Okazuje się zaś, że takie postępowanie nie umożliwiałoby odzwierciedlenia – przy klasyfikacji oferentów mającej na celu wskazanie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – różnic jakościowych ofert w stosunku do ich ceny, z poszanowaniem wagi tych kryteriów udzielenia zamówienia przewidzianej w ocenie „(50/100)”. W szczególności wygląda na to, że takie postępowanie mogło mieć wpływ na kryterium ceny, nadając mu rozstrzygającą wagę w odniesieniu do ofert klasyfikowanych w skali jakości, o której mowa w pkt 33 niniejszego wyroku. Sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia opublikowanych w ogłoszeniu o zamówieniu była faktycznie przestrzegana przez instytucję zamawiającą przy ocenie ofert.
- 36 O ile instytucja zamawiająca może stosować skalę do oceny jednego z kryteriów udzielenia zamówienia bez jej publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, o tyle nie może to, jak już stwierdzono w pkt 32 niniejszego wyroku, skutkować zmianą stosunkowej wagi kryteriów udzielenia zamówienia opublikowanej w dokumentacji przetargowej.
- 37 W związku z tym z całości powyższych wywodów wynika, że odpowiedź na pytanie prejudycjalne powinna brzmieć, iż art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że przy zamówieniu publicznym na usługi, które ma być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, owa instytucja nie musi podać do wiadomości potencjalnych oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia dotyczących przetargu na to zamówienie metody oceny stosowanej przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert. Metoda ta nie może natomiast skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi.

### **3.36. orzeczenie z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych C-439/14 i C- 488/14 *S.C. Star Storage SA i in. przeciwko Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) i in., ECLI:EU:C:2016:688***

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 35 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że – jak wynika z wyjaśnień udzielonych przez dwa sądy odsyłające w odpowiedzi na wystosowane przez Trybunał żądanie udzielenia wyjaśnień oraz uwag przedstawionych na rozprawie – przepisy art. 271<sup>2</sup> ust. 1 i 2 oraz art. 271<sup>1</sup> ust. 5 zdanie ostatnie OUG nr 34/2006 zostały uznane za niezgodne z konstytucją rumuńską przez Curtea Constituțională (trybunał konstytucyjny) w wyrokach, odpowiednio, nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r.
- 36 Obydwa sądy odsyłające sprecyzowały, że w następstwie wydania ww. wyroków nie mogą one dalej stosować przywołanych przepisów, co rząd rumuński potwierdził na rozprawie. Wyraźnie zaznaczyły one jednak, że podtrzymują przedstawione pytania prejudycjalne,

ponieważ pozostałe przepisy rumuńskiego uregulowania stanowiącego przedmiot sporu w postępowaniach głównych nadal mają zastosowanie.

- 37 W tej sytuacji, po uściśleniu, że wyłącznie do sądów odsyłających należy wyciągnięcie konsekwencji z wyroków Curtea Constituțională (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r. w ramach rozpatrywanych przez nie sporów, należy uznać, że wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym odnoszą się wyłącznie do przepisów dotyczących gwarancji należytego postępowania uznanych za zgodne z konstytucją rumuńską.
- 38 Wynika z tego, że za pomocą przedstawionego pytania sądy odsyłające pragną w istocie ustalić, czy art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13 należy w świetle art. 47 karty interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak przepisy sporne w postępowaniach głównych, które uzależniają dopuszczalność wszelkich środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiających od wywiązania się z obowiązku ustanowienia przez wnoszącego środek zaskarżenia na rzecz instytucji zamawiającej gwarancji należytego postępowania, przy czym należy sprecyzować, że gwarancja ta jest zwracana wnoszącemu środek zaskarżenia niezależnie od wyniku postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia.
- 39 W kwestii tej należy przypomnieć, że art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13 nakładają na państwa członkowskie obowiązek przyjęcia środków niezbędnych dla zapewnienia, że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające w ramach procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem stosowania dyrektyw 2004/17 i 2004/18 mogą stanowić przedmiot skutecznego, a w szczególności w miarę możliwości szybkiego środka prawnego, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.
- 40 Zarówno art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, jak i art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 przewidują ponadto spoczywający na państwach członkowskich obowiązek zapewnienia dostępności 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, zgodnie z zasadami, które państwa te ustanawiają.
- 41 Przepisy te, których celem jest ochrona uczestników obrotu przed arbitralnością instytucji zamawiającej, mają wobec tego zapewnić, by we wszystkich państwach członkowskich istniały skuteczne środki prawne służące zagwarantowaniu skutecznego stosowania uregulowań Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 71; z dnia 11 września 2014 r., *Fastweb*, C19/13, EU:C:2014:2194, pkt 34; a także z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 50).
- 42 Jednakże ani dyrektywa 89/665, ani dyrektywa 92/13 nie zawierają przepisów regulujących konkretnie warunki, na jakich środki zaskarżenia mogą być wnoszone. Trybunał orzekł zatem, że dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne warunki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych (zob. w szczególności wyroki: z dnia 27 lutego 2003 r., *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, pkt 47; z dnia 19 czerwca 2003 r., *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, pkt 45; a także z dnia 30 września 2010 r., *Strabag i in.*, C-314/09, C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 33).
- 43 Z utrwalonego orzecznictwa wynika jednakże, że zasady regulujące procedury odwoławcze, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie mogą zagrożać skuteczności dyrektyw 89/665 i 92/13, których celem jest zagwarantowanie, by nie-

zgodne z prawem decyzje wydane przez instytucję zamawiającą mogły być przedmiotem skutecznego i możliwie jak najszybszego środka zaskarżenia (zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 72; z dnia 27 lutego 2003 r., *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, pkt 51; z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 42; postanowienie z dnia 4 października 2007 r., *Consortio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, pkt 29; wyroki: z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C538/13, EU:C:2015:166, pkt 40; a także z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 47).

- 44 W szczególności należy czuwać nad tym, by nie została naruszona skuteczność dyrektyw 89/665 i 92/13 (zob. wyroki: z dnia 18 czerwca 2002 r., *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, pkt 58, 59; a także z dnia 11 grudnia 2014 r., *Croce Amica One Italia*, C-440/13, EU:C:2014:2435, pkt 40) oraz prawa przyznane jednostkom przez prawo Unii [wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 72; a także z dnia 28 stycznia 2010 r., *Uniplex (UK)*, C406/08, EU:C:2010:45, pkt 49].
- 45 Ponadto należy przypomnieć, że – jak wynika z jej motywu 36 – dyrektywa 2007/66, a zatem dyrektywy 89/665 i 92/13, które ta pierwsza dyrektywa zmieniła i uzupełniła, mają na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty.
- 46 W związku z tym, ustanawiając zasady regulujące sądowe postępowania odwoławcze mające na celu ochronę praw przyznanych przez dyrektywy 89/665 i 92/13 kandydatom i oferentom, których prawa zostały naruszone przez decyzje instytucji zamawiającej, państwa członkowskie muszą gwarantować poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, ustanowionych na mocy art. 47 karty.
- 47 W rozpatrywanej sprawie art. 271<sup>1</sup> ust. 1–5 OUG nr 34/2006 nakłada na każdą osobę biorącą udział w procedurze udzielenia zamówienia publicznego i pragnącą podważyć decyzję instytucji zamawiającej, czy to przed CNSC, czy też bezpośrednio przed sądem, obowiązek ustanowienia gwarancji należytego postępowania, co stanowi warunek dopuszczalności wszelkich środków prawnych. Owa gwarancja, w wysokości 1% wartości udzielanego zamówienia publicznego, nie może przekraczać kwoty 25 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi i 100 000 EUR w przypadku robót budowlanych, musi zostać ustanowiona na rzecz instytucji zamawiającej, czy to w drodze przelewu bankowego lub instrumentu gwarancyjnego wydanego zgodnie z warunkami przewidzianymi w ustawie przez bank lub zakład ubezpieczeń i musi ona zachować ważność przez okres co najmniej 90 dni.
- 48 Gwarancja ta musi natomiast zostać zwrócona w przypadku uwzględnienia środka zaskarżenia najpóźniej pięć dni po tym, jak decyzja w jego przedmiocie stanie się ostateczna, względnie prawomocna zgodnie z art. 271<sup>2</sup> ust. 4 i 5 OUG nr 34/2006, lecz również wtedy, gdy środek prawny został cofnięty bądź oddalony, ponieważ w świetle wyroków *Curtea Constituțională* (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r. zatrzymanie gwarancji przez instytucję zamawiającą jest obecnie pozbawione podstawy prawnej.
- 49 Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 37 opinii, gwarancja należytego postępowania stanowi zatem – jako wstępny warunek zbadania zasadności środka prawnego – ograniczenie prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem w rozumieniu art. 47 karty, które zgodnie z art. 52 ust. 1 karty może być zasadne tylko wtedy, gdy jest przewidziane ustawą, szanuje istotę tego prawa i – z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności – jest konieczne oraz faktycznie odpowiada celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię Europejską lub potrzebie ochrony praw i wolności innych osób (zob. wyrok z dnia 4 maja 2016 r., *Pillbox 38*, C-477/14, EU:C:2016:324, pkt 160).



- 50 Należy stwierdzić, że w postępowaniach głównych podstawa prawna gwarancji należytego postępowania została jasno i wyraźnie ustanowiona przez OUG nr 34/2006, tak że należy uznać, iż została ona przewidziana przez przepisy krajowe (zob. wyroki: z dnia 27 maja 2014 r., Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586; z dnia 6 października 2015 r., Delvigne, C-650/13, EU:C:2015:648, pkt 47; z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicences, C419/14, EU:C:2015:832, pkt 81). Ponadto okoliczność, że gwarancja należytego postępowania może opiewać na znaczną kwotę, taką jak 25 000 EUR, względnie 100 000 EUR, nie może prowadzić do wniosku, że obowiązek ustanowienia tejże gwarancji zagraża istocie prawa do skutecznego środka prawnego, ponieważ gwarancja ta – w żadnym przypadku – nie może zostać zatrzymana przez instytucję zamawiającą, niezależnie od wyniku procedury odwoławczej.
- 51 Należy jednak zbadać jeszcze, czy gwarancja należytego postępowania realizuje cel interesu ogólnego i – jeśli tak by było – czy odbywa się to z poszanowaniem zasady proporcjonalności w rozumieniu art. 52 ust. 1 karty.
- 52 Artykuł 271<sup>1</sup> ust. 1 OUG nr 34/2006 precyzuje, że celem gwarancji należytego postępowania jest zabezpieczenie instytucji zamawiającej przed ryzykiem ewentualnego niewłaściwego zachowania. Rząd rumuński wskazał w uwagach na piśmie oraz na rozprawie, że podstawowym celem gwarancji należytego postępowania jest zapewnienie płynności procedur udzielania zamówień publicznych poprzez zapobieganie nadużywaniu środków zaskarżenia i wszelkim opóźnieniom w zawarciu umowy.
- 53 W tym kontekście należy stwierdzić, że zwalczanie nadużywania środków zaskarżenia stanowi – jak stwierdziła rzecznik generalna w pkt 44 opinii – cel zgodny z prawem, przyczyniający się nie tylko do osiągnięcia celów dyrektyw 89/665 i 92/13, ale także, w szerszym kontekście, do prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości.
- 54 Wymóg o charakterze finansowym, taki jak gwarancja należytego postępowania stanowiąca przedmiot sporu w postępowaniach głównych, stanowi środek, który może zniechęcić do nadużywania środków zaskarżenia i zagwarantować wszystkim podmiotom prawa – w interesie prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości – rozpatrzenie wnoszonego środka zaskarżenia w najkrótszym możliwym terminie zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty.
- 55 Jednakże, o ile interes związany z administrowaniem wymiarem sprawiedliwości może uzasadnić nałożenie ograniczenia finansowego na dostęp jednostki do możliwości zaskarżenia, o tyle ograniczenie to musi zachowywać rozsądną proporcję pomiędzy stosowanymi środkami a zamierzonym celem (zob. podobnie wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r., DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, pkt 47 i 60).
- 56 W tym kontekście należy stwierdzić, że o ile obowiązek ustanowienia gwarancji należytego postępowania stanowi w swojej obecnej formie środek zniechęcający w mniejszym stopniu, aniżeli miało to miejsce w jego pierwotnej formie, ponieważ gwarancja ta nie może zostać automatycznie i bezwarunkowo zatrzymana przez instytucję zamawiającą w przypadku oddalenia lub wycofania środka zaskarżenia, nie zmienia to faktu, że środek ten jest odpowiedni do realizacji realizowanego przez uregulowanie rumuńskie celu polegającego na zwalczaniu nadużywania środków zaskarżenia.
- 57 Po pierwsze, ustanowienie gwarancji należytego postępowania stanowi bowiem, jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 55 opinii, obciążenie finansowe dla wnoszącego środek zaskarżenia, niezależnie od tego, czy zleci on przelew bankowy, czy też ustanowi gwarancję bankową.
- 58 Wysokość gwarancji należytego postępowania jest określana w formie procentowej w stosunku do wartości zamówienia, które ma zostać udzielone i może wynosić maksymalnie 25 000 EUR w przypadku zamówienia publicznego na dostawy i usługi, ewentualnie 100 000 EUR w przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane.

- 59 Przygotowanie tak znacznej kwoty w drodze przelewu bankowego, podobnie jak konieczność podjęcia wymaganych kroków umożliwiających ustanowienie gwarancji bankowej oraz poniesienie związanych z tym kosztów, mogą skłaniać wnoszącego środek zaskarżenia do pewnej ostrożności w ramach jego wnoszenia. Ponadto w zakresie, w jakim gwarancja należytego postępowania angażuje środki, a przynajmniej ogranicza możliwości finansowe wnoszących środki zaskarżenia do czasu ich uwolnienia, może ona zachęcić wnoszących środki zaskarżenia do wykazania się ostrożnością w ramach wszczynanych procedur odwoławczych, zgodnie z wymogiem szybkości postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13. Jak bowiem podniósł rząd rumuński na rozprawie: nie można wykluczyć, że tego rodzaju wymóg o charakterze finansowym zachęca potencjalnych wnoszących środki zaskarżenia do poważnej oceny interesu we wszczęciu postępowania sądowego oraz szansy na jej wygranę i w związku z tym zniechęca ich do wnoszenia środków zaskarżenia, które są oczywiście bezzasadne, względnie takich, których jedynym celem jest opóźnienie procedury udzielenia zamówienia (zob. w drodze analogii wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 73).
- 60 Po drugie, w zakresie, w jakim zgodnie z wyrokami *Curtea Constituțională* (trybunału konstytucyjnego) nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r. automatyczne i bezwarunkowe zatrzymanie gwarancji należytego postępowania przez instytucję zamawiającą oraz jej zapłata na pierwsze żądanie nie są już możliwe, nie można uznać, że sam tylko obowiązek ustanowienia tejże gwarancji, stanowiący warunek dopuszczalności wszelkich środków zaskarżenia, wykracza poza to, co niezbędne do realizacji celu polegającego na zwalczaniu nadużywania środków zaskarżenia, który owa gwarancja ma realizować.
- 61 Gwarancja należytego postępowania, opiewająca na 1% wartości zamówienia publicznego, której wysokość nie może przekroczyć pewnej kwoty maksymalnej stosownie do charakteru zamówienia, pozostaje bowiem niezbyt wysoką kwotą (zob. wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C61/14, EU:C:2015:655, pkt 58), w szczególności w przypadku oferentów, którzy muszą zwykle wykazać pewną zdolność finansową. Owa gwarancja może potem i w każdym razie zostać ustanowiona w formie gwarancji bankowej. W końcu musi ona zostać ustanowiona jedynie na okres pomiędzy wniesieniem środka zaskarżenia a wydaniem ostatecznego, względnie prawomocnego rozstrzygnięcia w jego przedmiocie.
- 62 W końcu, w odpowiedzi na sformułowane przez Trybunał żądanie przedstawienia wyjaśnień *Curtea de Apel București* (sąd apelacyjny w Bukareszcie) wniósł do Trybunału o udzielenie odpowiedzi na pytanie przy uwzględnieniu kumulacji obciążenia wynikającego z gwarancji należytego postępowania i wadium, które oferent również musi ustanowić zgodnie z art. 43<sup>1</sup> OUG nr 34/2006. Sąd ów nie przedstawił jednakże żadnej dokładniejszej informacji w tym zakresie, ani w odniesieniu do aktualnego reżimu wadium, ani też w odniesieniu do jego stosunku do gwarancji należytego postępowania. W tej sytuacji Trybunał nie może ustosunkować się do wspomnianej kwestii.
- 63 W świetle powyższych rozważań na przedstawione pytania należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13 należy w świetle art. 47 karty interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak sporne w postępowaniach głównych, które uzależniają dopuszczalność wszelkich środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiających od wywiązania się z obowiązku ustanowienia przez wnoszącego środek zaskarżenia na rzecz instytucji zamawiającej gwarancji należytego postępowania, jeżeli gwarancja ta jest zwracana wnoszącemu środek zaskarżenia niezależnie od wyniku postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia.

### 3.37. orzeczenie z dnia 6 października 2016 r. w sprawie C-318/15 *Tecnoedi Costruzioni Srl przeciwko Comune di Fossano*, ECLI:EU:C:2016:747

#### W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 19 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału udzielanie zamówień publicznych, które ze względu na swoją wartość nie są objęte zakresem dyrektywy z dziedziny udzielania zamówień publicznych, podlega podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, w szczególności zasadzie równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada niewątpliwe transgraniczne znaczenie (zob. podobnie wyroki: z dnia 15 maja 2008 r., SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, pkt 20, 21; z dnia 11 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 45, 46; z dnia 18 grudnia 2014 r., GeneraliProvidencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 32; a także z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 16).
- 20 Jeżeli chodzi o obiektywne kryteria mogące wskazywać na istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego, Trybunał orzekł już, że mogą nimi być zwłaszcza kwota pewnej wysokości danego zamówienia w związku z miejscem wykonania robót lub także techniczne cechy zamówienia oraz szczególne cechy danych produktów. W tym kontekście uwzględnić można również istnienie skarg wniesionych przez podmioty z innych państw członkowskich, pod warunkiem stwierdzenia, że są one prawdziwe, a nie fikcyjne (zob. podobnie wyroki: z dnia 15 maja 2008 r., SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, pkt 31; a także z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 21 Wydaje się, że w odniesieniu do spornego w postępowaniu głównym zamówienia sąd odsyłający uważa, iż nie można wykluczyć istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego, na które wskazuje w tym względzie okoliczność, że Fossano leży w odległości mniej niż 200 km od granicy francusko włoskiej i że wśród oferentów dopuszczonych do postępowania są liczne włoskie przedsiębiorstwa z siedzibami w regionach oddalonych o 600 km, a nawet 800 km od miejsca wykonania robót.
- 22 Należy podkreślić w tym względzie, że istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie można hipotetycznie wywodzić z pewnych okoliczności, które, rozważane abstrakcyjnie, mogą stanowić wskazówki w tym zakresie, lecz musi ono wynikać w sposób pozytywny z oceny konkretnych okoliczności danego zamówienia. Ścisłej rzecz ujmując, sąd odsyłający nie może poprzestać na przedstawieniu Trybunałowi okoliczności, iż istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie można wykluczyć, lecz przeciwnie, musi on przedstawić dane mogące wykazać jego istnienie.
- 23 Należy stwierdzić, że we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający nie przedstawił żadnych okoliczności zapewniających Trybunałowi informacje tego rodzaju.
- 24 W tym względzie nie można zasadnie uznać, że zamówienie na roboty budowlane takie jak zamówienie sporne w postępowaniu głównym, które dotyczy kwot nieosiągających nawet jednej czwartej kwoty progowej przewidzianej w przepisach prawa Unii i którego miejsce wykonania znajduje się w odległości 200 km od granicy innego państwa członkowskiego, może mieć niewątpliwe znaczenie transgraniczne tylko z tego powodu, że pewną liczbę ofert złożyły przedsiębiorstwa z siedzibą w danym państwie członkowskim i znajdujące się w znacznej odległości od miejsca wykonania danych robót.
- 25 Okoliczność ta jest bowiem zdecydowanie niewystarczająca w świetle okoliczności sprawy w postępowaniu głównym i w każdym razie nie może być jedyną okolicznością, jaką należy

uwzględnić, albowiem potencjalni oferenci pochodzący z innych państw członkowskich mogą napotkać dodatkowe wymogi i utrudnienia związane między innymi z obowiązkiem dostosowania się do ram prawnych i administracyjnych w państwie członkowskim wykonania oraz do wymagań językowych.

- 26 W tych okolicznościach niemożliwe jest udzielenie przez Trybunał użytecznej odpowiedzi na pytanie zadane przez sąd odsyłający w celu rozstrzygnięcia toczącego się przed nim sporu, co stanowi cel współpracy określony w art. 267 TFUE.
- 27 Z powyższego wynika, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny.

### **3.38. orzeczenie z dnia 27 października 2016 r. w sprawie C-292/15 *Hörmann Reisen GmbH przeciwko Stadt Augsburg i Landkreis Augsburg*, ECLI:EU:C:2016:817**

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

##### *Uwagi wstępne*

- 28 Po pierwsze, należy wskazać, że Trybunał już uznał Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg (izbę ds. zamówień publicznych rządu powiatu Arnsberg, Niemcy) za sąd w rozumieniu art. 267 TFUE (wyrok z dnia 18 września 2014 r., Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 20–23).
- 29 Żadne z informacji zawartych w aktach sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wskazują zaś, by w niniejszej sprawie nie można było zastosować tej kwalifikacji do Vergabekammer Südbayern (izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii).
- 30 Po drugie, należy zauważyć, że sąd odsyłający w pytaniach prejudycjalnych odnosi się – poza rozporządzeniem nr 1370/2007 i dyrektywą 2004/18 ze zmianami – do dyrektywy 2014/24.
- 31 W kwestii zastosowania dyrektywy 2014/24 należy wskazać, że rozpatrywane w postępowaniu głównym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 marca 2015 r., czyli zanim upłynął termin transpozycji właściwych przepisów dyrektywy 2014/24, wyznaczony na dzień 18 kwietnia 2016 r. na mocy art. 90 ust. 1 tej dyrektywy.
- 32 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 33 W tej sytuacji dyrektywa 2014/24 nie znajduje zastosowania *ratione temporis* w postępowaniu głównym.

##### *W przedmiocie pytań prejudycjalnych pierwszego i drugiego*

- 34 W pytaniach pierwszym i drugim, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający poszukuje w istocie odpowiedzi na pytanie, czy art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi publiczne drogowego transportu pasażerskiego art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia wciąż znajduje zastosowanie do tego zamówienia.
- 35 Zgodnie ze wskazówkami zawartymi w postanowieniu odsyłającym rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie dotyczy usług publicznych drogowego transportu pasażerskiego w rozumieniu art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 oraz odnosi się do usług

publicznych autobusowego transportu pasażerskiego, określonych w art. 5 ust. 1 tego rozporządzenia, a przy tym nie ma postaci umowy koncesji na usługi.

- 36 Zgodnie z art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 1370/2007 zamówienie takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym powinno co do zasady zostać udzielone zgodnie z zasadami określonymi w tym rozporządzeniu.
- 37 Gdy jednak zamówienie nie ma postaci umowy koncesji na usługi określonej w dyrektywach 2004/17 lub 2004/18 ze zmianami, zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego udziela się, zgodnie z art. 5 ust. 1 zdanie drugie rozporządzenia nr 1370/2007, zgodnie z procedurami określonymi w tych dyrektywach.
- 38 Ponadto art. 5 ust. 1 zdanie trzecie rozporządzenia nr 1370/2007 stanowi na okoliczność takiego udzielenia zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego, że „przepisy ust. 2–6 [tego] artykułu nie mają zastosowania”.
- 39 Należy więc stwierdzić, że art. 5 ust. 1 zdanie drugie rozporządzenia nr 1370/2007 zawiera odstępstwo od ogólnej zasady ustanowionej w art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze oraz że dokładny zakres tego odstępstwa określony jest w art. 5 ust. 1 zdanie trzecie, który stanowi, że art. 5 ust. 2–6 rozporządzenia nie ma tu zastosowania.
- 40 Żaden inny przepis przytoczonego art. 5 lub rozporządzenia nr 1370/2007 nie rozszerza bardziej zakresu tego odstępstwa.
- 41 Wynika z tego, że do celów udzielenia zamówienia na publiczne usługi autobusowego transportu pasażerskiego, takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie mają zastosowania tylko przepisy art. 5 ust. 2–6 rozporządzenia nr 1370/2007, natomiast pozostałe przepisy tego rozporządzenia wciąż znajdują zastosowanie.
- 42 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 znajduje zastosowanie w przypadku udzielenia zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego podlegające art. 5 ust. 1 tego rozporządzenia.
- 43 Wniosek ten znajduje potwierdzenie w celu rozporządzenia nr 1370/2007.
- 44 Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 1 ust. 1 akapit pierwszy tego rozporządzenia ma ono na celu „określenie, w jaki sposób, przy zachowaniu zasad prawa [Unii], właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej, które miałyby m.in. bardziej masowy charakter, byłyby bezpieczniejsze, odznaczałyby się wyższą jakością lub niższą ceną niż usługi świadczone tylko na zasadzie swobodnej gry sił rynkowych”.
- 45 To, że rozporządzenie nr 1370/2007 ze swej natury zmierza do określenia zasad oddziaływania na ogólne systemy zamówień publicznych, oznacza, że zawiera ono przepisy szczególne względem tych ostatnich.
- 46 W tym względzie należy zauważyć, że dyrektywa 2004/18 ze zmianami ma ogólne zastosowanie, natomiast rozporządzenie nr 1370/2007 dotyczy jedynie usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego.
- 47 Skoro zaś zarówno art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia, jak i art. 25 dyrektywy 2004/18 ze zmianami zawierają uregulowania dotyczące podwykonawstwa, należy uznać, że pierwszy z tych przepisów stanowi przepis szczególnie względem drugiego i jako *lex specialis* ma przed nim pierwszeństwo.
- 48 W tych okolicznościach odpowiedź na pytania pierwsze i drugie powinna brzmieć tak, że art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi publiczne autobusowego transportu pasażerskiego art. 4 ust. 7 tego rozporządzenia ma zastosowanie do tego zamówienia.

*W przedmiocie pytania trzeciego*

- 49 W pytaniu trzecim sąd odsyłający poszukuje w istocie odpowiedzi, czy art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ustaliła na 70% udział samodzielnego świadczenia usługi przez podmiot odpowiedzialny za prowadzenie i realizację świadczenia usługi publicznej autobusowego transportu pasażerskiego, takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.
- 50 Zgodnie z art. 4 ust. 7 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 1370/2007 dokumenty przetargowe i umowy o świadczenie usług publicznych jasno określają, czy i – jeśli tak – w jakim zakresie dopuszczalne jest podwykonawstwo.
- 51 Wynika z tego, że w zakresie podwykonawstwa dotyczącego prowadzenia i realizacji świadczenia usługi publicznej transportu, podlegającej temu rozporządzeniu, prawodawca Unii nadał właściwym organom szeroki zakres uznania.
- 52 W tym względzie należy zauważyć, że skoro instytucja zamawiająca może zabronić wygrywającemu korzystania z podwykonawstwa przy publicznej usłudze autobusowego transportu pasażerskiego w przypadku przetargu prowadzonego na podstawie art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007, w zakres uznania, o którym mowa w poprzednim punkcie, wchodzi również możliwość zakazania podwykonawstwa jedynie w odniesieniu do części zamówienia.
- 53 Ponadto o ile w ramach prowadzenia i realizacji świadczenia usługi publicznej transportu autobusowego przewiduje się możliwość podwykonawstwa, o tyle art. 4 ust. 7 zdanie drugie rozporządzenia nr 1370/2007 nie zezwala na zlecenie całości świadczenia podwykonawcom, gdyż stanowi on, że sam podmiot, któremu powierzono świadczenie usługi, musi samodzielnie wykonać znaczną jej część. Jedynie w przypadku, gdy umowa o świadczenie usług publicznych obejmuje równocześnie projekt, budowę i zarządzanie usługami publicznymi w zakresie transportu pasażerskiego, może zostać dopuszczone, na podstawie art. 4 ust. 7 zdanie trzecie tego rozporządzenia, pełne podwykonawstwo przy świadczeniu tych usług.
- 54 Wynika z tego, że art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 nie stoi na przeszkodzie znaczącemu ograniczeniu przez instytucję zamawiającą możliwości korzystania z podwykonawstwa w ramach zamówienia takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym.
- 55 W niniejszym przypadku rozpatrywane w postępowaniu głównym ogłoszenie o zamówieniu stanowi dokument przetargowy, określający w przejrzysty sposób, jak jednoznacznie wynika z postanowienia odsyłającego, że możliwość podwykonawstwa ograniczona jest do 30% udziału w świadczeniu, liczonego w kilometrach według rozkładu jazdy.
- 56 W związku z powyższym należy stwierdzić, że takie ograniczenie nie wykracza poza zakres uznania przyznany właściwym organom w art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007.
- 57 Odpowiedź na pytanie trzecie powinna zatem brzmieć tak, iż art. 4 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ustaliła na 70% udział samodzielnego świadczenia usługi przez podmiot odpowiedzialny za prowadzenie i realizację świadczenia usługi publicznej autobusowego transportu pasażerskiego, takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.



### 3.39. orzeczenie z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, ECLI:EU:C:2016:935

#### W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 22 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym, które zostały przedstawione w pkt 11 i 12 niniejszego wyroku, miały miejsce przed upływem w dniu 18 kwietnia 2016 r. terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2014/24 przez państwa członkowskie. W związku z tym pytania prejudycjalne powinny być oceniane *ratione temporis* jedynie w świetle dyrektywy 2004/18 w sposób, w jaki dyrektywę tę interpretował Trybunał.
- 23 Ponadto należy zauważyć, że sąd odsyłający nie dostarcza w niniejszej sprawie żadnych danych co do tego, czy wartość zamówienia spornego w postępowaniu głównym przekracza próg zastosowania dyrektywy 2004/18 czy też go nie przekracza. Dodatkowo postanowienie odsyłające nie zawiera również informacji koniecznych dla ustalenia, czy chodzi o zamówienie publiczne na usługi czy też o koncesję na usługi.
- 24 Prawdą jest, że wyjątek od stosowania przepisów prawa Unii w sytuacji, gdy zostały spełnione warunki udzielenia zamówienia „in house”, może znajdować zastosowanie zarówno w sytuacjach objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18, jak i w sytuacjach wyłączonych z tego zakresu (zob. podobnie wyrok z dnia 29 listopada 2012 r., *Econord*, C-182/11 i C-183/11, EU:C:2012:758, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo). Niemniej jednak w drugim przypadku zastosowanie wspomnianego wyjątku ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym jedynie o tyle, o ile sporne zamówienie podlega podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, co wymaga tego, by zamówienie to miało niewątpliwe znaczenie transgraniczne (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2016 r., *Tecnoedi Costruzioni*, C-318/15, EU:C:2016:747, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 25 Ze względu na ducha współpracy charakteryzującego stosunki pomiędzy sądami krajowymi i Trybunałem w ramach postępowania prejudycjalnego brak takich uprzednich ustaleń sądu odsyłającego nie prowadzi do niedopuszczalności wniosku, jeśli pomimo tego braku Trybunał uzna, że jest w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu w świetle okoliczności wynikających z akt sprawy. Niemniej Trybunał udziela odpowiedzi z zastrzeżeniem stwierdzenia przez sąd odsyłający, iż zostały spełnione przesłanki zastosowania prawa Unii (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in.*, C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 48).
- 26 Odpowiedź Trybunału na pytania przedstawione przez sąd odsyłający spoczywa zatem na założeniu, że bądź to dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do zamówienia spornego w postępowaniu głównym, bądź też, jeśli tak nie jest, zamówienie to ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, co powinno zostać ustalone przez ten sąd.

#### W przedmiocie pytania pierwszego

- 27 Przez to pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w ramach stosowania orzecznictwa Trybunału dotyczącego bezpośredniego udzielania zamówień publicznych zwanych „in house”, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz kontrolujących go i będących jego współnikami jednostek samorządu terytorialnego, należy zaliczyć do tej działalności również działalność zleconą temu podmiotowi przez organ administracyjny niebędący jego współnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są współnikami tego podmiotu ani też nie sprawują nad nim żadnej kontroli.

- 28 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału główny cel zasad prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, to jest swobodny przepływ towarów i usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, oznacza obowiązek stosowania zasad dotyczących postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych przewidzianych przez właściwe dyrektywy, jeżeli instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, zamierza zawrzeć z innym prawnie odrębnym podmiotem pisemną odpłatną umowę, niezależnie od tego, czy podmiot ten jest sam instytucją zamawiającą czy nie (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 51; a także z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 44, 47).
- 29 Trybunał podkreślił, że każdy wyjątek od stosowania tego obowiązku podlega ścisłej wykładni (wyroki: z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 46; a także z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 23).
- 30 Z uwagi na to, że organ administracji publicznej ma możliwość wykonywania należących do niego zadań leżących w interesie publicznym za pomocą własnych środków administracyjnych, technicznych i innych oraz że nie jest on zobowiązany do posługiwania się podmiotami zewnętrznymi nienależącymi do jego służb (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 48), Trybunał uzasadnił uznanie wyjątku w zakresie udzielania zamówień „in house” szczególnym powiązaniem wewnętrznym istniejącym w takim przypadku pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem, któremu udzielono zamówienia, nawet jeżeli podmiot ten jest prawnie odrębny od tej instytucji (zob. podobnie wyrok z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 29). W takich przypadkach można uznać, że instytucja zamawiająca w rzeczywistości korzysta ze środków własnych (zob. podobnie wyrok z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 25) oraz że podmiot, któremu udzielono zamówienia, stanowi niemalże część wewnętrznych służb tej instytucji.
- 31 Wyjątek ten wymaga – poza tym, aby instytucja zamawiająca sprawowała nad podmiotem, któremu udzielono zamówienia, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje ona nad swoimi własnymi służbami – również i tego, aby podmiot ten wykonywał zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, która jest jego współnikiem (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50).
- 32 W ten sposób nieodzwonne jest, aby działalność podmiotu, któremu udzielono zamówienia, była zasadniczo poświęcona na rzecz jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego będących jej współnikami, przy czym każda inna działalność może mieć jedynie marginalny charakter. Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, właściwy sąd musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające charakter zarówno jakościowy, jak i ilościowy. W tym zakresie obrotem, który ma znaczenie, jest obrót, jaki osiąga ten podmiot na podstawie decyzji o udzieleniu zamówienia przez tę instytucję zamawiającą lub przez te instytucje zamawiające, które sprawują nad nim kontrolę (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C340/04, EU:C:2006:308, pkt 63, 65; a także z dnia 17 lipca 2008 r., Komisja/Włochy, C-371/05, niepublikowany, EU:C:2008:410, pkt 31).
- 33 Wymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma na celu zapewnienie, aby dyrektywa 2004/18 znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. W istocie bowiem przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że

decyzje go dotyczące są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego będące jego współnikami, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów gospodarczych. Z kolei jeżeli świadczenia tego przedsiębiorstwa są zasadniczo przeznaczone tylko na rzecz wspomnianej jednostki lub wspomnianych jednostek samorządu terytorialnego, wydaje się uzasadnione, aby przedsiębiorstwo to uniknęło ograniczeń dyrektywy 2004/18, ponieważ ograniczenia te są podyktowane troską o zachowanie konkurencji, która w tym przypadku nie ma już racji bytu (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 60–62).

- 34 Z orzecznictwa tego wynika, że każda działalność podmiotu, któremu udzielono zamówienia, a która jest przeznaczona dla osób innych niż jego współnicy, to znaczy dla osób, które nie pozostają w żadnym stosunku kontroli z tym podmiotem, nawet gdy osoby te są organami administracji publicznej, powinna zostać uznana za wykonywaną na rzecz osób trzecich.
- 35 W konsekwencji w świetle tego orzecznictwa w sprawie w postępowaniu głównym jednostki samorządu terytorialnego, które nie są współnikami Cogesy, należy uznać za osoby trzecie. W rzeczywistości bowiem, zgodnie ze wskazówkami znajdującymi się w postanowieniu odsyłającym, brak jest jakiegokolwiek stosunku kontroli pomiędzy tymi jednostkami i tą spółką, tak że brak jest szczególnego związku, który zdaniem orzecznictwa uzasadnia wyjątek odnośnie do udzielania zamówień zwanych „in house”, pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem, któremu udzielono zamówienia.
- 36 W związku z tym w celu zbadania, czy Cogesa wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz będących jej współnikami jednostek samorządu terytorialnego, działalność tej spółki przeznaczoną na rzecz jednostek samorządu terytorialnego niebędących jej współnikami należy uznać za działalność wykonywaną na rzecz osób trzecich. Do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy ostatnią z wymienionych działalności można uznać za mającą marginalny charakter w stosunku do działalności Cogesy na rzecz będących jej współnikami jednostek samorządu terytorialnego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego udzielenia zamówienia „in house”.
- 37 Wniosku tego nie podważa wskazana przez sąd odsyłający okoliczność, zgodnie z którą działalność Cogesy wykonywana na rzecz jednostek samorządu terytorialnego niebędących jej współnikami została zlecona jej przez organ administracji publicznej, również niebędący jej współnikiem. W istocie bowiem, pomimo iż organ ten powierzył wspomnianą działalność Cogesie, to jednak ze wskazówek znajdujących się w postanowieniu odsyłającym wynika, że ów organ administracji publicznej nie jest współnikiem tej spółki i nie sprawuje nad nią żadnej kontroli w rozumieniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego udzielenia zamówienia „in house”. W braku jakiegokolwiek kontroli sprawowanej przez wspomniany organ administracji publicznej zlecona przez niego działalność na rzecz Cogesy powinna zostać uznana za działalność wykonywaną na rzecz osób trzecich.
- 38 Z uwagi na powyższe rozważania na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że w ramach stosowania orzecznictwa Trybunału dotyczącego bezpośredniego udzielania zamówień publicznych zwanych „in house”, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz będących jego współnikami i kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego, do działalności tej nie należy zaliczać działalności zleconej temu podmiotowi przez organ administracji publicznej niebędący jego współnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są współnikami tego podmiotu ani nie sprawują nad nim żadnej kontroli, którą to działalność trzeba uznać za wykonywaną na rzecz osób trzecich.

#### *W przedmiocie pytania drugiego*

- 39 Przez to pytanie sąd odsyłający zasadniczo pyta o to, czy dla celów ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które są jego współnikami i które sprawują nad nim łącznie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, należy brać pod uwagę również działalność wykonywaną przez ten podmiot na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, zanim taka łączna kontrola stała się skuteczna.
- 40 W tym zakresie należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału w celu oceny przesłanki dotyczącej wykonywania zasadniczej części działalności sąd krajowy uwzględnia wszystkie okoliczności danej sprawy, zarówno jakościowe, jak i ilościowe (zob. podobnie wyrok z dnia 11 maja 2006 r., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, pkt 63, 64).
- 41 W niniejszej sprawie ze wskazówek znajdujących się w postanowieniu odsyłającym wynika, że Cogesa wykonywała już działalność na rzecz jednostek samorządu terytorialnego będących jej współnikami przed zawarciem porozumienia z dnia 30 października 2014 r. Działalność tę oczywiście należy wziąć pod uwagę, jeżeli trwa ona nadal w chwili udzielenia zamówienia publicznego. Ponadto działalność zakończona przed dniem 30 października 2014 r. również może mieć znaczenie dla oceny tego, czy został spełniony warunek dotyczący wykonywania zasadniczej części działalności. W rzeczywistości bowiem wcześniejsza działalność może stanowić wskazówkę o znaczeniu działalności, jaką Cogesa planuje wykonywać na rzecz jednostek terytorialnych będących jej współnikami, po tym, jak ich analogiczna kontrola stała się skuteczna.
- 42 Z uwagi na powyższe rozważania, w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które są jego współnikami i które sprawują nad nim łącznie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy, wśród których może znajdować się działalność, jaką ów podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonywał dla tych samych jednostek samorządu terytorialnego, zanim taka łączna kontrola stała się skuteczna.

### **3.40. 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**

#### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

##### *W przedmiocie pytania pierwszego*

- 35 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że zamówieniem publicznym jest porozumienie dwóch jednostek samorządu terytorialnego, takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, na którego podstawie jednostki te przyjmują uchwałę o utworzeniu związku celowego, mającego osobowość publicznoprawną, i o nadaniu temu nowemu podmiotowi publicznemu określonych kompetencji, które dotychczas należały do tych jednostek samorządu, a które od tej chwili należą do związku celowego.
- 36 Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 zamówienie publiczne to umowa o charakterze odpłatnym zawierana na piśmie pomiędzy jedną instytucją zamawiającą lub większą ich liczbą a jednym wykonawcą lub większą ich liczbą, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu tej dyrektywy 2004/18.

- 37 Do celów ewentualnego uznania za zamówienie publiczne, w świetle tej definicji, czynności składającej się z szeregu etapów czynność tę należy rozpatrywać jako całość i z uwzględnieniem jej celu (zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r., Komisja/Austria, C-29/04, EU:C:2005:670, pkt 41).
- 38 W niniejszym przypadku należy więc potraktować jako całość poszczególne etapy czynności rozpatrywanej w postępowaniu głównym. W tym względzie z postanowienia odsyłającego wynika, że region Hanower i miasto Hanower postanowiły razem stworzyć w drodze aktu wykonawczego nowy podmiot prawa publicznego w celu przydzielenia mu określonych kompetencji, po części wspólnych, a po części właściwych dla każdego z tych samorządów. Jednocześnie wyposażyły one ten nowy podmiot w określone uprawnienia, mające umożliwić mu realizację zadań wynikających z tych kompetencji. Wniosły bowiem do związku celowego środki, które dotąd same przeznaczały na realizację tych kompetencji, i zobowiązały się pokrywać jego ewentualny deficyt budżetowy. Związek miał ponadto prawo nakładania opłat i ich pobierania, a także prowadzenia pewnych rodzajów działalności spoza zakresu wykonania przekazanych mu kompetencji, lecz o tym samym charakterze, jak niektóre rodzaje działalności, której prowadzenie wynika z wykonywania tych kompetencji. Wreszcie, nowy podmiot cechuje autonomia działania, lecz musi on respektować decyzje zgromadzenia, w którym zasiadają przedstawiciele obu założycielskich samorządów i który stanowi organ tego podmiotu właściwy między innymi do wyłonienia osoby zarządzającej tym podmiotem.
- 39 W tym kontekście na wstępie należy wskazać, że podanie przez sąd odsyłający informacji, iż rozpatrywana w postępowaniu głównym działalność stanowi „usługi” w rozumieniu dyrektywy 2004/18, ma wyłącznie na celu wyjaśnienie, że nie należy wykluczać stosowania tej dyrektywy w tym względzie. Natomiast fakt, że działalność leżąca w zakresie kompetencji organu władzy publicznej stanowi usługę, o której mowa w tej dyrektywie, nie wystarczy sam w sobie, by dyrektywa miała zastosowanie, gdyż organy władzy publicznej mogą swobodnie decydować, czy skorzystać z zamówienia publicznego w celu realizacji ciężących na nich zadań użyteczności publicznej (zob. podobnie wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy, C-480/06, EU:C:2009:357, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 Ponadto należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że podział kompetencji w państwie członkowskim jest chroniony na podstawie art. 4 ust. 2 TUE, zgodnie z którym Unia powinna uszanować tożsamość narodową państw członkowskich, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego (zob. podobnie wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Digibet i Albers, C-156/13, EU:C:2014:1756, pkt 34).
- 41 Ponadto ten podział kompetencji nie jest ustanowiony na stałe, więc nadana przez art. 4 ust. 2 TUE ochrona dotyczy również reorganizacji kompetencji wewnątrz państwa członkowskiego, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 41 i 42 opinii. Takie reorganizacje, mogące przyjąć postać przeniesienia kompetencji z jednego organu władzy publicznej na drugi, zarządzanego przez organ wyższej rangi, lub dobrowolnego przekazania sobie kompetencji przez organy władzy publicznej, mają taki skutek, że organ uprzednio odpowiedzialny zostaje zwolniony z obowiązku i prawa realizacji danego zadania publicznego lub się od nich uwalnia, a innemu organowi ten obowiązek i to prawo zostają przydzielone.
- 42 W drugiej kolejności należy stwierdzić, że takie przeniesienie lub przekazanie kompetencji nie spełnia wszystkich przesłanek wymaganych w definicji pojęcia zamówienia publicznego.
- 43 Zamówienie publiczne objęte zakresem dyrektywy 2004/18 może bowiem stanowić tylko umowa o charakterze odpłatnym, zaś ten odpłatny charakter oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego, otrzymuje z tego tytu-

łu, w zamian za świadczenie wzajemne, świadczenie, które powinno powodować bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej (zob. podobnie wyrok z dnia 25 marca 2010 r., Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 47–49). Wzajemny charakter umowy jest tym samym zasadniczą cechą zamówienia publicznego, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 36 opinii.

- 44 Tymczasem, niezależnie od tego, że decyzja w sprawie nadania kompetencji publicznych nie przynależy do dziedziny transakcji gospodarczych, sam fakt, że organ władzy publicznej zostaje zwolniony z danych kompetencji, które wcześniej były mu powierzone, sprawia, że po stronie tego organu znika cały interes gospodarczy polegający na realizacji zadań leżących w tych kompetencjach.
- 45 Tak więc przeniesienie środków wykorzystywanych do wykonywania tych kompetencji, przekazywanych przez organ, który oddaje odpowiedzialność organowi je przejmującemu, nie może być rozpatrywane jako zapłata ceny, lecz stanowi logiczną, a wręcz nieuchronną konsekwencję dobrowolnego przekazania lub przymusowego przeniesienia tych kompetencji z jednego organu na drugi.
- 46 Podobnie, wynagrodzenia nie stanowi fakt, że organ inicjujący przekazanie kompetencji lub decydujący o przeniesieniu kompetencji zobowiąże się do pokrycia ewentualnych nadwyżek kosztów w stosunku do przychodów, które mogą wynikać z wykonywania tych kompetencji. Chodzi tu bowiem o gwarancję udzielaną podmiotom trzecim, która jest niezbędną w niniejszym przypadku na podstawie zasady, że organ władzy publicznej nie może podlegać postępowaniu upadłościowemu. Zaś istnienie tej zasady samo należy do organizacji wewnętrznej państwa członkowskiego.
- 47 Należy jednak podkreślić w trzeciej kolejności, że aby przekazanie kompetencji między organami władzy publicznej było uznane za akt organizacji wewnętrznej, a więc było objęte zakresem swobody państw członkowskich gwarantowanej w art. 4 ust. 2 TUE, musi ono spełnić pewne przesłanki.
- 48 W tym względzie rzeczywiście sytuacja taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym nie jest identyczna jak przypadek rozpatrywany w wyroku z dnia 20 października 2005 r., Komisja/Francja (C-264/03, EU:C:2005:620). W tamtej sprawie chodziło bowiem o ustalenie, czy rozpatrywany tam rodzaj zlecenia stanowił sporadyczne przekazanie władzy publicznej przez organ władzy publicznej danemu podmiotowi w celu realizacji projektu, który zasadniczo leżał w zakresie kompetencji innego organu, a nie przekazanie samych kompetencji. Jednak te różne rodzaje przekazania mają ten sam charakter, choć różne rozmiary, przez co podstawowa nauka płynąca z wyroku w tej sprawie może zostać zastosowana analogicznie do niniejszego przypadku.
- 49 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 53 opinii, aby przekazanie kompetencji zostało za takowe uznane, musi ono dotyczyć nie tylko odpowiedzialności związanej z przekazanymi kompetencjami, w szczególności obowiązku wypełnienia zadań wiążących się z tymi kompetencjami, lecz również uprawnień, które są z nią związane. Wymaga to, by organ władzy publicznej, któremu zostają powierzone kompetencje, miał uprawnienia do zorganizowania wykonania objętych nimi zadań, a także ustanowienia ram regulacyjnych dla tych zadań, i żeby miał autonomię finansową pozwalającą zapewnić finansowanie tych zadań. Nie jest tak natomiast, jeżeli pierwotnie kompetentny organ zachowuje główną odpowiedzialność za te same zadania, jeżeli zastrzega sobie ich nadzór finansowy lub jeżeli musi zatwierdzać wcześniej decyzje, które zamierza podjąć podmiot, który ów organ sobie pozyskał.
- 50 W tym względzie sytuacja taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym wyraźnie się różni od sytuacji, wokół której toczyła się sprawa zakończona wyrokiem z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), w której jednostka samorządu terytorial-



nego poprzestała na powierzeniu innej jednostce samorządu terytorialnego, za rekompensatę finansową, realizacji pewnych fizycznych zadań, zastrzegając sobie prawo kontroli ich wykonania, jak stwierdził Trybunał w pkt 41 tego wyroku.

- 51 Przekazanie kompetencji nie może więc zaistnieć, jeżeli nowo obdarzony nimi organ władzy publicznej nie wykonuje tych kompetencji w sposób autonomiczny i na własną odpowiedzialność.
- 52 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 56 opinii, taka autonomia działania nie oznacza, że ten nowy kompetentny podmiot musi pozostawać poza wszelkim wpływem jakiegokolwiek innego podmiotu publicznego. Podmiot przekazujący kompetencje może bowiem zachować określone prawa nadzoru nad zadaniami związanymi z tą publiczną usługą. Jednakże wpływ taki wyklucza co do zasady jakiejkolwiek wkraczanie w konkretne sposoby realizacji zadań objętych zakresem przekazanych kompetencji. W sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym wpływ tego rodzaju może być wywierany za pośrednictwem organu, takiego jak walne zgromadzenie, złożonego z przedstawicieli wcześniej właściwych jednostek samorządu terytorialnego.
- 53 Autonomia działania nie oznacza też, że zarządzone przeniesienie kompetencji czy dobrowolne przekazanie kompetencji muszą być nieodwracalne. Jak bowiem wskazano w pkt 39 niniejszego wyroku, podziału kompetencji w państwie członkowskim nie można uznawać za ustanowiony na stałe, więc można wyobrazić sobie kolejne zmiany. Należy także wskazać, że sytuacje rozpatrywane w wyroku z dnia 20 października 2005 r., Komisja/Francja (C-264/03, EU:C:2005:620), nie miały charakteru stałego, gdyż chodziło o sporadyczne przypadki przekazania władzy publicznej danemu podmiotowi w celu realizacji projektu, który zasadniczo leżał w zakresie kompetencji innego podmiotu, który to podmiot zachował te kompetencje co do zasady. Sytuacje te należałoby uznać za niepodlegające prawu zamówień publicznych, gdyby nie nosiły cech wskazanych przez Trybunał w pkt 54 tego wyroku, które sprawiły, iż uznano, że w tamtym przypadku nie nastąpiło rzeczywiste przekazanie kompetencji. Zatem, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 54 opinii, nic nie sprzeciwia się temu, by kompetencje przekazane lub przeniesione w ramach reorganizacji usług publicznych zostały później znowu przekazane lub przeniesione przy kolejnej reorganizacji.
- 54 Wreszcie, aby ogarnąć wszystkie podnoszone przez sąd odsyłający aspekty, należy przypomnieć, że dopuszczenie lub zakaz wykonywania przez podmioty publiczne państw członkowskich lub niektóre ich kategorie działalności rynkowej, poza ich działalnością prowadzoną w interesie ogólnym, podlega wewnętrznym uregulowaniom państw członkowskich, które same powinny oceniać, czy taka działalność jest zgodna z instytucjonalnymi i statutowymi celami tych podmiotów (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 48). Tym samym to, czy podmioty publiczne, których dotyczy przekazanie kompetencji, mogą prowadzić pewną działalność na rynku, również jest kwestią wewnętrznej organizacji państw członkowskich, a poza tym jest nieistotne w odniesieniu do charakteru takiego przekazania, jeżeli spełnione są przesłanki określone w pkt 47–51 niniejszego wyroku.
- 55 Ze wszystkich tych względów na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć następująco:
- art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie jest zamówieniem publicznym porozumienie zawarte przez dwie jednostki samorządu terytorialnego, takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, na podstawie którego jednostki te przyjmują uchwałę o utworzeniu związku celowego, mającego osobowość publicznoprawną, i o przekazaniu temu nowemu podmiotowi publicznemu określonych kompetencji, które dotychczas należały do tych jednostek samorządu, a które od tej chwili należą do związku celowego;

- jednak takie przekazanie kompetencji w zakresie realizacji zadań publicznych następuje wyłącznie wówczas, gdy dotyczy ono jednocześnie obowiązków związanych z przekazanymi kompetencjami oraz towarzyszącymi im uprawnień, tak aby ten nowy kompetentny organ władzy publicznej miał autonomię decyzyjną i finansową, co powinien sąd odsyłający.

*W przedmiocie pytania drugiego*

- 56 W świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie pierwsze nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.

**3.41. orzeczenie 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**

**W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 24 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie ze swym art. 1 ust. 1 dyrektywa 89/665 znajduje zastosowanie wyłącznie do odwołań dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych, o których mowa w dyrektywie 2004/18 i niewyłączonych z jej zakresu stosowania ma mocy jej art. 10–18.
- 25 Jakkolwiek postanowienie odsyłające nie zawiera żadnej wskazówki co do wartości umowy ramowej będącej przedmiotem postępowania głównego w świetle ustanowionego progu stosowania dyrektywy 2004/18 ustalonego zgodnie z art. 7 lit. b) tej dyrektywy na 200 000 EUR w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucje zamawiające inne niż centralne organy rządowe, to z szeregu informacji zawartych w aktach postępowania krajowego wynika, że próg ten jest wyraźnie przekroczony w przypadku umowy ramowej – co powinien jednak zbadać sąd odsyłający.
- 26 Ponadto ponieważ rzeczona umowa ramowa nie jest z uwagi na swój charakter objęta wyłączeniami przewidzianymi w art. 10–18 dyrektywy 2004/18, nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby Trybunał udzielił odpowiedzi na przedłożone pytania.

*W przedmiocie pytania pierwszego*

- 27 W swym pierwszym pytaniu sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w świetle wyroku z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej, który nie jest zatem zainteresowanym oferentem zgodnie z art. 2a tej dyrektywy, można było odmówić dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu ostatecznego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.
- 28 W kwestii tej należy przypomnieć, że zgodnie z postanowieniami art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 aby odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające mogły zostać uznane za skuteczne, muszą być one dostępne co najmniej dla każdego, kto ma względnie miał interes w uzyskaniu określonego zamówienia i kto poniósł w związku z nim szkodę lub był narażony na jej poniesienie w wyniku podnoszonego naruszenia (wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 23).

- 29 W pkt 26 i 27 tego wyroku Trybunał podkreślił, że wyrok z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) konkretyzuje wymogi sformułowane w art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, w sytuacji gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do wzajemnego wykluczenia. W takiej sytuacji bowiem każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia.
- 30 Jednakże sytuacja będąca przedmiotem postępowania głównego wyraźnie różni się od sytuacji rozważanych w sprawach zakończonych wyrokami z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) i z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199).
- 31 Po pierwsze, oferty zainteresowanych oferentów w sprawach zakończonych tymi dwoma wyrokami nie były przedmiotem decyzji o wykluczeniu podjętej przez instytucję zamawiającą – w odróżnieniu od oferty przedstawionej przez zrzeczenie w niniejszej sprawie.
- 32 Po drugie, to w ramach jednego i tego samego postępowania odwoławczego dotyczącego decyzji o udzieleniu zamówienia w tych dwóch sprawach każdy z oferentów kwestionował prawidłowość oferty konkurenta, przy czym każdy z nich z mógł powołać się na równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia oferty drugiego podmiotu, a zarzuty te mogły prowadzić do stwierdzenia niemożności dokonania przez instytucję zamawiającą wyboru prawidłowej oferty (zob. wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 24). Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym zrzeczenie wniosło odwołanie najpierw od przyjętej wobec niego decyzji o wykluczeniu, a następnie od decyzji o udzieleniu zamówienia, i to w ramach tego drugiego postępowania powołuje się ono na nieprawidłowości oferty wybranego oferenta.
- 33 Wynika stąd, że zasada wypracowana w orzecznictwie w wyrokach z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) i z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199) nie znajduje zastosowania w sytuacji proceduralnej w sporze rozpatrywany w postępowaniu głównym.
- 34 Należy ponadto zauważyć, że jak wynika z art. 1 ust. 3 i art. 2a dyrektywy 89/665, gwarantuje ona skuteczne środki odwoławcze od nieprawidłowych decyzji wydanych w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, umożliwiając wykluczonym oferentom zakwestionowanie nie tylko decyzji o wykluczeniu, lecz również, o ile takie odwołanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte, dalszych decyzji, które mogłyby spowodować po jego stronie szkodę w przypadku unieważnienia jego wykluczenia.
- 35 W tej sytuacji art. 1 ust. 3 tej dyrektywy nie może być interpretowany w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, aby oferentowi takiemu jak zrzeczenie odmówiony został dostęp do odwołania, w sytuacji gdy należy uznać, że oferent ten został ostatecznie wykluczony w rozumieniu art. 2a ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy.
- 36 W świetle powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.

*W przedmiocie pytania drugiego*

- 37 Z uwagi na odpowiedź udzieloną na pytanie pierwsze nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.

**3.42. orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338**

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)  
z dnia 4 maja 2017 r.(\*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości – Kwalifikacje techniczne lub zawodowe wykonawców – Artykuł 48 ust. 3 – Możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów – Artykuł 51 – Możliwość uzupełnienia oferty – Artykuł 45 ust. 2 lit. g) – Wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na poważne wykroczenie

W sprawie C-387/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 25 lipca 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 14 sierpnia 2014 r., w postępowaniu:

**Esaprojekt sp. z o.o.**

przeciwko

**Województwu Łódzkiemu,**

przy udziale

Konsultant Komputer sp. z o.o.,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: J.L. da Cruz Vilaça, prezes izby, A. Tizzano (sprawozdawca), wiceprezes Trybunału, M. Berger, A. Borg Barthet i F. Biltgen, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Bobek,

sekretarz: X. Lopez Bancalari, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 września 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Województwa Łódzkiego przez M. Popielarczyk oraz A. FaliszekRosiak, radców prawnych, oraz przez P. Krystynowicza i M. Kaczmarczyka, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczynę i D. Lutostańską, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez J. Hottiaux i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 24 listopada 2016 r.,

wyduje następujący

## Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Esaprojekt sp. z o.o. a Województwem Łódzkim (zwanym dalej „instytucją zamawiającą”) w przedmiocie warunków wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Konsultant Komputer sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemów informatycznych w zakładach opieki zdrowotnej w Polsce.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

- 3 Motyw 46 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. A zatem należy dopuszczać stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień: »najniższej ceny« i »oferty najkorzystniejszej ekonomicznie«.

Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić – ustanowiony przez orzecznictwo – obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiającej uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i [zasad], które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty [...]”.
- 4 Artykuł 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy brzmi następująco:

„»Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.
- 5 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.
- 6 Artykuł 44 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień”, stanowi:
  - „1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55, z uwzględnieniem art. 24, po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47–52, oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3.
  2. Instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48.

Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

[...].”

- 7 Artykuł 45 tej dyrektywy, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”, stanowi w ust. 2:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

[...]

- g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”.

- 8 Artykuł 48 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe”, stanowi:

„1. Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane zgodnie z ust. 2 i 3.

2. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

a) [...]

- ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych [...].

[...]

3. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

4. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

[...].”

- 9 Artykuł 51 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Dokumenty i informacje dodatkowe”, ma następujące brzmienie:

„Instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie”.

#### *Prawo polskie*

- 10 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do polskiego porządku prawnego mocą ustawy – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity, Dz.U. z 2013 r., poz. 907, 984, 1047, 1473, i Dz.U. z 2014 r., poz. 423; zwanej dalej „ustawą PZP”).

- 11 Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy PZP ma następujące brzmienie:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:



- 3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”.
- 12 Artykuł 26 ust. 2b i 4 tej ustawy stanowi:
- „2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.
- [...]
4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”.
- 13 Artykuł 93 ust. 1 pkt 7 omawianej ustawy stanowi:
- „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.
- 14 Paragraf 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), ma następujące brzmienie:
- „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy [PZP], polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy [PZP], zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:
- 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy [PZP] – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
  - 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
    - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
    - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
    - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
    - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 15 Z postanowienia odsyłającego wynika, że instytucja zamawiająca ogłosiła przetarg publiczny na „modernizację istniejących oraz wdrożenie nowych systemów informatycznych w zakładach opieki zdrowotnej podległych Samorządowi Województwa Łódzkiego w ramach projektu Usługi Regionalnego Systemu Informacji Medycznej (RSIM-Usługi)”. Postępowanie

zostało ogłoszone w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* z dnia 29 listopada 2013 r. pod numerem 2013/S 232402292.

- 16 Instytucja zamawiająca zdecydowała się udzielić zamówienia w procedurze otwartej i podzieliła przedmiot zamówienia na części obejmujące poszczególne zakłady opieki zdrowotnej. Dopuszcza tym samym składanie przez wykonawców ofert nie tylko na realizację całego zamówienia, lecz także na jego część.
- 17 Spór w postępowaniu głównym dotyczy w szczególności części 3, której przedmiotem jest zakup i dostawa zintegrowanego systemu szpitalnego do obsługi części administracyjnej (szarej) oraz do obsługi części medycznej (białej) w Szpitalu Wojewódzkim im. Mikołaja Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim. Przedmiotem zamówienia jest standardowe oprogramowanie, które ma zostać dostarczone, zainstalowane i skonfigurowane przez wykonawcę w ramach realizacji umowy.
- 18 Zgodnie z pkt 6.1 ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu wykazania doświadczenia kandydaci składający ofertę na część 3 musieli legitymować się wykonaniem przynajmniej dwóch zamówień obejmujących (dla każdego ze wskazanych zamówień): dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w częściach białej i szarej, dla zakładu opieki zdrowotnej z minimalną liczbą łóżek 200, o wartości nie mniejszej niż 450 000,00 złotych polskich (PLN) (około 101 676,08 EUR brutto ( z podatkiem od wartości dodanej – VAT)).
- 19 W tym celu wykonawcy mieli przedstawić w szczególności wykaz wykonanych głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert lub, odpowiednio, w krótszym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz z załączeniem dowodów, że dostawy te zostały wykonane należycie.
- 20 Wykonawca Konsultant Komputer przedstawił w swojej ofercie wykaz dostaw, w którym wskazał dwie pozycje, dotyczące dostawy, instalacji, konfiguracji i wdrożenia dwóch zintegrowanych systemów szpitalnych, zrealizowanych dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku oraz dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu przez konsorcjum złożone z Konsultant IT Sp. z o.o. i Konsultant Komputer.
- 21 Instytucja zamawiająca wybrała ofertę Konsultant Komputer, uznając ją za najkorzystniejszą dla części 3.
- 22 Jako kandydat wykluczony z rozpatrywanego postępowania Esaprojekt zaskarżył decyzję instytucji zamawiającej o wyborze oferty Konsultant Komputer do Krajowej Izby Odwoławczej. Esaprojekt zarzucał instytucji zamawiającej w istocie brak stwierdzenia, że wspomniana oferta jest oparta na nieprawdziwych informacjach i nie spełnia warunków określonych w przytoczonym ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta ta powinna była zostać w związku z tym odrzucona, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.
- 23 W orzeczeniu z dnia 7 kwietnia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała instytucji zamawiającej unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 oraz wezwanie Konsultant Komputer w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zakresu zamówień wskazanych w ofercie. Instytucja zamawiająca unieważniła wówczas swą decyzję i wezwała Komputer Konsultant do uzupełnienia dokumentów w sposób pozwalający wykazać spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wskazanego w ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 24 W odpowiedzi na to wezwanie pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r. Konsultant Komputer wskazał, po pierwsze, że omawiane zamówienie dotyczyło funkcjonalności określonych przez instytucję zamawiającą jako część szara, a po drugie, że załączone do oferty referen-

cje dotyczą realizacji dwóch umów, to jest umowy nr 51/2/2010 z dnia 5 października 2010 r. oraz umowy nr 62/2010 z dnia 6 grudnia 2010 r.

- 25 Jednak ze złożonych przez Konsultant Komputer wyjaśnień wynikało, że świadczenia dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku realizowane były w rzeczywistości w ramach dwóch odrębnych zamówień, z których jedno nie obejmowało części białej, a drugie części szarej.
- 26 W świetle tych wyjaśnień instytucja zamawiająca uznała, że zamówienia zrealizowane na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku nie spełniają warunku z ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym każde zamówienie powinno obejmować wszystkie elementy wymienione w owym podpunkcie, czyli dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w częściach białej i szarej. W związku z tym instytucja zamawiająca wezwała Komputer Konsultant do uzupełnienia odnośnych dokumentów.
- 27 W tym celu Komputer Konsultant przedstawił nowy wykaz dostaw, w którym powołał się na doświadczenie innego podmiotu, to jest Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o., w zakresie realizacji dwóch dostaw: dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Janowie Lubelskim oraz dla Okręgowego Szpitala Kolejowego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lublinie. Przedstawił on także zobowiązanie spółki Medinet Systemy Informatyczne do oddania do dyspozycji, jako doradca i konsultant, zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz ponownie wskazał dostawę zrealizowaną dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu.
- 28 Instytucja zamawiająca uznała odpowiedź za zadowalającą i ponownie wybrała ofertę spółki Komputer Konsultant, gdyż była ona najkorzystniejsza dla części 3.
- 29 Esaprojekt wniósł skargę do Krajowej Izby Odwoławczej o stwierdzenie nieważności decyzji instytucji zamawiającej oraz o przeprowadzenie ponownej oceny ofert i wykluczenie spółki Komputer Konsultant z uwagi na to, że przedstawiła ona nieprawdziwe informacje i nie wykazała spełnienia warunków uczestnictwa w przetargu, w szczególności tych określonych w ppkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 30 Krajowa Izba Odwoławcza uważa, że sprawa główna rodzi w pierwszej kolejności pytanie, czy art. 2 i 51 dyrektywy 2004/18 stoją na przeszkodzie powoływaniu się przez wykonawcę – gdy uzupełnia on na wniosek instytucji zamawiającej dokumenty – na dostawy inne niż te, które wykazał on w swojej pierwotnej ofercie, oraz możliwości powoływania się przez owego wykonawcę w tym względzie na zamówienia zrealizowane przez inny podmiot, na którego zasoby nie powołał się on w pierwotnej ofercie.
- 31 W drugiej kolejności sąd ten ma wątpliwości, czy wykonawca może powoływać się, w okolicznościach sprawy głównej, na przewidziane w art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 prawo polegania na zdolnościach podmiotów trzecich, gdy samodzielnie nie spełnia on minimalnych warunków uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia na usługi.
- 32 Krajowa Izba Odwoławcza zastanawia się ponadto, w jakich okolicznościach wykonawca może zostać uznany za winnego poważnego wykroczenia i wykluczony przez to z udziału w przetargu w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18.
- 33 W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 51 [dyrektywy 2004/18] w związku z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości

stości zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać realizacje (tj. wykonane dostawy) inne niż te, które wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, a w szczególności czy może wskazać realizacje innego podmiotu, na korzystanie z zasobów którego nie wskazywał w ofercie?

- 2) Czy w świetle orzeczenia Trybunału z dnia 10 października 2013 r., Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)], z którego wynika, że »zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata«, art. 51 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uzupełnianie dokumentów jest możliwe jedynie w zakresie dokumentów, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też że Trybunał wskazał tylko jedną z możliwości, a uzupełnianie dokumentów możliwe jest także w innych przypadkach, np. poprzez dołączenie dokumentów, które nie istniały przed tym terminem, lecz które w sposób obiektywny mogą potwierdzić spełnienie warunku?
- 3) W przypadku odpowiedzi na pytanie drugie wskazującej, że możliwe jest uzupełnianie także dokumentów innych niż wskazane w orzeczeniu z dnia 10 października 2013 r., Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)]: czy możliwe jest uzupełnianie dokumentów sporządzanych przez wykonawcę, podwykonawców lub inne podmioty, na których zdolności wykonawca się powołuje, w przypadku gdy nie zostały one przedstawione wraz z ofertą?
- 4) Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) [tej dyrektywy] oraz z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zasoby innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3 [tej dyrektywy], w ramach którego nastąpi sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które pojedynczo nie posiadają wymaganej przez instytucję zamawiającą wiedzy i doświadczenia, w przypadku gdy doświadczenie to jest niepodzielne (tzn. warunek udziału w postępowaniu musi być spełniony przez wykonawcę w całości) oraz wykonanie zamówienia jest niepodzielne (stanowi jedną całość)?
- 5) Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) [tej dyrektywy] oraz z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył, realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy?
- 6) Czy art. 45 ust 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezacho-

wanie należytej staranności? Czy za »winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji« można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy również wykonawcę, który co prawda przedstawił informacje prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?

- 7) Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) [tej dyrektywy] oraz z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się przez wykonawcę na posiadane doświadczenie, w ramach którego wykonawca powoła się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, pomimo że zamawiający w ogłoszeniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał takiej możliwości?''.

### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

*W przedmiocie pytań prejudycjalnych od pierwszego do trzeciego*

- 34 W pytaniach od pierwszego do trzeciego, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa w sprawie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.
- 35 Aby odpowiedzieć na te pytania, należy przypomnieć, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające powinny zapewnić równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 60).
- 36 W związku z tym z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 37 Ponadto z orzecznictwa wynika już, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 38 Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 39 W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 Ponadto, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 W niniejszym przypadku Konsultant Komputer przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. W szczególności, jak wskazano w pkt 27 niniejszego wyroku, wykonawca ten wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym.
- 42 Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominając raczej przedstawienie nowej oferty.
- 43 Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii, takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18.
- 44 W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające.
- 45 Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.



#### W przedmiocie pytania czwartego

- 46 W pytaniu czwartym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdyby instytucja zamawiająca uznała, że dane zamówienie jest niepodzielne i musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę.
- 47 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile instytucji zamawiającej zostanie wykazane, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 48 Jednakże, jak orzekł już Trybunał, przepisy dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwiają się temu, aby korzystanie z prawa ustanowionego w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tej dyrektywy było ograniczone w wyjątkowych okolicznościach (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne prace wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub, stosownie do okoliczności, przez skorzystanie z usług ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 50 W niniejszym przypadku, jak wskazano w pkt 18 niniejszego wyroku, specyfikacja rozpatrywanego zamówienia publicznego wymagała od oferentów wykazania się realizacją przynajmniej dwóch zamówień w konkretnej dziedzinie.
- 51 Na wezwanie instytucji zamawiającej, aby wykazał posiadanie kompetencji niezbędnych do realizacji rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia publicznego, Konsultant Komputer powołał się na doświadczenie innego podmiotu, na które składały się dwie dostawy, opisane w pkt 27 niniejszego wyroku, zrealizowane przez Medinet Systemy Informatyczne.
- 52 Jednak, jak rzecznik generalny wskazał w pkt 46 opinii, punktem wyjścia dla pytania prejudycjalnego jest weryfikowane przez sąd odsyłający założenie, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie publiczne jest niepodzielne, czyli że minimalny poziom zdolności musi być spełniony przez jednego wykonawcę, a nie poprzez powołanie się na zdolności większej liczby wykonawców. Ponadto, jak wynika z postanowienia odsyłającego, Krajowa Izba Odwoławcza uważa, że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego.
- 53 W tych okolicznościach oraz w świetle orzecznictwa przytoczonego w pkt 48 i 49 niniejszego wyroku dany wykonawca nie mógł polegać na zdolności podmiotu trzeciego w celu wykazania, że posiada on zdolności wymagane do realizacji rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia publicznego.

- 54 W związku z tym odpowiedź na pytanie czwarte powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.

*W przedmiocie pytania piątego*

- 55 W pytaniu piątym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia.
- 56 Pytanie to odnosi się do okoliczności faktycznej opisanej w pkt 20 niniejszego wyroku, że w postępowaniu głównym dostawy zintegrowanych systemów szpitalnych dla danych szpitali były realizowane przez konsorcjum dwóch przedsiębiorstw, czyli Konsultant Komputer i Konsultant IT.
- 57 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 to instytucje zamawiające sprawdzają predyspozycje kandydatów lub oferentów zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 47–52 tej dyrektywy.
- 58 Ponadto na mocy art. 44 ust. 2 wskazanej dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może żądać od wykonawców spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a także kwalifikacji technicznych i zawodowych zgodnie z art. 47 i 48 tej dyrektywy.
- 59 W szczególności art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 stanowi, że dowód kwalifikacji technicznych lub zawodowych wykonawców może stanowić, w zależności od charakteru i znaczenia świadczenia, wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat oraz wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat.
- 60 W myśl orzecznictwa przytoczonego w pkt 47 niniejszego wyroku art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy przyznaje wykonawcom prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innego podmiotu, takiego jak grupa wykonawców, której był on członkiem, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia.
- 61 W tym kontekście zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej tego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia.
- 62 Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

- 63 Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.
- 64 Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.
- 65 W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

*W przedmiocie pytania szóstego*

- 66 W pytaniu szóstym sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy winnego w szczególności poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego, niezależnie od tego, czy wykonawca działał umyślnie.
- 67 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy przypomnieć, że art. 45 dyrektywy 2004/18 wskazuje w ust. 1 i 2 szereg podstaw wykluczenia oferenta – odpowiednio, obowiązkowego i fakultatywnego – z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczących jego sytuacji podmiotowej.
- 68 W szczególności w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) omawianej dyrektywy z udziału w zamówieniu można wykluczyć wykonawcę, który „jest winny poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą.
- 69 Zadając to pytanie, Krajowa Izba Odwoławcza zmierza do ustalenia, czy do celów stosowania tego przepisu niezbędne jest, by oferent działał umyślnie i by podane instytucji zamawiającej informacje miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego.
- 70 W tym względzie w pierwszej kolejności należy wskazać, że brzmienie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18 nie zawiera żadnej wzmianki na temat umyślnego zachowania wykonawcy. W związku z tym stwierdzenia takiego zachowania nie można uznać za element niezbędny do wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- 71 Przeciwnie, aby uznać, że oferent „jest winny poważnego [wprowadzenia w błąd]” w rozumieniu tego przepisu, i wykluczyć go tym samym z zamówienia publicznego, wystarczy, by dopuścił się on pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego.
- 72 Zatem aby ukarać wykonawcę, który wprowadził instytucję zamawiającą w błąd, wykluczeniem z udziału w zamówieniu publicznym, instytucja zamawiająca nie musi, wbrew sugestiom w szczególności rządu polskiego oraz Komisji Europejskiej, przedstawić dowodu na umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.

- 73 W drugiej kolejności należy wskazać, że art. 45 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 stanowi, iż zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów tego ustępu.
- 74 Wynika z tego, że pojęcia zawarte w tymże art. 45 ust. 2 akapit pierwszy, w tym „winny poważnego [wprowadzenia w błąd]”, mogą zostać objaśnione i uszczegółowione w prawie krajowym, z poszanowaniem wszakże prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 26).
- 75 W niniejszym przypadku art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP przewiduje możliwość wykluczenia z udzielenia zamówienia wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
- 76 Tymczasem, jak wynika z postanowienia odsyłającego, oświadczenia i informacje dostarczane przez danego wykonawcę faktycznie miały wpływ na wynik rozpatrywanego w postępowaniu głównym postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej to bowiem właśnie na podstawie tych oświadczeń i informacji Konsultant Komputer wygrał przetarg.
- 77 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że poprzez dostarczenie takich oświadczeń i informacji dany wykonawca dopuścił się niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia rozpatrywanego zamówienia publicznego, przez co można go uznać za „winnego poważnego [wprowadzenia w błąd]” w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18. W związku z tym takie zachowanie może uzasadniać decyzję instytucji zamawiającej o wykluczeniu tego wykonawcy z rozpatrywanego postępowania.
- 78 Z uwagi na powyższe odpowiedź na pytanie szóste powinna brzmieć tak, iż art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.

*W przedmiocie pytania siódmego*

- 79 W pytaniu siódmym sąd odsyłający zapytuje w istocie, czy art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, pomimo że instytucja zamawiająca w ogłoszeniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazała takiej możliwości.
- 80 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy na wstępie wskazać, że – jak już przypomniano w pkt 57 niniejszego wyroku – zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 to instytucje zamawiające powinny sprawdzać predyspozycje kandydatów lub oferentów do wykonania danego zamówienia, zgodnie z wymogami, o których mowa w art. 47–52 tej dyrektywy.
- 81 Z kolei kandydaci lub oferenci powinni wykazać instytucji zamawiającej, że faktycznie dysponują lub będą dysponować zdolnościami niezbędnymi do prawidłowego wykonania danego zamówienia publicznego.

- 82 W tym względzie instytucja zamawiająca może zasadnie wyraźnie wskazać, co do zasady w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymóg posiadania określonych zdolności i konkretne zasady, zgodnie z którymi oferent powinien wykazać swoją zdolność do otrzymania i wykonania danego zamówienia. Podobnie, w wyjątkowych okolicznościach, z uwagi na charakter danych robót oraz na przedmiot i cele zamówienia, instytucja zamawiająca może wprowadzić ograniczenia, w szczególności z zakresie korzystania z ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 39–41; z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 83 Jednakże jeżeli instytucja zamawiająca postanowi skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią szczegółowe zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40, 56).
- 84 W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, wprowadzie instytucja zamawiająca nie przewidziała wyraźnie w dokumentacji przetargowej możliwości powołania się przez oferenta na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie, niemniej możliwości tej również wyraźnie nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 85 W tych okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że doświadczenie niezbędne do wykonania danego zamówienia, zdobyte przez wykonawcę nie przy jednym, lecz przy dwóch różnych zamówieniach lub większej ich liczbie, może zostać uznane przez instytucję zamawiającą za wystarczające i umożliwić temu wykonawcy wygranie rozpatrywanego przetargu.
- 86 Jak bowiem wskazał rzecznik generalny w pkt 62 opinii, jeżeli wymogi danego zamówienia można co do zasady spełnić, sumując zdolności i doświadczenie szeregu wykonawców, tym bardziej nielogiczne byłoby wykluczenie z góry możliwości łączenia zdolności i doświadczenia tego samego wykonawcy, które uzyskał on przy oddzielnych zamówieniach.
- 87 Dlatego też, jeżeli – tak jak w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym – możliwości powołania się na doświadczenie zdobyte przy większej liczbie zamówień nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, instytucja zamawiająca pod kontrolą właściwych sądów krajowych powinna sprawdzić, czy połączone doświadczenie z dwóch umów lub z większej ich liczby, zważywszy na charakter danych prac oraz na przedmiot i cele danego zamówienia, pozwala zapewnić jego prawidłowe wykonanie.
- 88 W świetle powyższego odpowiedź na pytanie siódme powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.

### **W przedmiocie kosztów**

- 89 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) Artykuł 51 dyrektywy 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 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.
- 2) Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne oraz że takie wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem zamówienia, które musi zatem zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.
- 3) Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.
- 4) Artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.
- 5) Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.

Podpisy

---

\* Język postępowania: polski.



**3.43. orzeczenie 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**

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)  
z dnia 11 maja 2017 r.(\*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/17/WE  
– Zasady udzielania zamówień – Artykuł 10 – Zasada równego traktowania oferentów  
– Obowiązek wezwania przez instytucję zamawiającą oferentów do zmiany lub uzupełnienia oferty – Prawo do zatrzymania przez instytucję zamawiającą gwarancji bankowej w przypadku odmowy – Dyrektywa 92/13/EWG – Artykuł 1 ust. 3 – Procedury odwoławcze  
– Decyzja o udzieleniu zamówienia publicznego – Wykluczenie oferenta  
– Skarga o stwierdzenie nieważności – Interes prawny

W sprawie C-131/16

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 19 lutego 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 1 marca 2016 r., w postępowaniu:

**Archus sp. z o.o.,**

**Gama Jacek Lipik**

przeciwko

**Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.,**

przy udziale:

**Digital-Center sp. z o.o.,**

TRYBUNAŁ (ósma izba),

w składzie: M. Vilaras, prezes izby (sprawozdawca), M. Safjan i D. Šváby, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. przez A. Olszewską,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczyń, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez F. Di Mattea, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez K. Herrmann oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

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

## Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) i art. 1 ust. 3 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 (Dz.U. 1992, L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 92/13”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu, w którym stronami są Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik (zwane dalej łącznie „wykonawcami Archus i Gama”) oraz Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (polska spółka prowadząca działalność z zakresu wydobywania ropy naftowej i gazu), dotyczącego decyzji tej ostatniej spółki o odrzuceniu oferty wykonawców Archus i Gama w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz o przyjęciu oferty złożonej przez Digital-Center sp. z o.o.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

- 3 Artykuł 10 dyrektywy 2004/17 stanowi:  
„Podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty”.
- 4 Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 stanowi:  
„Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczególnych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, 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”.
- 5 Artykuł 2a ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 92/13 stanowi:  
„Kandydatów uważa się za zainteresowanych, jeżeli podmiot zamawiający nie udostępnił informacji o odrzuceniu ich wniosku przed powiadomieniem zainteresowanych oferentów o decyzji o udzieleniu zamówienia”.

#### *Prawo polskie*

- 6 Artykuł 25 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015, poz. 2164, zwanej dalej „ustawą PZP”) stanowi:  
„1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:
  - 1) warunków udziału w postępowaniu,
  - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.  
2. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane [...]”.

- 7     Artykuł 26 ust. 3 ustawy PZP stanowi:
- „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”.
- 8     Artykuł 46 ust. 4a ustawy PZP brzmi następująco:
- „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”.
- 9     Artykuł 87 ustawy PZP stanowi:
- „1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.
- 1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Zamawiający poprawia w ofercie:
- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
  - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
  - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.
- 10    Artykuł 179 ust. 1 ustawy PZP stanowi:
- „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”.
- 11    Artykuł 180 ust. 1 ustawy PZP stanowi:
- „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”.

## Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 12 Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo opublikowało w dniu 3 czerwca 2015 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* pod numerem 2015/S 105–191838 ogłoszenie o zamówieniu w procedurze przetargu ograniczonego na usługi cyfryzacji zasobów swego Centralnego Archiwum Geologicznego i przygotowanie elektronicznej wersji dokumentów, które mają zostać udostępnione w wewnętrznej sieci spółki. Przedmiotem zamówienia była usługa polegająca na zeskanowaniu dokumentacji papierowej, obróbce cyfrowej zeskanowanych materiałów i na zapisie materiału na trwałych, powszechnie używanych nośnikach danych, w zadanych formatach numerycznych oraz w postaci mikrofilmu.
- 13 W pkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, że oferenci powinni przedstawić wraz z ofertą na usługi dwa materiały. Pierwszym materiałem miała być zapisana na trwałym nośniku zeskanowana odbitka dokumentu przygotowanego przez zamawiającego, poddana edycji w sposób szczegółowo opisany w pkt 4.1 lit. a) specyfikacji. Drugim materiałem miała być próbka mikrofilmu 35 mm zawierającego naświetlony wynik pracy przedstawionej do oceny w kryterium jakości w formacie A4 oraz jego zwielokrotnienie do formatu A0, to jest 16 razy, wraz z opisem metody mikrofilmowania i parametrami technicznymi opisanymi w pkt 4.1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej „próbką mikrofilmu”).
- 14 Jakość pierwszego materiału miała być oceniana w ramach kryteriów oceny ofert, natomiast jakość próbki mikrofilmu – według zasady „spełnia/nie spełnia”, co oznaczało, że w razie niespełnienia wymogu przez próbkę oferta podlegałaby odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.
- 15 Oferenci zobowiązani byli również do zabezpieczenia oferty wadium w wysokości 20.000 polskich złotych (PLN).
- 16 W przetargu złożone zostały dwie oferty: jedna łącznie przez wykonawców Archus i Gama, a druga przez Digital-Center.
- 17 W dniu 15 października 2015 r. wykonawcy Archus i Gama, powołując się na niezamierzoną pomyłkę, zwrócili się do instytucji zamawiającej z wnioskiem o dokonanie poprawki ich oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, polegającej na zamianie załączonej przez nich do oferty próbki mikrofilmu, która to próbka nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na nową próbkę.
- 18 W dniu 17 listopada 2015 r. instytucja zamawiająca udzieliła odpowiedzi na ten wniosek i poinformowała, że nowa próbka mikrofilmu została uznana za uzupełnienie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Jednocześnie wskazała jednak, że wykonawcy Archus i Gama nie podali wymaganych na podstawie pkt 4.1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o metodzie mikrofilmowania próbki i parametrach technicznych oraz wezwała ich do uzupełnienia tych informacji.
- 19 Po zbadaniu obu dostarczonych przez wykonawców Archus i Gama próbek mikrofilmu instytucja zamawiająca odrzuciła ostatecznie ich ofertę jako niezgodną z przywołanym pkt 4.1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uznała ona, że dostarczone przez te spółki próbki mikrofilmu nie pozwalają na odczyt z minimalną rozdzielczością 200 dpi (dots per inch – liczba punktów obrazu przypadająca na cal) z mikrofilmowanej odbitki arkusza A0. Instytucja zamawiająca uznała ponadto ofertę przedstawioną przez Digital-Center za najkorzystniejszą.
- 20 Wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli wówczas do Krajowej Izby Odwoławczej decyzję instytucji zamawiającej, odpowiednio, o odrzuceniu ich oferty i o przyjęciu oferty Digital-Center.

- 21 Sąd odsyłający wskazuje w istocie, że zgodnie z krajowymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych instytucja zamawiająca może żądać od oferentów przedłożenia „oświadczeń lub dokumentów” oraz próbek produktów, które należy dostarczyć w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Ma ona również obowiązek wezwania ich do uzupełnienia, w razie potrzeby, brakujących lub zawierających błędy dokumentów, tak aby były one zgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba że oferta podlega odrzuceniu z innych względów albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
- 22 Sąd odsyłający zastanawia się przede wszystkim nad zgodnością z prawem ciążącego na instytucji zamawiającej obowiązku wezwania oferenta do uzupełnienia wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentu lub przedstawienia nowej próbki zgodnie z tą specyfikacją, jak w sprawie głównej, jeżeli może to spowodować, że taki oferent dokona zmiany treści oferty, co byłoby ze szkodą dla przejrzystości postępowania przetargowego. Zastanawia się on także nad zgodnością z prawem zatrzymania wpłaconego przez oferenta wadium, jeżeli ten nie spełni sformułowanego przez instytucję zamawiającą żądania uzupełnienia takiego dokumentu. Sąd ten zastanawia się wreszcie na kwestię interesu prawnego, jaki mają w unieważnieniu oferty Digital-Center wykonawcy Archus i Gama.
- 23 W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 10 [dyrektywy 2004/17] można interpretować w ten sposób, że zamawiający może być zobowiązany do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie (tj. terminie wyznaczonym na złożenie ofert) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego »oświadczeń lub dokumentów« potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (które to pojęcie obejmuje także próbki przedmiotu zamówienia) albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego »oświadczenia lub dokumenty« zawierające błędy do złożenia brakujących lub korygujących błędy »oświadczeń lub dokumentów« (próbek) w wyznaczonym dodatkowym terminie bez ustanowienia zakazu, zgodnie z którym uzupełnione »oświadczenia lub dokumenty« (próbki) nie mogą zmieniać treści oferty?
- 2) Czy art. 10 dyrektywy [2004/17] można interpretować w ten sposób, że zamawiający może zatrzymać wadium wykonawcy, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie go przez zamawiającego do uzupełnienia nie złożył »dokumentów lub oświadczeń« (próbek) potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w sytuacji gdy takie uzupełnienie prowadziłoby do zmiany treści oferty lub gdy ów wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie oferty przez zamawiającego, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej?
- 3) Czy art. 1 ust. 3 [dyrektywy 92/13] należy interpretować w ten sposób, że »dane zamówienie«, o którym mowa w tym przepisie w części »interes w uzyskaniu danego zamówienia« oznacza »dane, prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego« (tu: ogłoszone ogłoszeniem z 3 czerwca 2015 r.), czy też »dany przedmiot zamówienia« (tu: usługa cyfryzacji dokumentacji archiwum zamawiającego), niezależnie od tego, czy w konsekwencji uwzględnienia odwołania zamawiający zobowiązany będzie unieważnić prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnie rozpocząć kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego?”

#### **W przedmiocie pytania pierwszego**

- 24 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego instytucja zamawiająca wzywała oferentów do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, których ci oferenci nie dostarczyli w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń lub dokumentów w przypadku błędów, i żeby ponadto ta instytucja zamawiająca nie była obowiązana wskazać tym oferentom, że nie wolno im zmieniać treści przedłożonych ofert.

- 25 W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne (zob. w szczególności wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 110; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33), która oddaje istotę zasad Unii dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (zob. w szczególności wyroki: z dnia 22 czerwca 1993 r., Komisja/Dania, C-243/89, EU:C:1993:257, pkt 33; z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 51; z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 33), wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą (zob. wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45; z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37).
- 26 Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (wyroki: z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 54; z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 93; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33).
- 27 Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją również na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31).
- 28 Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, ze szkodą dla innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 37).
- 29 Trybunał orzekł już również jednak przy innej sposobności, że zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów [zob. podobnie, dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze przetargu ograniczonego podlegających dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 35–45, w odniesieniu do etapu oceny ofert; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 30–39, w odniesieniu do etapu preselekcji oferentów].



- 30 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może nastąpić dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, powinno zostać skierowane w równoważny sposób do wszystkich oferentów znajdujących się w takiej samej sytuacji i powinno dotyczyć wszystkich wymagających wyjaśnienia punktów oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 42–44; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 34, 35).
- 31 Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).
- 32 Wreszcie, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma generalny obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 41; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37).
- 33 Żądanie wyjaśnień nie może jednak rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40).
- 34 W niniejszym przypadku sąd odsyłający wskazał we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że oferenci musieli załączyć do oferty próbki elektronicznej wersji dokumentów z archiwum, które należało sporządzić według wskazań określonych w pkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz podać metodę i parametry cyfryzacji.
- 35 W okolicznościach sprawy głównej to wykonawcy Archus i Gama, występując jako oferent, zwrócili się do instytucji zamawiającej o wprowadzenie poprawki do ich oferty, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, w celu zastąpienia nową próbką mikrofilmu próbki, którą załączyli do swojej oferty, a która nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
- 36 Tymczasem zgodnie z przytoczonym w pkt 29 niniejszego wyroku orzecznictwem wezwanie przez instytucję zamawiającą oferenta do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów nie może co do zasady mieć innego celu, niż wyjaśnienie oferty lub sprostowanie oczywistej omyłki w tej ofercie. Nie może więc ogólnie umożliwiać oferentowi dostarczenia oświadczeń i dokumentów, których przedstawienie było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a których nie przedstawiono w terminie składania ofert. Nie może też, zgodnie z przytoczonym w pkt 31 niniejszego wyroku orzecznictwem, doprowadzić do przedstawienia przez oferenta dokumentów zawierających takie zmiany, które stanowiłyby w rzeczywistości nową ofertę.
- 37 W każdym razie mogące ciążyć na instytucji zamawiającej na podstawie prawa krajowego zobowiązanie do wezwania oferentów do dostarczenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, których nie przedstawili oni w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń i dokumentów w przypadku błędów można dopuścić wyłącznie jeżeli poczynione uzupełnienia lub poprawki pierwotnej oferty nie doprowadzą do jej istotnej zmiany. Z pkt 40 wyroku z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191) wynika bowiem, że pierwotną ofertę można poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.

- 38 Sąd odsyłający powinien ustalić, czy w okolicznościach sprawy głównej dokonana przez wykonawców Archus i Gama zamiana nadal mieściła się w granicach sprostowania oczywistej pomyłki w ich ofercie.
- 39 Odpowiedź na pytanie pierwsze powinna więc brzmieć tak, iż zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienie wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zróżnić z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

### **W przedmiocie pytania drugiego**

- 40 W pytaniu drugim sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca zatrzymała wniesione przez oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium, jeżeli oferent albo nie dostarczy dokumentów poświadczających, że jego oferta jest zgodna z określonymi przez instytucję zamawiającą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogami, ponieważ zmieniłyby one treść jego oferty, albo nie zgodzi się na poprawienie swojej oferty przez instytucję zamawiającą, co spowoduje, że jego oferta nie będzie mogła zostać wybrana.
- 41 W świetle utrwalonego orzecznictwa procedura przewidziana w art. 267 TFUE jest instrumentem współpracy pomiędzy Trybunałem i sądami krajowymi, dzięki któremu Trybunał dostarcza sądom krajowym elementów wykładni prawa wspólnotowego, które są niezbędne dla rozstrzygnięcia przedstawionych im sporów (zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 czerwca 2003 r., Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, pkt 30; z dnia 15 września 2011 r., Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, pkt 16; a także z dnia 19 czerwca 2012 r., Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, pkt 31).
- 42 W ramach tej współpracy pytania dotyczące prawa Unii korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy. Odrzucenie przez Trybunał wniosku sądu krajowego jest możliwe tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu przedstawione (zob. w szczególności wyroki: z dnia 21 stycznia 2003 r., Bacardi-Martini i Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, pkt 43; z dnia 15 września 2011 r., Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, pkt 17; a także z dnia 19 czerwca 2012 r., Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, pkt 32).
- 43 Powierzone Trybunałowi w ramach postępowania prejudycjalnego zadanie polega bowiem na tym, by przyczyniał się on do sprawowania wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich, a nie by sporządzał opinie doradcze na temat ogólnych lub hipotetycznych zagadnień (zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 czerwca 2003 r., Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, pkt 32; z dnia 15 września 2011 r., Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, pkt 18).

- 44 Należy zaś stwierdzić, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, okoliczności sprawy głównej oczywiście nie odpowiadają żadnej z dwóch sytuacji rozważanych przez sąd odsyłający w drugim pytaniu.
- 45 Spór w postępowaniu głównym dotyczy bowiem zasadniczo, jak to wynika z analizy pytania pierwszego, tego, czy instytucja zamawiająca może, nie naruszając zasady równego traktowania, o której mowa w art. 10 dyrektywy 2004/17, zezwolić, by oferent mógł po złożeniu oferty wymienić materiał, którego przedstawienie było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli w tym przypadku próbkę mikrofilmu, jeżeli poprzednia próbka miała zostać dostarczona omyłkowo. Z postanowienia odsyłającego w żaden sposób nie wynika, aby wykonawcy Archus i Gama zaniechali dostarczenia wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów czy też odmówili zgody na dokonanie przez instytucję zamawiającą poprawki w ich ofercie. Należy więc stwierdzić, że podniesiony przez sąd odsyłający w pytaniu drugim problem jest natury hipotetycznej.
- 46 W tych okolicznościach drugie pytanie prejudycjalne sądu odsyłającego należy uznać za oczywiście niedopuszczalne.

### **W przedmiocie pytania trzeciego**

- 47 W pytaniu trzecim sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu tego przepisu dotyczy danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub samego przedmiotu zamówienia, które ma zostać udzielone po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przedstawiono tylko dwie oferty, a oferentowi, którego oferta została odrzucona, mógłby przysługiwać interes w uzyskaniu odrzucenia oferty drugiego oferenta, a w konsekwencji wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 48 Sąd odsyłający wskazał w tym względzie, że wykonawcy, który złożył ofertę w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie przysługuje, jeżeli jego oferta zostanie odrzucona, interes prawny do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia. O ile więc oferentowi takiemu jak wykonawcy Archus i Gama przysługuje z pewnością interes w zakwestionowaniu decyzji o odrzuceniu jego oferty, ponieważ w takim przypadku zachowuje on szansę na uzyskanie zamówienia, o tyle nie przysługuje mu już natomiast jakikolwiek interes co do dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jego oferta została ostatecznie odrzucona, przynajmniej w przypadku, gdy złożono i wybrano większą liczbę ofert.
- 49 W tym właśnie kontekście sąd odsyłający zastanawia się, czy pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 dotyczy ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 50 Należy przypomnieć w tym względzie, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 stanowi, iż państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, 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.
- 51 Trybunał udzielał już wykładni równoważnych przepisów art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33) i orzekł, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu oferty pozostałych do celów uzyskania zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12,

EU:C:2013:448, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 27; a także z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 29), bez względu na liczbę uczestników postępowania i liczbę uczestników, którzy wnieśli odwołanie (zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 29).

- 52 Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że inny oferent uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie wszystkich oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio uzyskać zamówienie (zob. wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 27).
- 53 Zasada wypracowana w orzecznictwie w wyrokach z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), i z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), znajduje zastosowanie w sytuacji rozpatrywanej w postępowaniu głównym.
- 54 W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent zaskarżył bowiem do sądu odsyłającego te dwie decyzje. W swojej skardze odrzucony oferent wniósł o wykluczenie oferty wybranego wykonawcy ze względu na brak jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
- 55 W takiej sytuacji należy uznać, że oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; a także z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 24).
- 56 Wykładnię tę potwierdzają przepisy art. 2a ust. 1 i 2 dyrektywy 92/13, wyraźnie przewidujące prawo do wniesienia skargi przez oferentów, którzy nie są ostatecznie wykluczeni, w szczególności na podjęte przez instytucje zamawiające decyzje o udzieleniu zamówienia.
- 57 Wprawdzie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 13–16, 31, 36), że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 58 Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 59 Z powyższego wynika, że dyrektywę 92/13 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien

mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

### **W przedmiocie kosztów**

- 60 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) **Zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.**
- 2) **Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą 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, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego**

Podpisy

---

\* Język postępowania: polski.

**3.44. orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ECLI:EU:C:2017:557**

POSTANOWIENIE TRYBUNAŁU (szósta izba)  
z dnia 13 lipca 2017 r.(\*)

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem  
– Zamówienia publiczne – Zasady udzielania zamówień – Równość traktowania oferentów  
– Termin związania ofertą i okres ważności wadium – Przedłużenie nieprzewidziane  
w wyraźny sposób – Wykluczenie z przetargu

W sprawie C-35/17

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 16 stycznia 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 stycznia 2017 r., w postępowaniu:

**Saferoad Grawil sp. z o.o.,**

**Saferoad Kabex sp. z o.o.**

przeciwko

**Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu,**

przy udziale:

**Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A.,**

**Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego (Zaberd) S.A.,**

TRYBUNAŁ (szósta izba),

w składzie: E. Regan, prezes izby, J.C. Bonichot i S. Rodin (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

postanowiwszy, po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, orzec w formie postanowienia z uzasadnieniem, zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem,

wydaje następujące

**Postanowienie**

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., działającymi wspólnie jako jeden oferent (zwanymi dalej łącznie „Saferoadem”) a Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu (zwaną dalej „instytucją zamawiającą”), popieraną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego (Zaberd) S.A., w przedmiocie decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia publicznego Zaberdowi.



## Ramy prawne

### *Prawo Unii*

- 3 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Treść tego przepisu jest zbieżna z treścią art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 19).

### *Prawo polskie*

- 4 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 i art. 10 dyrektywy 2004/17 implementuje w prawie polskim art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r., nr 19, poz. 177). Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu rozpatrywanego w postępowaniu głównym, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
- 5 W kwestii przedłużenia terminu związania ofertą art. 85 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stanowi, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak termin ten nie może przekroczyć, w zależności od wartości zamówienia, 30, 60 lub 90 dni. Zgodnie z przepisami ust. 2 tego artykułu wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może się o to zwrócić tylko raz, na okres nie dłuższy niż 60 dni. Stosownie do ust. 4 rzeczonego artykułu przedłużenie tego terminu jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium.
- 6 Artykuł 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wymienia sytuacje, w których wyklucza się wykonawcę. Należy do nich sytuacja, w której wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą na wniosek zamawiającego. Natomiast, jak wynika z postanowienia odsyłającego, skutku takiego nie przewiduje ani przytoczony art. 24, ani inne artykuły, w odniesieniu do braku przedłużenia terminu związania ofertą w innych wypadkach, czyli nie na wniosek zamawiającego.
- 7 W kwestii wadium art. 45 Prawa zamówień publicznych stanowi, że zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w ustawie. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
- 8 Artykuł 46 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stanowi, że po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana.
- 9 Artykuł 184 Prawa zamówień publicznych zobowiązuje wykonawcę, którego ofertę wybrano, do przedłużenia okresu ważności wadium na okres postępowania w sprawie odwołania.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 10 Instytucja zamawiająca udzieliła rozpatrywanego zamówienia publicznego Zaberdowi. Saferoad, jako oferent, zakwestionował udzielenie tego zamówienia.
- 11 Przedmiotem rozpatrywanego zamówienia była usługa utrzymania drogi ekspresowej wokół Poznania (Polska). Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, opublikowanym w 2015 r., wartość zamówienia przekraczała próg określony w art. 7 dyrektywy 2004/18. Zgodnie z tym ogłoszeniem minimalny termin związania wykonawców ofertą wynosił 90 dni od dnia

upływu terminu do składania ofert. Ponadto w celu wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy byli zobowiązani do wniesienia wadium.

- 12 W odpowiedzi na ogłoszenie oferty złożyło ośmiu wykonawców, w tym Saferoad i Zaberd. W trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia instytucja zamawiająca zwróciła się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertami na okres 60 dni. Jeden z wykonawców, który nie zastosował się do tego wezwania, został wykluczony z przetargu. Pozostali przedłużyli związanie ofertą na żądany okres. Okres ten upłynął, jednak postępowanie nie dobiegło końca. Mimo to większość wykonawców, w tym Zaberd, sukcesywnie samodzielnie przedłużała terminy związania ofertą, a także ważności wadium, do czasu podjęcia decyzji przez instytucję zamawiającą. Ostatecznie zamówienie zostało udzielone Zaberdowi.
- 13 W tej sytuacji Saferoad odwołał się od decyzji o udzieleniu zamówienia. Podniósł w szczególności, że wykonawcy, którzy nie przedłużali z własnej inicjatywy, po upływie dodatkowych 60 dni, terminu związania ofertą, również powinni być zostać wykluczeni z przetargu. W takim wypadku, zgodnie z określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu zasadami ważenia kryteriów zamówienie to powinno zostać udzielone Saferoadowi.
- 14 W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza (Polska) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
  - „1) Czy art. 2 dyrektywy 2004/18, przy zastosowaniu również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że:
    - a) przepis ten zezwala na wykluczenie wykonawcy z postępowania lub odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, w przypadku gdy sankcja taka nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca jest zainteresowany zawarciem umowy,
    - b) pomimo niedokonania oficjalnej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, o której mowa w [lit. a)], przepis ten zezwala na uznanie, że oferta wykonawcy wygasła z powodu upływu terminu związania ofertą i tym samym przestała istnieć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem nie można zawrzeć z nim umowy (istnieje zakaz zawarcia umowy), choć wykonawca jest takim zawarciem umowy zainteresowany, gdy uznanie wygaśnięcia oferty i zakaz zawarcia umowy nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia?
  - 2) Czy art. 2 dyrektywy 2004/18, z zastosowaniem również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że zezwala on na żądanie przez zamawiających utrzymania przez wykonawców ważności wniesionego wadium zabezpieczającego ofertę, bez możliwości przerwy, aż do chwili zawarcia umowy, bez określenia w przepisach, ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalnego, racjonalnego okresu, w którym wykonawcy zobowiązani są do utrzymania ważności wniesionego wadium?”.

### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 15 Zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania, jeżeli pytanie skierowane w trybie prejudycjalnym jest identyczne z pytaniem, w którego przedmiocie Trybunał już orzekał, jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne można wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa lub jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne nie pozostawia żadnych uzasadnionych wątpliwości, Trybunał może w każdej chwili, na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, orzec w formie postanowienia z uzasadnieniem.

- 16 Odpowiedź na pytania przedstawione przez sąd odsyłający można wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa Trybunału, w szczególności z jego wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), należy więc zastosować przytoczony powyżej przepis proceduralny.
- 17 W obu pytaniach, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, po pierwsze, czy art. 2 dyrektywy 2004/18, zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości dopuszczają wykluczenie wykonawcy, odrzucenie jego oferty lub uznanie jej za nieważną, w wypadku wykonawcy, który nie przedłużył okresu związania ofertą, jeżeli takie skutki nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, a po drugie, czy instytucja zamawiająca może w takich okolicznościach wymagać od wykonawców utrzymania ważności wadium ustanowionego jako zabezpieczenie oferty, bez możliwości przerw, do dnia zawarcia umowy.
- 18 W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczzonej zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).
- 19 Trybunał orzekł również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., La Cascina i in., C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).
- 20 Ponadto dyrektywa 2004/18 stanowi, w pkt 17 załącznika VII A, dotyczącego informacji, które należy zamieścić w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych, w części dotyczącej „[o]głoszeń o zamówieniach”, że „[k]ryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia” z danego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, powinny być określone w ogłoszeniu o zamówieniu (wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 38).
- 21 Tym samym, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła (wyroki: z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40; z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 42; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 39).
- 22 Ponadto warunek dotyczący upływu terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikający z wykładni w orzecznictwie prawa krajowego oraz z praktyki jednego z organów jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego

i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 46).

- 23 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w postępowaniu głównym wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie jest wyraźnie przewidziane we właściwej ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia.
- 24 Jak podkreśla sąd odsyłający, mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących Prawa zamówień publicznych, a w szczególności kwestii upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie rozumowania, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i instytucji zamawiających.
- 25 W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 51).
- 26 Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.
- 27 W świetle powyższego odpowiedź na przedstawione pytania powinna brzmieć następująco: art. 2 dyrektywy 2004/18, zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

### **W przedmiocie kosztów**

- 28 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach.

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

**Artykuł 2 dyrektywy 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 oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.**

Sporządzono w Luksemburgu w dniu 13 lipca 2017 r.

Podpisy

---

\* Język postępowania: polski.



## Literatura uzupełniająca

'Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych w latach 2006–2008', Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008 r.

Arrowsmith, Sue 'A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice', Earlsgate Press, Winterringham 1992 r.

Bogdanowicz, Piotr '(Still) Qualitative Approach to a Cross-Border Interest and Application of European Union Law to Concessions? Some Remarks on C-388/12 *Comune di Ancona* Judgment', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA22

Bovis, Christopher 'EC Public Procurement: Case Law and Regulation', Oxford 2006 r.

Braun, Peter 'Requirement to State Reasons for Procurement Decisions: A Note on the Recent Cases of the General Court', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA19

Braun, Peter 'The right to an effective remedy against procurement award decisions of the European Investment Bank, disclosure of reasons and permitted award criteria – *Evropaïki Dynamiki v European Investment Bank* (T-461/08), (2012) 21 P.P.L.R., str. NA23

Brown, Adrian 'A German City Authority Breaches the Procurement Directives by Awarding a Waste Contract without Competition over 10 Years Ago: *Commission v Germany* (C-17/09)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA112

Brown, Adrian 'Application of the EU Treaty Obligation of Transparency to an Exclusive National License for Internet Games of Chance: *Sporting Exchange Ltd, trading as Betfai v Minister van Justitie* (C-203/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA221

Brown, Adrian 'Changing a Sub-contractor Under a Public Services Concession: *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main*', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA160

Brown, Adrian 'Clarification of the exemption for "in-house" awards of public contracts: the EU Court of Justice ruling in case C-553/15 *Undis Servizi Srl v Comune di Sulmona*', (2017) 26 P.P.L.R.

Brown, Adrian 'Clarification on the Application of the EU Procurement Rules to Land Sales and Development Agreements: *Helmut Muller* (C-451/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA125

Brown, Adrian 'Does a Taxi Reimbursement System for Medical Patients in Finland Constitute a Service Concession Under EU Procurement Law? Case C-269/14 *Kansaneläkelaitos*', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA189

Brown, Adrian 'Evaluation of the Quality and Experience of the Team Assigned to Perform a Public Contract: Case C-601/13 *Ambisig*', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA147

Brown, Adrian 'Exclusion of a Bidder for Non-Payment of Social Security Contributions: the EU Court of Justice Ruling in Case C-199/15 *Ciclat Soc. Coop*', (2017) 26 P.P.L.R.

Brown, Adrian 'In-house Exemption Not Available Due to the Presence of Private Members in the Supplier Entity: Case C-574/12 *Centro Hospitalar de Setubal*', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA133

Brown, Adrian 'Is a National Law Requiring the Exclusion for Non-Payment of Social Security Contributions Exceeding € 100 Compatible with EU Treaty and the Principle of Proportionality? Case C-358/12 *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici v Comune di Milano*', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA165



Brown, Adrian 'Lawfulness of a Requirement to Provide Health Services from an Establishment Located within a Specified Municipality: Case C-552/13 *Grupo Hospitalario Quiron*', (2016) 25 P.P.L.R.

Brown, Adrian 'Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: *Acoset* (C-196/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA45

Brown, Adrian 'The application of EU procurement rules to land regeneration projects: further clarification from the Court of Justice in *Commission v Spain* (C-306/08) concerning Valencian land-use regulations', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA185

Brown, Adrian 'The Application of EU Treaty Principles to the Grant of a Service Concession for the Use of Publicly-Owned Cable Networks in Belgium: Case C-221/12 *Belgacom*', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA46

Brown, Adrian 'The Award of a Public Services Contract to a Public-Private Joint Venture upon its Creation: *Mehiläinen v Oulun kaupunki* (C-215/09)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA70

Brown, Adrian 'The Court of Justice Rules That a Contracting Authority May Accept the Late Submission of a Bidder's Balance Sheet, Subject to Certain Conditions: Case C-336/12 *Danish Ministry of Science, Innovation and Higher Education v Manova A/S*', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA1

Brown, Adrian 'The Court of Justice Rules That a Series of Contracts for Architectural Services Constituted a Single Procurement for the Purpose of the Financial Thresholds of Directive 2004/18: *Commission v Germany* (C-574/10), (2012) 21 P.P.L.R., str. NA160

Brown, Adrian 'The Court of Justice Rules That, Subject to Certain Conditions, a Contracting Authority May Require a Minimum Level of Economic Standing to be Demonstrated by Reference to Particular Aspects of the Bidding Company's Balance Sheet: Case C-218/11 *Édukövízig and Hochtief Construction AG*', (2013) 22 P.P.L.R., str. NA27

Brown, Adrian 'The Grant of Concessions to Operate Casinos in Austria without Competitive Tendering: *Ernst Engelmann* (C-64/08), (2011) 20 P.P.L.R., str. NA13

Brown, Adrian 'The Lawfulness of a National Rule Requiring a Subcontractor of a Bidder for a Public Contract to Pay its Workers a Minimum Wage, Even Where the Services Will be Carried Out Exclusively in a Lower-Cost Third Country: case C-549/13 *Bundesdruckerei GmbH v Stadt Dortmund*', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA17

Brown, Adrian 'The Lawfulness of a Regional Law Requiring Tenderers for a Public Contract to Undertake to Pay Workers Performing That Contract the Minimum Wage Laid Down in that Law: Case C-115/14 *RegioPost*', (2016) 25 P.P.L.R.

Brown, Adrian 'The Permissibility of Excluding an Economic Operator From a Tendering Procedure on the Ground that it has Previously Committed an Infringement of Competition Law: Case C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt v Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA51

Brown, Adrian 'When Will Publication of a Voluntary Ex Ante Transparency Notice Provide Protection Against the Remedy of Contract Ineffectiveness? Case C-19/13 *Ministero dell'Interno v Fastweb SpA*', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA10

Brown, Adrian 'Whether German Sickness Insurance Funds are Contracting Authorities and the Categorisation of a Fund's Contract for the Supply of Orthopaedic Footwear: *Hans and Christophorus Oymanns GbR v APK Rheinland/Hamburg* (C-300/07)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA217

Brown, Adrian 'Whether an Obligation on Certain Property Developers in Belgium to Provide Social Housing Gave Rise to a Public Works Contract within Directive 2004/18: the Ruling of the EU Court of Justice in Joined Cases C-197/11 and C-203/11 *Libert and Others v Flemish Government*', (2013) 22 P.P.L.R., str. NA164

Brunning, Steven 'Subsidising Construction Projects of Private Entities Under the EU Procurement Rules: *French Republic v European Commission*', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA8

Codina García-Andrade, Xavier 'Why *Manova* is not *Slovensko*: A New Balance between Equal Treatment of Tenderers and Competition?', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA109

Craig, Paul; de Búrca, Gráinne 'EU Law. Text, Cases, and Materials', Oxford 2011 r.

Davey, Jonathan 'Case Note on *Commission v Germany* (C-536/07)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA54

De Koninck, Constant; Flamey, Peter 'European Public Procurement Law Part II – Remedies. The European Public Procurement Remedies Directives and 15 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Texts and Analysis', Alphen aan den Rijn 2009 r.

De Koninck, Constant; Ronse, Thierry 'European Public Procurement Law. The European Public Procurement Directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Texts and Analysis', Alphen aan den Rijn 2008 r.

Dunne, Mary 'Requirements to Give Reasons to Unsuccessful Tenderers before Conclusion of the Standstill period: A Note on the Judgment of the Court of Justice in *Commission v Ireland* (C-455/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA87

Falle, James 'Hamburg Again: Shared Services and Public Sector Cooperation in the Case of *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH*', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA123

Karayigit, Mustafa T. 'A New Type of Exemption from the EU Rules on Public Procurement Established: "In Thy Neighbour's House" Provision of Public Interest Tasks', (2010) 19 P.P.L.R., str. 183

Kekelekis, Mihalis; Rusu, Ioana Eleonora 'The Award of Public Contracts and the Notion of „Internal Operator" under Regulation 1370/2007 on Public Passenger Transport Services by Rail and by Road', (2010) 19 P.P.L.R., str. 198

Knibbe, Jorren 'Whether the Award Procedures Laid Down by Directive 2004/18 are Exhaustive: *Commission v France* (C-299/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA91

Kotsonis, Totis 'Application of the Teckal Exemption to a services Concession Contract: *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale* (C-324/07)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA73

Kotsonis, Totis 'Award of Contracts for Additional Services Without the Prior Publication of a Contract Notice: *Commission v Greece* (C-601/10)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA55

Kotsonis, Totis 'Case Note: Case C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox and Others v Acquedotto Pugliese SpA*: The Application of the *Uniplex* Principles in an Italian Context', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA115

Kotsonis, Totis '*Commission v Netherlands* (Case C-576/10): Determining Which Directive is Applicable to a Claim', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA39

Kotsonis, Totis '*Commission v Netherlands* (C-368/10): Environmental and Fair Trade Considerations in the Context of a Contract Award Procedure', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA234

Kotsonis, Totis 'Co-operative Arrangements between Public Authorities in the Pursuit of a Public Interest Task: *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* (C-480/06)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA212

Kotsonis, Totis 'Discriminatory Selection Criteria and the Nature of Award Criteria – applying the *Lianakis* ruling in a utilities context: *Commission v Greece* (C-199/07)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA77

Kotsonis, Totis 'The Award of a Works Concession Contract Containing Additional Works Which Had Not Been Defined Adequately in the Original Advertisement: *European Commission v Spain* (C-423/07)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA167

Kotsonis, Totis 'The Basis on which the Remedy of Damages must be Made Available under the Remedies Directive: *Stadt Graz v Strabag AG* (C-314/09)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA59

Kotsonis, Totis 'The Role of Risk in Defining a Services Concession Contract: *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH* (C-206/08) (WAZV)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA4

Lemke, Marian; Piasta, Dariusz 'Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.', Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006 r.

McGowan, David 'Adjustment of Time Limits, Incumbency Advantages and Alleged Manifest Error in the Evaluation of Tenders: *Evropaïki Dynamiki v Commission* (T-232/06)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA67

McGowan, David 'And Then There Were Three: A Note on *Hochtief AG and Linde-Kca-Dresden GmbH v Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság* (C-138/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA50

McGowan, David 'An Obligation to Investigate Abnormally Low Bids? *SAG ELV Slovensko a.s.* (C-599/10)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA165

McGowan, David 'Below-Threshold Contracts and Change to the Technical Specifications During Evaluation: Case C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL v Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA156

McGowan, David 'Can Horizontal in-House Transactions Fall Within *Teckal*? A Note on Case C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH*', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA120

McGowan, David 'Clarification of Permissible Public Cooperation and Pecuniary Interest: *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (C-159/11)', (2013) 22 P.P.L.R., str. NA61

McGowan, David 'Clarification of the Extent to Which Award Sub-Criteria Must Be Disclosed in Advance: *Evropaïki Dynamiki v EMSA* (C-252/10 P)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA11

McGowan, David 'Consortia Member Rights and Classification of Mixed Contracts: a note on *Club Hotel Loutraki* (C-145/08 and C-149/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA174

McGowan, David 'Concessions – Rescue, Risk and Remuneration: A Note on *Privater Rettungsdienst v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau* (C274/09)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA128

McGowan, David 'Does the Future Possibility of Private Capital Being Held in a Public Company Prevent the Application of *Teckal*? *Sea Srl v Comune di Ponte Nossa* (C-573/07)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA13

McGowan, David 'Does the Reservation of Ambulance Services to Voluntary Organisations on a Cost Reimbursement Basis Give Rise to a Public Service Contract? Case C-113/13, *Azienda Sanitaria Locale No. 5 'Spezzino' v San Lorenzo Società Cooperativa Sociale*', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA61

McGowan, David 'Exclusion of Bidders on Grounds of Holding Media Interests: *Michaniki AE v Ethiko Simvoulia Radiotileorasis and Ipourgios Epikratias* (C-213/07)' NA79

McGowan, David 'Further Clarification of Permissible Public Cooperation: *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis Düren*', (2013) 22 P.P.L.R., str. NA158

McGowan, David 'Impermissibility of Absolute Limitation Periods for Claiming Damages Without Knowledge of the Breach: Case C-166/14 *MedEval*', (2016) 25 P.P.L.R.

McGowan, David 'Italian Rules Regarding Participation of Consortia in Tenders: A Note on *Consortio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche* (C-305/08) and *Serrantoni Srl, Consortio stabile edili Srl v Comune di Milano* (C-376/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA94

McGowan, David 'Membership Contributions as Indirect State Financing: A Note on Case C-526/11 *IVD GmbH & Co. KG v Ärztekammer Westfalen-Lippe*', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA4

McGowan, David 'Permissible Steps in Checking Grounds for Exclusion: A Note on Case C-74/09', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA229

McGowan, David 'Prohibiting Linked Undertakings From Tendering Separately In The Same Procedure: *Assitur Srl v Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* (C -538/07)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA203

McGowan, David 'Questions of Admissibility: A Note on Case C-401/09 P', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA241

McGowan, David 'Remedies Revolution Avoided: A Note on *Combinatie Spijker Infrabouw v Provincie Drenthe* (C-568/08)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA64

McGowan, David 'Subcontracting and Parallel Public Passenger Transport Procurement Rules: Case C- 92/15, *Hormann Reisen GmbH v Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg*', (2017) 26 P.P.L.R.

McGowan, David 'The Boundaries of Permissible Negotiation on Mandatory Contract Requirements Within a Negotiated Procedure With Prior Publication of a Contract Notice: Case C-561/12 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS v Rahandusministeerium*', (2017) 26 P.P.L.R.

McGovern, Patrick 'The Important Decisions of the European Court of Justice on Time-Limits in Proceedings for Review Procedures in Public Procurement: The *Uniplex* Case (C-406/08) and *Commission v Ireland* (C-456/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA101

Michel, Nicolas 'Les marchés publics dans la jurisprudence européenne. Exposé systématique des arrêts et ordonnances de la Cour de justice des Communautés européennes', Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg 1995 r.

Otting, Olaf; Sormani-Bastian, Laura 'A Review Procedure before the National Courts is not Relevant for Declaring a Failure to Fulfil an Obligation under the Treaty: A Note on *Commission v Germany* (C- 275/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA59

Pedersen, Kristian; Olsson, Erik '*Commission v Germany*: A New Approach on In-house Providing?', (2010) 19 P.P.L.R., str. 33

Pedersen, Kristian; Olsson, Erik 'The role of the European Court of Justice in public procurement' [w:] Bovis, Christopher 'Research Handbook on EU Public Procurement Law', Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016

Petersen, Zsófia 'Below-threshold Contract Awards under EU Primary Law: *Federal Republic of Germany v Commission* (T-258/06)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA215

Petersen, Zsófia 'Effects of an Administrative Complaint on the Admissibility of a Claim for Annulment – *CMB Maschinenbau & Handels GmbH v Commission* (T-407/07)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA16

Petersen, Zsófia 'Information on the Scores Obtained is Insufficient to Fulfil the Obligation to State Reasons – *Alfastar Benelux SA v Council of the European Union* (T-57/09)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA253

Petersen, Zsófia 'Obligation to State Reasons, Exclusion Due to Serious Breaches of Contractual Obligations and Length of the Validity Period – *Evropaïki Dynamiki v Commission* (T-298/09)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA20

Petersen, Zsófia 'Principle of Equal Treatment in IT Procurement: *Evropaïki Dynamiki v Commission* (T-50/05)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA1

Petersen, Zsófia 'Quality of personnel as an award criterion – *Evropaïki Dynamiki v Commission* (T-39/08) and *Evropaïki Dynamiki v Commission* (T-86/09)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA247

Petersen, Zsófia 'Refining the Rules on the Distinction between Selection and Award Criteria – *Evropaïki Dynamiki v Commission* (T-589/08)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA246

Petersen, Zsófia; Moriarty, Kate 'Award Sub-Criteria, Weighting Rules and Distinction between "Variants" and "Departures": *bpost NV van publiek recht v European Commission* (T-514/09)', (2013) 22 P.P.L.R., str. NA9

Petersen, Zsófia; Tolkachova, Daria 'The Dividing Line between Admissible Clarifications and Inadmissible Modifications of the Terms of a Tender: *Antwerpse Bouwwerken NV v European Commission* (T-195/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA186

'Selected judgments of the Court of Justice of the European Union on public procurement (2006–2014)', SIGMA, Paryż 2014 r.

Skovgaard Ølykke, Grith 'Reasons for decisions, quality thresholds in tenders, and the relevance of repeat complaints by a supplier: *Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v Commission* (T-377/07)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA257

Smith, Susie 'Application of EU Procurement Law to Public Ambulance Services: *European Commission v Germany* (C-160/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA180

Smith, Susie 'C-538/13 *eVigilo*: Dealing with Bias and Conflicts of Interests, Time Limits for Making a Claim and Acceptability of Allegedly Abstract Award Criteria', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA104

Smith, Susie 'C-568/13 *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Services srl*. Prohibition on Certain Types of Organisations from Participation in a Public Tender and Abnormally Low Tenders in the Context of Tenders Submitted by Entities in Receipt of Public Funds', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA99

Smith, Susie 'Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA C-42/13: Failure by an Economic Operator to Supply Evidence that the Grounds for Exclusion do not Exist and the Requirements on Contracting Authorities Strictly to Comply with the Rules which they Set for the Conduct of a Tender Process', (2015) 24 P.P.L.R., str. NA33

Smith, Susie '*Comune di Ancona v Regione Marche* (C-388/12). EU funded project: when do changes amount to a "substantial modification" under the European Regional Development Fund rule? Consideration of the requirement for a competition for the award of a concession contract in the context of EU funded projects', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA35

Smith, Susie 'Defence purchasing of material that has both military and civilian applications – Tilttable turntables in Finland – Case C-615/10', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA245

Smith, Susie '*Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA* (C-465/11) – Exclusion on the grounds of grave professional misconduct', (2013) 22 P.P.L.R., str. NA57

Smith, Susie 'In-house Awards to jointly Controlled Companies – Satisfying the Control Test: *Econord SpA* Cases C-182/11 and C-183/11, (2013) 22 P.P.L.R., str. NA32

Smith, Susie '*Impresa Pizzarotti v Comune di Bari* (Case C-213/23): Is a Contract for the Leasing of a Building which has not yet been Built a Works Contract, and must a National Court Revisit a Ruling which has led to a Situation which is Incompatible with EU Procurement Legislation?', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA171

Smith, Susie 'Irish Translation Services: Disclosure of and Changes to the Weighting of Award Criteria for "Annex IIB" (Non-Priority) Services: *Commission v Ireland* (C-226/09)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA9

Smith, Susie 'Is a transfer of competences between contracting authorities a public contract? Case C- 51/15 *Remondis*', (2017) 26 P.P.L.R.

Smith, Susie 'No Obligation to Apply Sector Directive to Contracts for Annex IIB Services: *Strong Segurança SA v Município de Sintra* (C-95/10)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA125

Smith, Susie 'Obligation to Provide Information Relating to a Contract Award Decision: Case C-629/11 *Evropaïki Dynamiki v European Commission*', (2013) 22 P.P.L.R., str. NA6

Smith, Susie 'Optional ground for exclusion for grave professional misconduct and the requirements for proportionality, equal treatment and transparency: C-171/15 *Connexxion Taxi Services*', (2017) 26 P.P.L.R.

Smith, Susie 'Rejection of a tender on the grounds of inconsistency with the subject matter of the contract: *Dredging International NV v European Maritime Safety Agency (EMSA)* (T-8/09)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA62

Smith, Susie 'Right of access to an effective legal remedy in the context of public procurement – requirement for a good conduct guarantee in order to gain access to review procedures: joined cases C- 439/14 *Star Storage* and C-488/14 *Max Boegl Romania*', (2017) 26 P.P.L.R.

Smith, Susie 'Rights of Contracting Authorities under the Remedies Directive: A Note on *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias v Anatheoritiki Arkhi Prosforon* (C-570/08)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA17

Smith, Susie 'Standing (locus standi) to Bring an Action for Review of Public Procurement Decisions: *Fastweb SpA v Azienda Sanitaria Locale di Alessandria* (C-100/12), (2013) 22 P.P.L.R., str. NA161

Smith, Susie '*Swm Costruzioni 2 SpA, Manocchi Luigino DI v Provincia di Fermo* (C-94/12). Right of an Economic Operator to Rely on the Capacities of Other Entities to Satisfy Selection Requirements and Court of Justice of the European Union Engagement with the SME Agenda', (2014) 23 P.P.L.R., str. NA31



Smith, Susie 'The application of Treaty Principles to Public Procurement Exclusions, and Exclusion for Failing to Lodge a Declaration Confirming Compliance with a „Legality Protocol” that Governs the Award Procedure as well as Contract Performance: Case C-425/14 *Impresa Edilux*', (2016) 25 P.P.L.R.

Smith, Susie 'The Requirement to Comply with the Procurement Directives is Compatible with the Fundamental Right to Undertake Collective Bargaining. Direct Award of Contracts to Pension Providers Designated in a Collective Agreement is in Breach of the Requirements of the Procurement Directives: *Commission v Germany* (C-271/08)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA225

Smith, Susie 'Undisclosed Evaluation Criteria and Failure to Appropriately Notify Reasons for Rejection of a Tender for Vassilikos Power Station: *Commission v Cyprus* (C-251/09), (2011) 20 P.P.L.R., str. NA74

'Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości część I', Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 1999 r.

'Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości część II', Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001 r.

*Publikacja została opracowana w ramach projektu "Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji". Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.*

*Projekt realizowany w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne, w latach 2017- 2018.*

**ISBN: 978-83-88686-51-1**

**Warszawa 2017**