

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



**Efektywne zamówienia publiczne
– wzmocnienie potencjału administracji**

Artur Kowalski

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

*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 2018 r.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017. Tom II

Skład, łamanie i druk:

www.ccpog.com.pl

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

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

ISBN 978-83-88686-61-0

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2018 r.

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	10
Wprowadzenie	13
1. OMÓWIENIE WYBRANYCH ORZECZEŃ	15
1.1. Zastosowanie przepisów w dziedzinie zamówień <i>ratione materiae</i>	15
1.1.1. orzeczenie z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 <i>Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias (C-145/08) i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis (C-149/08)</i> , ECLI:EU:C:2010:247	15
1.1.2. orzeczenie z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09 <i>Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy przeciwko Oulun kaupunki</i> , ECLI:EU:C:2010:807	18
1.1.3. orzeczenie z dnia 8 maja 2013 r. w sprawach połączonych C-197/11 i C-203/11 <i>Eric Libert i in. przeciwko rządowi flamandzkiemu (C-197/11) i All Projects & Developments NV i in. przeciwko Vlaamse Regering (C-203/11)</i> , ECLI:EU:C:2013:288	20
1.1.4. orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-410/14 <i>Dr. Falk Pharma GmbH przeciwko DAK-Gesundheit</i> , ECLI:EU:C:2016:399	22
1.2. Zastosowanie przepisów w dziedzinie zamówień <i>ratione personae</i>	24
orzeczenie z dnia 5 października 2017 r. w sprawie C-567/15 „ <i>LitSpecMet</i> ” UAB przeciwko „ <i>Vilniaus lokomotyvų remonto depas</i> ” UAB, ECLI:EU:C:2017:736	24
1.3. Specyfikacje techniczne	28
1.3.1. orzeczenie z dnia 19 marca 2009 r. w sprawie C-489/06 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej</i> , ECLI:EU:C:2009:165	28
1.3.2. orzeczenie z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-552/13 <i>Grupo Hospitalario Quirón SA przeciwko Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco i Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad</i> , ECLI:EU:C:2015:713	30
1.3.3. orzeczenie z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie C-296/15 <i>Medisanus d.o.o. przeciwko Spoločna Bolnišnica Murska Sobota</i> , ECLI:EU:C:2017:431	31
1.4. Procedury udzielenia zamówienia publicznego	33
1.4.1. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej</i> , ECLI:EU:C:2009:338	33
1.4.2. orzeczenie z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-138/08 <i>Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH przeciwko Közbeszerzési Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság</i> , ECLI:EU:C:2009:627	35
1.4.3. orzeczenie z dnia 10 grudnia 2009 r. w sprawie C-299/08 <i>Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej</i> , ECLI:EU:C:2009:769	37
1.4.4. orzeczenie z dnia 5 grudnia 2013 r. w sprawie C-561/12 <i>Nordecon AS i Ramboll Eesti AS przeciwko Rahandusministeerium</i> , ECLI:EU:C:2013:793	40

1.5.	Definicja wykonawcy	41
1.5.1.	orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 <i>Consortio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche</i> , ECLI:EU:C:2009:807	41
1.5.2.	orzeczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-568/13 <i>Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze przeciwko Data Medical Service srl</i> , ECLI:EU:C:2014:2466	44
1.5.3.	orzeczenie z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-203/14 <i>Consorti Sanitari del Maresme przeciwko Corporació de Salut del Maresme i la Selva</i> , ECLI:EU:C:2015:664	45
1.5.4.	orzeczenie z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 <i>MT Højgaard A/S i Züblin A/S przeciwko Banedanmark</i> , ECLI:EU:C:2016:347	47
1.6.	Kwalifikacja podmiotowa wykonawców	50
	Podstawy wykluczenia	50
1.6.1.	orzeczenie z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej</i> , ECLI:EU:C:2009:693	50
1.6.2.	orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-74/09 <i>Bâtiments et Ponts Construction SA i WISAG Produktionservice GmbH przeciwko Berlaymont 2000 SA</i> , ECLI:EU:C:2010:431	52
1.6.3.	orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 <i>Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl</i> , ECLI:EU:C:2016:404.	53
1.6.4.	orzeczenie z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie C-171/15 <i>Connexion Taxi Services BV przeciwko Staat der Nederlanden i in.</i> , ECLI:EU:C:2016:948	57
1.6.5.	orzeczenie z dnia 20 grudnia 2017 r. w sprawie C-178/16 <i>Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA i Guerrato SpA przeciwko Provincia autonoma di Bolzano i in.</i> , ECLI:EU:C:2017:1000	59
	Kryteria kwalifikacji.	61
1.6.6.	orzeczenie z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 <i>Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovázig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarország Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe) przeciwko Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság</i> , ECLI:EU:C:2012:643.	61
1.6.7.	orzeczenie z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie C-234/14 „ <i>Ostas celtnieks</i> ” SIA przeciwko <i>Talsu novada pašvaldība i Iepirkumu uzraudzības birojs</i> , ECLI:EU:C:2016:6	63
1.6.8.	orzeczenie z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie C-46/15 <i>Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal</i> , ECLI:EU:C:2016:530	65
1.6.9.	orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 <i>UAB „Borta” przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija</i> , ECLI:EU:C:2017:266	69
1.6.10.	orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-76/16 <i>Ingsteel spol. s r.o. i Metrostav a.s. przeciwko Úrad pre verejnú obstarávanie</i> , ECLI:EU:C:2017:549	72
1.6.11.	orzeczenie z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 <i>Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise i Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.CA.DI.S.</i> , ECLI:EU:C:2017:685	74

1.7.	Zamówienia na usługi niepriorytetowe	77
1.7.1.	orzeczenie z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 <i>Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec</i> , ECLI:EU:C:2010:230	77
1.7.2.	orzeczenie z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 <i>Komisja Europejska przeciwko Irlandii</i> , ECLI:EU:C:2010:697	79
1.7.3.	orzeczenie z dnia 17 marca 2011 r. w sprawie C-95/10 <i>Strong Segurança SA przeciwko Município de Sintra i Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança</i> , ECLI:EU:C:2011:161	82
1.7.4.	orzeczenie z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-113/13 <i>Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. przeciwko San Lorenzo Soc. coop. Sociale oraz Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus</i> , ECLI:EU:C:2014:2440	83
1.7.5.	orzeczenie z dnia 28 stycznia 2016 r. w sprawie C-50/14 <i>Conorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) i in. przeciwko Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) i Regione Piemonte</i> , ECLI:EU:C:2016:56	84
1.8.	Zmiana umowy.	85
1.8.1.	orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 <i>Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH</i> , ECLI:EU:C:2010:182	85
1.8.2.	orzeczenie z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14 <i>Finn Frogne A/S przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation</i> , ECLI:EU:C:2016:634	89
1.9.	Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	91
	orzeczenie z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 <i>Insinööritoimisto InsTiimi Oy</i> , ECLI:EU:C:2012:324	91
1.10.	Procedury odwoławcze	93
1.10.1.	orzeczenie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 <i>Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority</i> , ECLI:EU:C:2010:45	93
1.10.2.	orzeczenie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-456/08 <i>Komisja Europejska przeciwko Irlandii</i> , ECLI:EU:C:2010:46	96
1.10.3.	orzeczenie z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 <i>Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias (C-145/08) i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis (C-149/08)</i> , ECLI:EU:C:2010:247	98
1.10.4.	orzeczenie z dnia 21 października 2010 r. w sprawie C-570/08 <i>Symvoulío Apochetefseon Lefkosias przeciwko Anatheoritiki Archi Prosforon</i> , ECLI:EU:C:2010:621	99
1.10.5.	orzeczenie z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 <i>Norma-A SIA i Dekom SIA przeciwko Latgales plānošanas reģions</i> , ECLI:EU:C:2011:721	100
1.10.6.	orzeczenie z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-161/13 <i>Idrodinamica Spurgo Velox srl i in. przeciwko Acquedotto Pugliese SpA</i> , ECLI:EU:C:2014:307	101
1.10.7.	orzeczenie z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-19/13 <i>Ministero dell'Interno przeciwko Fastweb SpA</i> , ECLI:EU:C:2014:2194	103
1.10.8.	orzeczenie z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 <i>eVigilo Ltd przeciwko Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos</i> , ECLI:EU:C:2015:166	105

1.10.9.	orzeczenie z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-61/14 <i>Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato przeciwko Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino – Città di Levico Terme i in.</i> , ECLI:EU:C:2015:655	107
1.10.10.	orzeczenie z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-166/14 <i>MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH</i> , ECLI:EU:C:2015:779	109
1.10.11.	orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 <i>Marina del Mediterráneo SL i in. przeciwko Agencia Pública de Puertos de Andalucía</i> , ECLI:EU:C:2017:268	111
2.	TEKSTY ORZECZEŃ	117
2.1.	orzeczenie z dnia 19 marca 2009 r. w sprawie C-489/06 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej</i> , ECLI:EU:C:2009:165	117
2.2..	orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej</i> , ECLI:EU:C:2009:338	121
2.3.	orzeczenie z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-138/08 <i>Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH przeciwko Közbeszerezések Tanácsa Közbeszerezési Döntőbizottság</i> , ECLI:EU:C:2009:627	130
2.4.	orzeczenie z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07 <i>Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej</i> , ECLI:EU:C:2009:693	135
2.5.	orzeczenie z dnia 10 grudnia 2009 r. w sprawie C-299/08 <i>Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej</i> , ECLI:EU:C:2009:769	142
2.6.	orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 <i>Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche</i> , ECLI:EU:C:2009:807	147
2.7.	orzeczenie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 <i>Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority</i> , ECLI:EU:C:2010:45	151
2.8.	orzeczenie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-456/08 <i>Komisja Europejska przeciwko Irlandii</i> , ECLI:EU:C:2010:46	154
2.9.	orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 <i>Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH</i> , ECLI:EU:C:2010:182	163
2.10.	orzeczenie z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 <i>Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec</i> , ECLI:EU:C:2010:230	169
2.11.	orzeczenie z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 <i>Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias (C-145/08) i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis (C-149/08)</i> , ECLI:EU:C:2010:247	184
2.12.	orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-74/09 <i>Bâtiments et Ponts Construction SA i WISAG Produktionservice GmbH przeciwko Berlaymont 2000 SA</i> , ECLI:EU:C:2010:431	188

2.13.	orzeczenie z dnia 21 października 2010 r. w sprawie C-570/08 <i>Symvoulío Apochetefseon Lefkosias przeciwko Anatheoritiki Archi Prosforon</i> , ECLI:EU:C:2010:621	194
2.14.	orzeczenie z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 <i>Komisja Europejska przeciwko Irlandii</i> , ECLI:EU:C:2010:697	196
2.15.	orzeczenie z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09 <i>Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy przeciwko Oulun kaupunki</i> , ECLI:EU:C:2010:807	200
2.16.	orzeczenie z dnia 17 marca 2011 r. w sprawie C-95/10 <i>Strong Segurança SA przeciwko Município de Sintra i Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança</i> , ECLI:EU:C:2011:161	204
2.17.	orzeczenie z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 <i>Norma-A SIA i Dekom SIA przeciwko Latgales plānošanas reģions</i> , ECLI:EU:C:2011:721	207
2.18.	orzeczenie z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 <i>Insinööritoimisto InsTiimi Oy</i> , ECLI:EU:C:2012:324	212
2.19.	orzeczenie z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 <i>Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovázig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarország Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe) przeciwko Közbizottság Tanácsa Közbizottsági Döntőbizottság</i> , ECLI:EU:C:2012:643	215
2.20.	orzeczenie z dnia 8 maja 2013 r. w sprawach połączonych C-197/11 i C-203/11 <i>Eric Libert i in. przeciwko rządowi flamandzkiemu (C-197/11) i All Projects & Developments NV i in. przeciwko Vlaamse Regering (C-203/11)</i> , ECLI:EU:C:2013:288	219
2.21.	orzeczenie z dnia 5 grudnia 2013 r. w sprawie C-561/12 <i>Nordecon AS i Ramboll Eesti AS przeciwko Rahandusministeerium</i> , ECLI:EU:C:2013:793	230
2.22.	orzeczenie z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-161/13 <i>Idrodinamica Spurgo Velox srl i in. przeciwko Acquedotto Pugliese SpA</i> , ECLI:EU:C:2014:307	231
2.23.	orzeczenie z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-19/13 <i>Ministero dell'Interno przeciwko Fastweb SpA</i> , ECLI:EU:C:2014:2194	234
2.24.	orzeczenie z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-113/13 <i>Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. przeciwko San Lorenzo Soc. coop. Sociale oraz Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus</i> , ECLI:EU:C:2014:2440	239
2.25.	orzeczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-568/13 <i>Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze przeciwko Data Medical Service srl</i> , ECLI:EU:C:2014:2466	245
2.26.	orzeczenie z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 <i>eVigilo Ltd przeciwko Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos</i> , ECLI:EU:C:2015:166	248
2.27.	orzeczenie z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-61/14 <i>Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato przeciwko Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino – Città di Levico Terme i in.</i> , ECLI:EU:C:2015:655	253

2.28.	orzeczenie z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-203/14 <i>Consorti Sanitari del Maresme przeciwko Corporació de Salut del Maresme i la Selva</i> , ECLI:EU:C:2015:664.	259
2.29.	orzeczenie z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-552/13 <i>Grupo Hospitalario Quirón SA przeciwko Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco i Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad</i> , ECLI:EU:C:2015:713	264
2.30.	orzeczenie z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-166/14 <i>MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH</i> , ECLI:EU:C:2015:779	265
2.31.	orzeczenie z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie C-234/14 „ <i>Ostas celtnieks</i> ” SIA <i>przeciwko Talsu novada pašvaldība i Iepirkumu uzraudzības birojs</i> , ECLI:EU:C:2016:6	268
2.32.	orzeczenie z dnia 28 stycznia 2016 r. w sprawie C-50/14 <i>Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) i in. przeciwko Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) i Regione Piemonte</i> , ECLI:EU:C:2016:56	271
2.33.	orzeczenie z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 <i>MT Højgaard A/S i Züblin A/S przeciwko Banedanmark</i> , ECLI:EU:C:2016:347	278
2.34.	orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-410/14 <i>Dr. Falk Pharma GmbH przeciwko DAK-Gesundheit</i> , ECLI:EU:C:2016:399	282
2.35.	orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 <i>Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl</i> , ECLI:EU:C:2016:404.	284
2.36.	orzeczenie z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie C-46/15 <i>Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal</i> , ECLI:EU:C:2016:530	289
2.37.	orzeczenie z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14 <i>Finn Frogne A/S przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation</i> , ECLI:EU:C:2016:634	294
2.38.	orzeczenie z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie C-171/15 <i>Connexxion Taxi Services BV przeciwko Staat der Nederlanden i in.</i> , ECLI:EU:C:2016:948	297
2.39.	orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 <i>UAB „Borta” przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija</i> , ECLI:EU:C:2017:266	301
2.40.	orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 <i>Marina del Mediterráneo SL i in. przeciwko Agencia Pública de Puertos de Andalucía</i> , ECLI:EU:C:2017:268	310
2.41.	orzeczenie z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie C-296/15 <i>Medisanus d.o.o. przeciwko Splošna Bolnišnica Murska Sobota</i> , ECLI:EU:C:2017:431	314
2.42.	orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-76/16 <i>Ingsteel spol. s.r.o. i Metrostav a.s. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie</i> , ECLI:EU:C:2017:549.	323
2.43.	orzeczenie z dnia 5 października 2017 r. w sprawie C-567/15 „ <i>LitSpecMet</i> ” UAB <i>przeciwko „Vilniaus lokomotyvų remonto depas” UAB</i> , ECLI:EU:C:2017:736.	328

2.44.	orzeczenie z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 <i>Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise i Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.CA.Di.S.</i> , ECLI:EU:C:2017:685.	331
2.45.	orzeczenie z dnia 20 grudnia 2017 r. w sprawie C-178/16 <i>Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA i Guerrato SpA przeciwko Provincia autonoma di Bolzano i in.</i> , ECLI:EU:C:2017:1000	335
Bibliografia		341

Wykaz skrótów

dyrektywa 89/665/EWG	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)
dyrektywa 92/13/EWG	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)
dyrektywa 92/50/EWG	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)
dyrektywa 93/36/EWG	dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 2, str. 110)
dyrektywa 93/37/EWG	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)
dyrektywa 93/38/EWG	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)
dyrektywa 2004/17/WE	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)
dyrektywa 2004/18/WE	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)

dyrektywa 2007/66/WE	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)
dyrektywa 2009/81/WE	dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76)
dyrektywa 2014/23/UE	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)
dyrektywa 2014/24/UE	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)
dyrektywa 2014/25/UE	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)
TfUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TUE	Traktat o Unii Europejskiej
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską

Wprowadzenie

Wraz z przystąpieniem Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej *acquis communautaire*, wspólnotowy dorobek prawny, stał się częścią polskiego porządku prawnego z uwzględnieniem zasad obowiązywania prawa unijnego, czyli przede wszystkim zasady pierwszeństwa prawa unijnego, zasady skutku bezpośredniego, zasady skutku pośredniego i zasady odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich.

Rolą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS UE) jest zapewnienie poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów, a zatem zagwarantowanie przestrzegania prawa unijnego zarówno przez instytucje unijne, jak i przez państwa członkowskie, a także – jeżeli nie przede wszystkim – ujednolicenie wykładni przepisów prawa unijnego. W tym zakresie orzecznictwo Trybunału odgrywa pierwszoplanową rolę również w dziedzinie zamówień publicznych.

W związku z zainteresowaniem, jakim cieszył się wydany w 2017 r. pierwszy tom publikacji poświęconej orzecznictwu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017, przygotowany został niniejszy tom II.

W okresie od początku 2009 r. do końca 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości wydał ponad sto dwadzieścia orzeczeń w sprawach z zakresu zamówień publicznych i koncesji. Na potrzeby niniejszej publikacji dokonano wyboru czterdziestu pięciu wyroków, które można uznać za istotne z punktu widzenia systemu zamówień publicznych.

W części pierwszej omówione zostały wybrane orzeczenia Trybunału w ujęciu tematycznym. Opracowanie obejmuje orzeczenia dotyczące: (1) przedmiotowego zakresu zastosowania unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych, (2) podmiotowego zakresu zastosowania tych regulacji, (3) specyfikacji technicznych, (4) procedur udzielenia zamówienia publicznego, (5) pojęcia wykonawcy, (6) kwalifikacji podmiotowej wykonawców, w tym zarówno podstaw wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i kryteriów kwalifikacji (warunków udziału w postępowaniu) i polegania w tym zakresie na zdolności innych podmiotów, (7) zamówień na tzw. usługi niepriorytetowe, (8) zmian umowy, (9) zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz (10) procedur odwoławczych.

Część druga zawiera fragmenty wybranych, omówionych w części pierwszej, orzeczeń, ułożone w porządku chronologicznym.

Tom II publikacji zamyka uzupełniona i uporządkowana bibliografia.

Licząc na to, że tom II niniejszej publikacji również spotka się z dużym zainteresowaniem nie tylko praktyków zamówień publicznych, ale także osób, dla których orzecznictwo TSUE to źródło pogłębionych analiz i badań prawno-porównawczych oraz studiów naukowych.

Prezes

Urzędu Zamówień Publicznych



Małgorzata Stręciwilk

1. Omówienie wybranych orzeczeń

1.1. Zastosowanie przepisów w dziedzinie zamówień *ratione materiae*

1.1.1. orzeczenie z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias (C-145/08) i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethniko Symvoulío Radiotileorasis (C-149/08)*, ECLI:EU:C:2010:247

W sprawie C-145/08 (Club Hotel Loutraki A.E.) spór powstał na tle postępowania dotyczącego sprzedaży części udziałów do wysokości 49% kapitału kontrolowanej przez greckie państwo spółki Elliniko Kazino Parnithas AE (EKP) na rzecz inwestora strategicznego, któremu miało zostać również powierzone w zamian za wynagrodzenie administrowanie i zarządzanie kasynem na okres dziesięciu lat oraz na którym miał jednocześnie spoczywać obowiązek wykonania robót budowlanych w zakresie przebudowy i modernizacji budynków wchodzących w skład kompleksu kasyna i przyległego terenu.

Natomiast w sprawie C-149/08 (AKTOR ATE) gmina Saloniki ogłosiła przetarg na wykonanie robót budowlanych obejmujących wybudowanie gmachu urzędu miejskiego wraz z podziemnym parkingiem.

Obie sprawy łączyły przepisy greckiego prawa krajowego zakazujące udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, a także wspólnikom, głównym akcjonariuszom, członkom organów oraz kadry zarządzającej takich przedsiębiorstw, jak również przedsiębiorstwom, w których wspólnikami lub głównymi akcjonariuszami, członkami organów czy też kadry zarządzającej są przedsiębiorstwa prowadzące działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub wspólnicy lub główni akcjonariusze lub członkowie organów przedsiębiorstwa lub kadry zarządzającej przedsiębiorstw prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu.¹ W obu sprawach zostały zaskarżone decyzje Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, greckiej krajowej rady radiofonii i telewizji, dotyczące wydania lub odmowy wydania odpowiedniego zaświadczenia.

W sprawie Club Hotel Loutraki A.E. pojawiły się wątpliwości co do charakteru spornej umowy mieszanej i, co za tym idzie, właściwego reżimu prawa unijnego, w tym regulacji dotyczących środków ochrony prawnej. Nabywcy udziałów spółki EKP miało zostać powierzone administrowanie i zarządzanie kasynem za wynagrodzeniem, ustalonym jako procent zysków wynikających z zarządzania. Ponadto projekt umowy przewidywał, że jeżeli przed upływem dziesięciu lat od chwili wejścia w życie umowy w prowincji Attyka rozpocznie działalność inne kasyno, zamawiający będzie zobowiązany do wypłacenia inwestorowi odszkodowania w wysokości do 70% ceny transakcji. Poza tym inwestor miał być zobowiązany do wdrożenia planu rozwoju obejmującego modernizację lokali kasyna i wchodzących w skład kompleksu dwóch budynków hotelowych wraz z przyległym terenem o powierzchni około 280 hektarów.

Grecki sąd zdecydował się zawiesić toczące się przed nim postępowania i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi, w pierwszej kolejności,

¹ odnośnie do dopuszczalności takiej krajowej podstawy wykluczenia na gruncie unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się w wyroku 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

kwalifikacji spornej umowy mieszanej jako zamówienia publicznego bądź koncesji na usługi oraz, po drugie, uprawnienia poszczególnych członków konsorcjum do wniesienia odwołania.²

W omawianym wyroku, podobnie jak w omówionym w tomie I niniejszego opracowania³ w punkcie 2.2.2. orzeczeniu w sprawie C-536/07 *Komisja przeciwko Niemcom*,⁴ Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w przypadku umów mieszanych, których różne części – zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu – są połączone w nierozłączny sposób i stanowią nierozzerwalną całość, rozpatrywana czynność powinna zostać zbadana jako całość, w sposób jednolity, w celu jej kwalifikacji prawnej, a także powinna być oceniona w świetle regulacji dotyczących części, która stanowi główny przedmiot lub dominujący element umowy.⁵ Nie ma przy tym znaczenia, czy główny przedmiot umowy mieszanej

² Symvoulio tis Epikrateias zadał Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy umowa, na mocy której organ zamawiający powierza zleceniobiorcy zarządzanie kasynem, sporządzenie planu rozwoju polegającego na restrukturyzacji pomieszczeń kasyna i podniesieniu wartości gospodarczej w ramach możliwości wynikających z zezwolenia obejmującego prowadzenie takiego kasyna i w której zawarta jest klauzula stanowiąca, że jeżeli na obszarze — sensu largo — na którym znajduje się omawiane kasyno miałoby zgodnie z prawem rozpocząć działalność inne kasyno, instytucja zamawiająca zobowiązuje się do wypłacenia zleceniobiorcy odszkodowania, stanowi koncesję, która jako taka nie została uregulowana w dyrektywie 92/50/EWG?
2. W przypadku odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie prejudycjalne: czy środek odwoławczy wniesiony przez uczestników przetargu na udzielenie zamówienia publicznego o charakterze mieszanym, przewidującego również świadczenie usług wymienionych w załączniku IB 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), w którym zarzuca się naruszenie zasady równego traktowania uczestników przetargu (zasady wyrażonej w art. 3 ust. 2 wskazanej dyrektywy), jest objęty zakresem zastosowania 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), czy też takie stosowanie jest wyłączone w zakresie w jakim do postępowania w sprawie udzielenia rzeczzonego zamówienia na świadczenie usług, zgodnie z art. 9 dyrektywy 92/50/EWG, znajdują zastosowanie wyłącznie art. 14 i 16 tej dyrektywy?
3. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na drugie pytanie prejudycjalne: zakładając, że przepis krajowy, zgodny z którym wyłącznie wszyscy razem a nie poszczególni członkowie konsorcjum nieposiadającego osobowości prawnej, które uczestniczyło w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i tego zamówienia nie otrzymało, mogą zaskarżyć akt na mocy którego udzielono zamówienia, także wówczas gdy skarga została wniesiona początkowo łącznie przez wszystkich członków konsorcjum, ale w stosunku do niektórych z nich została stwierdzona jej niedopuszczalność, co do zasady nie jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z przepisami dyrektywy 89/665/EWG, czy na potrzeby stosowania wskazanej dyrektywy, przed stwierdzeniem rzeczzonej niedopuszczalności konieczne jest zbadanie, czy ci poszczególni członkowie konsorcjum zachowują w dalszym ciągu prawo zwrócenia się do innego sądu krajowego w celu uzyskania odszkodowania przewidzianego ewentualnie w przepisach prawa krajowego?
4. W sytuacji gdy istnieje utrwalone orzecznictwo sądu krajowego, zgodnie z którym także każdy poszczególny członek konsorcjum może skutecznie wnieść środek odwoławczy od aktu przyjętego w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych, czy odrzucenie takiego środka odwoławczego jako niedopuszczalnego, z powodu zmiany tego utrwalonego orzecznictwa, nie stwarzając uprzednio skarżącemu możliwości usunięcia braków w zakresie takiej niedopuszczalności ani możliwości przedstawienia uwag w tej kwestii zgodnie z zasadą kontradiktoryjności jest zgodne z przepisami dyrektywy 89/668/EWG, interpretowanej w świetle art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jako ogólnej zasady prawa wspólnotowego?

³ zob. Artur Kowalski, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017 r., str. 26

⁴ wyrok z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:664, pkt 28, 29, 57, 61

⁵ zob. w szczególności wyrok z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1989:606, pkt 19; wyrok 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 23–26; wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05

podlega dyrektywom dotyczącym udzielania zamówień publicznych. Dlatego też celem ustalenia, czy dana umowa mieszana stanowi zamówienie publiczne i tym samym objęta jest zakresem zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych, należy przede wszystkim zbadać, czy sporna umowa mieszana stanowi nierozzerwalną całość, a następnie, czy jej główny przedmiot sprowadza się do udzielenia zamówienia publicznego.

W przypadku umowy rozpatrywanej przed sądem odsyłającym sporne porozumienie stanowiły jedną umowę mieszaną dotyczącą (i) sprzedaży akcji spółki EKP i nabycia prawa do powoływania większości jej zarządu, (ii) przejęcia zarządzania przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno i świadczenia rentownych usług wysokiej jakości oraz (iii) obowiązku wykonania robót budowlanych. Umowę tę należało zawrzeć z partnerem prywatnym, który z jednej strony posiadałby zdolność finansową niezbędną do zakupu udziałów spółki, zaś z drugiej – doświadczenie i kwalifikacje niezbędne do prowadzenia kasyna. Tym samym poszczególne części umowy należało postrzegać łącznie jako nierozzerwalną całość.

Odnosząc się do głównego przedmiotu tej umowy, Trybunał stwierdził, że w przypadku nabycia 49% akcji przedsiębiorstwa publicznego, takiego jak EKP, czynność ta stanowi główny przedmiot umowy. Dodatkowo Trybunał zauważył, że dochód, który inwestor miał uzyskiwać jako udziałowiec, był znacznie wyższy niż wynagrodzenie uzyskiwane jako usługodawca. Ponadto inwestor miał osiągać te dochody bez ograniczenia w czasie, podczas gdy działalność w zakresie zarządzania wygasła po upływie dziesięciu lat. Trybunał zarazem zgodził się z sądem odsyłającym, że część tej transakcji dotycząca robót budowlanych oraz część dotycząca usług – niezależnie od tego, czy ta ostatnia stanowiła zamówienie publiczne na usługi, czy koncesję na usługi – miały charakter akcesoryjny w stosunku do głównego przedmiotu umowy, jakim było nabycie udziałów w spółce EKP, oraz że część transakcji dotycząca robót budowlanych miała charakter akcesoryjny w stosunku do części dotyczącej usług.

W tym miejscu Trybunał – w ślad za *Zieloną Księgą Komisji w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji*⁶ – zaznaczył, że sprzedaż udziałów w ramach prywatyzacji przedsiębiorstwa publicznego nie jest objęta zakresem dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Jednocześnie Trybunał przypomniał o konieczności zapewnienia, by transakcje kapitałowe nie ukrywały zawarcia z partnerem prywatnym umów, które mogą zostać zakwalifikowane jako zamówienia publiczne lub koncesje. Niemniej jednak, w ocenie Trybunału, w omawianej sprawie brak było jakiegokolwiek elementu w aktach sprawy, który mógłby podawać w wątpliwość prawdziwą naturę rozpatrywanej transakcji, zakwalifikowanej przez sąd krajowy jako sprzedaż udziałów.

W konsekwencji Trybunał uznał, że umowa mieszana, której przedmiotem głównym jest nabycie przez przedsiębiorstwo 49% udziałów w przedsiębiorstwie publicznym i której przedmiotem akcesoryjnym, nierozzerwalnie związanym z przedmiotem głównym, jest świadczenie usług i wykonywanie robót budowlanych, nie jest objęta, jako całość, zakresem stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych.

Jednocześnie niejako na marginesie Trybunał zaznaczył, iż powyższy wniosek nie oznacza, że zawarcie takiej umowy nie powinno być zgodne z podstawowymi regułami i ogólnymi zasadami traktatowymi, w tym w szczególności z zasadą swobody przedsiębiorczości i zasadą

Jean Aurox i inni przeciwko Commune de Roanne, ECLI:EU:C:2007:31, pkt 36 i 37; wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2008:102, pkt 47

⁶ *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions* COM(2004) 327 final

swobodnego przepływu kapitału. Pozostaje to jednak bez związku z zakresem zastosowania unijnych regulacji w dziedzinie zamówień.

1.1.2. orzeczenie z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09 *Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy przeciwko Oulun kaupunki*, ECLI:EU:C:2010:807

W sprawie, której dotyczył wniosek fińskiego sądu, rada miasta Oulu utworzyła wraz ze spółką ODL Terveys Oy wspólne przedsiębiorstwo, któremu powierzyła świadczenie usług ochrony zdrowia na rzecz swoich pracowników przez okres czterech lat. Miasto jako wkład do nowo tworzonej spółki wniosło zakład komunalny prowadzący działalność w zakresie ochrony zdrowia w miejscu pracy o wartości około 2,5 – 3,5 mln EUR. Wartość odpowiedzialnej za ochronę zdrowia w miejscu pracy części przedsiębiorstwa ODL Terveys Oy wynosiła około 2,2 – 3,0 mln EUR. Udziały w nowo utworzonej spółce miały być równe. Wartość zamówienia na usługi zdrowotne na rzecz pracowników miasta w okresie czterech lat wynosiła około 18 mln EUR.

Mehiläinen Oy i Suomen Terveystalo Oy zaskarżyły powyższe decyzje zamawiającego, żądając przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego na celu wyłonienie wykonawcy zamówienia na usługi ochrony zdrowia lub wspólnika prywatnego w nowo tworzonym przedsiębiorstwie.

Markkinaoikeus, przed którym zawisł spór, zdecydował się zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego, mającego na celu ustalenie, czy zawarte przez miasto Oulu porozumienie umowne, na mocy którego miasto Oulu i ODL Terveys Oy utworzyły wspólne przedsiębiorstwo, obejmując w nim równe udziały, na które miano przenieść prowadzoną przez udziałowców działalność obejmującą usługi w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, oraz na mocy którego obie strony zobowiązały się powierzyć nowo utworzonej spółce świadczenie tych usług na rzecz ich pracowników w okresie przejściowym czterech lat, powinno być postrzegane jako udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu prawa unijnego i orzecznictwa Trybunału.⁷

⁷ Markkinaoikeus przedstawił Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy rozpatrywane całościowo porozumienie, w ramach którego gminna instytucja zamawiająca zawiera z odrębnym od niej przedsiębiorstwem prywatnym umowę przewidującą utworzenie spółki akcyjnej, w której udziały i uprawnienia kontrolne nabywają w równych częściach dwie strony umowy oraz któremu wraz z jego utworzeniem gminna instytucja zamawiająca zobowiązuje się powierzyć świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, stanowi czynność, która wymaga zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych z racji tego, że ogół związanych z nią postanowień umownych stanowi udzielenie zamówienia na usługi w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, czy też porozumienie to należy postrzegać jako utworzenie nowego wspólnego przedsiębiorstwa i przeniesienie nań działalności zakładu komunalnego, w stosunku do którego wspomniana dyrektywa i wynikający z niej obowiązek stosowania procedur przetargowych nie mają zastosowania?
2. Czy w omawianym przypadku ma ponadto znaczenie okoliczność, że
 - a) miasto Oulu jako gminna instytucja zamawiająca zobowiązało się powierzyć nowemu przedsiębiorstwu odpłatne świadczenie wyżej wspomnianych usług w przejściowym okresie czterech lat, po upływie którego zgodnie ze swą uchwałą zamierzało wszcząć ponownie procedurę zaproszenia do składania ofert dotyczących usług w zakresie medycyny pracy, na które miało zapotrzebowanie?
 - b) przed zawarciem rozpatrywanego porozumienia obrót osiągnięty przez zakład komunalny, który pod względem organizacyjnym należał do miasta Oulu, w głównej mierze pochodził z innych źródeł niż świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy na rzecz osób zatrudnionych przez miasto?
 - c) nowe przedsiębiorstwo zostało utworzone w ten sposób, że działalność zakładu komunalnego polegająca na świadczeniu usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy na rzecz osób zatrudnionych przez miasto oraz klientów prywatnych miała zostać wniesiona jako wkład rzeczowy?

Podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawach połączonych *Club Hotel Loutraki i Aktor ATE*, Trybunał przypomniał, że utworzenie przez instytucję zamawiającą i prywatny podmiot gospodarczy wspólnego przedsiębiorstwa nie należy jako takie do zakresu stosowania dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych. Zarazem Trybunał podkreślił konieczność zapewnienia, by transakcje kapitałowe nie ukrywały zawarcia z partnerem prywatnym umów, które mogą zostać zakwalifikowane jako zamówienia publiczne lub koncesje.⁸ Jak to zostało wskazane w *Komunikacie wyjaśniającym Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP)* (Dz. Urz. UE nr C 91 z 12.4.2008, str. 4), fakt współpracy podmiotu prywatnego i zamawiającego w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym nie może uzasadniać nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych i koncesji przy udzielaniu zamówień publicznych lub koncesji temu podmiotowi prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym.⁹

Celem ustalenia, czy sporna umowa mieszana – obejmująca utworzenie nowego podmiotu z jednoczesnym powierzeniem temu podmiotowi świadczenia usług ochrony zdrowia – stanowi zamówienie publiczne i tym samym objęta jest zakresem zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych, Trybunał postanowił zbadać, czy stanowi ona nierozzerwalną całość. Zaznaczył przy tym, iż wyrażony lub dorozumiany zamiar stron umowy, by postrzegać poszczególne części umowy mieszanej jako nierozłączne, nie jest wystarczający do uznania danej umowy za nierozzerwalną całość. Taki zamiar stron musi zostać poparty obiektywną argumentacją, umożliwiającą jego uzasadnienie i wykazanie konieczności zawarcia jednej umowy.

Inaczej niż w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawach połączonych *Club Hotel Loutraki i Aktor ATE*, w tym przypadku Trybunał uznał, że zamiar stron umowy, by postrzegać poszczególne części umowy jako nierozłączne, nie był uzasadniony, a konieczność zawarcia jednej umowy nie została wykazana.

Rada miasta Oulu wprowadziła argumentowała, że powierzenie świadczenia usług opieki zdrowotnej nowo powstałej spółce miało zabezpieczyć sytuację personelu dotychczasowej spółki miejskiej przeniesionego do nowego podmiotu, ale w ocenie Trybunału ten sam cel można było osiągnąć w ramach konkurencyjnego i przejrzystego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Trybunał nie przekonały również argumenty, że umowa zawarta przez miasto była korzystna i konkurencyjna oraz że umożliwiała nowemu podmiotowi rozpoczęcie działalności na sprzyjających warunkach. Trybunał podkreślił, że w świetle orzecznictwa udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu z kapitałem mieszanym z pominięciem konkurencyjnego postępowania stanowiłoby naruszenie swobodnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania w zakresie, w jakim dawałoby przedsiębiorstwu prywatnemu obecnemu w kapitale tego przedsiębiorstwa przewagę w stosunku do jego konkurentów.¹⁰ Co więcej, włączenie wartości powierzonych usług w skład aportu partnera prywatnego na pokrycie kapitału zakładowego wspólnego przedsiębiorstwa stanowiło, zdaniem Trybunału, zabieg prawny, który także nie pozwalał uznać tej części umowy mieszanej za niemożliwą do oddzielenia od tej umowy. Ponadto okoliczność, że w postępowaniu przed sądem krajowym instytucja zamawiająca wyraziła zamiar przeprowadzenia po upływie czteroletniego okresu

⁸ por. pkt 66 i 69 *Zielonej księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji* COM(2004) 327

⁹ zob. pkt 2.1 cyt. *Komunikatu wyjaśniającego*

¹⁰ por. wyrok z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset SpA przeciwko Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i innym*, ECLI:EU:C:2009:628, pkt 56

przejściowego konkurencyjnego postępowania w przedmiocie powierzenia świadczenia usług zdrowotnych na rzecz swoich pracowników, również stanowiła okoliczność przemawiającą za możliwością oddzielenia omawianej części od reszty umowy mieszanej. Za taką możliwością przemawiał także to, że wspólne przedsiębiorstwo funkcjonowało od ponad dwóch lat bez tej części, co dowodziło, że obaj partnerzy byli w stanie stawić czoło wpływowi tego braku na sytuację finansową wspólnego przedsięwzięcia.

Konkludując, Trybunał stwierdził, że część umowy mieszanej polegającą na powierzeniu wspólnemu przedsięwzięciu świadczenia usług opieki zdrowotnej na rzecz pracowników miasta można było oddzielić od tej umowy. Co za tym idzie, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym odpowiednie przepisy dyrektywy 2004/18/WE znajdowały zastosowanie do zawarcia umowy w części dotyczącej świadczenia usług w zakresie opieki zdrowotnej.

W konsekwencji Trybunał orzekł, iż dyrektywę 2004/18/WE należało interpretować w ten sposób, że jeżeli instytucja zamawiająca zawiera z niezależną od niej spółką prywatną umowę przewidującą utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w formie spółki akcyjnej, którego przedmiotem działalności jest świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, udzielanie przez tę instytucję zamawiającą zamówienia dotyczącego usług na rzecz osób przez nią zatrudnionych, którego wartość przekracza próg przewidziany w tej dyrektywie i które jest możliwe do oddzielenia od umowy ustanawiającej tę spółkę, powinno odbywać się zgodnie z przepisami tej dyrektywy odnoszącymi się do usług wymienionych w załączniku II B (tzw. usługi niepriorytetowe).¹¹

1.1.3. orzeczenie z dnia 8 maja 2013 r. w sprawach połączonych C-197/11 i C-203/11 *Eric Libert i in. przeciwko rządowi flamandzkiemu (C-197/11) i All Projects & Developments NV i in. przeciwko Vlaamse Regering (C-203/11)*, ECLI:EU:C:2013:288

Zgodnie z flamandzkimi regulacjami w dziedzinie zagospodarowania przestrzennego¹² deweloperzy i inwestorzy w niektórych przypadkach są obowiązani przeznaczyć część inwestycji na budowę mieszkań socjalnych lub opłacić składkę socjalną, co związane jest z systemem zachęt podatkowych lub mechanizmów subwencjonowania, takie jak zastosowanie obniżonej stawki podatku od wartości dodanej i obniżonej stawki opłat rejestracyjnych, gwarancję odbioru wybudowanych mieszkań, jeżeli nie przejmie ich żadna instytucja mieszkalnictwa socjalnego, oraz dotacje infrastrukturalne. Ponadto przeniesienie prawa do nieruchomości znajdujących się na terytorium niektórych gmin wskazanych przez flamandzki rząd może nastąpić – w drodze sprzedaży, najmu na więcej niż dziewięć lat, dzierżawy lub ustanowienia prawa zabudowy – tylko na rzecz osób, które w opinii lokalnej komisji mają „wystarczający związek” z właściwą gminą.

Wnioski o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawach C-197/11 i C-203/11 zostały złożone w ramach sporów między, odpowiednio, E. Libertem, C. Van Eyckenem, M. Bleecksem, Syndicat national des propriétaires et copropriétaires ASBL i O. de Clippele'em, a także All Projects & Developments NV i trzydziestoma pięcioma innymi przedsiębiorstwami a rządem flamandzkim w przedmiocie stwierdzenia nieważności tych przepisów.

W sprawie C-203/11 Grondwettelijk Hof, belgijski sąd konstytucyjny, zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z dwunastoma pytaniami prejudycjalnymi, w tym z pytaniem, czy budowa

¹¹ zob. rozdział 1.7 dotyczący zasad udzielania zamówień na tzw. usługi niepriorytetowe

¹² rozporządzenie regionu Flandrii z dnia 27 marca 2009 r. w sprawie zagospodarowania gruntów i nieruchomości (Moniteur belge/Belgisch Staatsblad z dnia 15 maja 2009 r., str. 37408)

mieszkań socjalnych sprzedawanych następnie po ograniczonych z góry cenach instytucjom mieszkalnictwa socjalnego lub za pośrednictwem tej instytucji przez usługodawcę, który zbudował te mieszkania, mieści się w zakresie znaczeniowym pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane” zdefiniowanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE.¹³

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy zamówienie publiczne na roboty budowlane to umowa spełniająca łącznie cztery kryteria, a mianowicie: (i) sporządzona na piśmie, (ii) przewidująca świadczenie odpłatne, (iii) zawarta między podmiotem gospodarczym a instytucją zamawiającą i (iv) mająca za przedmiot wykonanie lub zaprojektowanie wraz z wykonaniem robót związanych z jednym z rodzajów działalności wymienionych w załączniku I do dyrektywy lub obiektu budowlanego albo wykonanie dowolnymi środkami obiektu budowlanego odpowiadającego wymaganiom zamawiającego.

W sprawie będącej przedmiotem omawianego odesłania prejudycjalnego zobowiązanie socjalne, polegające na budowie mieszkań socjalnych, nie było w rzeczywistości przedmiotem umowy między organami administracji a zainteresowanym przedsiębiorstwem. Zobowiązanie socjalne nakładały bowiem na inwestorów i deweloperów bezpośrednio przepisy rozporządzenia władz flamandzkich i miało ono do nich zastosowanie automatycznie, tylko z tego powodu, że byli oni właścicielami gruntów, w odniesieniu do których występowali o pozwolenie na budowę lub parcelację. Krótko mówiąc, zobowiązanie socjalne było nakładane na deweloperów i wykonawców przez dekret o gruntach i nieruchomościach.

Tymczasem, jak w ślad za rzecznikiem generalnym Mazákem wskazał Trybunał, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ustalenie istnienia określonego stosunku umownego między podmiotem, który można uznać za instytucję zamawiającą, a inwestorem lub deweloperem wymaga zawarcia umowy – chociażby takiej jak umowa zagospodarowania – między organem administracji a zainteresowanym przedsiębiorstwem, określającej obiekty, jakie przedsiębiorstwo to ma wybudować, i stosowne warunki.¹⁴

We wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *Ordine degli Architetti* Trybunał wskazał, że jeżeli zawarta została tego typu umowa, okoliczność, że budowy mieszkań socjalnych wymaga bezpośrednio uregulowanie krajowe, a kontrahentem organu administracji może być tylko właściciel gruntów budowlanych, nie wyklucza umownego charakteru stosunku prawnego powstałego między organem administracji a zainteresowanym deweloperem.¹⁵

Jednocześnie Trybunał zwrócił uwagę, że w stanie faktycznym sprawy przed sądem krajowym, o ile rozporządzenie władz flamandzkich wprost wymagało w art. 4.1.22 akapit pierwszy zawarcia umowy administracyjnej między inwestorem lub deweloperem a instytucją mieszkalnictwa

¹³ Jedenaste pytanie prejudycjalne sądu odsyłającego w sprawie C-203/11 brzmiało następująco:

Czy pojęcie »zamówienie publiczne na roboty budowlane«, występujące w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy [2004/18/WE], należy interpretować w ten sposób, że stosuje się ono do uregulowania, które skutkuje tym, że z udzieleniem zezwolenia na budowę lub zezwolenia na parcelację w odniesieniu do projektu o pewnym minimalnym rozmiarze z mocy prawa związane jest zobowiązanie socjalne, które polega na zrealizowaniu, w wysokości określonego odsetka wielkości projektu, mieszkań socjalnych, które następnie muszą być sprzedawane po cenach, których maksymalna wysokość jest określona, na rzecz instytucji publicznej, bądź, za pośrednictwem przeniesienia na nią prawa do nieruchomości, przez tę instytucję?

¹⁴ zob. opinia rzecznika generalnego Jána Mazáka przedstawiona w dniu 4 października 2012 r. w sprawach połączonych C-197/11 i C-203/11 *Eric Libert i in. przeciwko Gouvernement flamand* (C-197/11) i *All Projects & Developments NV i in. przeciwko Vlaamse Regering* (C-203/11), ECLI:EU:C:2012:621, pkt 86

¹⁵ wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti i Leopoldo Freyrie przeciwko Comune di Milano, przy udziale Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA i Fondazione Teatro alla Scala*, ECLI:EU:C:2001:401, pkt 69 i 71

socjalnego, o tyle jednak umowa ta nie regulowała co do zasady stosunków między instytucją zamawiającą a zainteresowanym podmiotem gospodarczym. Ponadto taka umowa nie dotyczyła budowy mieszkań socjalnych, lecz tylko następnego etapu, to jest ich sprzedaży.

Tym samym, w ocenie Trybunału, zadaniem sądu odsyłającego powinno być ustalenie, z uwzględnieniem całości obowiązujących przepisów oraz wszelkich istotnych okoliczności sprawy, czy budowa mieszkań socjalnych będących przedmiotem sprawy głównej następuje w ramach stosunku umownego między instytucją zamawiającą a wykonawcą oraz czy zawiera pozostałe elementy definicji zamówienia publicznego na roboty budowlane.

W konsekwencji Trybunał uznał, że budowa mieszkań socjalnych sprzedawanych następnie po ograniczonych z góry cenach instytucjom mieszkalnictwa socjalnego lub za pośrednictwem tej instytucji przez usługodawcę, który zbudował te mieszkania mieści się w zakresie znaczeniowym pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane” zdefiniowanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli spełnione są kryteria określone w tym przepisie, co powinien ustalić sąd odsyłający.

1.1.4. orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-410/14 Dr. Falk Pharma GmbH przeciwko DAK-Gesundheit, ECLI:EU:C:2016:399

W 2013 r. DAK-Gesundheit, kasa ubezpieczenia zdrowotnego, wszczęła postępowanie celem zawarcia umów rabatowych z przedsiębiorstwami wprowadzającymi do obrotu produkty lecznicze zawierające substancję czynną mesalazynę, publikując ogłoszenie w tym przedmiocie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wysokość rabatu została ustalona na poziomie 15% od cen sprzedaży producenta. Postępowanie przewidywało ponadto dopuszczenie wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw spełniających kryteria dopuszczania oraz zawarcie z każdym przedsiębiorstwem identycznej umowy, której warunki zostały z góry ustalone i nie podlegały negocjacji. Poza tym każde inne przedsiębiorstwo spełniające te kryteria zachowywało cały czas możliwość przystąpienia na takich samych warunkach do systemu umów rabatowych w okresie obowiązywania tego systemu, tj. od października 2013 r. do sierpnia 2015 r. Jedynym wykonawcą, który wyraził zainteresowanie zawarciem takiej umowy, była spółka Kohlpharma i z tą spółką DAK-Gesundheit zawarła umowę. Informacja o zawarciu umowy została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Dr. Falk Pharma GmbH wystąpiła o stwierdzenie nieważności tej umowy, wskazując, że jej zawarcie powinno było zostać poprzedzone przeprowadzeniem konkurencyjnego postępowania uregulowanego w przepisach dotyczących udzielania zamówień publicznych.

Oberlandesgericht Düsseldorf, wyższy sąd krajowy w Dusseldorfie, przed który trafiła ta sprawa, postanowił zawiesić toczące się postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi kwalifikacji spornej umowy jako zamówienia publicznego.¹⁶

¹⁶ Oberlandesgericht Düsseldorf zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy pojęcie »zamówienia publicznego« w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE nie ma zastosowania, w sytuacji gdy instytucje zamawiające przeprowadzają postępowanie dopuszczające wykonawców, w ramach którego udzielają zamówienia, nie dokonując wyboru jednego lub kilku wykonawców?
2. Jeżeli na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi, że wybór jednego lub kilku wykonawców jest znamię zamówienia publicznego, zadaje się pytanie: czy znamie wyboru wykonawców [które wiązałoby się w tej sytuacji z pojęciem »zamówienia publicznego«] w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE należy w świetle art. 2 dyrektywy 2004/18/WE interpretować w ten sposób, że instytucje zamawiające mogą zrezygnować z wyboru jednego lub kilku z wykonawców w drodze postępowania dopuszczającego jedynie wtedy, gdy spełnione są następujące przesłanki:
 - przeprowadzenie postępowania dopuszczającego jest ogłoszone na terytorium całej Unii,

Trybunał zwrócił uwagę, że zamawiający w tym przypadku zamierzał ustanowić system umów, poprzez który miał nabywać na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie obowiązywania tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego obowiązywania. Trybunał przyznał również, że taki system skutkuje zawieraniem umów o charakterze odpłatnym między podmiotem publicznym mogącym działać w charakterze instytucji zamawiającej w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE oraz wykonawcami dostarczającymi produkty, co odpowiada definicji pojęcia „zamówienia publicznego” zawartej w art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy.

Zarazem Trybunał podkreślił, że przepisy dyrektywy koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych należy interpretować zgodnie z zasadami traktatowymi, w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług oraz zgodnie z zasadami z nich się wywodzącymi, takimi jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości, oraz że celem dyrektywy 2004/18/WE jest wykluczenie ryzyka, iż przy udzielaniu zamówienia przez instytucję zamawiającą preferowani będą wykonawcy krajowi.

W ocenie Trybunału ryzyko preferowania wykonawców krajowych jest ściśle związane z wyborem dokonywanym przez instytucję zamawiającą spośród dopuszczalnych ofert oraz z wyłącznością wynikającą z udzielenia danego zamówienia zwycięskiemu wykonawcy albo zwycięskim wykonawcom w ramach umowy ramowej, co jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Takie ryzyko nie występuje, w przypadku gdy podmiot publiczny zamierza zawrzeć umowy na dostawę ze wszystkimi wykonawcami chcącymi dostarczać omawiane produkty na warunkach wskazanych przez ten podmiot, nie wyznaczając wykonawcy, któremu przyznana byłaby wyłączność w wykonaniu zamówienia. W takim przypadku, zdaniem Trybunału, nie istnieje konieczność ujęcia działania tej instytucji zamawiającej w konkretne ramy określone w dyrektywie 2004/18/WE, by nie udzieliła ona zamówienia preferującego wykonawców krajowych.

Trybunał zwrócił uwagę na szczególny charakter spornego systemu umów, polegający na jego stałym otwarciu w całym okresie obowiązywania dla zainteresowanych wykonawców, bez ograniczenia go do wstępnego okresu, w którym przedsiębiorstwa zapraszane są do wyrażenia zainteresowania wobec danego podmiotu publicznego. Ta cecha szczególna odróżnia omawiany system od umowy ramowej, gdyż zamówień opartych na umowie ramowej udziela się wyłącznie wykonawcom, którzy byli początkowo stronami umowy ramowej.

W konsekwencji w odpowiedzi na pytanie pierwsze Trybunał orzekł, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, iż system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego obowiązywania, nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy.

-
- ustalono jednoznaczne reguły dotyczące zawarcia umowy oraz przystąpienia do umowy,
 - warunki umowy są z góry ustalone w taki sposób, że żaden z wykonawców nie ma możliwości wpływu na treść umowy,
 - wykonawcy mają w każdym czasie prawo przystąpienia do umowy i
 - fakt zawarcia umów będzie ogłaszany na terytorium całej Unii?

Odnosząc się do drugiego pytania, które dotyczyło warunków, jakie musi spełniać postępowanie dopuszczające do udziału w systemie takim jak w postępowaniu przed niemieckim sądem, Trybunał zaznaczył, że w zakresie, w jakim jego przedmiot posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, takie postępowanie podlega podstawowym zasadom traktatowym, w szczególności zasadom niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz obowiązku przejrzystości, który z niej się wywodzi, przy czym na podstawie tego ostatniego obowiązku wymagane jest dokonanie odpowiedniego ogłoszenia. Jak wskazał Trybunał, w sytuacji takiej jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym państwa członkowskie posiadają w tym względzie pewien zakres uznania w celu przyjęcia środków służących zagwarantowaniu poszanowania zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości.

Należy jednak pamiętać, że z obowiązkiem przejrzystości wiąże się wymóg zapewnienia odpowiedniego upublicznienia informacji, pozwalającego potencjalnie zainteresowanym wykonawcom na należyte zapoznanie się z przebiegiem i z istotnymi cechami charakteryzującymi prowadzone postępowanie, takie jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym. Ocena, czy to postępowanie czyni zadość tym wymaganiom, powinna należeć do sądu krajowego.

Konkludując, na drugie postawione pytanie Trybunał odpowiedział w ten sposób, że w zakresie, w jakim przedmiot postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, postępowanie to powinno być zaplanowane i przeprowadzone zgodnie z podstawowymi zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności z zasadami niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz z obowiązkiem przejrzystości, który się z nich wywodzi.

1.2. Zastosowanie przepisów w dziedzinie zamówień *ratione personae*

orzeczenie z dnia 5 października 2017 r. w sprawie C-567/15 „LitSpecMet” UAB przeciwko „Vilniaus lokomotyvų remonto depas” UAB, ECLI:EU:C:2017:736

W sprawie, której dotyczył wniosek Vilniaus apygardos teismas, sądu okręgowego w Wilnie, Vilniaus lokomotyvų remonto depas, zwana dalej VLRD, prowadziła w 2013 r. w oparciu o wewnętrzny regulamin udzielania zamówień postępowanie na dostawę prętów z metali żelaznych. Spółka VLRD jest spółką zależną spółki kolejowej Lietuvos geležinkeliai, dalej: spółka LG albo litewskie koleje państwowe, która jest jej jedynym udziałowcem, zaś przedmiotem działalności spółki VLRD jest w szczególności produkcja i konserwacja lokomotyw, wagonów oraz silników elektrycznych i pojazdów trakcyjnych. W czasie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy litewskie koleje państwowe były głównym klientem spółki VLRD, a ich zamówienia stanowiły niemalże 90% jej obrotu.

Spółka LitSpecMet zdecydowała się wziąć udział w tym postępowaniu i w odpowiedzi na opublikowane przez VLRD uproszczone ogłoszenie złożyła swoją ofertę. Następnie VLRD zaproponowała spółce LitSpecMet zawarcie umowy, lecz jedynie w odniesieniu do części jej oferty. Wtedy LitSpecMet wystąpiła o unieważnienie prowadzonego postępowania i przeprowadzenie nowego postępowania w trybie litewskiej ustawy o zamówieniach publicznych, podnosząc, że spółka VLRD, jako podmiot prawa publicznego, jest instytucją zamawiającą w rozumieniu unijnych regulacji, obowiązującą do stosowania przepisów w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

Sąd krajowy postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi kwalifikacji VLRD jako

podmiotu prawa publicznego i, co za tym idzie, instytucji zamawiającej w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE.¹⁷

W pierwszym rzędzie Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a)–c) dyrektywy 2004/18/WE „podmiotem prawa publicznego” jest każdy podmiot, który, po pierwsze, został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, po drugie, posiada osobowość prawną, i po trzecie, jest finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału wymienione w tym przepisie przesłanki mają charakter kumulatywny i w braku spełnienia choćby jednej z nich dany podmiot nie może zostać uznany za „podmiot prawa publicznego”, a tym samym za instytucję zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE.¹⁸

Trybunał zarazem podkreślił, że pojęcie „instytucji zamawiającej”, w tym pojęcie „podmiotu prawa publicznego”, powinno być interpretowane szeroko i w sposób funkcjonalny przez wzgląd na przyświecający dyrektywom regulującym udzielanie zamówień publicznych cel, jakim jest wyeliminowanie zarówno ryzyka preferencyjnego traktowania przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające wykonawców krajowych, jak i tego, by podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne

¹⁷ Vilniaus apygardos teismas zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami:

1. Czy art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że spółka:

- która została założona przez instytucję zamawiającą prowadzącą działalność w zakresie transportu kolejowego, a mianowicie zarządzania publiczną infrastrukturą kolejową, transportu pasażerskiego i towarowego;
- która samodzielnie prowadzi działalność gospodarczą, ustanawia strategię gospodarczą, podejmuje decyzje w sprawie warunków jej działalności (rynek produktu, sektor klientów itp.), uczestniczy w rynku konkurencyjnym w całej Unii Europejskiej oraz poza nią, świadcząc usługi w zakresie produkcji taboru kolejowego i jego napraw, a także uczestniczy w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych związanych z tą działalnością, dążąc do uzyskania zamówień od osób trzecich (niebędących spółką dominującą);
- która świadczy usługi naprawy taboru kolejowego na rzecz swego założyciela w ramach transakcji typu in-house (transakcji wewnętrznych), a wartość tych usług stanowi 90% całkowitej działalności spółki;
- której usługi świadczone na rzecz jej założyciela zmierzają do umożliwienia temu założycielowi prowadzenia działalności w zakresie transportu pasażerskiego i towarowego;

nie może być uznana za instytucję zamawiającą?

2. Jeżeli Trybunał uzna, że spółka może być uznana za »instytucję zamawiającą« w powyżej przedstawionych okolicznościach, to czy art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że spółka traci status instytucji zamawiającej w sytuacji, gdy wartość usług naprawy taboru kolejowego świadczonych w ramach transakcji typu in-house (transakcji wewnętrznych) na rzecz instytucji zamawiającej będącej założycielem spółki spada i stanowi mniej niż 90% lub nieistotną część całkowitego obrotu uzyskanego z działalności spółki?”

¹⁸ zob. podobnie wyrok 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 21; wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECLI:EU:C:2001:70, pkt 40; wyrok z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy i Raken-nuttajatoimisto Vilho Tervomaa przeciwko Varkauden Taitotalo Oy*, ECLI:EU:C:2003:300, pkt 32; a także wyrok 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, pkt 36; zob. także omówiony w tomie I w punkcie 2.1.2 wyrok z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11 *IVD GmbH & Co. KG przeciwko Ärztekammer Westfalen-Lippe*, ECLI:EU:C:2013:543, pkt 19

podmioty prawa publicznego, udzielając zamówień publicznych, kierowały się względami innymi niż ekonomiczne.¹⁹

W sprawie zawisłej przed sądem krajowym bezsporne było, że spółka VLRD spełniała drugą i trzecią przesłankę z art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE, ponieważ posiadała ona osobowość prawną i była spółką zależną, należącą w całości i w pełni kontrolowaną przez litewskie koleje państwowe, które były jej jedynym udziałowcem. Do rozstrzygnięcia pozostało, czy spółka VLRD wypełnia pierwszą przesłankę z definicji podmiotu prawa publicznego, tj. czy została ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Należało zatem ustalić, czy spółka VLRD została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz czy prowadzona przez nią działalność rzeczywiście zaspokaja owe potrzeby, a następnie ustalić, czy potrzeby te mają charakter przemysłowy lub handlowy, czy też nie.

Z postanowienia odsyłającego wynikało, że spółka VLRD powstała w 2003 r. w wyniku restrukturyzacji litewskich kolei państwowych. Zarazem działalność spółki VLRD, w szczególności produkcja i konserwacja lokomotyw i wagonów, a także dostawy tych produktów i świadczenie tych usług na rzecz litewskiej spółki kolejowej, wydaje się niezbędną, aby litewska spółka kolejowa mogła prowadzić swoją działalność mającą na celu zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym. Tym samym, zdaniem Trybunału, wydaje się, iż spółka VLRD została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb jej spółki dominującej, ponieważ potrzeby, które spółka VLRD jest zobowiązana zaspokoić, stanowią niezbędny warunek do prowadzenia działalności w interesie ogólnym przez tę spółkę dominującą, co powinien jednak zbadać sąd odsyłający.

Bez znaczenia jest przy tym fakt, że spółka VLRD prowadzi nie tylko działalność, której celem jest zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym za pomocą transakcji wewnętrznych zawieranych z litewską spółką kolejową w celu umożliwienia tej ostatniej prowadzenia swojej działalności w zakresie transportu, lecz również inną działalność w celu wypracowania zysku na rynku konkurencyjnym.²⁰

Odnosząc się do ustalenia nieprzemysłowego i niehandlowego charakteru potrzeb w interesie ogólnym, do których zaspokajania spółka VLRD została ustanowiona, Trybunał zaznaczył, że oceny tego charakteru należy dokonać z uwzględnieniem wszystkich istotnych elementów prawnych i faktycznych, takich jak:

- okoliczności towarzyszące powstaniu danego podmiotu

i

- warunki, w jakich prowadzi on działalność mającą na celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, w tym w szczególności:
 - brak konkurencji na rynku,
 - brak celu wypracowania zysku,

¹⁹ por. w szczególności wyrok z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-353/96 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*, ECLI:EU:C:1998:611, pkt 36; 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 16 i nast.; cyt. wyrok w sprawie C-237/99 *Komisja przeciwko Republice Francuskiej*, pkt 41 do 43; 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) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH przeciwko Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, ECLI:EU:C:2002:746, pkt 51 do 53; wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 *Adolf Truley GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2003:110, pkt 43; oraz wyrok z dnia 15 maja 2003 r. w sprawie C-214/00 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, ECLI:EU:C:2003:276, pkt 53

²⁰ zob. cyt. wyrok w sprawie *Mannesmann*, pkt 25; cyt. wyrok w sprawie *Adolf Truley*, pkt 56; cyt. wyrok w sprawie *Korhonen i in.*, pkt 57 i 58; cyt. wyrok w sprawie *Ing. Aigner*, pkt 47

- nieponoszenie ryzyka związanego z tą działalnością,
- a także
- ewentualne finansowanie danej działalności ze środków publicznych.

Jak bowiem orzekł Trybunał w wyroku w sprawie *Korhonen*, jeżeli podmiot działa w normalnych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi na własny koszt straty wynikające z prowadzenia wskazanej działalności, jest mało prawdopodobne, by potrzeby, które ma zaspokoić, nie miały charakteru przemysłowego lub handlowego.²¹ Trybunał zaznaczył jednocześnie, że istnienie rozwiniętej konkurencji samo w sobie nie wystarcza do stwierdzenia braku potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Zbadanie, w oparciu o wszystkie elementy prawne i faktyczne sprawy, czy w chwili udzielania spornego zamówienia prowadzona przez spółkę VLRD działalność mająca na celu zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym była wykonywana w warunkach konkurencji, a w szczególności czy w świetle okoliczności sprawy spółka VLRD, udzielając zamówień, mogła kierować się względami innymi niż ekonomiczne, Trybunał sędował na sąd odsyłający.

W tym względzie podniesiona przez sąd krajowy w postanowieniu odsyłającym okoliczność, iż znaczenie transakcji wewnętrznych realizowanych z litewskimi kolejami państwowymi w stosunku do całkowitego obrotu spółki VLRD może zmniejszyć się w przyszłości, nie jest jednak, w ocenie Trybunału, istotna, ponieważ oceny sytuacji spółki należy dokonywać w odniesieniu do chwili udzielania spornego zamówienia, a nie jakiegokolwiek momentu w przyszłości.

W konkluzji Trybunał stwierdził, że art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18/WE należało interpretować w ten sposób, iż spółkę, która, po pierwsze, w całości należy do instytucji zamawiającej prowadzącej działalność zaspokajającą potrzeby w interesie ogólnym, i która, po drugie, realizuje zarówno transakcje dla tej instytucji zamawiającej, jak i transakcje na rynku konkurencyjnym, należy uznać za „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu tego przepisu, pod warunkiem że działalność tej spółki jest niezbędna do tego, aby rzeczona instytucja zamawiająca mogła prowadzić swoją działalność, oraz że wskazana spółka w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym kieruje się względami innymi niż ekonomiczne, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że wartość transakcji wewnętrznych może w przyszłości stanowić mniej niż 90% lub nieistotną część całkowitego obrotu spółki.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że w omawianym wyroku Trybunał nie podzielił stanowiska rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony, który w przedstawionej w tej sprawie opinii sugerował dokonanie analizy statusu spółki z perspektywy, jak to ujął, „organicznej”, czyli jako podmiotu *quasi-wewnętrznego* spółki LG.²² W jego ocenie spółka, której materialne i funkcjonalne powiązania z instytucją zamawiającą uzasadniają wyjątek *in-house* dla ich transakcji wewnętrznych, powinna podlegać unijnym dyrektywom regulującym procedury udzielania zamówień publicznych, w przypadku gdy nabywa od podmiotów trzecich roboty budowlane, dostawy i usługi w celu realizacji zadań, które powierzyła jej instytucja zamawiająca.

²¹ por. cyt. wyrok w sprawie *Korhonen i in.*, pkt 51

²² zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 27 kwietnia 2017 r. w sprawie C-567/15 „*LitSpecMet*” UAB przeciwko „*Vilniaus lokomotyvų remonto depas*” UAB, ECLI:EU:C:2017:319, pkt 60 do 84

1.3. Specyfikacje techniczne

1.3.1. orzeczenie z dnia 19 marca 2009 r. w sprawie C-489/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2009:165

W 2004 r. Komisja Europejska otrzymała skargę, z której wynikało, że niektóre greckie szpitale, w ramach prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucały oferty na wyroby medyczne, w szczególności szwy chirurgiczne, powołując się na względy zdrowia publicznego, mimo że oferowane wyroby były certyfikowane za pomocą oznakowania CE, bez przeprowadzenia postępowania przewidzianego w klauzuli ochronnej w dyrektywie 93/42/EWG²³. Komisja zwróciła się w tej sprawie do władz greckich o wyjaśnienia. W odpowiedzi władze greckie przyznały, że niektóre komisje przetargowe w szpitalach na terytorium Grecji odrzucały jako niezgodne ze specyfikacją warunków zamówienia oferty dotyczące licznych wyrobów medycznych opatrzonych oznakowaniem CE, bez uprzedniego obowiązkowego zbadania ich przez urząd Ethnikos Organismos Farmakon, oraz że w niektórych przypadkach niezgodność dotyczyła specyfikacji arbitralnie ustalonych przez szpitale. Władze greckie zarazem poinformowały, że w związku z tą praktyką wydały okólnik zawierający wyjaśnienia dotyczące stosowania klauzuli ochronnej przewidzianej w dyrektywie 93/42/EWG jako jedynej właściwej procedury, jaką komisje przetargowe mogą w razie wątpliwości stosować w celu ochrony zdrowia publicznego.

Otrzymawszy informacje, że mimo wydania wspomnianego wyżej okólnika szereg szpitali, w tym szpitale ogólne w Komotini, Messolonghi, Agios Nikolaos na Krecie oraz Venizeleio-Pananeio w Heraklionie na Krecie, nadal dopuszcza się tych samych uchybień, Komisja zdecydowała się na sformułowanie zarzutów formalnych, pierwszego etapu postępowania przewidzianego w art. 226 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), wzywając władze greckie do usunięcia uchybienia. W odpowiedzi władze greckie wskazały, że przypadki, na które powoływała się Komisja, mają charakter sporadyczny, wyjątkowy i w żadnym wypadku nie świadczą o istnieniu naruszenia prawa unijnego na szeroką skalę w wymiarze horyzontalnym.

Jako że Komisja nie była usatysfakcjonowana odpowiedzią władz greckich na zarzuty formalne, wydała uzasadnioną opinię, stanowiącą kolejny etap procedury o stwierdzenie naruszenia przewidzianej w art. 226 TWE, w której stwierdziła, że Republika Grecka uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/36/EWG oraz art. 17 i 18 dyrektywy 93/42/EWG, dotyczącym udzielania zamówień publicznych na dostawy wyrobów medycznych, i zażądała usunięcia naruszenia w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia. W odpowiedzi na uzasadnioną opinię władze greckie poinformowały, że podjęły już wszelkie niezbędne kroki w celu usunięcia zarzucanego naruszenia, w szczególności wydając wspomniany wyżej okólnik, i podkreśliły, iż krajowe szpitale w coraz szerszym zakresie stosują się do zaleceń zawartych w tym okólniku. Powtórzyły, że przytoczone w uzasadnionej opinii przypadki były jedynie wyjątkami od ogólnej praktyki, która jest zgodna z przepisami prawa unijnego.

W związku z nowymi informacjami o trwających naruszeniach w tym zakresie Komisja wniosła do Trybunału Sprawiedliwości skargę o stwierdzenie naruszenia.

W wyroku w tej sprawie Trybunał w pierwszym rzędzie zaznaczył, że w przypadku gdy Komisja powołuje się na szczegółowo uzasadnione skargi wskazujące na powtarzające się uchybienia

²³ dyrektywa Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca wyrobów medycznych (Dz. Urz. WE nr L169 z 12.7.1993, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 13, tom 12, str. 82)

przepisom dyrektyw, na państwie członkowskim, którego te skargi dotyczą, spoczywa ciężar zakwestionowania okoliczności podniesionych w tych skargach.²⁴ Z uwagi na to, iż Republika Grecka ani nie przedstawiła konkretnych dowodów w celu zaprzeczenia faktom, których zaistnienie podnosiła Komisja, ani nie zakwestionowała w merytoryczny i szczegółowy sposób jej twierdzeń, Trybunał przyjął, że istnienie podnoszonych przez Komisję faktów zostało wykazane.

Następnie Trybunał przypomniał, że w orzeczeniu w sprawie *Medipac-Kazantzidis* Trybunał orzekł, iż instytucje zamawiające, które ogłosiły postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyrobów medycznych opatrzonych oznakowaniem CE, nie mogą odrzucić ze względów dotyczących zdrowia publicznego oferty na takie wyroby w sposób bezpośredni i z pominięciem procedury ochronnej, o której mowa w art. 8 i 18 dyrektywy 93/42/EWG. Jeśli instytucja zamawiająca uzna, że oferowane wyroby medyczne opatrzone oznakowaniem CE mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia publicznego, jest zobowiązana powiadomić właściwy krajowy organ w celu wszczęcia wspomnianej procedury ochronnej.²⁵

Trybunał zauważył, że Republika Grecka, nie kwestionując, że wskazane przez Komisję greckie szpitale nie przestrzegały przepisów dotyczących procedury udzielania zamówień publicznych na wyroby medyczne opatrzone oznakowaniem CE, utrzymywała, że odnotowane przez Komisję przypadki stanowią wyjątek i jako takie nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego. Tymczasem, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, mimo iż mające zastosowanie uregulowania krajowe same w sobie mogą być zgodne z prawem unijnym, uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego może wynikać z istnienia praktyki, która to prawo narusza.²⁶ Takie uchybienie można wykazać jedynie poprzez wystarczająco udokumentowany i szczegółowy dowód stosowania zarzucanej praktyki, która powinna wykazywać w pewnym stopniu charakter trwały i powszechny, a dla wykazania, że praktyka ma charakter powszechny i trwały, Komisja nie może opierać się na jakimkolwiek domniemaniu.²⁷

Trybunał zwrócił uwagę, że w postępowaniu o stwierdzenie naruszenia w tej sprawie udowodnione zostało, iż co najmniej szesnaście instytucji zamawiających placówek szpitalnych, w tym szpital w Komotini, szpital w Messolongi, szpital Agios Nikolaos na Krecie, szpital Venizeleio-Pananeio w Heraklionie, szpital w Attyce, szpital Agios Savvas, szpital Elpis, szpital w Argos, szpital Korgialenio-Benakio, szpital Geniko Nosokomeio w Kalamacie, szpital w Nauplionie, szpital P.&A. Kyriakou, szpital w Sparcie, szpital Panarkadiko w Trypolisie, szpital Elena Venizelou i szpital Asklepiewo w Vouli, odrzuciło w przetargach wyroby medyczne spełniające wymagania normy technicznej Farmakopei Europejskiej. Lista szpitali wymienionych przez Komisję obejmowała szpitale o zróżnicowanej wielkości, zarówno niektóre z największych szpitali w Grecji, jak Agios Savvas, Kyriakou i Asklepiewo Voulas, jak i szpitale średniej wielkości, jak szpital w Argos,

²⁴ por. wyrok z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 272/86 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:1988:433, pkt 19; oraz wyrok z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie C-494/01 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*, ECLI:EU:C:2005:250, pkt 46

²⁵ zob. wyrok z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 *Medipac-Kazantzidis AE przeciwko Venizeleio-Pananeio (P.E.S.Y. KRITIS)*, ECLI:EU:C:2007:337, pkt 55

²⁶ zob. w szczególności wyrok z dnia 12 maja 2005 r. w sprawie C-278/03 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2005:281, pkt 13; wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-441/02 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2006:253, pkt 47

²⁷ por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-387/99 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2004:235, pkt 42; cyt. wyrok w sprawie C-494/01 *Komisja przeciwko Irlandii*, pkt 28; wyrok z dnia 12 maja 2005 r. w sprawie C-287/03 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii*, ECLI:EU:C:2005:282, pkt 28 i nast.; cyt. wyrok w sprawie C-441/02 *Komisja przeciwko Niemcom*, pkt 49, 50 i 99; oraz wyrok z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-156/04 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2007:316, pkt 50

szpital Agios Nikolaos na Krecie czy szpital w Sparcie. Co więcej, na tej liście figurowały szpitale obejmujące zasięgiem geograficznym cały obszar kraju, w tym między innymi szpitale w Atenach, na Peloponezie i na Krecie, a także obejmujące szeroki zakres specjalizacji, od szpitali ogólnych przez szpitale pediatryczne i szpitale położnicze po szpital onkologiczny. W ocenie Trybunału świadczyło to o tym, że sporna praktyka administracyjna wykazywała w pewnym stopniu charakter trwały i powszechny.

Dodatkowo Trybunał wskazał, że z akt przedłożonych w tej sprawie wynikało, że niezgodne z prawem postępowanie greckich placówek szpitalnych nie było w wystarczającym stopniu objęte nadzorem ze strony właściwych służb greckich.

W konsekwencji Trybunał stwierdził, iż odrzucając oferty na wyroby medyczne opatrzone oznakowaniem CE, przy czym właściwe instytucje zamawiające szpitale greckie nie przestrzegały procedury przewidzianej w dyrektywie 93/42/EWG, Republika Grecka uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyły na mocy art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/36/EWG oraz art. 17 i 18 dyrektywy 93/42/EWG.

1.3.2. orzeczenie z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-552/13 *Grupo Hospitalario Quirón SA przeciwko Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco i Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad*, ECLI:EU:C:2015:713

W Kraju Basków, wspólnocie autonomicznej w Hiszpanii, celem odciążenia publicznych placówek służby zdrowia i skrócenia czasu oczekiwania pacjentów wymagających świadczeń medycznych, których publiczna służba zdrowia nie może udzielić w rozsądnym czasie, właściwe organy administracji wprowadziły system współpracy z prywatnymi zakładami opieki zdrowotnej i szpitalami. W rezultacie niektóre świadczenia opieki zdrowotnej wykonywane są na zewnątrz przez prywatne placówki, na podstawie umów zawartych w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego na usługi. Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, departament ochrony zdrowia rządu Kraju Basków prowadził w 2011 r. postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi w zakresie drobnej chirurgii ogólnej, przewodu pokarmowego, ginekologicznej, urologicznej, traumatologicznej i ortopedycznej dla pacjentów objętych rejonem szpitali publicznych w Basurto, położonym w gminie Bilbao, i w Galdakao, położonym w gminie Galdakao, jak również postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi w zakresie chirurgii okulistycznej dla pacjentów objętych rejonem szpitala publicznego w Galdakao. W obu postępowaniach specyfikacje istotnych warunków zamówienia zawierały zapisy, zgodnie z którymi z uwagi na konieczność świadczenia usług w rozsądnej odległości od miejsca zamieszkania pacjentów i ich bliskich, na dostępność transportu publicznego i czas dojazdu, a także na konieczność zminimalizowania przejazdów pracowników szpitali proponowane placówki opieki zdrowotnej powinny być położone na terenie gminy Bilbao. Grupo Hospitalario Quirón, wykonawca zainteresowany świadczeniem tych usług i zarazem właściciel prywatnego szpitala ogólnego położonego w gminie Erandio, zaskarżył powyższe postanowienia specyfikacji w obu postępowaniach, argumentując, że wymóg, aby udzielanie świadczeń miało miejsce wyłącznie w gminie Bilbao, jest sprzeczny z zasadami równego traktowania, swobodnego dostępu do zamówień publicznych oraz swobodnej konkurencji.

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 6 de Bilbao, sąd administracyjny w Bilbao, przed który trafiła ta sprawa, zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym mającym na celu ustalenie zgodności kwestionowanej praktyki z prawem unijnym w dziedzinie zamówień publicznych.²⁸

²⁸ Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 6 de Bilbao zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:

Odpowiadając na postawione pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że udzielanie zamówień na usługi opieki zdrowotnej podlega jedynie ograniczonej liczbie przepisów dyrektywy 2004/18/WE, a mianowicie – poza częścią ogólną – przepisom art. 23 dyrektywy, dotyczącym specyfikacji technicznych, i art. 35 ust. 4 dyrektywy, czyli obowiązkowi publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.²⁹ Jednocześnie Trybunał podkreślił, że przepis art. 23 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE wymaga, by specyfikacja techniczne umożliwiały wszystkim wykonawcom równy dostęp do zamówień publicznych i nie powodowały tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.

Tymczasem sporny zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym proponowana placówka musi bezwzględnie być zlokalizowana w gminie Bilbao, stanowi terytorialne ograniczenie wykonania zamówienia i skutkuje automatycznym wykluczeniem wykonawców, którzy nie dysponują taką placówką, niezależnie od tego, czy spełniają pozostałe wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co więcej, sporny zapis specyfikacji nie pozwala osiągnąć deklarowanego celu, jakim miało być zapewnienie bliskości i dostępności wspomagającej prywatnej placówki szpitalnej, w interesie pacjentów, ich bliskich oraz personelu medycznego, który musi udać się na miejsce do tej placówki. Jak wskazał sąd odsyłający, wielu pacjentów, którzy mieliby korzystać ze świadczeń udzielanych w prywatnej placówce szpitalnej wykonawcy, mają miejsce zamieszkania poza gminą Bilbao, na terenie której terytorium miałyby mieścić się ta placówka zgodnie ze spornym zapisem specyfikacji.

W świetle powyższego Trybunał uznał, że sporny zapis specyfikacji nie gwarantuje wszystkim wykonawcom, którzy mogliby zapewnić bliskość i dostępność prywatnej placówki szpitalnej, równego i niedyskryminacyjnego dostępu do zamówień, w obu postępowaniach rozpatrywanych w sprawie przed sądem krajowym ograniczając dostęp do tych zamówień wyłącznie do wykonawców, którzy mogą udzielać świadczeń zdrowotnych w placówce położonej w gminie Bilbao. W konsekwencji Trybunał stwierdził, iż art. 23 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE sprzeciwia się ustanowieniu wymogu takiego jak ten będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, zgodnie z którym świadczenia opieki zdrowotnej będące przedmiotem zamówienia muszą być udzielane wyłącznie przez placówki szpitalne położone w określonej gminie, która może nie być gminą zamieszkania pacjentów.

1.3.3. orzeczenie z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie C-296/15 *Medisanus d.o.o. przeciwko Splošna Bolnišnica Murska Sobota*, ECLI:EU:C:2017:431

W 2015 r. szpital w Murskiej Sobocie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę krwipochodnych produktów leczniczych, a mianowicie ludzkiej albuminy 200 mg/ml – roztwór infuzyjny – oraz ludzkiej immunoglobuliny podawanej dożylnie 50 mg/ml lub 100 mg/ml. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego zamawiający wymagał, by preparaty były wyprodukowane z osocza uzyskanego w Republice Słowenii, co zostało oprotestowane przez jednego z wykonawców. Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil, państwowa komisja odwoławcza w sprawach z zakresu zamówień publicznych, przed którą zawiśł spór, zdecydowała zawiesić toczące się postępowanie i zwróciła się

Czy jest zgodne z prawem Unii Europejskiej, aby w umowach w sprawie zamówień publicznych na świadczenie usług opieki zdrowotnej zawarty był wymóg, by usługi opieki zdrowotnej będące przedmiotem takich umów były świadczone wyłącznie we wskazanym mieście, które może nie być miejscem zamieszkania pacjentów?

²⁹ zob. rozdział 1.7 dotyczący zasad udzielania zamówień na tzw. usługi niepriorytetowe

do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zgodności słoweńskich regulacji z przepisami unijnego prawa pierwotnego i wtórnego, w tym z dyrektywą 2004/18/WE.³⁰

W omawianym wyroku Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że nic nie stoi na przeszkodzie temu, by produkty lecznicze z ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza mieściły się w zakresie pojęcia „towarów” w rozumieniu postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczących swobodnego przepływu towarów, mając na względzie szczególnie szeroką wykładnię tego pojęcia przyjętą w orzecznictwie Trybunału dotyczącym w szczególności produktów leczniczych oraz krwi i składników krwi.³¹ Co za tym idzie, produkty lecznicze pochodzące z ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza stanowią „towary” w rozumieniu art. 34 TfUE. W ślad za rzecznikiem generalnym Saugmandsgaardem Øem³² Trybunał uznał, że produkty lecznicze rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym stanowią „produkty” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i c) dyrektywy 2004/18/WE, które można wycenić w pieniądzu i które jako takie mogą stanowić przedmiot transakcji handlowych.

Następnie Trybunał stwierdził, że wymóg pochodzenia krajowego jest ze swej natury dyskryminujący i tym samym jest niezgodny zarówno z dyrektywą 2004/18/WE, jak i ze swobodą przepływu towarów wyrażoną w art. 34 Traktatu. Trybunał przyznał, że słoweńskie przepisy rozpatrywane w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego realizują uzasadnione cele ochrony zdrowia publicznego, o których mowa w art. 36 Traktatu. Niemniej jednak, w ocenie Trybunału, ograniczenia wynikające ze spornych przepisów nie są odpowiednie dla osiągnięcia deklarowanych celów, a zatem nieproporcjonalne, w związku z czym nie można uznać, że są one uzasadnione dążeniem do realizacji tych celów.

W konsekwencji Trybunał stwierdził, iż art. 2 i art. 23 ust. 2 i 8 dyrektywy 2004/18/WE, jak również art. 34 TfUE w związku z art. 36 TfUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu warunku specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który to warunek zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego instytucji zamawiającej wymaga, by produkty lecznicze z osocza, będące przedmiotem tego zamówienia publicznego, były wytworzone z osocza pozyskanego w tym państwie członkowskim.

Na marginesie warto również zauważyć, że omówiony wyrok stanowi rozwinięcie orzecznictwa dotyczącego pojęcia „sądu” w rozumieniu przepisu art. 267 TfUE w zakresie, w jakim rozstrzygnął, że uprawnienie do wystąpienia do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przysługują słoweńskiej komisji do spraw rozpatrywania odwołań w sprawach z zakresu zamówień publicznych.³³

³⁰ Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil zadała Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy dyrektywę [2004/18/WE], a w szczególności art. 23 ust. 2 i 8 i art. 2 w związku z:

– dyrektywą [2001/83/WE], w szczególności jej art. 83,

– dyrektywą [2002/98/WE], w szczególności jej art. 4 ust. 2,

– Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności jego art. 18,

należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one wymogowi, aby wytwarzane przemysłowo produkty lecznicze były »uzyskiwane ze słoweńskiego osocza« (wymogowi opartemu na krajowym ustawodawstwie)?

³¹ por. orzeczenie z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C-141/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2008:492, pkt 27–32 oraz orzeczenie z dnia 9 grudnia 2010 r. w sprawie C-421/09 *Humanplasma GmbH przeciwko Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2010:760, pkt 27–30

³² zob. opinia rzecznika generalnego Henrika Saugmandsgaarda Øego przedstawiona w dniu 1 grudnia 2016 r. w sprawie C-296/15 *Medisanus d.o.o. przeciwko Splošna Bolnišnica Murska Sobota*, ECLI:EU:C:2017:431, pkt 62 i nast.

³³ zob. pkt 32 do 38 omawianego orzeczenia

1.4. Procedury udzielenia zamówienia publicznego

1.4.1. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2009:338

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE, państwowy zakład energetyczny, dalej: DEI, prowadził od lipca 2003 r. kolejne postępowania o udzielenie zamówienia na studium, dostawę, transport, instalację i uruchomienie dwóch bloków energetycznych wraz z wyposażeniem pomocniczym w elektrowni ciepłej w Atherinolakos na Krecie. Po unieważnieniu dwóch pierwszych postępowań prowadzonych w procedurze z ogłoszeniem, w których wszystkie złożone oferty zostały odrzucone jako nieprawidłowe ze względu na niezgodność z wymaganymi parametrami technicznymi w zakresie poziomu emisji zanieczyszczeń, zamawiający zdecydował się na przeprowadzenie procedury bez ogłoszenia i wezwał wszystkich pięciu wykonawców, którzy złożyli oferty w drugim postępowaniu, do wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu i złożenia ofert. W lutym 2005 r., w toku trzeciego z rzędu postępowania, DEI powiadomił jednego z wykonawców o odrzuceniu jego oferty, nie wskazując przyczyn tego odrzucenia. Szczegółowe wyjaśnienie odrzucony wykonawca otrzymał dopiero na skutek licznych wniosków z jego strony w kwietniu 2005 r., po upływie blisko dwóch miesięcy. Jego odwołanie od decyzji o odrzuceniu zostało oddalone w lipcu 2005 r., zaś we wrześniu 2005 r. została zawarta umowa w sprawie tego zamówienia.

Wskutek skargi tego wykonawcy Komisja przeprowadziła postępowanie przewidziane Traktatem, najpierw formułując zarzuty formalne i wzywając Republikę Grecką do usunięcia domniemanego naruszenia, a następnie kierując do niej uzasadnioną opinię w tym przedmiocie. Jako że odpowiedź Republiki Greckiej nie zadowoliła Komisji, postanowiła wnieść w tej sprawie skargę do Trybunału Sprawiedliwości. W swoje skardze Komisja sformułowała dwa zarzuty. Pierwszy zarzut dotyczył naruszenia obowiązku publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie poprzedzającego wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym nieuprawnione skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia. Po drugie Komisja zarzucała Republice Greckiej naruszenie obowiązku niezwłocznego powiadomienia, po otrzymaniu pisemnego wniosku, niedopuszczonego kandydata lub oferenta o przyczynach odrzucenia jego wniosku lub oferty.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu Trybunał w pierwszym rzędzie przypomniał, że przepisy upoważniające zamawiającego do zastosowania procedury bez uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie (procedury bez ogłoszenia) stanowią odstępstwa od zasad regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, które powinny być interpretowane w sposób ścisły oraz że ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie takiego odstępstwa spoczywa na stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.³⁴ Trybunał, w ślad za rzecznikiem generalnym Poiaresem Maduro, przyznał, że prawodawca unijny przyjął dla sektora usług użyteczności publicznej szereg zasad dotyczących udzielania zamówień, które są mniej rygorystyczne niż zasady przyjęte dla klasycznych zamówień publicznych, zezwalając podmiotom udzielającym zamówień w tych sektorach na szersze niż w przypadku zamówień

³⁴ zob. wyrok z dnia 10 marca 1987 r. w sprawie 199/85 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1987:115, pkt 14; wyrok z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1995:150, pkt 23; wyrok z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2004:522, pkt 19; zob. także wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2005:336, pkt 33

publicznych stosowanie procedury negocjacyjnej.³⁵ Jednocześnie Trybunał podkreślił, iż celem zapewnienia przejrzystości skorzystanie z każdej z procedur udzielania zamówień musi być poprzedzone upublicznieniem zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, chyba że zachodzą wyjątkowe okoliczności uprawniające do skorzystania z możliwości udzielenia zamówienia bez uprzedniej publikacji.

Dyrektywa 93/38/EWG w art. 20 ust. 2 lit. a) przewidywała możliwość udzielenia zamówienia w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli w toku procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie nie wpłynęły oferty lub wpłynęły jedynie oferty nieprawidłowe, o ile początkowe warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione.³⁶

Oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzedzającym sporne postępowanie prowadzone w procedurze bez ogłoszenia nie były w zakresie gwarantowanych poziomów zgodne ze specyfikacjami technicznymi określonymi przez podmiot zamawiający w świetle obowiązujących przepisów w dziedzinie ochrony środowiska. Takie specyfikacje techniczne muszą być uznane za warunki niezbędne, aby instalacje, których dostawa i uruchomienie są przedmiotem zamówienia, pozwalały podmiotowi zamawiającemu na osiągnięcie zamierzonych celów. Niezgodność ofert z takimi specyfikacjami uniemożliwiała zatem podmiotowi zamawiającemu zgodną z prawem realizację zamówienia. Tym samym, jak zauważył Trybunał, niezgodność ta nie stanowiła jedynie zwykłej nieścisłości, lecz przeciwnie, powodowała, że podmiot zamawiający mógł zgodnie z prawem zakwalifikować rozpatrywane oferty jako „nieprawidłowe” w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38/EWG.

Co do zmiany początkowych warunków zamówienia, Trybunał stwierdził, że taka zmiana może być uznana za istotną w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38/EWG, w szczególności gdy zmieniony warunek, jeżeli by został ujęty w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłby uznanie ofert złożonych w ramach procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie za prawidłowe lub umożliwiłby złożenie ofert przez oferentów innych niż ci, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu.

W postępowaniu będącym przedmiotem skargi Komisji wymagania w zakresie poziomu emisji zanieczyszczeń nie zostały zmienione i, podobnie jak w dwóch pierwszych postępowaniach, na podmiocie zamawiającym ciążył obowiązek poszanowania tych wymagań. Jak zauważył Trybunał, to właśnie ze względu na okoliczność, że nie dopuszczono żadnych rozbieżności w stosunku do tych wymagań, wykonawcy musieli się zobowiązać do dostosowania swoich ofert do zawartych w ogłoszeniu wymagań dotyczących gwarantowanych poziomów maksymalnych emisji zanieczyszczeń. W pozostałym zakresie, chociaż niektóre rozbieżności w stosunku do specyfikacji technicznych mogły zostać dopuszczone w ramach drugiego postępowania z zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie, koszty wynikające ze skorygowania tych różnic mogły zostać pozostawione po stronie wykonawców. To, że w ramach trzeciego postępowania wykonawcy sami musieli ponieść koszty skorygowania rozbieżności technicznych, nie stanowiło zatem nowego obowiązku. Co więcej, trzecie postępowanie oferowało wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty w drugim postępowaniu, możliwość zrewidowania niektórych z ich propozycji w ramach ostatecznej pod względem finansowym oferty oraz oceny na nowo rozbieżności w stosunku do specyfikacji technicznych przewidzianych w zaproszeniu do składania ofert.

³⁵ por. opinia rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura przedstawiona w dniu 17 grudnia 2008 r. w sprawie C- 250/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2008:734, pkt 15

³⁶ por. art. 40 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE; zob. także art. 50 lit. a) dyrektywy 2014/25/UE

W konsekwencji Trybunał uznał zarzut dotyczący obowiązku uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie za bezzasadny i w tym zakresie skargę oddalił.

Odnosnie do zarzutu naruszenia obowiązku niezwłocznego powiadomienia wykonawcy o przyczynach odrzucenia jego oferty, Trybunał, podobnie jak rzecznik generalny Poiares Maduro w swojej opinii w tej sprawie, zaznaczył, że w związku z tym, iż dyrektywa 93/38/EWG nie określa dokładnego terminu, w którym wykonawca, którego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę odrzucono, musi zostać poinformowany o przyczynach takiego odrzucenia, lecz ogranicza się do stwierdzenia w art. 41 ust. 4, że poinformowania dokonać należy „niezwłocznie”, nie można przyjąć, że podmiot zamawiający musi udzielić tej informacji w terminie piętnastodniowym liczonym od otrzymania pisemnego wniosku wykonawcy.³⁷ Niemniej jednak, w ocenie Trybunału, prawodawca unijny, wymagając, aby podmiot zamawiający przekazał taką informację „niezwłocznie”, nałożył nań obowiązek staranności sprowadzający się bardziej do obowiązku działania aniżeli do obowiązku rezultatu. W każdym poszczególnym przypadku oraz w zależności od konkretnych cech danego zamówienia, a w szczególności jego złożoności, należy zbadać, czy dany podmiot zamawiający przekazał wykonawcy odpowiednią informację z wymaganą starannością. Okoliczność, że powiadomienie nastąpiło przed upływem terminu przewidzianego na zaskarżenie decyzji o odrzuceniu oferty, w sposób umożliwiający wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej i skontrolowanie zgodności decyzji zamawiającego z prawem, nie jest sama w sobie decydująca w tym względzie.

W niniejszej sprawie Republika Grecka przyznała, że doszło do opóźnienia w powiadomieniu wykonawcy, którego oferta została odrzucona, o przyczynach tego odrzucenia, nie przedstawiając jednocześnie dowodu istnienia obiektywnych okoliczności mogących uzasadnić blisko dwumiesięczny okres, jaki upłynął pomiędzy zgłoszeniem wniosku przez wykonawcę a udzieleniem odpowiedzi przez zamawiającego.

W konsekwencji Trybunał uznał, że opóźniając bez uzasadnienia udzielenie odpowiedzi na wniosek wykonawcy o wyjaśnienie przyczyn odrzucenia jego oferty, Republika Grecka uchybiła zobowiązaniu, jakie na niej ciążyło na mocy art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38/EWG.

1.4.2. orzeczenie z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-138/08 *Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH przeciwko Közbesszerzésék Tanácsa Közbesszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2009:627

Wyrok w tej sprawie został wydany na tle sporu powstałego w związku z prowadzonym w 2005 r. przez Budapest Főváros Önkormányzata, urząd miasta Budapeszt, w trybie procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu, postępowaniem o udzielenie zamówienia na roboty budowlane. Zgodnie z ogłoszeniem wszczynającym to postępowanie zamawiający zamierzał zaprosić do negocjacji od trzech do pięciu wykonawców. W terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wpłynęło pięć wniosków, w tym wniosek konsorcjum złożonego z Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH. Po dokonaniu oceny złożonych wniosków zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu dwóch wykonawców, odrzucając pozostałych, w tym konsorcjum Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH. Odrzucone konsorcjum odwołało się od tej decyzji, żądając unieważnienia postępowania z uwagi na to, że liczba dopuszczonych wykonawców była mniejsza niż liczba minimalna przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. W tych okolicznościach Fővárosi Ítéltábla, sąd apelacyjny w Budapeszcie, przed który trafiła ta sprawa, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami

³⁷ zob. cyt. opinia rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawie C-250/07 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 27

prejudycjalnymi dotyczącymi minimalnej liczby wykonawców, jakich należy dopuścić do udziału w negocjacjach w świetle unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych.³⁸

Odpowiadając na zadane przez węgierski sąd pytania, Trybunał przypomniiał, że dyrektywa 93/37/EWG w art. 18 przewidywała dwa główne etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, tj. po pierwsze, kwalifikację podmiotową wykonawców, obejmującą ewentualne wykluczenie wykonawców oraz ocenę ich zdolności ekonomicznych, finansowych i technicznych, oraz po drugie, udzielenie zamówienia na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert.³⁹ W procedurze negocjacyjnej pomiędzy etapem kwalifikacji podmiotowej wykonawców a etapem oceny ofert ma miejsce faza negocjacji między instytucją zamawiającą a dopuszczonymi do negocjacji wykonawcami. Z kolei na mocy art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37/EWG, gdy zamówienia udziela się w procedurze negocjacyjnej, liczba kandydatów dopuszczonych do negocjacji nie może być mniejsza niż trzech, pod warunkiem że liczba odpowiednich kandydatów jest wystarczająca.⁴⁰ Z brzmienia tego przepisu wprost wynika, że jeśli chodzi o liczbę wykonawców dopuszczonych do negocjacji, instytucje zamawiające muszą przynajmniej przestrzegać określonej w nim dolnej granicy, o ile pozwala na to liczba odpowiednich – czyli spełniających warunki udziału w postępowaniu – wykonawców. Jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w negocjacjach i którzy spełniają ustanowione przez zamawiającego wymagania w zakresie zdolności ekonomicznych, finansowych i technicznych, jest mniejsza niż dolna granica ustalona dla danego postępowania, zamawiający może kontynuować postępowanie, zapraszając do negocjacji tych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Trybunał orzekł, iż przepis art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37/EWG należy interpretować w ten sposób, że jeżeli udziela się zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej, a liczba odpowiednich kandydatów jest mniejsza niż dolna granica ustalona dla danego postępowania, instytucja zamawiająca może mimo to prowadzić dalej to postępowanie,

³⁸ Fővárosi Ítéletábla przedłożył Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy procedury określone w art. 44 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, który zastąpił art. 22 dyrektywy Rady 93/37/EWG mają zastosowanie, jeżeli postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia rozpoczęło się w chwili, gdy dyrektywa 2004/18/WE weszła już w życie, lecz nie upłynął jeszcze wyznaczony państwowemu członkowski termin dostosowania się do tej dyrektywy, tak, że nie została ona jeszcze wtedy transponowana do prawa krajowego?
2. W razie odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie, sąd zwraca się również z pytaniem, czy w przypadku postępowań z zastosowaniem procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia, mając na uwadze to, że art. 44 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE stanowi, iż „w każdym jednak przypadku liczba zaproszonych kandydatów powinna być wystarczająca, aby zapewnić prawdziwą konkurencję”, ograniczenie liczby odpowiednich kandydatów należy interpretować w ten sposób, że w drugiej fazie – na etapie udzielenia zamówienia – powinna być niezmiennie obecna minimalna liczba kandydatów (trzech).
3. W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie, sąd zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, czy wymóg, by „liczba odpowiednich kandydatów [była] wystarczająca” zgodnie z art. 22 ust. 3 dyrektywy Rady 93/37/EWG dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (zwanej dalej „dyrektywą”), należy interpretować w ten sposób, że jeżeli nie zostanie osiągnięta minimalna liczba (trzech) odpowiednich kandydatów zaproszonych do udziału w postępowaniu, nie można prowadzić dalszego postępowania polegającego na zaproszeniu do składania ofert.
4. Jeżeli Trybunał Sprawiedliwości udzieli przeczącej odpowiedzi na trzecie pytanie, sąd zwraca się ponadto z pytaniem, czy art. 22 ust. 2 akapit drugi dyrektywy, znajdujący się wśród przepisów dotyczących procedur ograniczonych, zgodnie z którym „w każdym przypadku liczba kandydatów zaproszonych do składania ofert jest wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji”, ma zastosowanie do postępowań z zastosowaniem dwuetapowej procedury negocjacyjnej, o której mowa w ust. 3.

³⁹ por. art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE; zob. także art. 56 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE

⁴⁰ por. art. 44 ust. 3 akapit drugi dyrektywy 2004/18/WE; zob. także art. 65 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE

zapraszając do negocjowania warunków zamówienia odpowiedniego kandydata lub odpowiednich kandydatów.

Węgierski sąd odsyłający zastanawiał się w jednym ze swoich pytań również nad tym, czy przepis art. 22 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 93/37/EWG znajduje zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w procedurze negocjacyjnej. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia w procedurze ograniczonej, liczba kandydatów zaproszonych do składania ofert musi być wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że rozwój rzeczywistej konkurencji jest nadrzędnym celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych.⁴¹ Tym samym przepis art. 22 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 93/37/EWG w odniesieniu do procedury ograniczonej formułował jeden z ogólnych celów dyrektywy. Zatem, w ocenie Trybunału, chociaż dyrektywa 93/37/EWG nie zawierała analogicznego przepisu w odniesieniu do procedury negocjacyjnej, na zamawiającym, który w przypadkach wymienionych enumeratywnie w art. 7 ust. 2 tej dyrektywy udzielał zamówienia w procedurze negocjacyjnej, również ciążył obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji.

W tym kontekście Trybunał zwrócił uwagę, że przepis art. 7 ust. 2 dyrektywy 93/37/EWG przewidywał trzy przypadki upoważniające zamawiającego do zastosowania procedury negocjacyjnej przy jednoczesnym utrzymaniu obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Należy przyjąć, że publikacja ogłoszenia jest podstawowym narzędziem zapewniającym rzeczywistą konkurencję, gdyż umożliwia każdemu zainteresowanemu danym zamówieniem wykonawcy złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z drugiej strony przepis art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37/EWG wymagał zaproszenia do negocjacji co najmniej trzech wykonawców, chyba że liczba wykonawców spełniających ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu nie była wystarczająca. W takim przypadku należało uznać, że zamawiający zapewnił rzeczywistą konkurencję, pod warunkiem że wspomniane warunki udziału w postępowaniu zostały przez zamawiającego ustalone i zastosowane prawidłowo.

Mając powyższe na uwadze, Trybunał orzekł, iż dyrektywę 93/37/EWG należało interpretować w ten sposób, że obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji jest spełniony, jeżeli instytucja zamawiająca stosuje procedurę negocjacyjną na warunkach określonych w art. 7 ust. 2 tej dyrektywy.

1.4.3. orzeczenie z dnia 10 grudnia 2009 r. w sprawie C-299/08 Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej, ECLI:EU:C:2009:769

Przepisy art. 73 i 74-IV francuskiego kodeksu zamówień publicznych przyjętego dekretem nr 2006-975 z dnia 1 sierpnia 2006 r., w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 września 2006 r., pozwalały instytucjom zamawiającym na udzielenie *marché d'exécution* (zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dostaw i usług) w drodze przeprowadzenia przetargu ograniczonego z udziałem podmiotów wybranych w ramach pierwotnego *marchés de définition* (zamówienia

⁴¹ zob. tytułem przykładu wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso SpA i Leitschutz Handels- und Montage GmbH przeciwko Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ECLI:EU:C:1999:420, pkt 26; 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 34; cyt. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 89; wyrok z dnia 7 października 2004 r. w sprawie C-247/02 *Sintesi SpA przeciwko Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, ECLI:EU:C:2004:593, pkt 35

na opracowanie projektu) na warunkach określonych w art. 73 akapit trzeci kodeksu. W ocenie Komisji wspomniane przepisy kodeksu zamówień publicznych naruszały przepisy dyrektywy 2004/18/WE. W związku ze swoimi wątpliwościami co do zgodności tych regulacji z przepisami unijnymi w dziedzinie zamówień publicznych Komisja zwróciła się do Republiki Francuskiej o usunięcie naruszenia, a następnie skierowała do niej uzasadnioną opinię w tej sprawie. Komisja, nie będąc zadowolona z uzyskanej odpowiedzi na uzasadnioną opinię, wniosła do Trybunału Sprawiedliwości skargę o stwierdzenie naruszenia.

Na mocy spornych przepisów francuskiego kodeksu zamówień publicznych, jeżeli zamawiający nie był w stanie określić celu i sposobu wykonania zamówienia, techniki wykonania, wymaganych zasobów ludzkich i materiałowych, mógł zastosować procedurę *marchés de définition*. Celem takiej procedury miało być zbadanie możliwości i warunków późniejszego udzielenia zamówienia, w razie potrzeby poprzez sporządzenie makiety lub modelu. Umożliwiała ona również oszacowanie poziomu ceny świadczeń, sposobu jej ustalenia oraz przewidzenie poszczególnych etapów wykonania zamówienia. W ramach tego samego postępowania wykonanie zamówienia po przeprowadzeniu kilku *marchés de définition* mających ten sam przedmiot i rozstrzyganych jednocześnie miało zostać przyznane w drodze przetargu ograniczonego prowadzonego z udziałem wykonawców wybranych w ramach pierwotnych *marchés de définition* zgodnie z następującymi zasadami: (i) ogłoszenie o zamówieniu określało przedmiot przeprowadzanych jednocześnie *marchés de définition* oraz przedmiot następującego po nich *marché d'exécution*; (ii) ogłoszenie o zamówieniu określało kryteria kwalifikacji uwzględniające zdolności i kompetencje wymagane od kandydatów zarówno w *marchés de définition*, jak i w późniejszym *marché d'exécution*; (iii) ogłoszenie o zamówieniu określało kryteria oceny ofert w przeprowadzanych jednocześnie *marchés de définition* oraz kryteria oceny ofert w następującym po nim *marché d'exécution*; (iv) wysokość kosztów świadczeń porównywanych z progiem miała uwzględniać zarówno koszty prac nad opracowaniem koncepcji, jak i szacowane koszty wykonania zamówienia; (v) liczba *marchés de définition* przeprowadzanych jednocześnie w ramach takiego postępowania nie mogła być niższa niż trzy, z zastrzeżeniem wystarczającej liczby kandydatów.⁴²

Trybunał Sprawiedliwości w omawianym orzeczeniu stwierdził jednoznacznie, że o ile prawdą jest, iż dyrektywa 2004/18/WE nie zmierzała do dokonania pełnej harmonizacji systemu zamówień publicznych w państwach członkowskich, to prawdą jest również, że procedury udzielania zamówień, którymi państwa członkowskie mogą się posłużyć, zostały w sposób enumeratywny wymienione w art. 28 tej dyrektywy. Na mocy art. 28 dyrektywy 2004/18/WE instytucje zamawiające miały udzielać zamówień publicznych albo w ramach procedury otwartej, albo w ramach procedury ograniczonej, albo – w szczególnych okolicznościach wyrażnie przewidzianych w art. 29 dyrektywy 2004/18/WE – w ramach procedury dialogu konkurencyjnego, albo też – w okolicznościach przewidzianych wyrażnie w art. 30 i 31 dyrektywy 2004/18/WE – w ramach procedury negocjacyjnej. Dyrektywa 2004/18/WE nie zezwalała na udzielenie zamówienia przy zastosowaniu innych procedur.

Na poparcie swojego stanowiska Trybunał przywołał wydany jeszcze na gruncie dyrektywy 71/305/EWG⁴³ wyrok w sprawie *CEI i Bellini*⁴⁴, w którym Trybunał orzekł w sposób niebudzący

⁴² zob. art. 73 i 74-IV francuskiego kodeksu zamówień publicznych stanowiącego załącznik do *décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics* (*Journal officiel de la République française* nr 179 z dnia 4 sierpnia 2006 r., str. 11627)

⁴³ dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE nr L 185 z 16.8.1971, str. 5)

⁴⁴ wyrok z dnia z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) i inni przeciwko Société coopérative „Association intercommunale pour les autoroutes des*

wątpliwości, że państwa członkowskie mają swobodę w ustanawianiu lub utrzymaniu przepisów prawa materialnego i proceduralnego w dziedzinie zamówień publicznych, tylko jeżeli następuje to w ramach przepisów wspólnotowych zawartych w tej dyrektywie, zaznaczając jednocześnie, że wypowiada się z punktu widzenia stadium harmonizacji osiągniętego przez wspólnotowe prawo zamówień publicznych w dacie wydania tamtego orzeczenia. Przepis art. 28 akapit drugi dyrektywy 2004/18/WE, który w sposób wyczerpujący wymieniał procedury, w ramach których instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień, nie miał swojego odpowiednika w dyrektywie 71/305/EWG.

W tym kontekście Trybunał stwierdził, że w ramach obowiązujących przepisów prawa unijnego państwa członkowskie nie mają już swobody w przyjmowaniu procedur udzielania zamówień publicznych innych niż wymienione w dyrektywie 2004/18/WE.

Dodatkowo Trybunał rozważył, czy sporna procedura nie stanowi przeniesienia na grunt prawa francuskiego przewidzianej w art. 29 dyrektywy 2004/18/WE procedury dialogu konkurencyjnego, jak argumentowała Republika Francuska.

Trybunał przyznał, że istniało pewne podobieństwo pomiędzy celami, jakie ma realizować procedura dialogu konkurencyjnego, a procedurą *marchés de définition*, gdyż zamierzeniem obu tych procedur było umożliwienie instytucji zamawiającej określenia w pierwszej kolejności szczegółowego przedmiotu zamówienia, a także technicznych środków jego realizacji. Niemniej jednak istniała zasadnicza różnica pomiędzy tymi dwiema procedurami, polegająca na tym, że dialog konkurencyjny jest procedurą udzielania jednego i tego samego zamówienia, podczas gdy procedura *marchés de définition* zmierza do udzielenia kilku zamówień o odmiennym charakterze, to znaczy, po pierwsze, *marchés de définition* (zamówień na opracowanie projektu) oraz po drugie, *marchés d'exécution* (zamówień na wykonanie), co wykluczało możliwość uznania procedury *marchés de définition* za formę przeniesienia na grunt prawa krajowego procedury dialogu konkurencyjnego.

Ponadto Trybunał zauważył, że z uwagi na to, iż procedura *marchés de définition* miała na celu udzielenie dwóch rodzajów zamówień, to znaczy zarazem *marchés de définition* i *marchés d'exécution* – przy czym udzielenie *marchés d'exécution* następowało w drodze przetargu ograniczonego prowadzonego z udziałem jedynie podmiotów wybranych w ramach *marchés de définition* – wykonawcy, którzy mogliby być zainteresowani udziałem w *marchés d'exécution*, lecz nie zostali wybrani w ramach *marchés de définition*, byli traktowani w sposób dyskryminujący w stosunku do wykonawców wybranych, wbrew wskazanej w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE jako jedna z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych zasądzie równego traktowania.

W konsekwencji Trybunał uznał, że poprzez przyjęcie i utrzymanie w mocy art. 73 i 74-IV kodeksu zamówień publicznych w brzmieniu nadanym mu dekretem nr 2006-975 z dnia 1 sierpnia 2006 r., w zakresie w jakim przepisy te przewidywały procedurę udzielania *marchés de définition* (zamówienia na opracowanie projektu), która zezwalała instytucji zamawiającej na udzielenie *marché d'exécution* (zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dostaw i usług) jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnego *marchés de définition* w trybie przetargu ograniczonego do tych podmiotów, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 2 i 28 dyrektywy 2004/18/WE.

Ardenne” i inni, ECLI:EU:C:1987:355; zob. także opinia rzecznika generalnego Mischo przedstawiona w dniu 11 czerwca 1987 r. w tych sprawach, ECLI:EU:C:1987:276

1.4.4. **orzeczenie z dnia 5 grudnia 2013 r. w sprawie C-561/12 *Nordecon AS i Ramboll Eesti AS przeciwko Rahandusministeerium*, ECLI:EU:C:2013:793**

W 2008 r. Maanteeamet, estońska dyrekcja dróg krajowych prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze negocjacyjnej z uprzednią publikacją ogłoszenia o zamówieniu na projekt i budowę trasy europejskiej E263 na odcinku pomiędzy Aruvalla a Kose. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia dla pasa dzielącego na odcinku 26,6–32 km przewidziano szerokość 13,5 m, natomiast na odcinku 32–40 km szerokość 6 m. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu Maanteeamet otrzymał cztery oferty, w tym ofertę konsorcjum Nordecon składającego się ze spółek Nordecon Infra AS i Ramboll Eesti, która przewidywała szerokość pasa dzielącego na 6 m na całej długości odcinka drogowego. Podczas negocjacji, które nastąpiły po złożeniu tych ofert, Maanteeamet zaproponował oferentom innym niż konsorcjum Nordecon zmianę szerokości pasa dzielącego zawartą w pierwotnych ofertach na 6 m na całej długości danego odcinka drogowego, jak w rozwiązaniu zaproponowanym przez konsorcjum Nordecon. Po przeprowadzeniu negocjacji ze wszystkimi wykonawcami złożyli oni oferty zawierające skorygowaną cenę uwzględniającą powyższą zmianę. Po dokonaniu oceny złożonych ofert ostatecznych zamawiający podjął decyzję o udzieleniu zamówienia konsorcjum Lemminkäinen, które zaproponowało najniższą cenę. Konsorcjum Nordecon odwołało się od tej decyzji zamawiającego, podnosząc, że w procedurze negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia instytucja zamawiająca nie mogła prowadzić negocjacji w sprawie tych części ofert, które odpowiadały wymaganiom wyrażnie i jednoznacznie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takim jak dotyczące szerokości pasa dzielącego. Sprawa trafiła do Riigikohus, estońskiego sądu najwyższego, który zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z czterema pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności takiej praktyki na gruncie dyrektywy 2004/18/WE.⁴⁵

W omawianym orzeczeniu Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE zezwalała w wymienionych w tym przepisie przypadkach na skorzystanie z procedury negocjacyjnej w celu dostosowania ofert złożonych przez wykonawców do wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacjach i, ewentualnie, dodatkowych dokumentach, w celu wyłonienia najlepszej oferty. Zarazem na podstawie art. 2 tej dyrektywy instytucje zamawiające miały obowiązek zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działać w sposób przejrzysty. Jak w omówionym w tomie I tego opracowania⁴⁶

⁴⁵ Riigikohus zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy art. 30 ust. 2 dyrektywy [2004/18/WE] należy interpretować w ten sposób, że zezwala on instytucji zamawiającej na negocjowanie z oferentami takich ofert, które nie odpowiadają wiążącym wymaganiom ustanowionym w specyfikacjach technicznych zamówienia?
2. W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie [pierwsze]: czy wówczas art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że zezwala on instytucji zamawiającej w toku negocjacji po otwarciu ofert na zmianę wiążących wymagań specyfikacji technicznych pod warunkiem, że nie zostanie zmieniony przedmiot zamówienia i zagwarantowane będzie równe traktowanie wszystkich oferentów?
3. W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie [drugie]: czy wówczas art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeczne z nim jest uregulowanie, na którego podstawie wykluczona jest zmiana wiążących wymagań specyfikacji technicznych w toku negocjacji po otwarciu ofert?
4. W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie [pierwsze]: czy wówczas art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że zakazuje się instytucji zamawiającej zakwalifikowania jako najlepszej takiej oferty, która pod koniec negocjacji nie jest zgodna z wiążącymi wymaganiami specyfikacji technicznych?

⁴⁶ zob. Artur Kowalski, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017 r., str. 66

w punkcie 2.8.1 wyroku w sprawie *SAG ELV Slovensko a.s.*,⁴⁷ Trybunał zwrócił uwagę, że wspomniany obowiązek przejrzystości ma zasadniczo na celu wyłączenie ryzyka uprzywilejowanego traktowania niektórych wykonawców i arbitralności decyzji podejmowanych przez zamawiającego.⁴⁸

Trybunał stwierdził, że chociaż zamawiający dysponuje uprawnieniami negocjacyjnymi w ramach procedury negocjacyjnej, nadal jest zobowiązany do czuwania, aby wymagania zamówienia o charakterze wiążącym były przestrzegane. W przeciwnym razie naruszona by została zasada działania w sposób przejrzysty, zaś ryzyko uprzywilejowanego traktowania niektórych wykonawców i arbitralności decyzji podejmowanych przez zamawiającego by wzrosło.

Poza tym, w ocenie Trybunału, uznanie dopuszczalności ofert niezgodnych z wiążącymi wymaganiami pozbawiłoby warunki zamówienia określone w zaproszeniu do składania ofert wiążącego charakteru w toku procedury negocjacyjnej i uniemożliwiłoby instytucji zamawiającej prowadzenie negocjacji z wykonawcami w oparciu o wspólną dla wszystkich podstawę w postaci tych wiążących wymagań i, co za tym idzie, uniemożliwiłoby równe traktowanie wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, na pytanie pierwsze Trybunał odpowiedział, że art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE nie upoważniał zamawiającego do negocjowania z wykonawcami ofert, które nie spełniały wiążących wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zważywszy na odpowiedź udzieloną na pierwsze pytanie, Trybunał pozostawił pytania od drugiego do czwartego bez odpowiedzi.

1.5. Definicja wykonawcy

1.5.1. orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 *Conorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807

Włoski region Marche prowadził w 2007 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi morskich pomiarów sejsmostratygraficznych, wierceń rdzeniowych i pobierania próbek morskich w pasie wybrzeża pomiędzy miejscowościami Pesaro i Civitanova Marche. Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare, międzyuniwersyteckie konsorcjum nauk o morzu, złożone z dwudziestu czterech uniwersytetów i trzech ministerstw, zwane dalej: CoNISMa, zamierzało ubiegać się o to zamówienie, ale decyzją zamawiającego zostało wykluczone z udziału w postępowaniu. W ocenie zamawiającego udział międzyuniwersyteckiego konsorcjum w postępowaniu był niemożliwy z uwagi na zawarty w art. 34 obowiązującego wówczas włoskiego kodeksu zamówień z 2006 r. zamknięty katalog podmiotów, którym można powierzyć wykonanie zamówień publicznych. Przepis ten nie wymieniał uniwersytetów i instytutów badawczych. CoNISMa odwołało się od tej decyzji zamawiającego, podnosząc niezgodność wspomnianej regulacji z przepisami dyrektywy 2004/18/WE.

Consiglio di Stato, naczelny sąd administracyjny, przed który trafiła ta sprawa, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi

⁴⁷ wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2012:191, pkt 25

⁴⁸ por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succchi di Frutta SpA*, ECLI:EU:C:2004:236, pkt 111

dotyczącymi definicji wykonawcy na gruncie dyrektywy 2004/18/WE.⁴⁹ Wątpliwości sądu odsyłającego co do możliwości zakwalifikowania konsorcjum CoNISMa jako wykonawcy wynikały w szczególności z faktu, że CoNISMa nie miało zasadniczo celu zarobkowego, nie posiadało struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie było stale obecne na rynku.

Trybunał w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że przepisy dyrektywy ani nie czynią rozróżnienia pomiędzy wykonawcami w zależności od tego, czy mają oni zasadniczo cel zarobkowy, ani nie wykluczają w sposób wyraźny podmiotów takich jak konsorcjum ubiegające się o zamówienie w postępowaniu przed sądem krajowym. Co więcej, z brzmienia art. 1 ust. 8 dyrektywy wprost wynikało, że wykonawcą może być zarówno osoba fizyczna, osoba prawna, jak i podmiot publiczny czy też grupa takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych, realizację dostaw lub świadczenie usług. Zdaniem Trybunału pojęcie podmiotu publicznego, o którym mowa w tym przepisie, może obejmować jednostki organizacyjne niemające zasadniczo celu zarobkowego, nieposiadające struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i niebędące stale obecne na rynku.

Odpowiadając na obawy sądu odsyłającego, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów takich jak CoNISMa może grozić zakłóceniem konkurencji z uwagi na ich uprzywilejowaną – w porównaniu z podmiotami prywatnymi – pozycję związaną z finansowaniem ze środków publicznych, Trybunał przypomniał, że na mocy motywu 4 preambuły dyrektywy 2004/18/WE na państwach członkowskich spoczywa obowiązek zapewnienia, aby udział podmiotu publicznego jako oferenta w procedurze udzielania zamówienia publicznego nie powodował zakłócenia konkurencji w stosunku do oferentów prywatnych. Poza tym – w świetle regulacji dyrektywy dotyczących rażąco niskich ofert – instytucja zamawiająca ma niekiedy obowiązek albo przynajmniej możliwość wzięcia pod uwagę istnienia subwencji, a w szczególności pomocy niezgodnej z Traktatem, aby jeżeli zajdzie taka potrzeba, wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który korzystał z takiej niedozwolonej pomocy publicznej.⁵⁰ Uprzywilejowana pozycja związana z finansowaniem ze środków publicznych czy uzyskaną pomocą publiczną nie jest jednak wystarczająca do bezwzględnego wykluczenia udziału podmiotu takiego jak konsorcjum CoNISMa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym kontekście Trybunał przywołał zasadę *favor participationis*, zgodnie z którą zapewnienie, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczyła jak największa liczba wykonawców, pozostaje w interesie prawa unijnego.⁵¹ Trybunał zwrócił zarazem uwagę,

⁴⁹ Consiglio di Stato zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania:

1. Czy przepisy dyrektywy 2004/18/WE [...] należy interpretować w ten sposób, że zakazują one konsorcjom utworzonym wyłącznie przez włoskie uniwersytety i organy administracji państwowej udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie przeprowadzenia pomiarów geofizycznych i pobrania próbek morskich?
2. Czy przepisy zawarte w art. 3 ust. 22 i 19 oraz art. 34 [...] dekreту ustawodawczego nr 163/2006 – zgodnie z którymi, odpowiednio »pojęcie 'podmiot gospodarczy' obejmuje przedsiębiorcę, dostawcę i usługodawcę lub ich zgrupowanie bądź konsorcjum«, a »pojęcia 'przedsiębiorca', 'dostawca' i 'usługodawca' oznaczają osobę fizyczną lub osobę prawną bądź podmiot nieposiadający osobowości prawnej, w tym europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych (EZIG) [...], które 'oferują na rynku', odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi« – są sprzeczne z dyrektywą 2004/18/WE [...], jeśli rozumie się je w ten sposób, że ograniczają one możliwość udziału w postępowaniach o udzielanie zamówienia publicznego jedynie do usługodawców zawodowo zajmujących się daną działalnością, z wyłączeniem podmiotów działających w celach niezarobkowych, w tym w celach naukowych?

⁵⁰ por. wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE Gewässerschutz przeciwko Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, ECLI:EU:C:2000:677, pkt 29

⁵¹ zob. w szczególności omówiony w tomie I w punkcie 2.6.1 wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, ECLI:EU:C:2009:317, pkt 26

że otwarcie na możliwie jak najszerszą konkurencję leży nie tylko w interesie unijnym, celem zagwarantowania swobodnego przepływu towarów i usług, ale także we własnym interesie zainteresowanej instytucji zamawiającej, która dzięki temu dysponuje szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do jej potrzeb.⁵² Ponadto unijne przepisy w dziedzinie zamówień publicznych mają zastosowanie w również w sytuacji, gdy podmiot, z którym instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć odpłatną umowę, sam także jest instytucją zamawiającą.⁵³ Poza tym, w celu zakwalifikowania podmiotu, który zamierza zawrzeć umowę z instytucją zamawiającą, jako wykonawcy, przepisy unijne nawet nie wymagają, by taki podmiot był w stanie spełnić umówione świadczenie samodzielnie, bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów; wystarczające jest w tym zakresie, by mógł on doprowadzić do spełnienia danego świadczenia, nawet przez inny podmiot, poprzez przedstawienie w tym celu odpowiednich gwarancji.⁵⁴

Podsumowując, Trybunał zauważył, że zarówno z przepisów unijnych, jak i z wcześniejszego orzecznictwa wynika, że dopuszcza się do złożenia oferty lub zgłoszenia kandydatury każdą osobę lub podmiot, która – zważywszy na wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu – może być uznana za odpowiednią w celu zapewnienia realizacji tego zamówienia czy to bezpośrednio, czy to z udziałem podwykonawcy, niezależnie od tego, czy posiada status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy działalność na rynku tej osoby lub podmiotu ma charakter systematyczny, czy też okazjonalny, jak również niezależnie od tego, czy ta osoba lub podmiot jest subwencjonowana ze środków publicznych, czy nie. Odmienne rozumowanie prowadziłoby do tego, że umowy zawarte pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami organizacyjnymi, które nie działają zasadniczo w celu osiągnięcia zysku, nie mogłyby być uznane za zamówienia publiczne, wobec czego umowy te mogłyby być zawierane w sposób nieformalny, co spowodowałoby ich wyłączenie spod przepisów wspólnotowych dotyczących równego traktowania i przejrzystości, wbrew celowi tych przepisów. Trybunał zgodził się z sądem krajowym, iż tego rodzaju wykładnia ujemnie wpływałaby na współpracę pomiędzy podmiotami publicznymi i prywatnymi, jak również pomiędzy naukowcami a przedsiębiorcami, i stanowiłaby ograniczenie konkurencji.

W konkluzji Trybunał stwierdził, że przepisy dyrektywy 2004/18/WE, a w szczególności art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 8 akapity pierwszy i drugi, które odwołują się do pojęcia „wykonawca”, należy rozumieć w ten sposób, że zezwalają one na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi podmiotom, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego, nie posiadają struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie są w sposób stały obecne na rynku, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, jak również zgrupowania powołane przez uniwersytety i organy administracji publicznej. Jednocześnie Trybunał uznał, iż dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, iż niezgodna z nią jest wykładnia przepisów krajowych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które zakazują podmiotom niemającym zasadniczo celu zarobkowego, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy prawo krajowe zezwala takim podmiotom na oferowanie usług objętych tym zamówieniem.

⁵² por. wyrok z dnia 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 29

⁵³ por. wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562, pkt 50 i 51; zob. także wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5, pkt 47

⁵⁴ zob. podobnie cyt. wyrok w sprawie *Ordine degli Architetti i in.*, pkt 90

1.5.2. orzeczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-568/13 *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze przeciwko Data Medical Service srl*, ECLI:EU:C:2014:2466

Pewne podobieństwo do omówionego wyżej orzeczenia w sprawie *CoNISMa* wykazuje sprawa, w której włoski region Lombardia wszczął w październiku 2005 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi przetwarzania danych dla celów oceny jakości produktów leczniczych przez podmiot zewnętrzny. Wiosną 2006 r. zamawiający podjął decyzję o udzieleniu tego zamówienia Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, uniwersyteckiej placówce szpitalnej w Careggi, dalej: Azienda. Decyzję zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej zakwestionowała spółka Data Medical Service Srl, która również brała udział w tym postępowaniu i uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W jej ocenie Azienda powinna być zostać wykluczona przez zamawiającego z udziału w postępowaniu z uwagi na to, że, po pierwsze, zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami prawa krajowego podmioty publiczne nie mogły ubiegać się o zamówienia publiczne oraz, po drugie, w każdym razie oferta Azieny była dotknięta wadą rażąco niskiej ceny. Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Lombardia, regionalny sąd administracyjny w Lombardii, orzekając w pierwszej instancji, przyznał rację odwołującemu w zakresie pierwszego zarzutu. Od tego rozstrzygnięcia Azienda odwołała się do Consiglio di Stato, naczelnego sądu administracyjnego, który postanowił zawiesić postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi definicji wykonawcy na gruncie dyrektywy 92/50/EWG w świetle przepisów dyrektywy 2004/18/WE.⁵⁵

Podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *CoNISMa* Trybunał w pierwszym rzędzie zauważył, że z brzmienia art. 1 lit. c) dyrektywy 92/50/EWG wprost wynikało, że usługodawcą może być zarówno osoba fizyczna, osoba prawna, jak i podmiot publiczny, które oferują świadczenie usług.

W ślad za orzeczeniem w sprawie *CoNISMa* Trybunał wskazał, że zarówno z przepisów prawa unijnego, jak i z orzecznictwa Trybunału wynika, że dopuszcza się do złożenia oferty lub zgłoszenia kandydatury każdą osobę lub każdy podmiot, które – zważywszy na wymagania określone w ogłoszeniu o zamówieniu – dają rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia, niezależnie od tego, czy posiadają status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy ich działalność na rynku ma charakter systematyczny, czy też wyłącznie okazjonalny.⁵⁶ Zauważając wykładnią pojęcia „wykonawcy” spowodowałaby, że umowy zawierane pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami organizacyjnymi, które nie działają zasadniczo w celu osiągnięcia zysku, nie mogłyby być uznane za „zamówienia publiczne”, wobec czego umowy te mogłyby być zawierane w sposób

⁵⁵ Consiglio di Stato zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy art. 1 dyrektywy [92/50/EWG], analizowany również w świetle późniejszego art. 1 ust. 8 dyrektywy [2004/18/WE], stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, które były interpretowane w ten sposób, że wykluczają uczestnictwo w przetargach [Aziendy] jako placówki szpitalnej o charakterze publicznego podmiotu gospodarczego?
2. Czy prawo Unii [...] w zakresie zamówień publicznych – w szczególności ogólne zasady wolnej konkurencji, niedyskryminacji, proporcjonalności – stoi na przeszkodzie przepisom krajowym zezwalającym na to, by podmiot taki jak [Azienda], który korzysta regularnie z zasobów publicznych i któremu bezpośrednio udzielono zamówienia na świadczenie publicznej usługi zdrowotnej, czerpał korzyść z tej sytuacji przewagi nad konkurencją, mającej decydujące znaczenie przy porównaniu konkurencyjności z innymi podmiotami gospodarczymi – o czym świadczy wysokość zaoferowanej obniżki – bez jednoczesnego wprowadzenia środków korygujących, mających na celu uniknięcie podobnego efektu zakłócającego konkurencję?

⁵⁶ zob. cyt. wyrok w sprawie *CoNISMa*, pkt 42

nieformalny, co spowodowałoby ich wyłączenie spod unijnych regulacji dotyczących równego traktowania i przejrzystości.⁵⁷

Trybunał zaznaczył, że o ile państwa członkowskie niewątpliwie mogą udzielić bądź nie udzielić określonym kategoriom wykonawców zezwoleń na świadczenie określonych usług, jak również regulować działalność podmiotów takich jak uniwersytety, uniwersyteckie placówki szpitalne, czy instytuty badawcze, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego i których podstawowym zadaniem jest prowadzenie działalności naukowo-dydaktycznej – w szczególności w ten sposób, że mogą im zezwolić albo też nie zezwolić na prowadzenie działalności na rynku, pod warunkiem że działalność ta jest do pogodzenia z ich celami instytucjonalnymi i statutowymi – o tyle w zakresie, w jakim podmioty takie mają prawo do oferowania, chociażby sporadycznie, określonych usług odpłatnie na rynku, państwa członkowskie nie mogą zakazać im udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi.

W konsekwencji w wyroku w tej sprawie Trybunał uznał, że art. 1 lit. c) dyrektywy 92/50/EWG sprzeciwia się przepisom krajowym, które wykluczają udział publicznej placówki szpitalnej, takiej jak będąca przedmiotem postępowania głównego, w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych z uwagi na jej status publicznej jednostki gospodarczej, jeżeli i w zakresie w jakim placówka ta może działać na rynku zgodnie ze swoimi instytucjonalnymi i statutowymi celami. Zarazem Trybunał stwierdził, iż przepisy dyrektywy 92/50/EWG, a w szczególności ogólne zasady wolnej konkurencji, niedyskryminacji i proporcjonalności, które leżą u podstaw tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym zezwalającym na to, by publiczna placówka szpitalna, taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego, uczestniczyła w przetargu i przedłożyła ofertę, z którą nie można konkurować z uwagi na finansowanie ze środków publicznych, z którego placówka ta korzysta. Jednakże w ramach badania rażąco niskiej ceny oferty na podstawie art. 37 tej dyrektywy instytucja zamawiająca może uwzględnić finansowanie ze środków publicznych, z którego korzysta taka placówka, w związku z możliwością odrzucenia tej oferty.

1.5.3. orzeczenie z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-203/14 *Consortori Sanitari del Maresme przeciwko Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, ECLI:EU:C:2015:664

W sprawie, której dotyczył wniosek hiszpańskiego sądu, spór dotyczył zgodności z dyrektywą 2004/18/WE hiszpańskich przepisów, które z jednej strony nakazują udzielanie niektórych kategorii zamówień jedynie podmiotom wpisanym do urzędowych wykazów zatwierdzonych wykonawców, zaś z drugiej strony uniemożliwiają wpisanie do takiego wykazu podmiotów będących częścią administracji publicznej. Zarazem przepisy hiszpańskie przewidują wyjątek spod obowiązku przedłożenia dokumentu potwierdzającego wpis w takim wykazie celem udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu jedynie na rzecz uniwersytetów publicznych, agencji państwowych, publicznych ośrodków badawczych i podobnych instytucji regionów autonomicznych. Hiszpański zamawiający, Corporació de Salut del Maresme i la Selva, stowarzyszenie służby zdrowia gmin Maresme i Selva, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie badań przy użyciu rezonansu magnetycznego. W toku postępowania ofertę złożyło będące podmiotem publicznym Consortori Sanitari del Maresme, gminne konsorcjum opieki zdrowotnej w Maresme. Zamawiający wezwał go do przedłożenia dokumentu potwierdzającego wpis do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców, a następnie, wskutek nieprzedłożenia takiego dokumentu, wykluczył z postępowania. Wykluczony wykonawca odwołał się od decyzji o wykluczeniu do Tribunal Català

⁵⁷ por. cyt. wyrok w sprawie *CoNISMa*, pkt 43

de Contractes del Sector Públic, katalońskiego sądu właściwego w sprawach z zakresu zamówień publicznych, który zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami dotyczącymi wykładni pojęcia „wykonawca” na gruncie dyrektywy oraz prawidłowości transpozycji do prawa krajowego przepisów dyrektywy dotyczących urzędowych wykazów zatwierdzonych wykonawców.⁵⁸

Odnosząc się do pojęcia wykonawcy, Trybunał – podobnie jak w omówionych wyżej orzeczeniach w sprawie *CoNISMa* i w sprawie *Data Medical Service* – przypomniał, że dyrektywa 2004/18/WE nie wyklucza udziału organu administracji publicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie. Wskazuje na to wprost brzmienie przepisu art. 1 ust. 8 cyt. dyrektywy, w myśl którego pojęcie wykonawcy obejmuje podmioty publiczne. Dodatkowo z orzecznictwa Trybunału wynika, że dopuszcza się do złożenia oferty lub zgłoszenia kandydatury każdą osobę lub każdy podmiot, które – mając na uwadze wymagania wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym – mogą być uznane za dające rękojmię prawidłowej realizacji tego zamówienia, czy to bezpośrednio, czy to z udziałem podwykonawcy, niezależnie od tego, czy posiadają status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy działalność na rynku tej osoby lub tego podmiotu ma charakter regularny, czy wyłącznie okazjonalny, lub też czy ta osoba lub podmiot jest subwencjonowana ze środków publicznych.⁵⁹ W konsekwencji Trybunał uznał, że pojęcie „wykonawcy” obejmuje organy administracji publicznej, które mogą zatem uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia, o ile i w zakresie, w jakim mają one prawo do oferowania odpłatnie usług na rynku.

W kontekście hiszpańskich regulacji dotyczących urzędowych wykazów zatwierdzonych wykonawców Trybunał zwrócił uwagę, że podmioty publiczne, które na podstawie prawa krajowego są uprawnione do oferowania na rynku robót budowlanych, realizacji dostaw produktów lub świadczenia usług, mają również prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast uregulowanie krajowe, które odmawia organom administracji publicznej – uprawnionym do oferowania na rynku wykonywania robót budowlanych,

⁵⁸ Tribunal Català de Contractes del Sector Públic zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady] z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi administrację publiczną należy uznać za podmioty publiczne?
2. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy zgodnie z ww. dyrektywą 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. administrację publiczną należy uznać za wykonawców, a tym samym może ona uczestniczyć w procedurach przetargowych?
3. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy zgodnie z ww. dyrektywą 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. administracja publiczna może i powinna być uwzględniona w urzędowych wykazach zatwierdzonych przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców albo w ich certyfikacji przez publiczne lub prywatne instytucje certyfikacyjne, znanej w prawie hiszpańskim jako system klasyfikacji działalności gospodarczej?
4. Czy zgodnie z ww. dyrektywą 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. doszło do niewłaściwej transpozycji wspomnianej dyrektywy w drodze Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (królewskiego dekretu ustawodawczego 3/2011 z dnia 14 listopada, w którym zatwierdza się jednolity tekst ustawy w sprawie zamówień publicznych) do krajowego ustawodawstwa hiszpańskiego, a jeżeli ma to miejsce, czy hiszpański prawodawca ograniczył w drodze art. 62 i 65 wspomnianego królewskiego dekretu ustawodawczego 3/2011 z dnia 14 listopada dostęp administracji publicznej do rejestru klasyfikacji działalności gospodarczej?
5. W sytuacji gdy administracja publiczna może uczestniczyć w procedurach przetargowych, lecz nie może być wpisana do klasyfikacji działalności gospodarczej – zgodnie ze wspomnianą dyrektywą 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. – wskazanie, jakie są środki służące do wykazania jej zdolności do zawierania umów.

⁵⁹ zob. omówione wyżej: wyrok w sprawie *CoNISMa*, pkt 42 oraz wyrok w sprawie *Data Medical Service*, pkt 35

realizacji dostaw produktów lub świadczenia usług w charakterze wykonawcy – wpisu do urzędowych wykazów zatwierdzonych wykonawców lub uzyskania odpowiedniego certyfikatu, zastrzegając przy tym prawo do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawców, którzy są wpisani do urzędowych wykazów lub posiadają odpowiedni certyfikat, pozbawiałoby wszelkiej skuteczności prawo podmiotów publicznych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie mogłoby w związku z tym zostać uznane za zgodne z prawem unijnym. Tym samym, w ocenie Trybunału, dyrektywę 2004/18/WE należało interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego, z jednej strony, krajowe organy administracji publicznej uprawnione do oferowania robót budowlanych, produktów lub usług na rynku nie mogą zostać wpisane do tych urzędowych wykazów lub nie mogą korzystać z certyfikacji wykonawców, a z drugiej strony, prawo do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zarezerwowane tylko dla wykonawców znajdujących się w takich wykazach lub posiadających taki certyfikat.

1.5.4. orzeczenie z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 MT Højgaard A/S i Züblin A/S przeciwko Banedanmark, ECLI:EU:C:2016:347

W wyroku w tej sprawie Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się na temat dopuszczalności zmian podmiotowych po stronie wykonawcy, do których dochodzi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na etapie pomiędzy dopuszczeniem do udziału w postępowaniu a składaniem ofert.

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, Banedanmark, zarządca infrastruktury kolejowej w Danii, prowadził w 2013 r. w trybie procedury negocjacyjnej z uprzednim ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę nowej linii kolejowej między miastami Kopenhaga i Ringsted. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ramach preselekcji przedłożyło pięciu wykonawców, wśród których znajdowało się konsorcjum złożone ze spółek Per Aarsleff i E. Pihl og Søn A/S. Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wszystkich pięciu kandydatów i zaprosił ich do składania ofert.

W toku postępowania doszło do upadłości spółki E. Pihl og Søn A/S. Dzień po sądowym stwierdzeniu upadłości tej spółki grupa Aarsleff i Pihl złożyła mimo to swoją pierwszą ofertę. Zamawiający zezwolił spółce Per Aarsleff na dalszy samodzielny udział w prowadzonym postępowaniu, o czym poinformował wszystkich wykonawców, uzasadniając swoją decyzję tym, że spółka Per Aarsleff spełnia warunki udziału w postępowaniu, nawet bez technicznych i ekonomicznych zdolności spółki E. Pihl og Søn; poza tym spółka Per Aarsleff przejęła ponad pięćdziesięciu pracowników upadłej spółki, w tym osoby kluczowe dla realizacji tego zamówienia. Następnie spółka Per Aarsleff złożyła drugą ofertę, tym razem już tylko we własnym imieniu, wskazując, że czyni to, działając w charakterze następcy konsorcjum Aarsleff i Pihl, oraz że syndyk masy upadłościowej spółki E. Pihl og Søn nie wypowiedział się w kwestii, czy zamierza kontynuować umowę konsorcjum, i że w związku z tym spółka Per Aarsleff rozwiązała tę umowę. Na kolejnym etapie postępowania zamawiający zwrócił się do wykonawców biorących udział w postępowaniu o przedstawienie trzeciej i ostatniej oferty. Dokonawszy oceny złożonych ofert, zamawiający poinformował zamiarze udzielenia zamówienia spółce Per Aarsleff.

MT Højgaard A/S i Züblin A/S, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie tego zamówienia, zaskarżyli decyzję zamawiającego o udzieleniu zamówienia spółce Per Aarsleff do Klagenævnet for Udbud, duńskiej komisji odwoławczej w sprawach z zakresu zamówień publicznych, podnosząc, że poprzez dopuszczenie spółki Per Aarsleff do udziału w postępowaniu w miejsce grupy Aarsleff i Pihl, mimo że spółka Per Aarsleff nie została wybrana we własnym imieniu w ramach

preselekcji, Banedanmark naruszył ustanowione w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE zasady równego traktowania oraz przejrzystości. Klagenævnet for Udbud zauważyła, że w prawie duńskim nie istnieje przepis zabraniający tego, by po złożeniu ofert nastąpiła zmiana w składzie grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nabrawszy wątpliwości co do dopuszczalności takiej praktyki na gruncie prawa unijnego, wystąpiła do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego.⁶⁰

Odpowiadając za zadane przez duński sąd pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zarówno dyrektywa 2004/17/WE, jak i duńskie przepisy prawa krajowego, a nawet ogłoszenie o zamówieniu w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie przewidywały zasad dotyczących zmian, jakie mogą nastąpić w składzie grupy wykonawców dopuszczonej w ramach preselekcji do udziału w postępowaniu. W tej sytuacji dopuszczalność takich zmian podmiotowych po stronie wykonawcy należało zbadać w oparciu o ogólne zasady prawa unijnego, zwłaszcza zasadę równego traktowania oraz wynikający z tej zasady obowiązek przejrzystości, a także w świetle celów, jakie przyświecają regulacjom w dziedzinie zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości, które mają na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienia publiczne, wymagają między innymi, by oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez zamawiającego.⁶¹ Ścisłe stosowanie zasady równego traktowania wykonawców prowadziłoby do wniosku, że jedynie wykonawcy dopuszczeni do udziału w postępowaniu w ramach preselekcji jako tacy mogą złożyć oferty i tylko takim wykonawcom może zostać udzielone zamówienie. Jak zauważył rzecznik generalny Mengozzi w opinii w tej sprawie, wykonawcy wybrani w ramach preselekcji oraz wykonawcy, którzy składają oferty, powinni być prawnie i materialnie tożsami.⁶²

Niemniej jednak, w ocenie Trybunału, wspomniany wymóg tożsamości prawnej i materialnej może zostać złagodzony w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej. Jak wynikało z odesłania prejudycjalnego, podmiot zamawiający uznał, że potrzebni są co najmniej czterej kandydaci, aby taka konkurencja była zapewniona. Trybunał zarazem zastrzegł, że konieczne jest, by dalszy udział w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej wykonawcy samodzielnie, we własnym imieniu – w następstwie rozwiązania konsorcjum, w którego skład wchodził ten wykonawca i które zostało dopuszczone przez podmiot zamawiający do udziału w postępowaniu w ramach preselekcji – nie naruszał zasady równego traktowania wszystkich wykonawców.

⁶⁰ Pytanie, które Klagenævnet for Udbud zadała Trybunałowi, brzmiało następująco:

Czy zasadę równego traktowania ustanowioną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji tego rodzaju jak w postępowaniu głównym stoi ona na przeszkodzie udzieleniu przez podmiot zamawiający zamówienia publicznego wykonawcy, który nie przedłożył kandydatury w ramach preselekcji i który w związku z tym nie został wybrany w ramach preselekcji?

⁶¹ por. wyrok 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 34; cyt. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 91; wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) przeciwko Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, ECLI:EU:C:2003:360, pkt 73; 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 47; 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 45; zob. także 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 81, oraz wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabriscom SA przeciwko państwu belgijskiemu*, ECLI:EU:C:2005:127, pkt 26

⁶² zob. opinia rzecznika generalnego Paola Mengozziego przedstawiona w dniu 25 listopada 2015 r. w sprawie C- 296/14 *MT Højgaard A/S i Züblin A/S przeciwko Banedanmark*, ECLI:EU:C:2015:774, pkt 63

W konsekwencji Trybunał uznał, że zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17WE w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwała jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostanie wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymagania określone przez zamawiającego, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych wykonawców.

Należy jednak zwrócić uwagę, że Trybunał poczynił w tym wyroku parę ważnych zastrzeżeń. Po pierwsze Trybunał zwrócił uwagę, że umowa konsorcjum pomiędzy Aarsleff i Pihl została zawarta w dniu wydania wyroku stwierdzającego upadłość spółki E. Pihl og Søn, a pierwsza oferta tego konsorcjum została złożona następnego dnia i nie została opatrzona podpisem syndyka masy upadłościowej spółki E. Pihl og Søn, w związku z czym sąd odsyłający powinien ponadto ustalić, czy złożenie pierwszej oferty nie było obarczone uchybieniem mogącym stanowić przeszkodę dla dalszego udziału spółki Per Aarsleff, we własnym imieniu, w tym postępowaniu. Poza tym, zdaniem Trybunału, sąd odsyłający powinien zbadać, czy spółka Per Aarsleff nie skorzystała z przewagi konkurencyjnej ze szkodą dla innych wykonawców z uwagi na to, że po rozwiązaniu konsorcjum Aarsleff i Pihl spółka Per Aarsleff przejęła pięćdziesięciu pracowników spółki E. Pihl og Søn, w tym osoby kluczowe dla realizacji zamówienia.

Na marginesie warto również zauważyć, że omówiony wyrok stanowi rozwinięcie orzecznictwa dotyczącego ustalenia, czy organ występujący z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest do tego uprawniony, czyli czy jest „sądem” w rozumieniu przepisu art. 267 TfUE,⁶³ w zakresie, w jakim rozstrzygnął, że takie uprawnienia przysługują duńskiej komisji do spraw rozpatrywania odwołań w sprawach z zakresu zamówień publicznych.⁶⁴

⁶³ zob. tytułem przykładu orzeczenie z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 *Dorsch Consult Ingenieur-gesellschaft 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

⁶⁴ zob. pkt 22 do 33 omawianego orzeczenia

1.6. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców

Podstawy wykluczenia

1.6.1. orzeczenie z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, ECLI:EU:C:2009:693

W 2003 r. ERGA OSE AE, przedsiębiorstwo publiczne należące do greckich kolei prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia na badania w zakresie projektu budowlanego i elektromechanicznego dotyczącego budowy stacji kolejowej. Zgodnie w warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu do udziału w postępowaniu miały nie zostać dopuszczone zagraniczne biura konsultingowe lub konsultanci, którzy przedłożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniach organizowanych przez ERGA OSE w okresie sześciu miesięcy poprzedzających prowadzone postępowanie i którzy w ramach wcześniejszego postępowania oświadczyli, że posiadają kwalifikacje odpowiadające kategoriom świadectw innym niż wymagane przez zamawiającego w tym postępowaniu. Jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu wśród kryteriów udzielenia zamówienia zostały wskazane: doświadczenie, w szczególności w zakresie prac projektowych w ramach podobnych przedsięwzięć, posiadane przez biura konsultingowe lub konsultantów i ich pracowników naukowych; rzeczywiste możliwości dokonania badania w wyznaczonym terminie łącznie z obowiązkami w zakresie prawidłowego wykonania innych badań; pracownicy naukowcy i szczególnie operacyjni pracownicy proponowani do prowadzenia danego badania, a także wyposażenie związane z przedmiotem badania.

Po przeprowadzeniu przewidzianego Traktatem postępowania Komisja wniosła do Trybunału skargę o stwierdzenie naruszenia, formułując dwa zarzuty. Pierwszy zarzut dotyczył nieuprawnionego wprowadzenia w tym postępowaniu podstawy wykluczenia wykonawców, która nie została przewidziana w unijnych przepisach regulujących udzielanie zamówień, jak również naruszenia zasad niedyskryminacji, równego traktowania i wzajemnego uznawania dyplomów i innych dokumentów potwierdzających posiadane kwalifikacje. W ramach drugiego zarzutu Komisja zwracała uwagę, że w spornym postępowaniu nastąpiło niedopuszczalne pomieszczenie kryteriów selekcji podmiotowej wykonawców z kryteriami udzielenia zamówienia.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu, Trybunał zwrócił uwagę, że sporne ogłoszenie o zamówieniu należało rozumieć w ten sposób, że jeżeli zagraniczne biuro konsultingowe lub zagraniczny konsultant brali udział w postępowaniu wszczętym przez ERGA OS, w ciągu sześciu miesięcy poprzedzających nowe postępowanie i jeżeli w ramach wcześniejszego postępowania oświadczyli, że posiadają kwalifikacje odpowiadające kategoriom świadectw innym niż wymagane w nowym postępowaniu, zgodnie z greckim systemem klasyfikacji świadectw, nie zostaną dopuszczeni do udziału w tym nowym postępowaniu. W ocenie Trybunału powyższa klauzula jednoznacznie dawała zagranicznym wykonawcom podstawę do uznania, że ewentualna różnica między kwalifikacjami deklarowanymi w poprzednim postępowaniu wszczętym przez tę samą instytucję zamawiającą a kwalifikacjami wymaganymi w postępowaniu, którego dotyczyło sporne ogłoszenie o zamówieniu, powoduje ich automatyczne wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia. Zdaniem Trybunału sposób zredagowania spornego ogłoszenia o zamówieniu prowadził do różnic w traktowaniu w zależności od państwa członkowskiego siedziby zainteresowanego wykonawcy, ze szkodą dla wykonawców zagranicznych, przy czym Republika Grecka nie przedstawiła żadnego uzasadnienia tej różnicy w traktowaniu. Tym samym Trybunał uznał, iż sporne ogłoszenie w tym zakresie było niezgodne z art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/38/EWG.

Jednocześnie Trybunał uznał, iż sporna klauzula nie pozwalała stwierdzić z całą pewnością, że instytucja zamawiająca odmawiałaby co do zasady uwzględnienia dyplomów lub dowodów kwalifikacji zawodowych wydanych przez inne państwa członkowskie. W konsekwencji Trybunał orzekł, że zarzut Komisji dotyczący naruszenia zasad wspólnotowych odnoszących się do wzajemnego uznawania dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji nie był uzasadniony.

W odniesieniu do drugiego zarzutu Trybunał przypomniał, że o ile unijne dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych teoretycznie nie wykluczają możliwości jednoczesnego przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wykonawców i udzielenia zamówienia, to jednak te czynności są odrębne i podlegają różnym przepisom.⁶⁵ Kwalifikacji podmiotowej wykonawców instytucje zamawiające dokonują bowiem na podstawie kryteriów możliwości ekonomicznych, finansowych i technicznych. Natomiast zamówienia udziela się na podstawie kryteriów oceny ofert, tj. na gruncie dyrektywy 93/38/EWG bądź najniższej ceny, bądź oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.⁶⁶ Instytucjom zamawiającym przysługuje stosunkowo szeroka swoboda wyboru kryteriów udzielenia zamówienia, ale wybór ten musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.⁶⁷ Jako kryteria udzielenia zamówienia są więc wykluczone kryteria, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz są związane zasadniczo z oceną odpowiedniości wykonawców w zakresie wykonania danego zamówienia. Jako że w postępowaniu będącym przedmiotem skargi Komisji kryteria przyjęte przez instytucję zamawiającą jako kryteria udzielenia zamówienia dotyczyły doświadczenia i realnej możliwości zapewnienia właściwego wykonania tego zamówienia, Trybunał doszedł do wniosku, iż sporne ogłoszenie o zamówieniu było w tym zakresie niezgodne z art. 34 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/38/EWG.

W rezultacie w omawianym wyroku Trybunał stwierdził, że z uwagi, po pierwsze, na wykluczenie na podstawie sekcji III pkt 2.1.3 lit. b) akapit drugi spornego ogłoszenia o zamówieniu zagranicznych biur konsultingowych i konsultantów, którzy przedłożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursach organizowanych przez ERGA OSE w okresie sześciu miesięcy poprzedzających wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie, którego dotyczyło wskazane ogłoszenie, i którzy oświadczyli, że posiadają kwalifikacje odpowiadające kategoriom świadectw innym niż wymagane w tym konkursie oraz, po drugie, z uwagi na brak rozróżnienia w sekcji IV pkt 2 tego ogłoszenia między kryteriami wyboru jakościowego i kryteriami udzielenia omawianego zamówienia, Republika Grecka uchybiła zobowiązaniom, które ciążyą na niej na mocy art. 4 ust. 2 i art. 34 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/38/EWG. W pozostałym zakresie Trybunał skargę oddalił.

⁶⁵ zob. wyroki z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 *Gebroeders Beentjes BV przeciwko Staat der Nederlanden*, ECLI:EU:C:1988:422, pkt 15i nast.; wyrok 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 26

⁶⁶ por. art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE; zob. także art. 82 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE

⁶⁷ zob. cyt. wyrok w sprawie *Beentjes*, pkt 19; cyt. wyrok w sprawie *SIAC*, pkt 35 i nast.; cyt. wyrok w sprawie *Concordia Bus Finland*, pkt 54 i 59; cyt. wyrok w sprawie *GAT*, pkt 63 i nast.; cyt. wyrok w sprawie *Lianakis*, pkt 29

1.6.2. orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction SA i WISAG Produktionsservice GmbH przeciwko Berlaymont 2000 SA*, ECLI:EU:C:2010:431

Spór w tej sprawie powstał w związku ze wszczętym w 1994 r. przez Berlaymont 2000 postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na roboty remontowe o wartości szacunkowej ok. 1,4 mln BEF. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy ubiegający się o udzielenie tego zamówienia zobowiązani byli dostarczyć dowód, że nie zalegają ze składkami na ubezpieczenia społeczne ani z podatkami, w tym z VAT, w postaci rejestracji wykonawcy w Belgii zgodnie z przepisami dekrety królewskiego z dnia 3 października 1978 r. Wystarczające w tym zakresie miało być złożenie wraz z ofertą kopii wniosku o taką rejestrację. Belgijska spółka *Bâtiments et Ponts Construction SA*, dalej: BPC, i niemiecka spółka *WISAG Produktionsservice GmbH*, dalej: WIG, utworzyły konsorcjum BPC-WIG w celu wspólnego ubiegania się o to zamówienie. WIG dołączyła do oferty dwa zaświadczenia wydane przez niemieckie organy podatkowe i ubezpieczeń społecznych, ale ani WIG, ani BPC-WIG nie dołączyły do oferty potwierdzenia rejestracji lub złożenia wniosku o rejestrację, czego wymagały belgijskie przepisy. BPC, jako spółka prawa belgijskiego, była już zarejestrowana w Belgii. W 2005 r. Berlaymont 2000 udzielił tego zamówienia innemu wykonawcy, ale BPC i WIG zaskarżyły tę decyzję. *Cour de cassation*, sąd kasacyjny, do którego trafiła ta sprawa, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności takiego obowiązku rejestracji z postanowieniami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dziedziny swobodnego przepływu usług oraz przepisami art. 24 dyrektywy 93/37/EWG.⁶⁸

Odpowiadając na przedstawione pytania, Trybunał w pierwszym rzędzie zauważył, iż to, że przedsiębiorca mający siedzibę w innym państwie członkowskim przedstawił zaświadczenia wydane przez właściwe organy administracji tego państwa, nie wystarczy, by potwierdzić w sposób niezbity spełnienie jego zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne i płatności podatków. Po pierwsze, przepis art. 24 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy 93/37/EWG stanowił bowiem, że przedsiębiorca powinien wypełnić zobowiązania w zakresie także w państwie członkowskim instytucji zamawiającej. Po drugie, przepis art. 24 akapit drugi tiret drugie dyrektywy 93/37/EWG, w odniesieniu do zaświadczeń wydawanych przez właściwy organ państwa członkowskiego, którego to dotyczy – czyli zarówno państwa pochodzenia, jak i państwa instytucji zamawiającej – dopuszczał odrębną kontrolę takiego wykonawcy w państwie członkowskim, w którym zamówienie ma zostać udzielone. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, państwa członkowskie mogą wprowadzić, obok podstaw wykluczenia wyraźnie wymienionych w przepisach dyrektyw unijnych, podstawy wykluczenia mające na celu zagwarantowanie poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości.⁶⁹

⁶⁸ *Cour de cassation* zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy obowiązek uzyskania rejestracji w celu uzyskania zamówienia publicznego w Belgii, taki jak obowiązek ustanowiony na mocy art. I.G. specjalnej specyfikacji warunków zamówienia, mającej zastosowanie w tej sprawie, nie jest sprzeczny z zasadą swobodnego przepływu wewnątrz Unii Europejskiej i art. 24 akapit drugi dyrektywy 93/37/EWG [...], jeżeli byłby on interpretowany w ten sposób, że pozwala instytucji zamawiającej wykluczyć z postępowania przetargowego oferenta będącego zagranicznym przedsiębiorcą, który nie jest zarejestrowany w Belgii, ale który przedstawił równoważne zaświadczenia wydane przez właściwe organy administracji swojego kraju?
2. Czy nie jest sprzeczne z zasadą swobodnego przepływu wewnątrz Unii Europejskiej i art. 24 akapit drugi dyrektywy Rady 93/37/EWG [...] przyznanie belgijskiej instytucji zamawiającej prawa narzucenia zagranicznym oferentom obowiązku poddania ocenie przez belgijski organ – komisję ds. rejestracji przedsiębiorców – ważności zaświadczeń, wydanych im przez organy podatkowe i organy ubezpieczeń społecznych w ich kraju, poświadczających, że nie mają zaległości w zakresie zobowiązań podatkowych i w zakresie ubezpieczeń społecznych?

⁶⁹ por. cyt. wyrok w sprawie C-213/07 *Michaniki*, pkt 43, 44 i 47; cyt. wyrok w sprawie *Assitur*, pkt 20 i nast.

W każdym razie przepis art. 24 akapit drugi dyrektywy 93/37/EWG – zgodnie z którym w przypadku gdy instytucja zamawiająca zobowiązuje wykonawcę do udowodnienia, że w stosunku do niego nie zachodzi żadna z podstaw wykluczenia, przyjmuje za wystarczający dowód zaświadczenie wydane przez właściwy organ państwa członkowskiego, którego to dotyczy – nie wyklucza sprawdzenia przed otwarciem ofert przedstawionych przez wykonawcę zaświadczeń lub w ogóle braku po jego stronie podstaw wykluczenia. Takie sprawdzenie powinno jednakże być ograniczone do cech zawodowych wykonawców, w szczególności dotyczących spełnienia zobowiązań w zakresie opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, podatków i opłat, a także, jak wskazała rzecznik generalna Kokott w opinii w tej sprawie, nie może utrudniać ani opóźniać udziału zainteresowanego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ani obarczać go nadmiernymi kosztami administracyjnymi.⁷⁰

W świetle powyższego w odpowiedzi na pierwsze pytanie belgijskiego sądu Trybunał stwierdził, że prawo unijne należy interpretować w ten sposób, iż nie stoi ono na przeszkodzie przepisom krajowym, które wymagają, by przedsiębiorca mający siedzibę w innym państwie członkowskim posiadał w państwie członkowskim instytucji zamawiającej, do celów uzyskania zamówienia w tym państwie, rejestrację dotyczącą braku podstaw wykluczenia wymienionych w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37/EWG, pod warunkiem że taki wymóg nie utrudnia ani nie opóźnia udziału przedsiębiorcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani nie obarcza go nadmiernymi kosztami administracyjnymi oraz że ma on na celu wyłącznie weryfikację cech zawodowych zainteresowanego w rozumieniu tego przepisu.

Odpowiadając na drugie pytanie belgijskiego sądu, Trybunał natomiast uznał, iż prawo unijne stoi na przeszkodzie przepisom prawa krajowego, na mocy których weryfikację zaświadczeń wydanych przedsiębiorcy z innego państwa członkowskiego przez organy administracji podatkowej i ubezpieczeń społecznych tego państwa powierza się organowi niebędącemu instytucją zamawiającą, jeżeli:

- organ ten składa się w większości z osób nominowanych przez organizacje pracodawców i pracowników sektora budowlanego z prowincji, w której odbywa się dany przetarg, oraz
- uprawnienia tego organu obejmują merytoryczną kontrolę ważności wspomnianych zaświadczeń,

jak to miało miejsce w sprawie będącej przedmiotem wniosku belgijskiego sądu o wydanie orzeczenia wstępnego.

1.6.3. orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl, ECLI:EU:C:2016:404

Spór w tej sprawie powstał na tle prowadzonego w 2012 r. przez Autorità Portuale di Messina, organ zarządzający portem w Mesynie na Sycylii we Włoszech, postępowania o udzielenie na okres czterech lat zamówienia na usługi gospodarowania pozostałościami ładunkowymi i odpadami powstałymi na pokładzie statków zawijających do portów na obszarze jego właściwości. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zamawiający otrzymał cztery oferty, ale tylko jedna z nich, przedstawiona przez Pippa Pizzo, właściciela przedsiębiorstwa Pizzo i pełnomocnika konsorcjum utworzonego wraz z przedsiębiorstwem Onofaro Antonino, zawierała potwierdzenie uiszczenia na rzecz Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, organu nadzoru zamówień publicznych, dalej: AVCP, składki przewidzianej ustawą nr 266/2005.

⁷⁰ zob. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 15 kwietnia 2010 r. w sprawie C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction SA i WISAG Produktionservice GmbH przeciwko Berlaymont 2000 SA*, ECLI:EU:C:2010:198, pkt 52

W tych okolicznościach zamawiający wykluczył trzech pozostałych wykonawców i podjął decyzję o udzieleniu zamówienia konsorcjum, którego pełnomocnikiem był Pippo Pizzo. Spółka CRGT Srl, inny wykonawca zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia, odwołał się od tej decyzji, podnosząc bezzasadność swojego wykluczenia z udziału w postępowaniu. Pippo Pizzo wniósł odwołanie wzajemne, argumentując, że spółka CRGT Srl powinna była zostać wykluczona z udziału w tym postępowaniu, gdyż nie przedłożyła zaświadczeń wystawionych przez co najmniej dwa banki oraz nie posiadała samodzielnie wymaganych minimalnych zdolności, powołując się w tym zakresie na zdolności podmiotu trzeciego.

Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Sicilia, regionalny sąd administracyjny dla Sycylii, orzekając w tej sprawie w pierwszej instancji, uwzględnił odwołanie spółki CRGT Srl i oddalił odwołanie wzajemne złożone przez Pippa Pizzo. W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia sycylijski TAR wskazał w szczególności, że zamawiający w tym postępowaniu nie wskazał w dokumentach zamówienia obowiązku uiszczenia przez wykonawców składki do AVCP. Co więcej, sporna składka, zgodnie z literalnym brzmieniem ustawy nr 266/2005, dotyczyła tylko zamówień na roboty budowlane, a nie zamówień na usługi. Wymaganie od wykonawców ubiegających się o zamówienie na usługi uiszczenia tej składki wynikało natomiast z szerokiej wykładni ustawy nr 266/2005 przez AVCP oraz orzecznictwa administracyjnego, zgodnie z którym obowiązek uiszczenia tej składki znajdował zastosowanie do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto w jego ocenie wykonawcom przysługuje uprawnienie do polegania na zdolności innych podmiotów celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pippo Pizzo zaskarżył rozstrzygnięcie sądu regionalnego do Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, rady sądownictwa administracyjnego dla regionu Sycylii, która postanowiła wystąpić do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego w tej sprawie.⁷¹

Pierwsze pytanie sądu krajowego dotyczyło możliwości powoływania się przez wykonawcę na zdolności podmiotów trzecich celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał w pierwszym rzędzie zauważył, że przepisy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE w sposób jednoznaczny i niemal identyczny stanowią, że wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu wykazania, że jego sytuacja ekonomiczna i finansowa oraz kwalifikacje techniczne i zawodowe odpowiadają wymaganiom ustanowionym przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym przepisy prawa unijnego przyznają każdemu wykonawcy prawo

⁷¹ Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy art. 47 i 48 dyrektywy [2004/18/WE] należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak uregulowanie opisane [w postanowieniu odsyłającym], które zezwala przedsiębiorstwu na powołanie się, z podziałem na części, na zdolności innego podmiotu w opisanych powyżej warunkach w zakresie usług?
2. Czy zasady prawa Unii Europejskiej, zwłaszcza zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań, zasada pewności prawa i zasada proporcjonalności, stoją na przeszkodzie uregulowaniu w porządku prawnym państwa członkowskiego dezwolającemu na wykluczenie z publicznego postępowania przetargowego przedsiębiorstwa, które nie zrozumiało, gdyż nie zostało to wyraźnie wskazane w dokumentach przetargowych, obowiązku – którego niespełnienie skutkowało wykluczeniem – dokonania zapłaty pewnej kwoty w celu udziału w tym postępowaniu, i to mimo okoliczności, że istnienia wspomnianego obowiązku nie można jasno wywieść z dosłownego brzmienia prawa obowiązującego w danym państwie członkowskim, lecz da się go jednak zrekonstruować w drodze podwójnej operacji prawnej polegającej, w pierwszej kolejności, na szerokiej wykładni niektórych przepisów prawa pozytywnego tego państwa członkowskiego, a następnie na uzupełnieniu *ipso iure* – zgodnie z wymogami takiej szerokiej wykładni – treści dokumentów przetargowych?

do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile wykaże, że będzie dysponował niezbędnymi do wykonania zamówienia zasobami tych podmiotów. Do uznania wykonawcy za spełniającego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisy prawa unijnego zatem nie wymagają, by podmiot zamierzający uzyskać zamówienie był w stanie spełnić umówione świadczenie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów.⁷² Co więcej, z orzecznictwa Trybunału wynika, że przepisy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE nie wprowadzały żadnego zakazu co do polegania przez wykonawcę na zdolności jednego lub więcej podmiotów trzecich w połączeniu z własnymi zdolnościami w celu spełnienia kryteriów określonych dla danego postępowania przez instytucję zamawiającą.⁷³ Jednocześnie nie można jednak wykluczyć istnienia szczególnych zamówień, których specyfika będzie wymagała zdolności niemożliwej do uzyskania poprzez połączenie zdolności o węższym zakresie szeregu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może wymagać, aby minimalny poziom zdolności został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub przez poleganie na ograniczonej liczbie wykonawców, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny. Taki przypadek stanowi nadzwyczajną sytuację, a dany wymóg nie może stać się ogólną zasadą na mocy prawa krajowego.⁷⁴ W ocenie Trybunału do sądu krajowego należało sprawdzenie, czy specyfikacja warunków zamówienia nie przewidywała, że ze względu na specyfikę usług będących przedmiotem zamówienia zdolność na minimalnym poziomie musiał posiadać samodzielnie jeden wykonawca.

W świetle powyższego na pierwsze pytanie włoskiego sądu Trybunał odpowiedział, że przepisy art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18/WE należało interpretować w ten sposób, iż nie stały one na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych zezwalających wykonawcy, który spełnia jedynie w części minimalnej warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na powołanie się na zdolność jednego lub więcej podmiotów trzecich celem potwierdzenia spełnienia tych warunków udziału w postępowaniu.

Z kolei drugie pytanie włoskiego sądu dotyczyło dopuszczalności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie przedłożyli wraz z ofertą pewnych dokumentów, przy czym obowiązek przedłożenia tych dokumentów nie wynikał wprost ani z obowiązujących przepisów, ani z dokumentacji zamówienia, lecz z przyjętej powszechnej praktyki i orzecznictwa administracyjnego.

Udzielając odpowiedzi na to pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności podkreślił, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy wykonawcy mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert oraz by oferty wszystkich wykonawców podlegały tym samym warunkom. Po drugie, z obowiązku przejrzystości, który ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania niektórych wykonawców przez instytucję zamawiającą, wynika, iż wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia muszą być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by:

- umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób,

a także

⁷² zob. omówiony wyżej wyrok w sprawie *CoNISMa*, pkt 41

⁷³ por. cyt. wyrok w sprawie *Swm Costruzioni*, pkt 30

⁷⁴ zob. cyt. wyrok w sprawie *Swm Costruzioni*, pkt 35 i nast.

- umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez wykonawców odpowiadają warunkom ustanowionym dla danego zamówienia.⁷⁵

Zarazem na zamawiającym ciąży obowiązek ścisłego przestrzegania kryteriów, które sam ustalił.⁷⁶ W ocenie Trybunału powyższy obowiązek nabiera szczególnej wagi w odniesieniu do okoliczności mających stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Trybunał zwrócił uwagę, że w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego specyfikacja warunków zamówienia nie przewidywała wyraźnie obowiązku uiszczenia przez wykonawców składki na rzecz AVCP pod groźbą wykluczenia z udziału w postępowaniu. Taki obowiązek można było jedynie wyprowadzić z szerokiej wykładni ustawy nr 266/2005 dokonywanej przez AVCP oraz z krajowego orzecznictwa administracyjnego. W opinii AVCP brak uiszczenia składki powodował wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na przedmiot zamówienia. Ponadto z orzecznictwa włoskich sądów administracyjnych wynikało, iż wykonawca może zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie udowodni, że spełnia warunek, który nie został określony wyraźnie w dokumentacji zamówienia, o ile konieczność spełnienia tego warunku wynika z – jak to określił sąd odsyłający – mechanizmu automatycznego uzupełniania luk w aktach administracyjnych. Inaczej mówiąc, w sprawie będącej przedmiotem odesłania obowiązek uiszczenia składki na rzecz AVCP można było zidentyfikować wyłącznie na podstawie współoddziaływania między ustawą finansową z 2006 r., praktyką decyzyjną AVCP i praktyką włoskiego orzecznictwa administracyjnego przy stosowaniu ustawy nr 266/2005. Podobnie jak rzecznik generalny Sánchez-Bordona w opinii w tej sprawie, Trybunał zaznaczył, że warunek uzależniający prawo do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który wynika z wykładni przepisów prawa krajowego i krajowej praktyki administracyjnej, może być szczególnie niekorzystny dla wykonawców mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych nie mogą być porównywane z poziomem wiedzy wykonawców krajowych.⁷⁷

W konsekwencji w odpowiedzi na drugie pytanie Trybunał uznał, 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 tej ustawy i tej dokumentacji, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Zarazem, w ocenie Trybunału, w tych okolicznościach zasady równego traktowania i proporcjonalności nie stoją na przeszkodzie umożliwieniu wykonawcy zaradzenia takiej sytuacji i spełnienia wspomnianego obowiązku w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

W tym miejscu warto zaznaczyć, że rzecznik generalny Sánchez-Bordona był w tej sprawie nieco odmiennego zdania. W swojej opinii w tej sprawie – dla dokonania oceny dopuszczalności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie spełniają warunku, który nie wynika wprost ze specyfikacji warunków zamówienia – rzecznik generalny zaproponował zastosowanie modelu rozsądnie poinformowanego wykonawcy. W jego ocenie byłoby

⁷⁵ zob. omówiony w tomie I w punkcie 2.8.3 wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 *Cartiera dell'Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345, pkt 44

⁷⁶ por. omówiony w tomie I w punkcie 2.8.2 wyroki 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 40; zob. także cyt. wyrok w sprawie *Cartiera dell'Adda*, pkt 42 i nast.

⁷⁷ por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 21 stycznia 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:48, pkt 65

nielogiczne, by instytucje zamawiające były zobowiązane do wyszczególnienia w dokumentach zamówienia warunków nakładanych przez przepisy regulacyjne o charakterze ogólnym, których rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność wykonawca nie może nie znać. Dotyczyć to może, tytułem przykładu, podstawowych wymagań, które na gruncie przepisów w dziedzinie prawa cywilnego czy prawa handlowego dotyczą zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych osób fizycznych, osób prawnych, czy zasad reprezentacji spółek prawa handlowego, oraz innych wymagań, o których żaden wykonawca nie może nie wiedzieć ani co do których nie może on wymagać, by zostały w sposób wyraźny i szczegółowy ujęte przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.⁷⁸

1.6.4. orzeczenie z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie C-171/15 *Connexion Taxi Services BV przeciwko Staat der Nederlanden i in.*, ECLI:EU:C:2016:948

W sprawie, której dotyczył wniosek Hoge Raad der Nederlanden, sądu najwyższego Niderlandów, niderlandzkie ministerstwo zdrowia prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi przewozu osób. W warunkach zamówienia między innymi ustalono, że z udziału w postępowaniu zostanie wykluczony wykonawca winny poważnego wykroczenia zawodowego. Jednocześnie niderlandzkie prawo krajowe wymagało, by zastosowanie którejkolwiek z tzw. fakultatywnych podstaw wykluczenia, w tym wykluczenie wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego, poprzedzone było analizą zgodności takiego wykluczenia wykonawcy z zasadą proporcjonalności. Zamówienie zostało udzielone konsorcjum firm Transvision, RMC i ZCN, mimo nałożenia przez niderlandzki urząd ds. konkurencji na jednego z członków tego konsorcjum kar grzywny w związku z zawarciem niedozwolonych porozumień ograniczających konkurencję. W ocenie zamawiającego wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie byłoby nieproporcjonalne.

Hoge Raad der Nederlanden, przed którym zawisł spór, zdecydował zawiesić toczące się postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności z dyrektywą 2004/18/WE przepisów prawa krajowego, które wymaga, by zastosowanie którejkolwiek z tzw. fakultatywnych przesłanek wykluczenia, w tym wykluczenie wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego, poprzedzone było analizą zgodności takiego wykluczenia wykonawcy z zasadą proporcjonalności. Dodatkowo sąd krajowy chciał się dowiedzieć, czy zamawiający, który z racji szczególnego charakteru przedmiotu zamówienia uznał, że popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy bez brania pod uwagę proporcjonalności zastosowania tej sankcji, o czym poinformował wykonawców w dokumentacji zamówienia, może następnie podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, ze względu na to, że jego wykluczenie z postępowania byłoby nieproporcjonalne.⁷⁹

⁷⁸ zob. cyt. opinia rzecznika generalnego w tej sprawie, pkt 47–64

⁷⁹ Sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami:

- 1a. Czy prawo Unii, a w szczególności art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, sprzeciwia się temu, żeby prawo krajowe nakładało na instytucję zamawiającą obowiązek dokonania oceny w oparciu o zasadę proporcjonalności, czy należy faktycznie wykluczyć oferenta, który dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego?
- 1b. Czy ma przy tym znaczenie, że instytucja zamawiająca zawarła w warunkach przetargu postanowienie, zgodnie z którym oferta, względem której ma zastosowanie jedna z podstaw wykluczenia, pozostaje bez rozpoznania i nie jest brana pod uwagę przy szczegółowej ocenie pod względem treści?
2. W przypadku udzielenia na pytanie 1a odpowiedzi przeczącej: czy prawo Unii uniemożliwia sądom krajowym dokonanie oceny w oparciu o zasadę proporcjonalności, tak jak została ona przeprowadzona w konkretnym przypadku przez instytucję zamawiającą, nie w sposób „kompleksowy”, lecz musi się zadowolić

Trybunał w omawianym wyroku w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem w odniesieniu do zamówień publicznych objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE art. 45 ust. 2 tej dyrektywy pozostawiał stosowanie wskazanych w nim siedmiu przypadków wykluczenia dotyczących uczciwości zawodowej, wypłacalności lub wiarygodności wykonawców uznaniu państw członkowskich.⁸⁰ Co za tym idzie, art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE nie miał na celu jednolitego stosowania na szczeblu unijnym wymienionych tam podstaw wykluczenia, ponieważ państwa członkowskie miały prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który mógł się zmieniać w zależności od sprawy, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego. W ramach tego państwa członkowskie miały prawo do złagodzenia lub do uelastycznienia kryteriów ustanowionych w tym przepisie.⁸¹ W konsekwencji Trybunał stwierdził, że art. 45 dyrektywy 2004/18/WE nie stał na przeszkodzie temu, by krajowe przepisy, takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, zobowiązywały instytucję zamawiającą do zbadania z zastosowaniem zasady proporcjonalności, czy faktycznie należy wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe.

Zarazem, odnosząc się do drugiej części pytania zadanego przez sąd krajowy, podobnie jak między innymi w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Pippo Pizzo*, Trybunał po raz kolejny zwrócił uwagę, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy zainteresowani danym zamówieniem wykonawcy mieli te same szanse przy redagowaniu ofert i mogli dokładnie zapoznać się z wymaganiami zamówienia oraz mieli pewność, że takie same wymagania obowiązują wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie. Podobnie obowiązek przejrzystości wymaga, 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 umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób.⁸²

Z powyższych względów w konkluzji Trybunał uznał, iż przepisy dyrektywy 2004/18/WE, w szczególności zaś przepisy jej art. 2 oraz pkt 17 załącznika VIIA do tej dyrektywy, w świetle zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, ze względu na to, że jego wykluczenie z postępowania byłoby nieproporcjonalne, mimo że zgodnie z warunkami zamówienia w tym postępowaniu wykonawca, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, miał zostać wykluczony bez brania pod uwagę proporcjonalności.

(„sumaryczną”) oceną, czy instytucja zamawiająca przy rozsądnej ocenie mogła dojść do rozstrzygnięcia, aby jednak nie wykluczać oferenta, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy?

⁸⁰ orzeczenie z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 *La Cascina Soc. coop. arl i Zilch Srl przeciwko Ministero della Difesa i innym* (C-226/04) i *Consorzio G. f. M. przeciwko Ministero della Difesa i La Cascina Soc. coop. arl* (C-228/04), ECLI:EU:C:2006:94, pkt 21

⁸¹ por. wyrok z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-358/12 *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici przeciwko Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2014:2063, pkt 36

⁸² zob. cyt. wyrok w sprawie *Pippo Pizzo*, pkt 36

**1.6.5. orzeczenie z dnia 20 grudnia 2017 r. w sprawie C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA i Guerrato SpA przeciwko Provincia autonoma di Bolzano i in.*,
ECLI:EU:C:2017:1000**

W lipcu 2013 r. autonomiczna prowincja Bolzano we Włoszech wszczęła w procedurze otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane o wartości szacunkowej przekraczającej 165 mln EUR, obejmujące sfinansowanie, opracowanie ostatecznego projektu i projektu wykonawczego nowego zakładu karnego w Bolzano, jego budowę i zarządzanie nim. W toku postępowania zamawiający zdecydował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu konsorcjum, w skład którego wchodziły Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, dalej: Mantovani, i Guerrato SpA. Swoją decyzję zamawiający uzasadniał tym, że B., działający jako prezes zarządu, dyrektor generalny oraz pełnomocnik spółki Mantovani, został oskarżony o wprowadzenie systemu fałszowania faktur, i dobrowolnie poddał się karze roku i dziesięciu miesięcy pozbawienia wolności; wyrok skazujący zapadł w grudniu 2013 r., a uprawomocnił się w marcu 2014 r. W tych okolicznościach Mantovani odwołała się od decyzji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, podnosząc, że w celu całkowitego i faktycznego odcięcia się przedsiębiorstwa od działań B. został on niezwłocznie odsunięty od wszystkich pełnionych w zarządzie grupy Mantovani stanowisk, organy zarządzające spółki zostały poddane reorganizacji, posiadane przez B. akcje zostały odkupione oraz wniesione zostało przeciwko niemu powództwo w celu ustalenia jego odpowiedzialności odszkodowawczej.

Tribunale amministrativo regionale (TAR) Sezione autonoma di Bolzano, regionalny sąd administracyjny, izba autonomiczna w Bolzano, orzekając w tej sprawie w pierwszej instancji, stwierdził, że wykluczenie było zgodne z prawem, i oddalił odwołanie spółki Mantovani. W ocenie TAR możliwe było poinformowanie o wyroku skazującym B. w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a wyłącznie wykonawca, który przedstawił oświadczenia zgodne z rzeczywistością bez wprowadzania w błąd instytucji zamawiającej, może powołać się na korzyść wynikającą z podjętych działań naprawczych, o którym mowa w art. 38 ust. 1 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 163/2006, takich jak działania podjęte przez spółkę Mantovani.

Powyższe rozstrzygnięcie sądu regionalnego w Bolzano zostało zaskarżone przez Mantovani do Consiglio di Stato, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego, który postanowił skierować do Trybunału Sprawiedliwości pytanie prejudycjalne dotyczące zgodności wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami prawa unijnego.⁸³

⁸³ Consiglio di Stato zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

Czy na przeszkodzie prawidłowemu stosowaniu art. 45 ust. 2 lit. c) i g) i art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy [2004/18/WE] oraz zasad prawa Unii: ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa, równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości, zakazu obciążenia postępowania i maksymalnego otwarcia rynku zamówień publicznych na konkurencję, a także zasady wyczerpującego i określonego charakteru sankcji, stoi uregulowanie krajowe takie jak art. 38 ust. 1 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 163/2006 [...], w zakresie, w jakim rozciąga ono zakres przewidzianego w nim obowiązku złożenia oświadczenia o niekaralności (w tym o braku wyroków wydanych na podstawie dobrowolnego poddania się karze) za wskazane w nim przestępstwa na podmioty zarządzające przedsiębiorstwami uczestniczącymi w postępowaniu przetargowym odwołane ze stanowiska w roku poprzedzającym ogłoszenie o przetargu i ustanawia podstawę wykluczenia z przetargu, jeżeli przedsiębiorstwo nie wykaże, że dokonało całkowitego i rzeczywistego odcięcia się od objętego sankcją karną działania takich podmiotów, przy czym ocenę, czy spełniony został wymóg zachowania świadczącego o odcięciu, uregulowanie to pozostawia swobodnemu uznaniu zamawiającego i pozwala mu wprowadzić, w wymiarze faktycznym, pod rygorem wykluczenia z przetargu:

- i. obowiązki informacyjne i deklaratywne dotyczące spraw karnych niezakończonych jeszcze ostatecznym wyrokiem (a zatem, z definicji, mające niepewny wynik), nieprzewidziane w ustawie nawet w odniesieniu do podmiotów na stanowiskach;

Podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Connexxion Taxi Services*, orzekając w tej sprawie, Trybunał przypomniał, że państwowym członkowskim przysługuje pewien margines uznania przy określaniu warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE. Przepis art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE nie miał na celu jednolitego stosowania na poziomie Unii wymienionych w nim podstaw wykluczenia, bowiem państwa członkowskie miały prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też do włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który mógł się zmieniać w zależności od przypadku, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego. W ramach tego marginesu uznania państwa członkowskie miały prawo do złagodzenia lub do uelastycznienia ustanowionych w tym przepisie podstaw wykluczenia.⁸⁴

W tym kontekście, w ślad za rzecznikiem generalnym, Trybunał zauważył, że prawo unijne oparte jest na założeniu, że osoby prawne działają poprzez osoby nimi zarządzające. W konsekwencji sprzeczne z etyką zawodową zachowanie tych osób może stanowić istotny czynnik w ocenie rzetelności przedsiębiorstwa. Jest zatem w pełni dopuszczalne, aby państwa członkowskie w wykonaniu przysługujących im kompetencji obejmujących określenie warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uznały sprzeczne z etyką zawodową działania ze strony członków zarządu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego za jeden z istotnych czynników do celów oceny jego rzetelności.⁸⁵ W ocenie Trybunału to, że okoliczności faktyczne stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy są wynikiem zachowania członka zarządu, który w dniu zgłoszenia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie pełnił już funkcji, również nie stoi na przeszkodzie stosowaniu tej podstawy wykluczenia. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób oczywisty uzasadnione jest bowiem bezprawnym działaniem wykonawcy poprzedzającym to postępowanie.

Odnosząc się do zasady równego traktowania, Trybunał zaznaczył, że sytuacja ubiegającego się o udzielenie zamówienia przedsiębiorstwa, którego członek zarządu został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z działalnością zawodową lub poważne wykroczenie zawodowe, nie może być uznana za sytuację porównywalną z sytuacją przedsiębiorstwa, którego członek zarządu nie dopuścił się takich czynów.

Odnosnie do zasady proporcjonalności Trybunał uznał, że uwzględnienie zawinionego zachowania, które miało miejsce w roku poprzedzającym opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu, nie wydaje się nieproporcjonalne, tym bardziej że przepisy będące przedmiotem postępowania głównego przewidywały możliwość podjęcia przez wykonawcę działań naprawczych i wykazanie, że faktycznie i całkowicie odciął się od przestępczych działań członka swojego zarządu.

W konsekwencji, w ocenie Trybunału, dyrektywę 2004/18WE, w szczególności art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), d) i g) tej dyrektywy, a także zasady równego traktowania i proporcjonalności

-
- ii. obowiązki w zakresie samorzutnego odcięcia się, nieokreślone co do natury zachowań stanowiących przesłankę uniewinnienia, względnego czasu odniesienia (również przedwczesnego w stosunku do momentu uprawomocnienia się wyroku karnego) i co do etapu postępowania, na którym powinny zostać spełnione;
 - iii. obowiązki w zakresie lojalnej współpracy w nieokreślonym kształcie, z wyjątkiem ogólnej klauzuli dobrej wiary?

⁸⁴ por. cyt. wyrok w sprawie *Connexxion Taxi Services*, pkt 29

⁸⁵ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 21 czerwca 2017 r. w sprawie C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA i Guerrato SpA przeciwko Provincia autonoma di Bolzano i in.*, ECLI:EU:C:2017:487, pkt 54 i 58

należało interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych umożliwiających instytucji zamawiającej:

- uwzględnienie, na warunkach przez nią przewidzianych, skazującego, nawet jeszcze nieprawomocnego, wyroku karnego wydanego wobec członka zarządu przedsiębiorstwa uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za przestępstwo związane z działalnością gospodarczą tego przedsiębiorstwa, nawet w sytuacji gdy zaprzestał on pełnienia funkcji w roku poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu publicznym; oraz
- wykluczenie przedsiębiorstwa z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że poprzez brak poinformowania o tym – nawet jeszcze nieprawomocnym – wyroku skazującym nie odcięło się ono całkowicie i faktycznie od działań skazanego członka zarządu.

Kryteria kwalifikacji

1.6.6. orzeczenie z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovázig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarország Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe) przeciwko Közbesszerések Tanácsa Közbesszerési Döntőbizottság, ECLI:EU:C:2012:643

W 2006 r. Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság, dyrekcja ds. ochrony środowiska i zasobów wodnych Północnego Kraju Zadunajskiego, dalej: Édukovázig, prowadziła w procedurze ograniczonej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót z zakresu infrastruktury transportowej o wartości szacunkowej pomiędzy 7,2 a 7,5 mld HUF, tj. w przybliżeniu pomiędzy 23,3 mln a 24,9 mln EUR. Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia zamawiający wymagał – w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców – przedstawienia jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z przepisami rachunkowymi oraz ustanowił minimalne kryterium, zgodnie z którym wynik podany w bilansie nie mógł być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych. Jeden z wykonawców zainteresowanych tym zamówieniem, spółka Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe, obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe, węgierski oddział Hochtief Solutions AG, spółki prawa niemieckiego, zakwestionował powyższy warunek, argumentując, że ma on charakter dyskryminujący i jest niezgodny z przepisami prawa węgierskiego transponującymi dyrektywę 2004/18/WE. Zastrzeżenia węgierskiego oddziału niemieckiej spółki Hochtief wynikały z tego, że zarówno niemieckie, jak i węgierskie przepisy dotyczące rocznych sprawozdań finansowych spółek stanowią, iż pozycja bilansu dotycząca wyniku zysków i strat musi wykazywać wypłaty dywidendy, z tą różnicą, że przepisy węgierskie zezwalają na taką wypłatę wyłącznie w zakresie, w jakim nie powoduje ona, że dana pozycja bilansu stanie się ujemna, podczas gdy niemieckie przepisy nie przewidują tego rodzaju ograniczenia, przynajmniej w odniesieniu do przekazywania zysków ze spółki zależnej do spółki dominującej.

Fővárosi Ítéltábla, budapestzteński sąd apelacyjny, przed który trafiła ta sprawa, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z trzema pytaniami

prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności spornego warunku udziału w postępowaniu z dyrektywą 2004/18/WE.⁸⁶

Odpowiadając na przedłożone pytania, Trybunał w pierwszym rzędzie zauważył, że mocą art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18/WE instytucji zamawiającej może określać minimalne wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców zgodnie z art. 47 tej dyrektywy. Zarazem przepis art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE stanowił, że instytucja zamawiająca może w szczególności żądać od wykonawców przedstawienia bilansu. Z kolei przepis art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE – inaczej niż przepis art. 48 zawierający w odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych zamknięty katalog dopuszczalnych środków dowodowych⁸⁷ – wprost zezwalał instytucji zamawiającej na dobieranie dokumentów, które wykonawcy mają przedstawić w celu potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jednocześnie na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18/WE minimalny warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej musiał być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Trybunału dany dokument może być zgodnie z prawem wymagany przez instytucję zamawiającą, nawet jeżeli obiektywnie nie każdy potencjalny wykonawca jest w stanie go przedstawić, choćby – jak w przypadku bilansu, o którym mowa w art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE – ze względu na różnice w przepisach prawa krajowego różnych państw członkowskich. Tym samym nie można uznać, że tego rodzaju warunek jako taki stanowi przejaw dyskryminującego traktowania wykonawców.

W konsekwencji na pytania pierwsze i drugie Trybunał odpowiedział, iż art. 44 ust. 2 i art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma prawo ustanawiać minimalne wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu, pod warunkiem że są one obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że obiektywnie stanowi on pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykracza poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne. Trybunał dodał, że zasadniczo nie można odmówić możliwości nakładania minimalnych wymagań

⁸⁶ Fővárosi Ítéltábla zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy przepis stanowiący, że określonych minimalnych zdolności, o których mowa w art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE [...], żąda się zgodnie z art. 47 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, można interpretować w ten sposób, że instytucje zamawiające mają prawo powiązać minimum zdolności z pojedynczym wskaźnikiem z dokumentu rachunkowego (bilansu) wybranym przez nie do celów weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej?
2. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie sąd pragnie się również dowiedzieć, czy wymóg spójności, o którym mowa w przywołanym art. 44 ust. 2 [wskazanej] dyrektywy, spełnia informacja (wynik finansowy za rok obrotowy) wybrana do celów oceny minimalnych zdolności, mająca różną treść w zależności od przepisów rachunkowych poszczególnych państw członkowskich.
3. Czy do skorygowania różnic, które występują bezsprzecznie między państwami członkowskimi, wystarczy, by instytucja zamawiająca, oprócz żądania wybranych dokumentów do celów poświadczenia zdolności ekonomicznej i finansowej, zagwarantowała możliwość posłużenia się danymi zewnętrznymi (art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE)], czy też, w celu spełnienia wymogu spójności w odniesieniu do wszystkich dokumentów wskazanych przez zamawiającą, ten ostatni powinien zagwarantować, że wspomnianą zdolność można poświadczyć w inny sposób (art. 47 ust. 5 [wspomnianej dyrektywy])?

⁸⁷ por. wydany na gruncie analogicznych przepisów dyrektywy 71/305/EWG wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 *SA Transporoute et travaux przeciwko Ministère des travaux publics*, ECLI:EU:C:1982:49, pkt 8-10 i 15; zob. także opinia rzecznika generalnego Reischla przedstawiona w dniu 13 stycznia 1982 r. w tej sprawie, ECLI:EU:C:1982:2

dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że ich spełnienie należy poświadczyć, posługując się przy tym elementem bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności między uregulowaniami różnych państw członkowskich.

W odpowiedzi na trzecie pytanie węgierskiego sądu Trybunał stwierdził, iż art. 47 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wynik podany w bilansie nie może być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych, ze względu na porozumienie, zgodnie z którym wykonawca ten regularnie przekazuje swoje zyski do spółki dominującej, to aby spełnić omawiany minimalny wymóg dotyczący zdolności, nie ma on innej możliwości, niż powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2 tej dyrektywy. W ocenie Trybunału nie ma przy tym znaczenia, że ustawodawstwa państwa członkowskiego siedziby tego wykonawcy i państwa członkowskiego siedziby instytucji zamawiającej różnią się w ten sposób, iż ustawodawstwo pierwszego z tych państw członkowskich zezwala bez ograniczeń na porozumienia takiego rodzaju, podczas gdy zgodnie z ustawodawstwem drugiego państwa członkowskiego są one dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że przekazanie zysku nie spowoduje ujemnego wyniku w bilansie.

1.6.7. orzeczenie z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie C-234/14 „Ostas celtnieks” SIA przeciwko Talsu novada pašvaldība i Iepirkumu uzraudzības birojs, ECLI:EU:C:2016:6

Talsu novada pašvaldība, organ administracji lokalnej departamentu Talsi, prowadził w 2011 r. postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane dotyczącego poprawy infrastruktury drogowej w celu ułatwienia dojazdu do miasta Talsi. Spór dotyczył nałożonego przez zamawiającego na wykonawców obowiązku zawarcia umowy o partnerstwie lub utworzenia spółki jawnej z podmiotem, na którego zdolnościach polega w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego było to konieczne dla ograniczenia ryzyka niewykonania zamówienia.

Augstākās tiesas, łotewski sąd najwyższy, przed który trafiła ta sprawa, zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie ze skargi kasacyjnej i zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy przepisy dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że w celu ograniczenia ryzyka niewykonania zamówienia pozwalają one na ustanowienie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania, by w przypadku gdy zamówienie zostanie przyznane wykonawcy, który polega na zdolnościach innych podmiotów, ten wykonawca był zobowiązany do zawarcia z tymi podmiotami umowy o partnerstwie – regulującej zagadnienia wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – lub utworzenia z nimi spółki jawnej przed udzieleniem tego zamówienia. Inaczej mówiąc, sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy ograniczenie możliwości powoływania się przez wykonawcę na zdolność innych podmiotów do przypadków zawarcia z nimi umowy o partnerstwie lub zawiązania spółki jest zgodne z przepisami unijnymi w dziedzinie zamówień publicznych.⁸⁸

⁸⁸ Augstākās tiesas zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:

Czy przepisy dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż w celu ograniczenia ryzyka niewykonania zamówienia pozwalają one na wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu, że w przypadku gdy zamówienie zostanie przyznane oferentowi, który polega na zdolnościach innych przedsiębiorców, ów oferent jest zobowiązany do zawarcia z tymi przedsiębiorcami umowy o partnerstwie (zawierającej kwestie wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) lub utworzenia z nimi spółki jawnej przed udzieleniem wspomnianego zamówienia?

Odpowiadając na przedstawione pytanie prejudycjalne, podobnie jak w omówionym w tomie I w punkcie 2.7.1 wyroku w sprawie C-94/12 *Swm Costruzioni*,⁸⁹ Trybunał w pierwszej kolejności podkreślił, że przepisy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE przyznawały każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile wykaże instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi do wykonania zamówienia zasobami tych podmiotów. Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, założonym w unijnych dyrektywach w tej dziedzinie 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 motywem 32 preambuły było również założeniem dyrektywy 2004/18/WE.⁹⁰

Podobnie jak we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *Holst Italia*, Trybunał zaznaczył, że o ile zadaniem zamawiającego jest przeprowadzenie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia – celem uzyskania pewności, że wykonawca będzie rzeczywiście mógł dysponować niezbędnymi dla prawidłowej realizacji zamówienia zasobami i zdolnościami podmiotów trzecich, na których polega – o tyle w ramach tej weryfikacji przepisy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE nie pozwalają ani na domniemanie, że taki wykonawca dysponuje albo nie dysponuje zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, ani tym bardziej na wykluczenie *a priori* pewnych środków dowodowych.⁹¹ Oznacza to, że wykonawca ma swobodę wyboru co do:

- charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach zamierza polegać w celu wykonania zamówienia,

i

- środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań.

W ślad za rzecznikiem generalnym Watheletem, Trybunał zauważył, że jedynie wyjątkowo przedstawienie zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia stanowi akceptowalny dowód, że wykonawca rzeczywiście dysponuje tymi zasobami. W związku z tym przepisy te nie wykluczają w żaden sposób tego, aby wykonawca inaczej wykazał istnienie powiązań łączących go z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu prawidłowego wykonania zamówienia.⁹²

W konsekwencji Trybunał uznał, iż art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE sprzeciwiają się temu, aby instytucja zamawiająca mogła w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nałożyć na wykonawcę, który polega na zdolnościach innych podmiotów, obowiązek zawarcia z tymi podmiotami umowy o partnerstwie lub utworzenia z nimi spółki jawnej przed udzieleniem zamówienia.

⁸⁹ wyrok z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12 *Swm Costruzioni 2 SpA i Mannocchi Luigino DI przeciwko Provincia di Fermo*, ECLI:EU:C:2013:646, pkt 29 i 33

⁹⁰ zob. motyw 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE

⁹¹ por. 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 28-30; zob. także opinia rzecznika generalnego Philippe Légera przedstawiona w dniu 23 września 1999 r. w tej sprawie, ECLI:EU:C:1999:447

⁹² zob. opinia rzecznika generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w dniu 4 czerwca 2015 r. w sprawie C-234/14 „*Ostas celtnieks*” SIA przeciwko Talsu novada pašvaldība i Iepirkumu uzraudzības birojs, ECLI:EU:C:2015:365, pkt 43

1.6.8. orzeczenie z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie C-46/15 *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal*, ECLI:EU:C:2016:530

W sprawie, której dotyczył wniosek Tribunal Central Administrativo Sul, centralnego sądu administracyjnego dla południowego regionu Portugalii, portugalski zamawiający, Associação de Industriais do Concelho de Pomba, dalej: AICP, prowadził w procedurze ograniczonej postępowanie o udzielenie zamówienia na wdrożenie systemów zarządzania środowiskiem, jakością i platformą technologiczną. Jednym z dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia było oświadczenie podmiotu, na rzecz którego realizowano wcześniejsze umowy, przedłożone na opieczętowanym papierze firmowym z podpisem poświadczonym urzędowo. Jeden z wykonawców ubiegających się o to zamówienie, Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica Lda. (Ambisig), przedłożył oświadczenia, które nie były opatrzone podpisem poświadczonym urzędowo, oraz faktury. Zamawiający (AICP) uznał, że Ambisig nie wykazał spełniania warunku w zakresie wymaganego doświadczenia i nie dopuścił go do udziału w tym postępowaniu. Ambisig odwołał się od decyzji zamawiającego, podnosząc niezgodność spornego warunku udziału w postępowaniu z unijnymi regulacjami w dziedzinie zamówień publicznych.

Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, sąd ds. administracyjnych i podatkowych w Leirii, orzekając w tej sprawie w pierwszej instancji, oddalił odwołanie Ambisig. Od tego rozstrzygnięcia Ambisig odwołał się do Tribunal Central Administrativo Sul, który zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z trzema pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi ewentualnego skutku bezpośredniego przepisów dyrektywy 2004/18/WE oraz wykładni art. 48 ust. 2 lit. a) pkt ii) dyrektywy 2004/18/WE regulującego środki dowodowe na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w zakresie wymaganego doświadczenia.⁹³

Odnosząc się do kwestii skutku bezpośredniego dyrektywy 2004/18/WE, Trybunał przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, jeśli państwo nie dokonało przeniesienia przepisów dyrektywy na grunt prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub jeśli dokonało niewłaściwej transpozycji, jednostki mogą powoływać się przed sądami krajowymi przeciwko temu państwu wyłącznie na te przepisy dyrektywy, które z punktu widzenia swej treści są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne (**zasada skutku bezpośredniego**).⁹⁴ W zgodzie ze sta-

⁹³ Tribunal Central Administrativo Sul przedłożył Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy wobec braku uregulowania przez prawo portugalskie dziedziny objętej zakresem art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE przepis ten znajduje bezpośrednie zastosowanie w portugalskim porządku prawnym w ten sposób, iż przyznaje jednostkom prawo, które mogą one podnieść przeciwko instytucjom zamawiającym?
2. Czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie świadczenia usług za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż jest niemożliwe lub bardzo utrudnione uzyskanie oświadczenia od prywatnego nabywcy?
3. Czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia wymagają, aby oświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ?

⁹⁴ zob. wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r. w sprawie 8/81 *Ursula Becker przeciwko Finanzamt Münster-Innenstadt*, ECLI:EU:C:1982:7, pkt 25; wyrok z dnia 19 listopada 1991 r. w sprawach połączonych C-6/90 i C-9/90 *Andrea Francovich i Danila Bonifazi i inni przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1991:428, pkt 11; wyrok z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-62/00 *Marks & Spencer plc przeciwko Commissioners of Customs & Excise*, ECLI:EU:C:2002:435,

nowiskiem, jakie w tej sprawie zajął rzecznik generalny Wathelet, Trybunał stwierdził, że przepis art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE spełnia te kryteria, gdyż ustanawia zobowiązanie nieobwarowane żadnymi dodatkowymi warunkami oraz nieuzależnione od wydania przez instytucje unijne czy państwa członkowskie jakiegokolwiek aktu oraz w jasny i wyczerpujący sposób określa dokumenty, jakich można żądać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania przez nich warunków udziału dotyczących zdolności technicznych.⁹⁵

Zarazem Trybunał wyjaśnił, że jednostka może powołać się bezpośrednio na przepis art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE wobec dowolnego podmiotu kwalifikującego się jako „instytucja zamawiająca” w rozumieniu dyrektywy. O ile bowiem dyrektywa nie może sama z siebie nakładać obowiązków na jednostkę, wobec czego nie można powoływać się na nią wobec jednostki,⁹⁶ o tyle gdy jednostki mogą powoływać się na taką dyrektywę względem nie jednostki, ale państwa, mogą to czynić niezależnie od charakteru, w jakim to państwo występuje. Należy bowiem unikać sytuacji, w której państwo mogłoby odnieść korzyść z naruszenia przez siebie prawa unijnego.⁹⁷ Tym samym podmiotem, przeciwko któremu dopuszczalne jest powołanie się na dyrektywę, która może być bezpośrednio skuteczna, jest nie tylko organ publiczny, lecz również jednostka, której – niezależnie od jej formy prawnej – na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono wykonywanie usług użyteczności publicznej i która w tym celu dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.⁹⁸

W przypadku gdyby się okazało, że zamawiający nie jest podmiotem, wobec którego jednostka mogłaby się powołać bezpośrednio na przepisy dyrektywy, sąd krajowy powinien dokonać

pkt 25; wyrok z dnia 5 października 2004 r. w sprawach połączonych od C-397/01 do C-403/01 *Bernhard Pfeiffer* (C-397/01), *Wilhelm Roith* (C-398/01), *Albert Süß* (C-399/01), *Michael Winter* (C-400/01), *Klaus Nestvogel* (C-401/01), *Roswitha Zeller* (C-402/01) i *Matthias Döbele* (C-403/01) przeciwko *Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ECLI:EU:C:2004:584, pkt 103; wyrok z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10 *Maribel Dominguez* przeciwko *Centre informatique du Centre Ouest Atlantique i Préfet de la région Centre*, ECLI:EU:C:2012:33, pkt 33; wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie C-425/12 *Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA* przeciwko *Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território*, ECLI:EU:C:2013:829, pkt 18; wyrok z dnia 14 stycznia 2014 r. w sprawie C-176/12 *Association de médiation sociale* przeciwko *Union locale des syndicats CGT i in.*, ECLI:EU:C:2014:2, pkt 31; wyrok z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie C-337/13 *Almos Agrárkölveskedelmi Kft* przeciwko *Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-magyarországi Regionális Adó Főigazgatósága*, ECLI:EU:C:2014:328, pkt 31

⁹⁵ zob. opinia rzecznika generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w dniu 3 marca 2016 r. w sprawie C-46/15 *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA* przeciwko *AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal*, ECLI:EU:C:2016:137, pkt 25

⁹⁶ zob. wyrok z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-91/92 *Paola Faccini Dori* przeciwko *Recreb Srl*, ECLI:EU:C:1994:292, pkt 20; wyrok z dnia 7 marca 1996 r. w sprawie C-192/94 *El Corte Inglés SA* przeciwko *Cristina Blázquez Rivero*, ECLI:EU:C:1996:88, pkt 15; cyt. wyrok w sprawach połączonych *Pfeiffer i in.*, pkt 108; wyrok z dnia 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07 *Seda Küçükdeveci* przeciwko *Swedex GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2010:21, pkt 46; cyt. wyrok w sprawie *Dominguez*, pkt 37; wyrok z dnia 15 stycznia 2015 r. w sprawie C-30/14 *Ryanair Ltd* przeciwko *PR Aviation BV*, ECLI:EU:C:2015:10, pkt 30

⁹⁷ zob. wyrok z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/84 *M.H. Marshall* przeciwko *Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, ECLI:EU:C:1986:84, pkt 49; wyrok z dnia 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 *A. Foster i in.* przeciwko *British Gas plc*, ECLI:EU:C:1990:313, pkt 17; wyrok z dnia 14 września 2000 r. w sprawie C-343/98 *Renato Collino i Luisella Chiappero* przeciwko *Telecom Italia SpA*, ECLI:EU:C:2000:441, pkt 22; cyt. wyrok w sprawie *Dominguez*, pkt 38; cyt. wyrok w sprawie *Portgás*, pkt 23

⁹⁸ por. cyt. wyrok w sprawie *Foster i in.*, pkt 20; cyt. wyrok w sprawie *Collino i Chiappero*, pkt 23; wyrok z dnia 5 lutego 2004 r. w sprawie C-157/02 *Rieser Internationale Transporte GmbH* przeciwko *Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (Asfinag)*, ECLI:EU:C:2004:76, pkt 24; wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-356/05 *Elaine Farrell* przeciwko *Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General i Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)*, ECLI:EU:C:2007:229, pkt 40; cyt. wyrok w sprawie *Dominguez*, pkt 39; cyt. wyrok w sprawie *Portgás*, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo

wykładni przepisów prawa krajowego tak dalece, jak to tylko możliwe, w świetle brzmienia i celów dyrektywy 2004/18/WE, by osiągnąć rezultat zamierzony w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy, pamiętając zarazem, że spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest jednak ograniczony przez ogólne zasady prawa i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem* (**zasada skutku pośredniego przepisów prawa unijnego**, zwana także **zasadą prounijnej wykładni prawa krajowego**).⁹⁹

W ostateczności, gdyby taka wykładnia prawa krajowego zgodnie z brzmieniem i celem dyrektywy była niemożliwa, strona poszkodowana z tytułu braku zgodności tego prawa z prawem unijnym mogłaby ewentualnie żądać naprawienia poniesionej z tego powodu szkody (**zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich**).¹⁰⁰

W konsekwencji w odpowiedzi na pierwsze pytanie portugalskiego sądu Trybunał stwierdził, że przepis art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE spełnia przesłanki do tego, by nadawać jednostkom, w braku transpozycji do prawa krajowego, prawa, na które mogą się one powołać przed sądami krajowymi wobec instytucji zamawiającej, o ile ta instytucja zamawiająca jest organem publicznym lub na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono jej wykonywanie usług użyteczności publicznej i o ile w tym celu dysponuje ona uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.

W odniesieniu do drugiego pytania portugalskiego sądu odsyłającego, Trybunał przede wszystkim zwrócił uwagę, że przepis art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) dyrektywy 2004/18/WE stanowi, iż dowód zdolności technicznych wykonawcy może stanowić wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu trzech lat poprzedzających publikację ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku gdy odbiorcą tych dostaw lub usług był nabywca prywatny, tiret drugie tego przepisu stanowiło, że dowód ich realizacji może zostać przedstawiony w dwojaki sposób: albo w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy. Trybunał zauważył, że przepis art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE był zredagowany w taki sposób, że zgodnie ze zwykłym znaczeniem w języku potocznym użytych w nim słów nie pozostawiał żadnych dających się rozsądnie uzasadnić wątpliwości. Jednocześnie, zważywszy na zamknięty charakter katalogu środków dowodowych na potrzeby oceny i weryfikacji zdolności technicznych wykonawcy, o czym był mowa również w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Hochtief*, instytucje zamawiające nie mogą zarówno wprowadzać nowych środków dowodowych w tym zakresie, jak i nie mogą one ograniczać zakresu przewidzianych już środków dowodowych.¹⁰¹ W świetle powyższego, w ślad za rzecznikiem generalnym, Trybunał stwierdził, że pozwolenie wykonawcy na przedstawienie własnego oświadczenia jedynie w sytuacji, gdyby wykazał, iż absolutnie nie miał możliwości uzyskania zaświadczenia od prywatnego nabywcy, byłoby nieproporcjonalne,

⁹⁹ cyt. wyrok w sprawach połączonych *Pfeiffer i in.*, pkt 114; wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 *Impact przeciwko Minister for Agriculture and Food i innym*, ECLI:EU:C:2008:223, pkt 100; wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych od C-378/07 do C-380/07 *Kiriaki Angelidaki i inni przeciwko Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis* (C-378/07), *Charikleia Giannoudi przeciwko Dimos Geropotamou* (C-379/07) i *Georgios Karabousanos i Sofoklis Michopoulos przeciwko Dimos Geropotamou* (C-380/07), ECLI:EU:C:2009:250, pkt 197-199; cyt. wyrok w sprawie *Kücükdeveci*, pkt 48; cyt. wyrok w sprawie *Dominguez*, pkt 24 i nast.; wyrok z dnia 19 kwietnia 2016 r. w sprawie C-441/14 *Dansk Industri (DI) przeciwko Succession Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278, pkt 31 i nast.

¹⁰⁰ zob. przede wszystkim cyt. wyrok w sprawie *Francovich i Bonifaci*; zob. także wyrok z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie C-316/13 *Gérard Fenoll przeciwko Centre d'aide par le travail „La Jouvene” i Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon*, ECLI:EU:C:2015:200, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo

¹⁰¹ por. cyt. wyrok w sprawie C-218/11 *Hochtief*, pkt 28

nakładając na wykonawcę ciężar zbyt duży w stosunku do tego, co jest niezbędne dla zapewnienia przestrzegania zasad przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania i niezakłóconej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych. Wystarczająca powinna być w tym zakresie przeszkoda w uzyskaniu takiego zaświadczenia w postaci zwyczajnej, niczym nieuzasadnionej odmowy nabywcy lub żądania przez niego finansowej gratyfikacji za wydanie takiego zaświadczenia.¹⁰²

W rezultacie Trybunał uznał, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE nie sprzeciwia się stosowaniu reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą, takich jak reguły będące przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, które nie pozwalały wykonawcy na wykazanie swoich zdolności technicznych za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że przedstawił on dowód na to, że uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy było niemożliwe lub bardzo utrudnione.

Odnosnie do trzeciego z pytań przedstawionych przez sąd krajowy, Trybunał w pierwszym rzędzie zauważył, że w portugalskiej wersji językowej wyrażenie „zaświadczenie wystawione przez nabywcę”, zawarte w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE, brzmi „*declaração reconhecida do adquirente*” („poświadczone oświadczenie nabywcy”), co może sugerować, że dla ważności takiego zaświadczenia niezbędne jest urzędowe poświadczenie złożonego na nim podpisu. Natomiast w większości innych wersji językowych przepis ten jest sformułowany w inny sposób, zdający się prowadzić do wniosku, iż dozwolone jest, by wykonawca dowiódł swoich zdolności technicznych za pomocą dokumentu sporządzonego bez zachowania żadnej szczególnej formy. Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału sformułowania użytego w jednej z wersji językowych przepisu prawa unijnego nie można traktować jako jedynej podstawy jego wykładni, ani przyznawać mu pierwszeństwa przed innymi wersjami językowymi. Przepisy prawa unijnego należy bowiem interpretować i stosować w sposób jednolity w świetle wersji sporządzonych we wszystkich językach urzędowych. W razie rozbieżności pomiędzy różnymi wersjami przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu regulacji, której częścią stanowi ten przepis.¹⁰³

W ocenie Trybunału ogólny kontekst systemowy i cel dyrektywy 2004/18/WE prowadziły do przyjęcia, że zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę, podobnie jak „poświadczone oświadczenie”, o którym mowa w portugalskiej wersji językowej art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie tej dyrektywy, oznacza jedynie zaświadczenie sporządzone przez prywatnego nabywcę, zaś instytucjom zamawiającym nie przysługuje uprawnienie do ustanowienia żadnych innych wymagań formalnych, takich jak wymóg urzędowego poświadczenia podpisu tego nabywcy przez jakikolwiek właściwy organ. Konkludując, na trzecie pytanie Trybunał odpowiedział, iż art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE sprzeciwiał się określaniu przez instytucję zamawiającą wymagań, takich jak wymóg opatrzenia zaświadczenia wystawionego przez prywatnego nabywcę podpisem poświadczonym przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

¹⁰² zob. cyt. opinia rzecznika generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w tej sprawie, pkt 50

¹⁰³ por. wyrok z dnia 27 marca 1990 r. w sprawie C-372/88 *Milk Marketing Board of England and Wales przeciwko Cricket St. Thomas Estate*, ECLI:EU:C:1990:140, pkt 18 i nast.; wyrok z dnia 12 listopada 1998 r. w sprawie C-149/97 *The Institute of the Motor Industry przeciwko Commissioners of Customs and Excise*, ECLI:EU:C:1998:536, pkt 16; omówiony w tomie I w punkcie 2.2.3 wyrok z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 *Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2010:168, pkt 38; wyrok z dnia 3 marca 2011 r. w sprawie C-41/09 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, ECLI:EU:C:2011:108, pkt 44; wyrok z dnia 15 listopada 2012 r. w sprawie C-558/11 *SIA Kurcums Metal przeciwko Valsts iepēmumu dienests*, ECLI:EU:C:2012:721, pkt 48; wyrok z dnia 15 października 2015 r. w sprawie C-168/14 *Grupo Itevelesa SL i in. przeciwko Oca Inspección Técnica de Vehículos SA i Generalidad de Cataluña*, ECLI:EU:C:2015:685, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo

1.6.9. orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 UAB „Borta” przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija, ECLI:EU:C:2017:266

W sprawie, której dotyczył wniosek Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, litewskiego sądu najwyższego, zarząd portu morskiego w Kłajpedzie, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie przebudowy dwóch kei. Zgodnie z przepisami litewskiego prawa zamówień publicznych zamawiający wskazał część zamówienia, która miała być zrealizowana przez głównego wykonawcę i nie mogła być zlecona podwykonawcom. Dodatkowo, w wyniku doprecyzowania zapisów specyfikacji, zamawiający wymagał, by każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności ekonomicznej i finansowej proporcjonalnie do części zamówienia, którą będzie faktycznie realizował. Jeden z wykonawców, „Borta” UAB, zaskarżył te postanowienia specyfikacji. Po oddaleniu odwołania w pierwszej i drugiej instancji wykonawca wniósł kasację do sądu najwyższego, który zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności takich wymagań na gruncie prawa unijnego.¹⁰⁴

Jako że wartość tego zamówienia nie przekraczała progu stosowania dyrektywy 2004/17/WE, Trybunał, uznawszy podobnie jak rzecznik generalna Sharpston w swojej opinii w tej sprawie, że stanowi ono przedmiot niewątpliwego zainteresowania o charakterze transgranicznym – w szczególności z uwagi na relatywnie wysoką wartość szacunkową – dokonał oceny spornych warunków zamówienia w świetle podstawowych zasad traktatów.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Lietuvos Aukščiausiasis Teismas zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy art. 37, 38, 53 i 54 dyrektywy 2004/17/WE należy interpretować, łącznie lub osobno (ale bez ograniczenia się do tych przepisów), w ten sposób, że:
 - a. stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym w przypadku gdy podwykonawcom zostało zlecone wykonanie zamówienia na roboty budowlane, wskazana przez instytucję zamawiającą główna część prac powinna być zrealizowana przez wybranego oferenta?;
 - b. stoją one na przeszkodzie określonym w dokumentacji przetargowej zasadom, takim jak te określone przez instytucję zamawiającą w zaskarżonej [specyfikacji istotnych warunków zamówienia], dotyczącym łączenia zdolności zawodowych dostawców, które to zasady wymagają, aby część zdolności zawodowych danego podmiotu gospodarczego (partnera działającego na podstawie umowy konsorcjum) odpowiadała części określonych robót, które zostaną przez niego rzeczywiście wykonane zgodnie z zamówieniem publicznym?
2. Czy art. 10, 46 i 47 dyrektywy 2004/17/WE należy interpretować, łącznie lub osobno (ale bez ograniczenia się do tych przepisów), w ten sposób, że:
 - a. zasada równego traktowania oferentów i zasada przejrzystości nie są naruszone, w wypadku gdy instytucja zamawiająca:
 - uprzednio przewiduje w dokumentacji przetargowej ogólną możliwość łączenia zdolności zawodowych dostawców, lecz nie określa zasad korzystania z tej możliwości;
 - następnie, w trakcie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, określa ona szczegółowe wymogi w zakresie oceny kwalifikacji dostawców poprzez ustanowienie pewnych ograniczeń dotyczących łączenia zdolności zawodowych dostawców;
 - ze względu na owo bardziej szczegółowe określenie treści wymogów kwalifikacji przedłuża termin składania ofert i ogłasza to przedłużenie w Dzienniku Urzędowym?;
 - b. ograniczenie dotyczące łączenia zdolności dostawców nie musi być wyraźnie i uprzednio wskazane, jeżeli specyficzny charakter prowadzonej przez instytucję zamawiającą działalności i szczególne cechy zamówienia publicznego sprawiają, że takie ograniczenie jest przewidywalne i uzasadnione?

¹⁰⁵ zob. opinia rzecznik generalnej Eleanor Sharpston przedstawiona w dniu 1 grudnia 2016 r. w sprawie C-298/15 UAB „Borta” przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija, ECLI:EU:C:2016:921, pkt 37

Odnosząc się do pytania pierwszego lit. a), Trybunał zauważył, że przepis prawa krajowego, taki jak przepis art. 24 ust. 5 litewskiej ustawy o zamówieniach publicznych, zgodnie z którym główna część zamówienia wskazana przez instytucję zamawiającą powinna być zrealizowana przez zwycięskiego wykonawcę, może uniemożliwiać, utrudniać lub czynić mniej atrakcyjnym udział wykonawców z innych państw członkowskich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w wykonaniu tego zamówienia, a zatem stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Zarazem Trybunał uznał, że sporny przepis wykracza poza to, co konieczne dla zapewnienia prawidłowego wykonania robót, ponieważ:

- zakazuje w sposób ogólny korzystania z podwykonawstwa w odniesieniu do robót uznanych przez podmiot zamawiający za główne,

niezależnie od:

- sektora gospodarki, którego dotyczy dane zamówienie,
- charakteru robót

oraz

- kwalifikacji podwykonawców,

oraz

- nie pozostawia miejsca na indywidualną ocenę każdego konkretnego przypadku.

W świetle powyższego na pytanie pierwsze lit. a) Trybunał odpowiedział, że w odniesieniu do zamówienia publicznego, które nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17/WE, lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, art. 49 i 56 TfUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak art. 24 ust. 5 litewskiej ustawy o zamówieniach publicznych, który przewiduje, że w przypadku korzystania z podwykonawców w celu wykonania zamówienia na roboty budowlane zwycięski wykonawca jest zobowiązany do wykonania we własnym zakresie głównych prac, określonych jako takie przez podmiot zamawiający.

Z kolei w odniesieniu do drugiego pytania przedłożonego przez litewski sąd Trybunał przede wszystkim przypominał, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji i obowiązek przejrzystości wymagają, by przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia publicznego były jasno określone już z chwilą wszczęcia procedury udzielania tego zamówienia oraz by warunki i zasady postępowania w sprawie udzielania zamówienia były 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 wykonawcom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi podmiotowi zamawiającemu faktyczne sprawdzenie, czy złożone oferty odpowiadają kryteriom obowiązującym w ramach danego zamówienia.¹⁰⁶ Obowiązek przejrzystości oznacza także, iż przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia muszą zostać w odpowiedni sposób ogłoszone.

Jednocześnie podmiot zamawiający nie może, co do zasady, zmieniać w toku postępowania o udzielenie zamówienia zasadniczych warunków zamówienia, do których należą specyfikacje techniczne i kryteria udzielenia zamówienia, na których zainteresowani wykonawcy opierali się, podejmując decyzję o złożeniu oferty lub, przeciwnie, o rezygnacji z udziału w postępowaniu

¹⁰⁶ zob. omówiony w tomie I w punkcie 2.9.1 wyrok z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, ECLI:EU:C:2012:284, pkt 56, 88 i 109; cyt. wyrok w sprawie *Cartiera dell'Adda*, pkt 44; omówiony w tomie I w punkcie 2.9.3 wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-6/15 *TNS Dimarso NV przeciwko Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2016:555, pkt 23

o udzielenie tego zamówienia.¹⁰⁷ Nie oznacza to jednak, że każda zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu jest z zasady i w każdych okolicznościach zakazana. Zamawiający powinien być upoważniony do dokonania pewnych zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pod warunkiem że przestrzega zasad niedyskryminacji i równego traktowania, jak również obowiązku przejrzystości.

W konsekwencji w odpowiedzi na drugie pytanie litewskiego sądu Trybunał stwierdził, iż w odniesieniu do zamówienia publicznego, które nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17/WE, lecz ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, wynikające w szczególności z art. 49 i 56 TfUE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający zmienił po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące warunków i zasad łączenia zdolności zawodowych, takie jak klauzula 4.3 w postępowaniu przed sądem krajowym, pod warunkiem że:

- dokonane zmiany, chociaż mogą być znaczące, nie są na tyle istotne, by przyciągnąć potencjalnych wykonawców, którzy wobec braku tych zmian nie mogliby złożyć oferty,
- wprowadzane zmiany są odpowiednio ogłoszone,
- zmiany te są dokonywane przed składaniem ofert przez wykonawców, przy czym w przypadku gdy zmiany te są znaczące:
 - termin na składanie tych ofert jest przedłużany,
 - przedłużenie to jest dostosowane do znaczenia owych zmian

oraz

- przedłużenie to jest wystarczająco długie, aby pozwolić zainteresowanym wykonawcom na dostosowanie ofert do wprowadzonych zmian,

czego zbadanie należy do sądu odsyłającego.

Wreszcie odpowiadając na pytanie pierwsze lit. b), Trybunał – podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Pippo Pizzo* wydanym na gruncie dyrektywy 2004/18/WE – w pierwszym rzędzie zwrócił uwagę, że w przypadku gdy podmiot zamawiający ustala kryterium kwalifikacji wykonawców obejmujące wymagania dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych, przepis art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17/WE przyznaje każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, o ile wykaże podmiotowi zamawiającemu, że będzie w rzeczywistości dysponował niezbędnymi do wykonania zamówienia zasobami tych podmiotów. Jednocześnie dyrektywa 2004/17/WE nie stała na przeszkodzie temu, aby korzystanie z tego prawa ustanowionego było w wyjątkowych okolicznościach ograniczane. Nie można w szczególności wykluczyć, że z uwagi na charakter i cele określonych robót wykonawca będzie mógł polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, wyłącznie wtedy, gdy ten podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu rzeczzonego zamówienia.¹⁰⁸ Niemniej jednak Trybunał podzielił w tej sprawie stanowisko rzecznik generalnej Sharpston, zgodnie z którym sporne postanowienie specyfikacji wymagało jedynie czysto arytmetycznej korelacji między udziałem

¹⁰⁷ por. cyt. wyrok w sprawie C-368/10 *Komisja przeciwko Niderlandom*, pkt 55; omówiony w tomie I w punkcie 2.12.5 wyrok 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, pkt 27–29

¹⁰⁸ por. cyt. wyrok w sprawie *Pippo Pizzo*, pkt 22–30; zob. także omówiony w tomie I w punkcie 2.7.2 wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 *PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 33–41

każdego z wykonawców w spełnieniu wymagań w zakresie zdolności zawodowych a częścią robót, jaką każdy z nich miałby wykonać, nie uwzględniając ani charakteru konkretnych zadań, ani umiejętności technicznych poszczególnych wykonawców. Co za tym idzie, nie uniemożliwiało wykonawcom realizacji zadań, wobec których nie posiadali w rzeczywistości wymaganych zdolności.¹⁰⁹

W konkluzji Trybunał na pytanie pierwsze lit. b) odpowiedział w ten sposób, że przepis art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17/WE stoi na przeszkodzie postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takiemu jak rozpatrywana w postępowaniu przed litewskim sądem klauzula 4.3, która w przypadku złożenia przez kilku wykonawców wspólnej oferty wymagała, aby udział każdego z nich w spełnieniu wymagań w zakresie zdolności zawodowych odpowiadał proporcjonalnie części robót, którą każdy z nich miałby zrealizować.

1.6.10. orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-76/16 *Ingsteel spol. s r.o. i Metrostav a.s. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2017:549

Spór w tej sprawie powstał na tle prowadzonego w 2013 r. przez Slovenský futbalový zväz, słowacki związek piłki nożnej, postępowania o udzielenie zamówienia na przebudowę, modernizację i budowę szesnastu stadionów piłkarskich o wartości szacunkowej wynoszącej 25,5 mln EUR. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu wszczynającym to postępowanie zamawiający, w zakresie warunków udziału dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia słowackiego banku lub słowackiego oddziału zagranicznego banku o przyznaniu kredytu w kwocie co najmniej 3 mln EUR do dyspozycji wykonawcy przez cały okres realizacji zamówienia publicznego; zaświadczenie miało mieć postać umowy pożyczki lub kredytu oraz musiało być wystawione przez osobę upoważnioną do zaciągania zobowiązań w imieniu instytucji bankowej.

Ingsteel spol. s r. o. i Metrostav a.s., wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie, przedłożyli zaświadczenie od banku z informacją o otwarciu kredytu w rachunku bieżącym na kwotę ponad 5 mln EUR oraz oświadczyli, że w przypadku uzyskania zamówienia rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR w dniu zawarcia umowy na roboty budowlane i przez cały okres realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, że konsorcjum Ingsteel i Metrostav nie wykazało spełniania warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej i nie dopuścił go do udziału w tym postępowaniu. Wykonawcy zaskarżyli tę decyzję, podnosząc obiektywną niemożność spełnienia w inny sposób wymagań ustalonych przez zamawiającego. Zgodnie z uzyskanymi przez nich informacjami ze słowackich banków, wiążące zobowiązanie udzielenia pożyczki było możliwe jedynie w przypadku zatwierdzenia transakcji kredytowej spełnienia wszystkich warunków nałożonych przez bank w celu zawarcia umowy pożyczki.

Najvyšší súd Slovenskej republiky, sąd najwyższy Republiki Słowackiej – przed który ta sprawa trafiła po oddaleniu odwołania przez słowacki urząd zamówień publicznych w pierwszej instancji i przez sąd okręgowy w Bratysławie w drugiej instancji – postanowił zawiesić postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.¹¹⁰

¹⁰⁹ zob. cyt. opinia rzecznik generalnej Eleanor Sharpston przedstawiona w tej sprawie, pkt 63 i nast.

¹¹⁰ Najvyšší súd Slovenskej republiky zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy organ krajowy postępuje zgodnie z celem art. 47, a w szczególności jego ust. 1 lit. a) i ust. 4, dyrektywy [2004/18/WE], w przypadku gdy stwierdza, że oferent biorący udział w zamówieniu, którego wartość szacuje się na 3 mln EUR, nie spełnia kryteriów kwalifikacji dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, podczas gdy dostarczone przez niego honorowe oświadczenie oraz przesłana przez jego bank deklaracja

Podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Édukövízig*, Trybunał podkreślił, że przepis art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE – inaczej niż przepis art. 48 ustanawiający zamknięty katalog dopuszczalnych środków dowodowych na potwierdzenie kwalifikacji technicznych i zawodowych – wprost zezwala zamawiającemu na dobieranie dokumentów, które wykonawcy mają przedstawić w celu poświadczenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jednocześnie Trybunał podkreślił, że na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18/WE minimalny warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej musi być bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.¹¹¹ W tym kontekście Trybunał uznał, że wymóg uzyskania pożyczki celowej na realizację zamówienia jest obiektywnie właściwym środkiem zdobycia informacji o tym, że sytuacja ekonomiczna wykonawcy pozwala mu na właściwe wykonanie zamówienia; taka pożyczka pozwala wykonawcy wykazać, że faktycznie dysponuje środkami, których sam nie jest właścicielem, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.¹¹² W ocenie Trybunału sąd krajowy powinien jednak jeszcze upewnić się, że wymagana w ogłoszeniu o zamówieniu kwota jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia.

W ślad za rzecznikiem generalnym¹¹³ – i zarazem podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Ostas celtnieks* – Trybunał podkreślił, że zbadanie spełniania warunków udziału dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej przez zamawiającego w ramach postępowania o udzielanie zamówienia ma na celu uzyskanie przez niego pewności, iż wykonawca będzie rzeczywiście mógł w czasie realizacji zamówienia korzystać z zasobów, na których polega.¹¹⁴

W konsekwencji na pierwsze pytanie sądu słowackiego Trybunał odpowiedział w ten sposób, że przepisy art. 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE nie stały na przeszkodzie wykluczeniu przez zamawiającego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy z powodu niespełnienia ustanowionego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, polegającego na przedstawieniu zaświadczenia z banku, który zobowiązywałby się do przyznania wykonawcy pożyczki w określonej kwocie i do zagwarantowania, że wykonawca będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia.

Odpowiadając na pytanie drugie słowackiego sądu, Trybunał przede wszystkim zauważył, że przepis art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE upoważniał wykonawców, którzy z uzasadnionej

świadczą o tym, że jest w stanie pobierać środki pieniężne na podstawie pożyczki bankowej bez określonego celu do limitu, którego wysokość przekracza wartość zamówienia?

2. Czy zachowanie banku w sektorze usług bankowych państwa członkowskiego, który w zobowiązaniu do udzielenia pożyczki uzależnia udostępnienie wnioskowanych funduszy od spełnienia warunków przyznania pożyczki, które nie zostały określone bardziej szczegółowo w umowie pożyczki w czasie procedury udzielania zamówienia, stanowi »uzasadnioną przyczynę« w rozumieniu art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE uniemożliwiającą oferentowi przedstawienie dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, wobec czego wspomniany oferent będzie mógł wykazać swoją sytuację ekonomiczną i finansową poprzez honorowe oświadczenie poświadczające, że umowa pożyczki między nim a jego bankiem jest wystarczająca?
3. Czy można uznać, że sąd krajowy ma do czynienia z obiektywną przeszkodą uniemożliwiającą mu zastosowanie się do art. 47 akapity pierwszy i drugi [karty] w związku z art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 3, 6, 7 i 8 dyrektywy [89/665/EWG], jeżeli musi wydać orzeczenie w przedmiocie skargi wniesionej przez oferenta wykluczonego w drodze decyzji organu administracyjnego w dziedzinie zamówień publicznych, podczas gdy realizacja poszczególnych zamówień została prawie zakończona przez oferenta, którego oferta została wybrana?

¹¹¹ zob. cyt. wyrok w sprawie *Édukövízig*, pkt 28 i nast.

¹¹² por. cyt. wyrok w sprawie *Holst Italia*, pkt 29

¹¹³ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 21 marca 2017 r. w sprawie C-76/16 *Ingsteel spol. s r.o. i Metrostav a.s. przeciwko Úrad pre verejnú obstarávanie*, ECLI:EU:C:2017:226, pkt 46

¹¹⁴ por. cyt. wyrok w sprawie *Ostas celtnieks*, pkt 26

przyczyny nie mogą przedstawić dokumentów wymaganych przez zamawiającego, do udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą każdego innego dokumentu, który zamawiający uzna za odpowiedni. Zważywszy, że w sprawie będącej przedmiotem odwołania wykonawca argumentował, iż nie ma możliwości uzyskania zaświadczenia w brzmieniu wymaganym przez zamawiającego, w związku z czym przedstawił inne dokumenty, sąd krajowy powinien zbadać, czy brak możliwości przedstawienia wymaganych dokumentów miał charakter obiektywny, jak również ocenić, czy zamawiający zasadnie uznał przedłożone przez wykonawcę inne dokumenty za nieodpowiednie do udowodnienia jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Mając to na uwadze, Trybunał uznał, że przepis art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE należało interpretować w ten sposób, że gdy ogłoszenie o zamówieniu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązywałby się do przyznania wykonawcy pożyczki w określonej kwocie i do zagwarantowania, że wykonawca będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia, okoliczność, że banki, do których wystąpi wykonawca, uznają, że nie są w stanie wystawić wykonawcy zaświadczenia w takim właśnie brzmieniu, może stanowić „uzasadnioną przyczynę” w rozumieniu tego przepisu, uprawniającą wykonawcę do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej przy pomocy dowolnego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni, o ile niemożność przedstawienia przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów ma charakter obiektywny, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

Z uwagi na brak wystarczających informacji w zakresie stanu faktycznego – w szczególności wyjaśnienia, dlaczego postępowanie o udzielenie spornego zamówienia toczyło się dalej, mimo że postępowanie odwoławcze od decyzji zamawiającej było w toku – Trybunał odmówił udzielenia odpowiedzi na trzecie pytanie sądu krajowego, uznawszy je za niedopuszczalne.

1.6.11. orzeczenie z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 *Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise i Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo* – A.R.CA.Di.S., ECLI:EU:C:2017:685

W czerwcu 2013 r. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, międzyregionalny urząd ds. zamówień publicznych Kampanii i Molise przy włoskim ministerstwie infrastruktury i transportu, działając z upoważnienia Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S., kampańskiej regionalnej agencji ochrony gruntów, wszczął w procedurze otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na planowanie wykonawcze, koordynację bezpieczeństwa w fazie planowania i realizacji robót budowlanych w ramach projektu „La Bandiera Blu” w rejonie nadbrzeżnym Domizio. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał przedstawienia wystawionego przez Società Organismo di Attestazione (jednostkę certyfikacyjną) zaświadczenia o kwalifikacjach wymaganych do świadczenia usług polegających na planowaniu i wykonywaniu należących do określonych kategorii. Casertana Costruzioni Srl, występując jako lider i pełnomocnik tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw (konsorcjum), powołała się na kwalifikacje dwóch przedsiębiorstw pomocniczych. W toku postępowania jedno z tych przedsiębiorstw pomocniczych, Consorzio Stabile GAP, utraciło wymaganą dla danej kategorii usług klasyfikację i zostało zakwalifikowane do niższej kategorii usług. W październiku 2014 r. zamawiający zdecydował o udzieleniu zamówienia tymczasowemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw kierowanemu przez Consorzio Stabile Infratech. Casertana Costruzioni Srl, którego tymczasowe

stowarzyszenie przedsiębiorstw uplasowało się na drugim miejscu, odwołało się od decyzji o udzieleniu zamówienia. Z kolei Consorzio Stabile Infratech w odwołaniu wzajemnym podniósł, że tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw kierowane przez Casertana Costruzioni Srl powinno było zostać wykluczone z udziału w tym postępowaniu z uwagi na utratę wymaganej kategorii klasyfikacji przez przedsiębiorstwo pomocnicze, na które zdolności Casertana Costruzioni Srl się powoływała.

Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Campania, regionalny sąd administracyjny dla Kampanii, rozpatrując tę sprawę w pierwszej instancji, uwzględnił odwołanie wzajemne. Casertana Costruzioni Srl zaskarżyła rozstrzygnięcie kampańskiego TAR, argumentując, że wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za utratę wymaganych kwalifikacji przez przedsiębiorstwo pomocnicze oraz że przysługuje mu wynikające z orzecznictwa Trybunału, jak również z art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, uprawnienie do zastąpienia takiego przedsiębiorstwa pomocniczego.

W tych okolicznościach Consiglio di Stato, włoski naczelny sąd administracyjny, rozpatrując skargę na rozstrzygnięcie regionalnego sądu administracyjnego, postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczenia wstępnego w tej sprawie.¹¹⁵

Odpowiadając na pytanie prejudycjalne przedstawione przez włoski sąd, Trybunał w pierwszej kolejności wyjaśnił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem co do zasady zastosowanie znajduje dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy zamawiający wybiera tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzyga kwestię, czy w celu udzielenia danego zamówienia istnieje obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Nie mają natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął później.¹¹⁶ Jako że w sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w czerwcu 2013 r., dyrektywa 2014/24/UE, która została przyjęta przez Parlament Europejski i Radę w dniu 26 lutego 2014 r. i opublikowana w dniu 18 kwietnia 2014 r. z dwudziestoczteromiesięcznym terminem transpozycji, nie miała *ratione temporis* zastosowania do spornego zamówienia. Jednocześnie, podobnie jak w omówionym w tomie I niniejszego opracowania¹¹⁷ orzeczeniu w sprawie *PARTNER Apelski Dariusz*, Trybunał zauważył, że przepis art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji przepisu art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim stanie prawnym, w związku z czym nie może być wykorzystywany w celu wykładni art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE.¹¹⁸

¹¹⁵ Consiglio di Stato przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie prejudycjalne:

Czy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE [...], zastąpione przez art. 63 dyrektywy 2014/24/UE [...], stoją na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania, które wyklucza – lub może być interpretowane w ten sposób, że wyklucza – możliwość wskazania przez podmiot gospodarczy, czyli podmiot uczestniczący w przetargu, innego przedsiębiorstwa w miejsce tego, które zostało pierwotnie wybrane jako »przedsiębiorstwo pomocnicze« i które utraciło w całości lub w części zdolności wymagane do udziału w tym przetargu, co powoduje wykluczenie tego wykonawcy z przetargu z powodu zdarzenia, którego nie można mu przypisać ani obiektywnie, ani subiektywnie?

¹¹⁶ por. omówiony w tomie I w punkcie 2.2.5 wyrok z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-213/13 *Impresa Pizzarotti & C. SpA przeciwko Comune di Bari i in.*, ECLI:EU:C:2014:2067, pkt 31

¹¹⁷ por. Artur Kowalski, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017 r., str. 59

¹¹⁸ zob. wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 *PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 82–94

Jak Trybunał zaznaczył w omówionym w tomie I tego opracowania¹¹⁹ w punkcie 2.8.4 orzeczeniu w sprawie *Esaprojekt*, przepis art. 2 dyrektywy 2004/18/WE nie stał na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki.¹²⁰ Zarazem w omówionym niżej wyroku w sprawie *Idrodinamica Spurgo Velox* Trybunał uznał, że decyzja dotycząca zezwolenia na zmianę składu zwycięskiej grupy wykonawców oznacza zmianę w stosunku do pierwotnej decyzji o udzieleniu zamówienia, która może być uznana za istotną, o ile w świetle szczególnych okoliczności konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia dotyczy ona jednego z istotnych elementów wpływających na podjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia. W tej sytuacji należy zastosować wszelkie niezbędne środki przewidziane w prawie krajowym w celu usunięcia takiej nieprawidłowości, włączając w to również zorganizowanie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.¹²¹ Poza tym, jak w odniesieniu do umów koncesyjnych Trybunał stwierdził w omówionym niżej orzeczeniu w sprawie *Wall*, zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może w wyjątkowych wypadkach stanowić zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy, nie zaś innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy.¹²²

Mając to na uwadze, Trybunał podzielił stanowisko rzecznika generalnego Wahla, zgodnie z którym w postępowaniu będącym przedmiotem sporu przed włoskim sądem nieprzewidziane przyznanie wyłącznie jednemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw możliwości zastąpienia przedsiębiorstwa pomocniczego, które utraciło klasyfikację wymaganą pod sankcją wykluczenia, stanowiłoby istotną zmianę oferty i tożsamości samego stowarzyszenia. W rzeczywistości bowiem taka zmiana oferty zobowiązywałaby zamawiającego do przystąpienia do nowych kontroli przy jednoczesnym przyznaniu korzyści konkurencyjnej temu stowarzyszeniu, które mogłoby usiłować zoptymalizować swoją ofertę w celu skuteczniejszego stawienia czoła konkurencyjnym ofertom w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.¹²³

W świetle powyższych rozważań Trybunał uznał, iż przepisy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE dopuszczały przepisy prawa krajowego wykluczające możliwość zastąpienia przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwa pomocniczego (podmiotu, na którego zdolnościach wykonawca polegał), które utraciło wymagane kwalifikacje po złożeniu oferty, i w konsekwencji automatyczne wykluczenie takiego wykonawcy.

¹¹⁹ zob. Artur Kowalski, *Orzecznictwo ...*, str. 70

¹²⁰ por. wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338, pkt 38

¹²¹ zob. wyrok z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox i in. przeciwko Acquedotto Pugliese SpA*, ECLI:EU:C:2014:307, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo

¹²² zob. wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, ECLI:EU:C:2010:182, pkt 39

¹²³ zob. opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla przedstawiona w dniu 11 maja 2017 r. w sprawie C-223/16 *Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise i Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.CA.DI.S.*, ECLI:EU:2017:365, pkt 47

1.7. Zamówienia na usługi niepriorytetowe

1.7.1. orzeczenie z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2010:230

W skardze w tej sprawie Komisja Europejska wnosila do Trybunału Sprawiedliwości o stwierdzenie, że udzielając zamówień w dziedzinie publicznych usług medycznego transportu ratunkowego i specjalistycznego transportu chorych bez zachowania wymogów przejrzystości, bez publicznego zaproszenia do składania ofert i bez publikowania ogłoszeń o udzielonych zamówieniach, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG i dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz zasadom swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług ustanowionym w art. 43 TWE i 49 TWE (obecnie, odpowiednio, art. 49 TfUE i art. 56 TfUE).

Podobnie jak w omówionym w punkcie 1.3.1 powyżej orzeczeniu w sprawie C-489/06 *Komisja przeciwko Grecji*, Trybunał przypomniał, że Komisja może wnosić do Trybunału o stwierdzenie uchybienia wynikającego z niezgodnej z prawem unijnym powszechnej praktyki przyjętej przez władze danego państwa członkowskiego, ilustrując tę praktykę konkretnymi przykładami. Stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na podstawie stosowanej w państwie członkowskim praktyki administracyjnej wymaga jednak przedstawienia przez Komisję wystarczająco udokumentowanego i szczegółowego dowodu stosowania zarzucanej praktyki. Z dowodu tego powinno wynikać, że taka praktyka administracyjna wykazuje określony stopień trwałości i powszechności. Jeżeli Komisja dostarczy wystarczające dowody wskazujące na to, że władze państwa członkowskiego stosują powtarzającą się i uporczywą praktykę sprzeczną z prawem unijnym, na tym państwie członkowskim spoczywa ciężar szczegółowego merytorycznego zakwestionowania przedstawionych w ten sposób informacji i wynikających z nich konsekwencji.¹²⁴ W tej sprawie Republika Federalna Niemiec nie była w stanie podważyć prawdziwości przytoczonych przez Komisję faktów dotyczących powtarzających się przypadków naruszenia prawa unijnego przy udzielaniu zamówień na publiczne usługi medycznego transportu ratunkowego i specjalistycznego transportu chorych w krajach związkowych Saksonii–Anhalt, Nadrenii Północnej–Westfalii, Dolnej Saksonii i Saksonii. Tym samym zarzucaną Republice Federalnej Niemiec praktykę w wymienionych wyżej krajach związkowych Trybunał uznał za udowodnioną.

Zarazem Trybunał podkreślił, że w ramach postępowania w sprawie uchybienia obowiązkom państwa członkowskiego na mocy art. 226 TWE (obecnie art. 258 TfUE) ciężar udowodnienia zarzucanego uchybienia spoczywa na Komisji. Komisja powinna przedstawić Trybunałowi dowody niezbędne do ustalenia istnienia tego uchybienia, nie mogąc przy tym opierać się na jakimkolwiek domniemaniu.¹²⁵ Jak wskazała rzecznik generalna Trstenjak w swojej opinii w tej sprawie, sądowe stwierdzenie naruszenia Traktatu przez państwo członkowskie ma bowiem

¹²⁴ zob. cyt. wyrok w sprawie C-489/06 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 40 i 48; zob. także wyrok z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 272/86 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:1988:433, pkt 19; wyrok z dnia 26 kwietnia 2005 w sprawie C-494/01 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*, ECLI:EU:C:2005:250, pkt 27 i 47; wyrok z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-156/04 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2007:316, pkt 50; wyrok z dnia 25 października 2007 r. w sprawie C-248/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*, ECLI:EU:C:2007:629, pkt 64 i 69

¹²⁵ por. cyt. wyrok w sprawie C-489/06 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 48; zob. także wyrok z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-246/08 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Finlandii*, ECLI:EU:C:2009:671, pkt 52 i przywołane tam orzecznictwo

umożliwić stwierdzenie, jakie środki są sprzeczne z prawem unijnym, oraz przywrócić lub stworzyć sytuację zgodną z prawem unijnym.¹²⁶

Tymczasem w tej sprawie Komisja, po wskazaniu w uzasadnionej opinii, iż nie dysponuje wystarczającymi informacjami, aby określić, które z usług – transportowe czy medyczne – mają przeważającą wartość w spornych zamówieniach,¹²⁷ wstrzymała się od rozstrzygnięcia tej kwestii w ramach skargi. Ponadto Komisja nie próbowała ustalić, czy wskazane w skardze zamówienia, a przynajmniej niektóre z nich, charakteryzują się przewagą wartości usług zdrowotnych nad wartością usług transportu. W ślad za rzecznik generalną Trstenjak, Trybunał zauważył, że Komisja nie próbowała nawet ustalić, czy zamówienia wskazane w jej skardze, a przynajmniej niektóre z nich, charakteryzują się przewagą wartości usług zdrowotnych nad wartością usług transportu.¹²⁸ W tych okolicznościach nie można było wykluczyć, że żadne z kwestionowanych zamówień nie miały takiego charakteru, w związku z czym Trybunał nie był w stanie stwierdzić ani zarzucanego Republice Federalnej Niemiec przez Komisję naruszenia przepisów art. 43 TWE i 49 TWE, ani przepisów dyrektyw innych niż art. 10 w związku z art. 16 dyrektywy 92/50/EWG oraz art. 22 w związku z art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE.

W konkluzji Trybunał stwierdził, że Republika Federalna Niemiec, nie publikując ogłoszeń o udzielonych zamówieniach na publiczne usługi transportu medycznego i specjalistycznego transportu chorych w krajach związkowych Saksonii-Anhalt, Nadrenii Północnej-Westfalii, Dolnej Saksonii i Saksonii, uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 10 w związku z art. 16 dyrektywy 92/50/EWG, lub, od dnia 1 lutego 2006 r., na mocy art. 22 w związku z art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE, i oddalił skargę Komisji w pozostałym zakresie.

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że w odpowiedzi na skargę Republika Federalna Niemiec, wspierana w tej kwestii przez Królestwo Niderlandów, kwestionowała dopuszczalność skargi, podnosząc w szczególności, że usługi medycznego transportu ratunkowego i specjalistycznego transportu chorych, jako elementy publicznej polityki zapobiegania ryzykom i ochrony zdrowia, objęte są zakresem wyjątku, o którym mowa w art. 45 w związku z art. 55 TWE (obecnie art. 51 w związku z art. 62 TfUE), co wyłącza je z zakresu zastosowania prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych. Zgodnie z tymi przepisami regulacje dotyczące swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej.

¹²⁶ zob. opinia rzecznika generalnego Vericy Trstenjak przedstawiona w dniu 11 lutego 2010 r. w sprawie C-160/08 *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2010:67, pkt 113

¹²⁷ mocą art. 10 dyrektywy 92/50/EWG, zamówień, których przedmiotem były usługi wymienione zarówno w załączniku I A, jak i w załączniku I B, udzielało się zgodnie z przepisami tytułów III–VI, w przypadku gdy wartość usług wymienionych w załączniku I A była większa niż wartość usług wymienionych w załączniku I B; w przypadku gdy tak nie było, były one udzielane zgodnie z art. 14 i 16; podobnie, na mocy art. 22 dyrektywy 2004/18/WE, w przypadku gdy wartość usług uwzględnionych w załączniku II A była większa niż wartość usług uwzględnionych w załączniku II B, zamówień, których przedmiotem były usługi wymienione zarówno w załączniku II A, jak i załączniku II B, udzielało się w sposób zgodny z przepisami art. 23–55; w pozostałych przypadkach zamówień udzielało się zgodnie z art. 23 i art. 35 ust. 4; por. art. 3 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym w przypadku zamówień mieszanych składających się częściowo z usług w rozumieniu tytułu III rozdział I – tj. usług społecznych, zdrowotnych i edukacyjnych, usług hotelowych i restauracyjnych, niektórych usług prawnych i innych szczególnych usług, takich jak usługi formowania opon i usługi kowalskie – a częściowo z innych usług (jak również w przypadku zamówień mieszanych składających się częściowo z usług, a częściowo z dostaw), główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości odnośnych usług lub dostaw jest najwyższa

¹²⁸ por. cyt. opinia rzecznika generalnego w sprawie C-160/08 *Komisja przeciwko Niemcom*, pkt 93

Trybunał, podobnie jak rzecznik generalna Trstenjak w swojej opinii przedstawionej w tej sprawie, nie podzielił tego stanowiska. Trybunał przyznał, że działalność związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej nie wchodzi również w zakres stosowania dyrektyw, które tak jak dyrektywy 92/50/EWG i 2004/18/WE mają na celu wdrożenie postanowień Traktatu w przedmiocie swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, jednak wykluczył zastosowanie tego wyłączenia do usług medycznego transportu ratunkowego i specjalistycznego transportu chorych.¹²⁹

1.7.2. orzeczenie z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 Komisja Europejska przeciwko Irlandii, ECLI:EU:C:2010:697

Wyrok w tej sprawie zapadł w związku z prowadzonym w 2006 r. przez irlandzkie ministerstwo sprawiedliwości postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na usługi tłumaczeń pisemnych i ustnych na potrzeby kilku instytucji właściwych w sprawach procedur azylowych. W postępowaniu o udzielenie tego zamówienia oferty złożyło dwunastu wykonawców, w tym trzech spoza Irlandii. Zamawiający kryteriom oceny ofert – które upublicznił w ogłoszeniu o zamówieniu i które przekazał wykonawcom w zaproszeniu do składania ofert – wagę przypisał w toku postępowania, w tym samym dniu, w którym upływał termin składania ofert, a następnie – po przeprowadzeniu wstępnej oceny złożonych ofert – dokonał zmiany wagi przypisanej poszczególnym kryteriom.¹³⁰

Komisja Europejska po otrzymaniu skargi w tej sprawie przeprowadziła przewidziane Traktatem postępowania w sprawie naruszenia, a następnie postanowiła wystąpić do Trybunału Sprawiedliwości o stwierdzenie naruszenia przez Irlandię zasad równego traktowania oraz przejrzystości w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Tytułem wstępu Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 21 dyrektywy 2004/18/WE proces udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe wymienione w załączniku II B, regulowały wyłącznie przepisy art. 23 i art. 35 ust. 4, co oznacza, że jeżeli zamówienia dotyczyły usług niepriorytetowych, zamawiający miał obowiązek przestrzegania wyłącznie przepisów dotyczących niedyskryminujących specyfikacji technicznych oraz przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Pozostałe przepisy dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych, w tym regulacje w zakresie kryteriów udzielania zamówienia, nie miały zastosowania do tych zamówień. Powyższe nie oznacza jednak, że w pozostałym zakresie zamówienia na usługi niepriorytetowe były wyjęte spod zakresu obowiązywania prawa

¹²⁹ por. cyt. opinia rzecznika generalnego w sprawie C-160/08 *Komisja przeciwko Niemcom*, pkt 50–70

¹³⁰ zgodnie z ogłoszeniem zamówienie miało być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie na podstawie następujących kryteriów: 1) kompletność dostarczonej dokumentacji; 2) deklarowana zdolność do spełnienia wymagań; 3) liczba części [zamówienie było podzielone na części], usług i języków; 4) kwalifikacje oraz doświadczenie w danej dziedzinie; 5) koszty; 6) adekwatność przedstawionych warunków; 7) miejsca odniesienia; zarazem ogłoszenie wskazywało, że kryteria nie zostały uszeregowane w kolejności malejącej pod względem ich znaczenia; w zaproszeniu do składania ofert kryteria oceny ofert zostały przedstawione w podobny sposób, ponumerowane od 1 do 7, z tym że bez wyraźnego wskazania, iż nie zostały wymienione w malejącej kolejności pod względem ich znaczenia; w dniu składania ofert zamawiający przypisał wagę poszczególnym kryteriom w następujący sposób: 1) kompletność dostarczonej dokumentacji – 0%; 2) deklarowana zdolność do spełnienia wymagań – 7%; 3) liczba części, usług i języków – 25%; 4) kwalifikacje oraz doświadczenie w danej dziedzinie – 30%; 5) koszty – 20%; 6) adekwatność przedstawionych warunków – 10%; 7) miejsca odniesienia – 8%; z kolei komisja przetargowa, po dokonaniu indywidualnej wstępnej oceny ofert, w trakcie pierwszego posiedzenia postanowiła, na wniosek jednego ze swoich członków, zmienić wagę przypisaną kryteriom przed przystąpieniem do zbiorowej oceny przedstawionych ofert, obniżając do 25% wagę przypisaną czwartemu kryterium (uprzednio ustaloną na 30%) i podwyższając wagę szóstego kryterium do 15% (wcześniej ustaloną na 10%); waga przypisana pozostałym kryteriom oceny ofert pozostała niezmienną

unijnego.¹³¹ Zamówienia na usługi niepriorytetowe nadal podlegały bowiem podstawowym zasadom prawa unijnego, w szczególności zasadom ustanowionym w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zakresie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług¹³² oraz obowiązków zmierzających do zapewnienia przejrzystości procedur oraz równego traktowania ubiegających się o zamówienie¹³³, o ile stanowiły one przedmiot niewątpliwego zainteresowania o charakterze transgranicznym.¹³⁴

Zarazem Trybunał podkreślił, że okoliczności, iż Irlandia w tym postępowaniu opublikowała ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w żadnym razie nie rodziło po jej stronie obowiązku udzielenia tego zamówienia zgodnie z przepisami dyrektywy 2004/18/WE mającymi zastosowanie do zamówień publicznych na usługi priorytetowe.¹³⁵

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, obowiązek wcześniejszego informowania ubiegających się o zamówienie o kryteriach udzielenia zamówienia oraz w miarę możliwości o ich odnośnej wadze, ma na celu zagwarantowanie przestrzegania zasad równego traktowania i przejrzystości.¹³⁶ Niemniej jednak, jak wynika z wcześniejszego orzeczenia w sprawie *ATI EAC*, w odniesieniu do zamówień na usługi priorytetowe prawo unijne nie tylko nie wymaga, by ustalone przez zamawiającego kryteria oceny ofert były wymienione w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu w porządku malejącym stosownie do przyznanej im wagi, na co wskazuje użycie przez prawodawcę w odpowiednich przepisach dyrektyw wyrażenia „w miarę możliwości”,¹³⁷ lecz nawet nie stoi na przeszkodzie temu, by komisja przetargowa przypisała konkretną wagę ustalonym wcześniej poszczególnym podkryteriom oceny, rozdzielając pomiędzy nie określoną przez instytucję zamawiającą w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu liczbę punktów dla danego kryterium, pod warunkiem że decyzja taka:

- nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia;
- nie zawiera informacji, które – jeżeli byłyby znane na etapie przygotowywania ofert – mogłyby mieć na nie wpływ;
- nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją któregośkolwiek z wykonawców.¹³⁸

¹³¹ por. *Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący 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); zob. również omówiony w tomie I tego opracowania w punkcie 2.12.1 wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:T:2010:214

¹³² zob. wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*, ECLI:EU:C:2007:676, pkt 26

¹³³ por. omówiony niżej wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, ECLI:EU:C:2010:182, pkt 37

¹³⁴ zob. w szczególności omówione w tomie I w punkcie 2.12.6 wyrok z dnia 6 października 2016 r. w sprawie C-318/15 *Tecnoedi Costruzioni Srl przeciwko Comune di Fossano*, ECLI:EU:C:2016:747

¹³⁵ por. wyrok z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 45/87 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*, ECLI:EU:C:1988:435, pkt 9 i 10

¹³⁶ zob. w szczególności cyt. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 98; zob. także 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 i nast.

¹³⁷ zob. art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50/EWG i art. 34 ust. 2 dyrektywy 93/38/EWG; zob. także art. 26 ust. 2 dyrektywy 93/36/EWG i art. 30 ust. 2 dyrektywy 93/37/EWG; por. art. 55 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE i art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE; zob. także art. 67 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 5 dyrektywy 2014/25/UE; por. art. 41 ust. 3 dyrektywy 2014/23/UE

¹³⁸ zob. cyt. wyrok w sprawie *ATI EAC*, pkt 24

Tym bardziej w odniesieniu do zamówień na usługi niepriorytetowe prawo unijne nie może wymagać, by waga kryteriów oceny ofert była określona i podana do wiadomości wykonawców ubiegających się o zamówienie jeszcze przed upływem terminu składania ofert.

W świetle powyższych rozważań Trybunał orzekł, że obowiązek wcześniejszego przypisywania wagi kryteriom udzielenia zamówienia nie stanowił bezpośredniej konsekwencji tego, iż zamawiający mają obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości. Zarazem Trybunał zwrócił uwagę, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie wynikało, by zamawiający przypisał wagę poszczególnym kryteriom udzielenia zamówienia dopiero po otwarciu kopert zawierających oferty. Tym samym zarzut naruszenia przez Irlandię zasad równego traktowania oraz przejrzystości poprzez przypisanie wagi kryteriom udzielenia zamówienia po upływie terminu składania ofert był, w ocenie Trybunału, nieuzasadniony.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia zasad równego traktowania oraz przejrzystości poprzez zmianę wagi kryteriów udzielenia zamówienia po wstępnej ocenie złożonych ofert, Trybunał podkreślił, że zasady równego traktowania i przejrzystości postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oznaczają dla organów zamawiających obowiązek posługiwania się tą samą interpretacją kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia. Same kryteria udzielenia zamówienia również nie mogą ulec jakiegokolwiek zmianie w toku postępowania.¹³⁹ Trybunał zwrócił uwagę, że etap, w trakcie którego przed posiedzeniem komisji przetargowej jej członkowie oceniają indywidualnie oferty, stanowi integralną część postępowania w sprawie udzielenia danego zamówienia. Tymczasem w przypadku spornego zamówienia zmiana wagi kryteriów udzielenia zamówienia miała miejsce po tym, jak zamawiający podał do wiadomości członków komisji przetargowej wagę kryteriów celem dokonania wstępnej oceny złożonych ofert. W tych okolicznościach zmiana wagi kryteriów udzielenia zamówienia oznaczała zmianę kryteriów, na podstawie których została dokonana wstępna ocena ofert, co nie było zgodne z zasadą równego traktowania i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości.

W rezultacie Trybunał odrzucił jako nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Irlandię zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości poprzez przypisanie wagi kryteriom udzielenia spornego zamówienia po upływie terminu na składanie ofert i jednocześnie stwierdził, iż poprzez zmianę wagi kryteriów udzielenia spornego zamówienia po wstępnej ocenie złożonych ofert, Irlandia uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, rozumianych w sposób zgodny z wykładnią Trybunału.

1.7.3. orzeczenie z dnia 17 marca 2011 r. w sprawie C-95/10 *Strong Segurança SA przeciwko Município de Sintra i Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, ECLI:EU:C:2011:161

W 2008 r. Município de Sintra, gmina Sintra, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi ochrony należących do gminy instalacji. Spółka Strong Segurança SA, której oferta została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, została następnie wskutek uwzględnienia protestu innego wykonawcy wykluczona przez zamawiającego z udziału w tym postępowaniu, ponieważ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału polegała na zdolnościach innego podmiotu. Po oddaleniu odwołania przez Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra w pierwszej instancji i utrzymaniu w mocy tego rozstrzygnięcia przez Tribunal Central

¹³⁹ por. 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 92 i nast.

Administrativo Sul w drugiej instancji, spółka Strong Segurança SA wniosła skargę kasacyjną do Supremo Tribunal Administrativo, portugalskiego naczelnego sądu administracyjnego. Ten sąd zawiesił postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi bezpośredniej skuteczności przepisów dyrektywy 2004/18/WE przewidujących uprawnienie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego do polegania na zdolności podmiotów trzecich, oraz możliwości stosowania tych regulacji do udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe.¹⁴⁰

W omawianym orzeczeniu Trybunał w pierwszym rzędzie przypomniał, że rozróżnienie reżimów udzielania zamówień publicznych na usługi priorytetowe i niepriorytetowe znajdowało potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału.¹⁴¹ Ustawodawca unijny wychodził bowiem z założenia, iż zamówienia na usługi niepriorytetowe nie miały z założenia wystarczającej wagi w stosunkach transgranicznych, uzasadniającej poddanie ich reżimowi właściwemu dla usług priorytetowych. Niemniej jednak, jeżeli zostanie wykazane, iż stanowią przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, podlegają ogólnym zasadom przejrzystości i równego traktowania wynikającym z art. 49 TfUE i art. 56 TfUE.¹⁴² Tym samym dyrektywa 2004/18/WE nie nakładała bezpośrednio na państwa członkowskie obowiązku stosowania art. 47 ust. 2 tej dyrektywy także do zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe.

W ocenie Trybunału taki obowiązek nie wynika również z zasad przejrzystości i równego traktowania. Brak możliwości powołania się przez wykonawcę na możliwości gospodarcze i finansowe innych podmiotów nie ma związku z przejrzystością postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia. Brak takiej możliwości nie powoduje też żadnej dyskryminacji, bezpośredniej ani pośredniej, opartej na przynależności państwowej lub miejscu siedziby.

Co więcej, w ocenie Trybunału, rozszerzające rozumienie zasady równego traktowania mogłoby prowadzić do objęcia zamówień na usługi niepriorytetowe innymi istotnymi przepisami dyrektyw, takimi jak regulacje dotyczące kwalifikacji podmiotowej oferentów czy kryteria udzielania zamówień, co groziłoby pozbawieniem rozróżnienia na usługi priorytetowe i niepriorytetowe jakiegokolwiek skuteczności.

Wreszcie Trybunał zwrócił uwagę, że zamówienia na usługi niepriorytetowe mają szczególnie charakter, który mógłby wręcz uzasadniać wykluczenie uprawnienia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie takiego zamówienia do polegania na zdolności podmiotów trzecich. Dotyczyć to może, tytułem przykładu, niektórych usług prawniczych, usług detektywistycznych i usług ochrony czy też usług w zakresie formowania opon i usług kowalskich.

W konsekwencji w odpowiedzi na pytania portugalskiego sądu, Trybunał stwierdził, iż dyrektywa 2004/18/WE nie nakładała na państwa członkowskie obowiązku stosowania art. 47 ust. 2 także do zamówień na usługi niepriorytetowe, jednocześnie nie zakazując jednak ani państwu członkowskiemu, ani nawet samemu zamawiającemu w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, stosowania tych regulacji do udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe.

¹⁴⁰ Supremo Tribunal Administrativo zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania:

1. Czy art. 47 dyrektywy 2004/18/WE [...] jest od dnia 31 stycznia 2006 r. bezpośrednio skuteczny w wewnętrznym porządku prawnym, to znaczy stanowi dla jednostek źródło uprawnień, których mogą one dochodzić wobec organów administracji portugalskiej?
2. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy przepis ten znajduje zastosowanie do zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku II B [do dyrektywy 2004/18/WE] niezależnie od art. 21 tej dyrektywy?

¹⁴¹ zob. wyrok z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 *Felix Swoboda GmbH przeciwko Österreichische Nationalbank*, ECLI:EU:C:2002:660, pkt 55

¹⁴² por. cyt. wyrok w sprawie C-507/03 *Komisja przeciwko Irlandii*, pkt 25 i nast.

1.7.4. orzeczenie 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

Spór w tej sprawie powstał w związku z zawarciem przez włoski region Liguria, w oparciu o obowiązujące przepisy prawa krajowego, regionalnego porozumienia ramowego z organizacjami reprezentującymi stowarzyszenia wolontariackie i Croce Rossa Italiana, włoskim Czerwonym Krzyżem, w sprawie regulacji stosunków między, z jednej strony, zakładami opieki zdrowotnej i szpitalami oraz, z drugiej strony, stowarzyszeniami wolontariackimi oraz udzieleniem, w oparciu o to porozumienie, przez Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino”, lokalny organ administracji odpowiedzialny za zarządzanie służbą zdrowia, stowarzyszeniom wolontariackim oraz włoskiemu Czerwonemu Krzyżowi zamówienia na usługi transportu sanitarnego i ratownictwa medycznego. Consiglio di Stato, włoski naczelny sąd administracyjny, przed który trafiła ta sprawa, wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności takiej praktyki na gruncie unijnych regulacji w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.¹⁴³

Trybunał w omawianym orzeczeniu stwierdził, że wprowadzie system taki jak w postępowaniu przed sądem krajowym jest co do zasady sprzeczny z celami unijnych dyrektyw – jakimi są zapewnienie swobodnego przepływu usług oraz otwarcie rynku zamówień publicznych na niezakłóconą i jak najszerzą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich – ale sporny system organizacji transportu sanitarnego uzasadniany jest zasadami powszechności, solidarności, efektywności gospodarczej i odpowiedniości, a takie uzasadnienie może być zgodne z prawem unijnym. Co za tym idzie, państwa członkowskie mogą przyjąć, w ramach zakresu uznania przysługującego im w zakresie organizacji systemów ochrony zdrowia publicznego i organizacji systemu zabezpieczenia społecznego, że wykorzystywanie stowarzyszeń wolontariackich odpowiada celowi społecznemu usług transportu sanitarnego i może przyczyniać się do kontroli nad kosztami tych usług. Skorzystanie z tej możliwości uzależnione jest jednak od tego, by system organizacji usług transportu sanitarnego, polegający na wykorzystywaniu przez właściwe organy w pierwszej kolejności stowarzyszeń wolontariackich, rzeczywiście przyczyniał się do osiągnięcia zamierzonego celu społecznego i do realizacji celów solidarności i efektywności budżetowej. Oznacza to w szczególności, że stowarzyszenia wolontariackie, o których mowa, nie mogą:

- realizować celów innych aniżeli cele wspomniane wyżej,
- czerpać żadnych zysków ze świadczonych usług, niezależnie od zwrotu kosztów zmiennych, stałych i długookresowych koniecznych do ich świadczenia,
- zapewniać jakiegokolwiek zysku swym członkom.

¹⁴³ Consiglio di Stato zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy art. 49, 56, 105–106 TfUE stoją na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego przewidującemu udzielanie [przez właściwe podmioty publiczne] zamówień na transport sanitarny w pierwszej kolejności stowarzyszeniom wolontariackim, Croce Rossa Italiana i innym uprawnionym instytucjom lub podmiotom publicznym, mimo że udzielanie odbywa się w oparciu o umowy zakładające wyłącznie zwrot kosztów faktycznie poniesionych?
2. Czy prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych – a mianowicie ogólne zasady wolnej konkurencji, niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności, jako że przedmiotem niniejszej sprawy są zamówienia objęte wyłączeniem [z dyrektywy 2004/18/WE] – stoi na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego pozwalającemu na bezpośrednie udzielanie zamówień na usługi transportu sanitarnego, jeżeli umowę ramową, taką jak [regionalne porozumienie ramowe], która przewiduje również zwrot kosztów stałych i długookresowych, należy uznać za odpłatną?

Co więcej, zadania takich stowarzyszeń wolontariackich mogą, w ocenie Trybunału, być wykonywane przez pracowników jedynie w granicach koniecznych dla ich prawidłowego funkcjonowania.

W świetle powyższych rozważań w odpowiedzi na pytania przedstawione przez włoski sąd Trybunał orzekł, iż art. 49 TfUE i 56 TfUE nie stoją na przeszkodzie uregulowaniom krajowym, na mocy których świadczenie usług transportu sanitarnego i ratownictwa medycznego musi być powierzane w pierwszej kolejności i w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, organizacjom wolontariackim, o ile ramy prawne i umowne, w jakich prowadzona jest ich działalność, faktycznie przyczyniają się do osiągnięcia zamierzonego celu społecznego i do realizacji celów solidarności oraz efektywności budżetowej, które uzasadniają wprowadzenie takich uregulowań.

1.7.5. orzeczenie z dnia 28 stycznia 2016 r. w sprawie C-50/14 *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) i in. przeciwko Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL T04)* i Regione Piemonte, ECLI:EU:C:2016:56

W tej sprawie spór powstał na tle zawartego przez włoski region Piemont, w oparciu o obowiązujące przepisy prawa krajowego, regionalnego porozumienia ramowego z Associazione Croce Bianca del Canavese i szeregiem innych stowarzyszeń wolontariackich oraz w związku z udzieleniem, w oparciu o to porozumienie, przez Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea, lokalny organ administracji odpowiedzialny za zarządzanie służbą zdrowia w Ciriè, Chivasso i Ivrea, stowarzyszeniom wolontariackim, w tym Associazione Croce Bianca del Canavese, zamówienia na usługi transportu osób poddawanych dializie do różnych placówek służby zdrowia.

Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) i dwa inne przedsiębiorstwa prowadzące działalność w sektorze usług przewozu taksówką i wynajmu samochodu z kierowcą, zainteresowane świadczeniem tego rodzaju usług na rzecz publicznych placówek służby zdrowia, zaskarżyły sporne decyzje organów regionalnych i lokalnych do Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, regionalnego sądu administracyjnego w Pemoncie, podnosząc niezgodność kwestionowanej praktyki z przepisami prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych. Piemoncki sąd administracyjny zawiesił toczące się przed nim postępowanie w tej sprawie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych – a mianowicie ogólne zasady wolnej konkurencji, niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności, jako że przedmiotem niniejszej sprawy są zamówienia objęte wyłączeniem [z zakresu stosowania dyrektywy 2004/18/WE] – stoi na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego pozwalającemu na bezpośrednie udzielanie zamówień na usługi transportu sanitarnego stowarzyszeniom wolontariackim, zorganizowanym głównie w oparciu o nieodpłatne świadczenia i w wypadku rzeczywistego zwrotu kosztów?
2. W przypadku uznania, że rozpatrywany sposób udzielenia zamówienia publicznego jest zgodny z prawem Unii, czy konieczne jest wcześniejsze porównanie ofert pochodzących od większej liczby jednorodnych podmiotów (ewentualnie także z innych państw członkowskich) uprawnionych do bezpośredniego uzyskania zamówienia, w celu ograniczenia ryzyka poniesienia zbędnych lub nieracjonalnych kosztów, i czy zatem w taki sposób należy interpretować przepis prawa krajowego, który pozwala na bezpośrednie udzielenie zamówienia?
3. W przypadku uznania, że rozpatrywany sposób udzielenia zamówienia publicznego jest zgodny z prawem Unii, czy stowarzyszenia wolontariackie, którym bezpośrednio udzielono zamówienia, muszą być objęte szczegółowymi ograniczeniami procentowymi w zakresie równoległego dostępu do rynku, i czy zatem w taki sposób należy interpretować przepis prawa krajowego, który przewiduje, że działalność gospodarcza tych stowarzyszeń musi mieć charakter uboczny?

Odpowiadając na przedłożone pytania, podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *ASL n. 5 „Spezzino”*, Trybunał orzekł, iż przepisy art. 49 TfUE i 56 TfUE nie sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu, które pozwala organom władzy lokalnej powierzyć stowarzyszeniom wolontariackim świadczenie usług transportu sanitarnego w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, o ile ramy prawne i umowne, w których prowadzona jest działalność tych organizacji, faktycznie przyczyniają się do osiągnięcia zamierzonego celu społecznego, a także realizacji celów solidarności oraz efektywności budżetowej.¹⁴⁵

Jednocześnie Trybunał stwierdził, że w przypadku gdy państwo członkowskie pozwala organom władzy publicznej korzystać bezpośrednio ze stowarzyszeń wolontariackich w celu wykonywania pewnych zadań, organ władzy publicznej, który zamierza zawrzeć umowę z takimi stowarzyszeniami, nie jest zobowiązany na mocy prawa unijnego do uprzedniego porównania ofert różnych stowarzyszeń.

Dodatkowo Trybunał wskazał, że w przypadku gdy państwo członkowskie, które pozwala organom władzy publicznej korzystać bezpośrednio ze stowarzyszeń wolontariackich w celu wykonywania pewnych zadań, upoważnia takie stowarzyszenia do prowadzenia w pewnym zakresie również działalności gospodarczej, w gestii tego państwa członkowskiego pozostaje ustanowienie ograniczeń prowadzenia takiej dodatkowej działalności gospodarczej. Trybunał jednak zaznaczył, iż ograniczenia, o których mowa, muszą gwarantować, że taka działalność gospodarcza będzie miała charakter uboczny w stosunku do głównej działalności stowarzyszeń i że będzie prowadzona w celu wsparcia ich działalności wolontariackiej.

1.8. Zmiana umowy

1.8.1. orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, ECLI:EU:C:2010:182

Spór w tej sprawie powstał na tle wszczętego w grudniu 2002 r. przez miasto Frankfurt postępowania o udzielenie koncesji na usługi prowadzenia, utrzymania, konserwacji i sprzątania jedenastu szaletów miejskich, z których dwa miały zostać dopiero wybudowane. Koncesja miała zostać udzielona na okres szesnastu lat w zamian za prawo do pobierania opłat za korzystanie z tych szaletów i do dysponowania powierzchniami reklamowymi w szaletach i innych miejscach publicznych na terenie miasta. Zgodnie z projektem umowy koncesyjnej, który został przekazany zainteresowanemu wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert, ewentualna zmiana podwykonawcy zaproponowanego w ofercie miała być możliwa jedynie za zgodą miasta. O udzielenie tej koncesji ubiegała się zarówno spółka Wall AG – która w ramach prowadzonej działalności zarządza przestrzenią reklamową na ulicach, a także zajmuje się produkcją, montażem, konserwacją i sprzątaniem szaletów publicznych – jak i spółka Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, dalej: FES – w której miasto Frankfurt posiada 51% udziałów i której statutowy przedmiot działalności obejmuje między innymi utylizację odpadów, oczyszczanie miasta oraz zapewnianie bezpieczeństwa ruchu – przy czym spółka FES wskazywała w swojej ofercie spółkę Wall AG, właściciela szeregu patentów obejmujących funkcjonowanie szaletów „City-WC”, jako podwykonawcę. Sporna koncesja została w czerwcu 2004 r. udzielona spółce FES. W czerwcu 2005 r. FES, uzyskawszy uprzednio zgodę miasta na zmianę podwykonawcy, zawarł umowę na zarządzanie powierzchniami reklamowymi objętymi przedmiotem tej koncesji

¹⁴⁵ zob. omówiony wyżej wyrok w sprawie C-113/13 *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino”*, pkt 65

ze spółką Deutsche Städte Medien, dalej: DSM. Z kolei w październiku 2005 r. FES wystąpiło do miasta o wyrażenie zgody na zmianę podwykonawcy również w odniesieniu do budowy dwóch nowych szaleatów. Pismem z grudnia 2005 r. miasto odpowiedziało, iż rozumie wniosek FES w ten sposób, że koncesjonariusz zamierza wykonać szaleaty przy użyciu własnych środków i na własną odpowiedzialność. Przy tej okazji miasto dało wyraz oczekiwaniu, że standardy wynikające z zawartej umowy koncesyjnej zostaną zachowane.

W tych okolicznościach Wall AG wystąpiła do Landgericht Frankfurt am Main, sądu krajowego we Frankfurcie nad Menem, o wydanie nakazu powstrzymania się przez spółkę FES, po pierwsze, od wykonania umowy na zarządzanie powierzchniami reklamowymi zawartej ze spółką DSM oraz po drugie, od zawarcia umowy na budowę nowych szaleatów z podmiotem trzecim, jak również o nakazanie miastu Frankfurt powstrzymania się od wyrażenia zgody na zawarcie umowy pomiędzy spółką FES a podmiotem innym niż spółka Wall w przedmiocie budowy dwóch szaleatów publicznych.

Sąd krajowy we Frankfurcie zawiesił toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, formułując pięć pytań.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Landgericht Frankfurt am Main przedstawił Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy wyrażoną również w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE zasadę równego traktowania oraz wspólnotową zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową należy interpretować w ten sposób, że wynikający z nich dla organów władzy publicznej obowiązek przejrzystości polegający na otwarciu na konkurencję procesu udzielania koncesji na usługi poprzez zachowanie odpowiedniego poziomu jawności oraz na umożliwieniu kontroli bezstronności postępowań przetargowych (zob. wyroki Trybunału z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Zb.Orz. s. I-10745, pkt 60–62; z dnia 21 czerwca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 17–22; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 46–50; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 21; z dnia 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-7083, pkt 24) wymagają, aby prawo krajowe przyznawało konkurentowi, którego oferta została odrzucona, roszczenie o zaniechanie grożącego naruszenia tego obowiązku lub o zaniechanie trwającego naruszenia?
2. W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy wymieniony wyżej obowiązek przejrzystości należy do prawa zwyczajowego Wspólnot Europejskich, w tym sensie, że jest stosowany w sposób stały, jednakowy i powszechny oraz jest uznany przez zainteresowane podmioty za wiążącą normę?
3. Czy obowiązek przejrzystości wymieniony w pkt 1 [pytaniu pierwszym] wymaga również w przypadku zamierzonej zmiany umowy koncesyjnej na usługi – w tym zmiany podwykonawcy wymienionego w ramach konkursu jako element promujący ofertę – aby w tym względzie otworzono negocjacje na konkurencję przy zachowaniu odpowiedniego poziomu jawności bądź na jakiej podstawie tego rodzaju otwarcie byłoby wymagane?
4. Czy zasady oraz obowiązek przejrzystości wymienione w pytaniu 1. należy interpretować w ten sposób, że w przypadku koncesji na usługi w razie naruszenia obowiązku należy dokonać wypowiedzenia zawartej wskutek tego naruszenia umowy mającej na celu ustanowienie lub zmianę stosunku zobowiązaniowego o charakterze ciągłym?
5. Czy zasady i obowiązek przejrzystości wymienione w pytaniu 1. oraz art. 86 ust. 1 WE, w danym przypadku z uwzględnieniem art. 2 ust. 1 lit. b) i [art. 2] ust. 2 dyrektywy [80/723] oraz art. 1 ust. 9 dyrektywy [2004/18/WE] należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo jako przedsiębiorstwo publiczne lub instytucja zamawiająca podlega temu obowiązkowi przejrzystości, jeżeli:
 - zostało utworzone przez jednostkę samorządu terytorialnego w celu utylizacji odpadów i oczyszczania ulic, jednakże działa również na wolnym rynku;
 - jednostka ta posiada w nim 51% udziałów, jednakże uchwały wspólników mogą być podejmowane wyłącznie większością trzech czwartych głosów;
 - jednostka ta mianuje jedynie jedną czwartą członków rady nadzorczej przedsiębiorstwa w tym przewodniczącego rady nadzorczej oraz
 - przedsiębiorstwo to uzyskuje więcej niż połowę swych obrotów na podstawie umów wzajemnych na utylizację odpadów i oczyszczenie ulic na terenie tej jednostki, przy czym jednostka ta refinansuje się w tym względzie poprzez opłaty komunalne pobierane od jej mieszkańców?

W tym wyroku Trybunał w szczególności przypomniał, że spoczywający na organach administracji publicznej, które zamierzają zawrzeć umowę koncesji na usługi, **obowiązek przejrzystości** zakłada upublicznienie informacji dotyczących udzielanej koncesji w taki sposób, by umożliwić:

- otwarcie postępowania o udzielenie koncesji na usługi na konkurencję

oraz

- kontrolę bezstronności postępowań.¹⁴⁷

Wzorem wcześniejszego orzeczenia w sprawie *presstext Nachrichtenagentur*, wydanego w odniesieniu do zamówień publicznych, w omawianym wyroku Trybunał uznał, że w celu zapewnienia przejrzystości procedur i równego traktowania wykonawców istotne zmiany w zasadniczych postanowieniach umowy koncesji na usługi mogą wymagać przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji oraz zawarcia nowej umowy koncesyjnej, jeżeli charakteryzują się one cechami różniącymi się w zasadniczy sposób od postanowień pierwotnej umowy koncesyjnej i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony istotnych ustaleń tej umowy.¹⁴⁸ Zmiana treści umowy koncesji na usługi w czasie jej obowiązywania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały wprowadzone w ramach pierwotnej procedury zawarcia umowy, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.¹⁴⁹

W tym kontekście Trybunał orzekł, że zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli możliwość takiej zmiany została przewidziana w treści umowy, może niekiedy stanowić zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy. Ocenę w tym zakresie Trybunał pozostawił sądowi odsyłającemu. Gdyby miało się okazać, że zmiana podwykonawcy w konkretnym przypadku stanowi zmianę jednego z istotnych postanowień umowy koncesyjnej, zasłaby wówczas potrzeba zastosowania – zgodnie z wewnętrznym porządkiem prawnym zainteresowanego państwa członkowskiego – wszelkich niezbędnych środków pozwalających na przywrócenie przejrzystości postępowania, włączając w to wszczęcie nowego postępowania o udzielenie koncesji. Nowe postępowanie powinno, jak wskazał Trybunał, zapewniać

¹⁴⁷ zob. 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 60–62; wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consortio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*, ECLI:EU:C:2005:487, pkt 16–19; 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 46–49; 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 18–21; wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 *ASM Brescia SpA przeciwko Comune di Rodengo Saiano*, ECLI:EU:C:2008:416, pkt 58; omówiony w tomie I w punkcie 2.5.2 wyrok 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, pkt 44; wyrok z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset SpA przeciwko Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i innym*, ECLI:EU:C:2009:628, pkt 46–49; wyrok z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 *Sporting Exchange Ltd przeciwko Minister van Justitie*, ECLI:EU:C:2010:307, pkt 39–41; wyrok z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 *Postępowanie karne przeciwko Ernst Engelmänn*, ECLI:EU:C:2010:506, pkt 49 i 50; wyrok z dnia 14 listopada 2013 r. w sprawie C- 221/12 *Belgacom NV przeciwko Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) i inni*, ECLI:EU:C:2013:736, pkt 28

¹⁴⁸ zob. wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund)*, APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, ECLI:EU:C:2008:351, pkt 34

¹⁴⁹ por. cyt. wyrok w sprawie *presstext Nachrichtenagentur*, pkt 35

wykonawcom z innych państw członkowskich dostęp do informacji dotyczących koncesji, z nim dojdzie do jej udzielenia.

Mając powyższe na uwadze, w odpowiedzi na jedno z pytań niemieckiego sądu Trybunał stwierdził, że w sytuacji gdy postanowienia umowy koncesyjnej na usługi zostały zmienione w takim stopniu, iż w wyniku wprowadzonych zmian różnią się zasadniczo od postanowień, które uzasadniały zawarcie pierwotnej umowy koncesyjnej, i w konsekwencji stanowią one wyraz woli stron, by renegocjować istotne postanowienia tej umowy, należy zastosować, zgodnie z wewnętrznym porządkiem prawnym zainteresowanego państwa członkowskiego, wszelkie niezbędne środki pozwalające na przywrócenie przejrzystości postępowania, włączając w to wszczęcie nowego postępowania koncesyjnego.

W omawianym wyroku Trybunał uznał poza tym, iż obowiązek przejrzystości wynikający z przepisów art. 43 TWE i 49 TWE, jak również z zasad równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, nie ma zastosowania do umów zawieranych przez koncesjonariusza w celu realizacji koncesji udzielonej przez jednostkę samorządu terytorialnego, jeżeli:

- koncesjonariusz został utworzony przez jednostkę samorządu terytorialnego w celu usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych, ale prowadzi także działalność komercyjną;
- jednostka samorządu terytorialnego posiada wprawdzie 51% udziałów koncesjonariusza, jednakże decyzje dotyczące zarządzania koncesjonariuszem zapadają większością trzech czwartych głosów na zgromadzeniu wspólników tego przedsiębiorcy;
- tylko jedna czwarta członków rady nadzorczej koncesjonariusza, w tym jej przewodniczący, jest powoływana przez jednostkę samorządu terytorialnego

oraz

- koncesjonariusz uzyskuje ponad połowę swych obrotów z umów wzajemnych dotyczących usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych na terenie tej jednostki samorządu terytorialnego, przy czym jednostka ta finansuje powyższe usługi z podatków lokalnych płaconych przez jej mieszkańców.

Ponadto Trybunał uznał, że zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zawarte w przepisach art. 43 TWE i 49 TWE, jak również wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie wymagają, by krajowe organy administracji publicznej były zobowiązane do odstąpienia od umowy, ani by sądy krajowe były zobowiązane do wydania nakazu w każdym przypadku, gdy zachodzi podejrzenie naruszenia tego obowiązku w związku z przyznawaniem koncesji na usługi.

Zarazem, podobnie jak w omówionych niżej orzeczeniu w sprawie *eVigilo*, orzeczeniu w sprawie *Orizzonte Salute*, orzeczeniu w sprawie *MedEval* i orzeczeniu w sprawie *Marina del Meditteráneo*, trybunał zauważył, iż krajowy porządek prawny powinien uregulować zagadnienie środków prawnych mających na celu zapewnienie ochrony uprawnień przysługujących jednostkom na mocy tego obowiązku, przy czym:

- środki te nie mogą być mniej korzystne niż podobne środki prawne o charakterze wewnątrz-krajowym (zasada równoważności)

oraz

- środki te nie mogą praktycznie uniemożliwiać lub nadmiernie utrudniać korzystania z tych uprawnień (zasada skuteczności).¹⁵⁰

Na zakończenie Trybunał podkreślił, że obowiązek przejrzystości wynika wprost z przepisów art. 43 TWE i 49 TWE, które są bezpośrednio skuteczne w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich, z pierwszeństwem przed wszelkimi przepisami prawa krajowego, które byłyby z nimi niezgodne.

1.8.2. orzeczenie z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14 *Finn Frogne A/S przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, ECLI:EU:C:2016:634

W 2008 r. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, centrum łączności alarmowej duńskiej policji, dalej: CFB, zawarło z Terma A/S, wykonawcą wyłonionym w wyniku przeprowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego postępowania, umowę w sprawie zamówienia na dostawę kompleksowego systemu łączności dla wszystkich służb ratowniczych oraz wieloletnią obsługę tego systemu. Wartość umowy opiewała na łączną kwotę 527 mln DKK, tj. powyżej 70,6 mln EUR. W trakcie realizacji tej umowy wystąpiły problemy z dochowaniem terminu dostawy. W efekcie przeprowadzonych negocjacji CFB i Terma A/S ustaliły warunki ugody, na mocy której przedmiot zamówienia miał zostać ograniczony do dostawy systemu łączności radiowej dla regionalnych jednostek policji o przybliżonej wartości 35 mln DKK, tj. około 4,7 mln EUR. Dodatkowo CFB miało nabyć od spółki Terma A/S dwa centralne centra serwerowe o przybliżonej wartości 50 mln DKK, tj. około 6,7 mln EUR, które – zgodnie z pierwotnymi warunkami zamówienia – CFB miało jedynie wynajmować od Terma A/S. Każda ze stron tej ugody zamierzała ponadto zrezygnować z wszelkich innych roszczeń wynikających z pierwotnej umowy. W październiku 2010 r. CFB opublikowało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, informując o zamiarze zawarcia tej ugody.

Finn Frogne A/S zakwestionowała dopuszczalność zawarcia takiej ugody, argumentując, że z uwagi na istotny charakter wprowadzanych zmian do pierwotnej umowy zawarcie spornej ugody stanowi w istocie udzielenie nowego zamówienia publicznego i jako takie powinno być poprzedzone przeprocedzeniem nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Po oddaleniu odwołania w pierwszej instancji przez Klagenævnet for Udbud, komisję odwoławczą w sprawach zamówień, i Østre Landsret, wschodni sąd regionalny, w drugiej instancji, spółka Finn Frogne A/S wniosła skargę do Højesteret, duńskiego sądu najwyższego, który wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności zawarcia spornej ugody w świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego.¹⁵¹

¹⁵⁰ por. wyrok z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 *eVigilo Ltd przeciwko Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, ECLI:EU:C:2015:166, pkt 39; wyrok z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-61/14 *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato przeciwko Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino – Città di Levico Terme i in.*, ECLI:EU:C:2015:655, pkt 46; wyrok z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-166/14 *MedEval – Qualitäts- , Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*, ECLI:EU:C:2015:779, pkt 37; wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterraneo SL i in. przeciwko Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, ECLI:EU:C:2017:268, pkt 32

¹⁵¹ Højesteret zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy wykładni art. 2 dyrektywy 2004/18/WE w związku z wyrokami Trybunału: z dnia 19 czerwca 2008 r., presetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351) i z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall (C-91/08, EU:C:2010:182) należy dokonywać w ten sposób, że zawarcie ugody, która ogranicza zakres oraz zmienia charakter usług uzgodnionych przez strony w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a także obejmuje porozumienie co do niestosowania środków ochrony prawnej przysługujących w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w celu uniknięcia postępowania sądowego, stanowi umowę, która wymaga

Odpowiadając na przedstawione przez duński sąd pytanie, Trybunał w pierwszym rzędzie przypomniał, że zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie temu, aby po udzieleniu zamówienia publicznego zamawiający i wykonawca wprowadzili do zawartej umowy zmiany, w wyniku których postanowienia umowy będą w sposób istotny różniły się od pierwotnych postanowień zamówienia. Ma to miejsce, tytułem przykładu, wówczas, gdy zamierzona zmiana:

- skutkuje rozszerzeniem przedmiotu zamówienia w sposób znaczący o świadczenia, które pierwotnie nie były w nim przewidziane,
- modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy, w sposób, który nie był przewidziany w pierwotnych warunkach zamówienia,
- wprowadza warunki, które – gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnego zamówienia – umożliwiłyby dopuszczenie do udziału w postępowaniu innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.¹⁵²

W tym kontekście Trybunał zaznaczył, że zmiana pierwotnych warunków zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować istotnym poszerzeniem kręgu potencjalnych wykonawców. Skoro początkowo zamówienie miało taki zakres, że tylko niektórzy wykonawcy mogli ubiegać się o jego udzielenie, znaczne ograniczenie przedmiotu zamówienia mogłoby skutkować tym, że zainteresuje ono również innych, mniejszych wykonawców. Ograniczenie przedmiotu zamówienia powinno bowiem siłą rzeczy spowodować proporcjonalne ograniczenie wymagań stawianych wykonawcom, zważywszy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i w stosunku do tego przedmiotu proporcjonalne.

Trybunał zarazem podkreślił, że – co do zasady – do wprowadzenia istotnej zmiany warunków udzielonego zamówienia nie wystarcza obopólna zgoda stron. W takiej sytuacji konieczne jest przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ istotną zmianę zamówienia należy traktować jako w istocie udzielenie nowego zamówienia.¹⁵³ Inaczej mogłoby być tylko w przypadku, gdyby taka zmiana została przewidziana już w pierwotnych warunkach zamówienia.¹⁵⁴

W ocenie Trybunału wprowadzenia istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego z pominięciem zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie mogą uzasadniać:

- ani okoliczność, iż istotna zmiana warunków zamówienia nie wynikała ze świadomego zamiaru co do ponownego negocjowania warunków zamówienia, lecz z woli zawarcia ugody w celu zaradzenia napotkanym obiektywnym trudnościom,
- ani obiektywnie nieprzewidywalny charakter niektórych aspektów realizacji zamówienia.

Co więcej, tylko to, że niektóre zamówienia można od razu zakwalifikować jako z natury nieprzewidywalne, oznacza, że można się spodziewać wystąpienia trudności na etapie jego realizacji. W konsekwencji w przypadku tego rodzaju zamówień zamawiający powinien wyjątkowo starannie określić przedmiot zamówienia. Jednocześnie zamawiający może zapewnić sobie możliwość dokonania zmian, nawet istotnych, po udzieleniu zamówienia, zamieszczając odpowiednie zapisy w dokumentacji zamówienia.

przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy wykonanie pierwotnej umowy było zagrożone?

¹⁵² zob. cyt. wyrok w sprawie *pressetext Nachrichtenagentur*, pkt 34–37

¹⁵³ por. omówiony wyżej wyrok w sprawie *Wall AG*, pkt 42

¹⁵⁴ zob. cyt. wyrok w sprawie *pressetext Nachrichtenagentur*, pkt 37, 40, 60, 68 i 69

Zdaniem Trybunału poszanowanie zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości winno być zapewnione również w przypadkach tego rodzaju szczególnych zamówień publicznych, co nie wyklucza możliwości uwzględnienia ich cech szczególnych. Celem pogodzenia jednego z drugim należy:

- po pierwsze, ściśle przestrzegać warunków określonych w dokumentacji zamówienia, przez cały czas jego realizacji,

jak również

- po drugie, przewidzieć w dokumentacji zamówienia wyraźne uprawnienie dla zamawiającego do dostosowania pewnych, nawet istotnych, warunków tego zamówienia.

Jedynie przewidując wyraźnie w dokumentacji zamówienia takie uprawnienie i ustalając szczegółowo warunki jego wykonania, zamawiający zapewnia, że wszyscy zainteresowani zamówieniem wykonawcy będą od początku wiedzieli o możliwości skorzystania z takiego uprawnienia i tym samym zostaną potraktowani na równi z innymi.¹⁵⁵

Mając powyższe na uwadze, na zadane przez duński sąd pytanie, Trybunał odpowiedział, że przepis art. 2 dyrektywy 2004/18/WE należało interpretować w ten sposób, że nie można do udzielonego już zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany, nie wszczynając przy tym nowego postępowania o udzielenie zamówienia, nawet wówczas, gdy taka zmiana stanowi rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał w związku z trudnościami z wykonaniem tego zamówienia.

Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji zamówienia przewidziane zostało uprawnienie do dostosowania, już po zawarciu umowy, jej pewnych, nawet istotnych, postanowień, a także – szczegółowe warunki skorzystania z tego uprawnienia.

1.9. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

**orzeczenie z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*,
ECLI:EU:C:2012:324**

W sprawie, której dotyczył wniosek Korkein hallinto-oikeus, fińskiego naczelnego sądu administracyjnego, instytut kontroli technicznej fińskich sił zbrojnych wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę stołu obrotowego do pomiarów elektromagnetycznych o wartości szacunkowej na poziomie 1,65 mln EUR, kierując zaproszenie do negocjacji do czterech wybranych wykonawców. Jeden z nich oprotował decyzję zamawiającego o udzieleniu tego zamówienia poza procedurami przewidzianymi fińską ustawą o zamówieniach publicznych. W ocenie wykonawcy przedmiotowe zamówienie było objęte dyrektywą 2004/18/WE i w związku z tym powinno być udzielone zgodnie z przepisami przenoszącymi tę dyrektywę na grunt prawa krajowego. Z kolei zamawiający argumentował, że przedmiot zamówienia znajduje się w wykazie towarów przeznaczonych zasadniczo do celów wojskowych, co uzasadnia odstąpienie od stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

W tych okolicznościach fiński sąd postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym wykładni

¹⁵⁵ por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 *Komisia Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succchi di Frutta SpA*, ECLI:EU:C:2004:236, pkt 112

art. 10 dyrektywy 2004/18/WE, art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz decyzji Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r. dotyczącej wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych. Sąd krajowy chciał się dowiedzieć, czy dyrektywa 2004/18/WE znajdzie zastosowanie do zamówienia, którego przedmiot zgodnie z deklaracją zamawiającego ma zostać wykorzystany wyłącznie do celów wojskowych, mimo że istnieją dla niego równorzędne zastosowania na rynku cywilnym.¹⁵⁶

Dyrektywa 2004/18/WE, która znajdowała *ratione temporis* zastosowanie do udzielenia spornego zamówienia, w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie dyrektywy 2009/81/WE, w art. 10 przewidywała, że dyrektywę stosuje się do zamówień publicznych udzielanych przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności, z zastrzeżeniem art. 296 TWE (obecnie art. 346 TfUE).

Z kolei w myśl art. 346 TfUE (dawniej art. 296 TWE) postanowienia Traktatów nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł:

- żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa;
- każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Zarazem, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, powoływanie się na ten przepis jest możliwe w odniesieniu do ściśle ograniczonych, wyjątkowych przypadków i wymaga każdorazowo przeprowadzenia szczegółowej analizy zasadności jego zastosowania, w tym analizy pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności. Przepis art. 346 Traktatu odnosi się do środków, jakie państwo członkowskie może uznać za konieczne dla ochrony podstawowych interesów swego bezpieczeństwa, lub informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z tymi interesami, jednak nie można interpretować go w ten sposób, że przyznaje on państwom członkowskim uprawnienie do odstąpienia od przepisów Traktatu wyłącznie wskutek powołania się na powyższe interesy.¹⁵⁷

Podkreślenia wymaga, że środki, do których podjęcia przepis art. 346 ust. 1 lit. b) TfUE upoważnia państwa członkowskie, nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów

¹⁵⁶ Korkein hallinto-oikeus przedstawił Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy 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, przy uwzględnieniu art. 10 tej dyrektywy, art. 346 ust. 1 lit. b) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz zatwierdzonego na mocy decyzji Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r. wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych, obowiązuje w przypadku zamówienia publicznego w pozostałym zakresie objętego zakresem obowiązywania dyrektywy, jeżeli wedle wskazań instytucji zamawiającej przedmiot zamówienia ma zostać użyty wyłącznie do celów wojskowych, jednak istnieje dla niego również w dużej mierze równorzędne techniczne zastosowania użytkowe na rynku cywilnym?

¹⁵⁷ zob. wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-284/05 *Komisja Europejska przeciwko Republice Finlandii*, ECLI:EU:C:2009:778, pkt 47; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-294/05 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Szwecji*, ECLI:EU:C:2009:779, pkt 45; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-372/05 *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:780, pkt 70; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-387/05 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2009:781, pkt 47; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-409/05 *Komisja Europejska przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2009:782, pkt 52; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-461/05 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Danii*, ECLI:EU:C:2009:783, pkt 53; wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-239/06 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2009:784, pkt 48

wojskowych. Co za tym idzie, zamawiający nie może powołać się na przepis art. 346 ust. 1 lit. b) TUE przy nabyciu sprzętu, który niewątpliwie jest przeznaczony do celów cywilnych i ewentualnie przeznaczony do celów wojskowych.¹⁵⁸

Co więcej, Trybunał podzielił stanowisko, jakie zajęła rzecznik generalna Kokott w opinii w tej sprawie, zgodnie z którym nawet gdy dany produkt jest objęty zakresem jednej z kategorii sprzętu wojskowego ujętego w wykazie Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r., jeżeli istnieją dla niego zasadniczo podobne zastosowania techniczne w sektorze cywilnym, może on zostać uznany za przeznaczony wyłącznie do celów wojskowych w rozumieniu przepisu art. 346 TUE jedynie wówczas, gdy takie przeznaczenie nie zostało mu przypisane jedynie przez zamawiającego, lecz również wynika ono z cech właściwych dla sprzętu zaprojektowanego, opracowanego i wyprodukowanego konkretnie do tych celów. Inaczej mówiąc, produkt musi mieć szczególne wojskowe przeznaczenie nie tylko zgodnie z jego konkretnym zastosowaniem zdefiniowanym przez zamawiającego (a więc z subiektywnego punktu widzenia), lecz także zgodnie ze swoją koncepcją i właściwościami (a zatem obiektywnie).¹⁵⁹

Odnosząc się do stanu faktycznego sprawy zawisłej przed sądem krajowym, Trybunał zwrócił uwagę, że stół obrotowy, którego instytucja zamawiająca zamierzała używać tylko do celów wojskowych, mógł zostać zakwalifikowany jako przeznaczony wyłącznie do takich celów w rozumieniu art. 296 ust. 1 lit. b) TUE jedynie wówczas, gdyby zostało wykazane, że w odróżnieniu od podobnych sprzętów o przeznaczeniu cywilnym, które przywoływał odwołujący w postępowaniu przed sądem krajowym, stół ten, ze względu na właściwe mu cechy – w tym wskutek istotnych modyfikacji – został zaprojektowany i opracowany wyłącznie do celów wojskowych.

W konsekwencji w odpowiedzi na pytanie fińskiego sądu, Trybunał orzekł, że przepis art. 10 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 296 ust. 1 lit. b) WE uprawniał państwo członkowskie do odstąpienia od procedur przewidzianych w tej dyrektywie w przypadku zamówienia publicznego udzielanego przez instytucję zamawiającą w dziedzinie obronności, dotyczącego nabycia sprzętu, który choć wprawdzie przeznaczony do wyłącznie wojskowych celów, może również zasadniczo znajdować podobne zastosowanie w sektorze cywilnym, jedynie wówczas, gdy ów sprzęt, ze względu na właściwe mu cechy – w tym wskutek istotnych modyfikacji – może zostać uznany za zaprojektowany i opracowany wyłącznie do tego rodzaju celów, co powinno podlegać ocenie sądu krajowego.

1.10. Procedury odwoławcze

1.10.1. orzeczenie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority*, ECLI:EU:C:2010:45

W sprawie, której dotyczył wniosek brytyjskiego sądu, spór powstał na tle przeprowadzonego w imieniu National Health Service przez NHS Supply Chain postępowania, którego celem było zawarcie umowy ramowej na dostawę stosowanych miejscowo i zaawansowanych hemostatyków. Strona skarżąca domagała się, między innymi, stwierdzenia naruszenia przez stronę pozwaną odpowiednich przepisów w sprawie udzielania zamówień publicznych oraz zasądzenia od niej z tego tytułu odszkodowania.

¹⁵⁸ por. wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2008:203, pkt 48 i nast.

¹⁵⁹ zob. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 19 stycznia 2012 r. w sprawie C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, ECLI:EU:C:2012:26, pkt 48

Sąd krajowy postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy wiedza strony skarżącej o podnoszonych naruszeniach dyrektywy 2004/18/WE i krajowego rozporządzenia z 2006 r. ma znaczenie dla kwestii tego, kiedy rozpoczyna się bieg terminu na wniesienie powództwa zgodnie z dyrektywą 89/665/EWG i częścią 9 przenoszącego ją na grunt prawa krajowego rozporządzenia z 2006 r.¹⁶⁰

W pierwszym z pytań przedstawionych Trybunałowi w tej sprawie brytyjski sąd odsyłający zastanawiał się, czy bieg terminu do wniesienia powództwa o stwierdzenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych lub odszkodowanie z tytułu naruszenia tych przepisów powinien rozpoczynać się od dnia naruszenia tych przepisów czy też od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o tym naruszeniu. Odpowiadając na to pytanie, Trybunał w pierwszym rzędzie podkreślił, że przepisy prawa krajowego regulujące postępowanie odwoławcze w sprawach z zakresu zamówień publicznych, nie mogą zagrażać skuteczności dyrektywy 89/665/EWG.¹⁶¹ W tym kontekście Trybunał zauważył, iż fakt, że wykonawca dowiadyje się, że jego wniosek lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania, gdyż takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu wykonawcy o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Tym samym założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG cel, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeżeli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym odwołujący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.

Na pierwsze pytanie Trybunał zatem odpowiedział, że art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG wymaga, aby bieg terminu na wniesienie powództwa o stwierdzenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych lub o odszkodowanie z tytułu naruszenia tych przepisów rozpoczynał się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o tym naruszeniu.

¹⁶⁰ High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, skierował do Trybunału następujące pytania:

W sytuacji gdy wykonawca w postępowaniu przed sądem krajowym odwołuje się od zawarcia przez instytucję zamawiającą umowy ramowej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym występował jako oferent, a które powinno było zostać przeprowadzone zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE (oraz odpowiednimi krajowymi przepisami wykonawczymi), oraz gdy w tymże postępowaniu przed sądem krajowym dochodzi on stwierdzenia naruszenia odpowiednich przepisów o zamówieniach publicznych i odszkodowania z tego tytułu, co się tyczy tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego udzielenia:

- a. czy przepis krajowy taki jak art. 47 ust. 7 lit. b) rozporządzenia z 2006 r., który stanowi, że takie powództwo ma zostać wniesione bezzwłocznie, a w każdym razie w ciągu 3 miesięcy od dnia, w którym po raz pierwszy pojawiły się podstawy jego wniesienia, chyba że sąd uzna, że przedłużenie terminu jest uzasadnione, należy interpretować – w kontekście art. 1 i 2 dyrektywy 89/665/EWG oraz wspólnotowej zasady prawnej równowagi, wynikającego z prawa wspólnotowego obowiązku zagwarantowania skutecznej ochrony prawnej lub zasady skuteczności oraz przy uwzględnieniu innych mających znaczenie zasad prawa wspólnotowego – jako przyznający oferentowi względem instytucji zamawiającej bezwarunkowe prawo podmiotowe tej treści, że termin do wniesienia powództwa kwestionującego taki przetarg i udzielenie zamówienia publicznego rozpoczyna bieg od dnia, w którym oferent dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się, że procedura o udzielenie zamówienia oraz udzielenie zamówienia naruszyły wspólnotowe przepisy z zakresu prawa zamówień publicznych, czy też od dnia, w którym nastąpiło naruszenie odpowiednich przepisów z zakresu zamówień publicznych; oraz
- b. w jaki sposób wówczas sąd krajowy ma stosować w którymkolwiek z tych przypadków i) wymogi wniesienia powództwa bezzwłocznie oraz ii) uznanie co do przedłużenia krajowych okresów na wniesienie takiego powództwa?

¹⁶¹ por. cyt. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 72

Drugie z pytań przedłożonych przez brytyjski sąd w tej sprawie obejmowało dwie części.

W pierwszej części tego pytania sąd krajowy zmierzał do ustalenia, czy dyrektywa 89/665/EWG stoi na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, zgodnie z którym powództwo powinno zostać wniesione bezzwłocznie. Odnosząc się do tej części pytania drugiego, Trybunał podkreślił, że cel, jakim jest szybkość postępowania, nie pozwala państwom członkowskim na pominięcie zasady skuteczności, zgodnie z którą stosowanie krajowych terminów zawitych nie powinno uniemożliwiać lub nadmiernie utrudniać wykonywania praw, które przyznaje zainteresowanym prawo unijne. Trybunał podzielił stanowisko wyrażone w opinii rzecznik generalnej Kokott w tej sprawie, zgodnie z którym termin zawity, którego długość pozostawiona jest swobodnej ocenie właściwego sądu, nie jest możliwy do przewidzenia. W związku z tym przepis krajowy przewidujący taki termin nie zapewnia skutecznej transpozycji dyrektywy 89/665/EWG.¹⁶²

W konsekwencji w odpowiedzi na pierwszą część pytania drugiego Trybunał uznał, iż art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG sprzeciwia się obowiązywaniu przepisu krajowego, takiego jak ten w postępowaniu przed sądem krajowym, który umożliwia sądowi krajowemu odrzucenie, ze względu na wniesienie po terminie, powództwa o stwierdzenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych lub o odszkodowanie z tytułu naruszenia tych przepisów, na podstawie ocenianego uznaniowo kryterium, zgodnie z którym takie powództwa powinny być wniesione bezzwłocznie.

W części drugiej drugiego pytania brytyjski sąd chciał się dowiedzieć, jaki wpływ ma dyrektywa 89/665/EWG na zakres uznania przysługującego sądowi krajowemu w odniesieniu do ewentualnego wydłużenia terminu na wniesienie odwołania. Odpowiadając na tę część pytania drugiego, Trybunał przypomniał, że w odniesieniu do przepisów krajowych transponujących dyrektywę sądy krajowe zobowiązane są tak dalece, jak jest to możliwe, dokonywać ich wykładni w świetle brzmienia i celu rozpatrywanej dyrektywy, by osiągnąć przewidziany w niej rezultat.¹⁶³ Na gruncie zamówień publicznych rolą sądu krajowego jest dokonanie wykładni przepisów krajowych ustanawiających termin zawity zgodnej, tak dalece jak to możliwe, z celem dyrektywy 89/665/EWG.¹⁶⁴ A zatem, w świetle odpowiedzi udzielonej na pierwsze z pytań przedstawionych Trybunałowi w tej sprawie, sąd krajowy, przed którym toczy się postępowanie, powinien, tak dalece jak jest to możliwe, dokonać wykładni przepisów krajowych dotyczących terminu do wniesienia powództwa w sposób zapewniający, aby bieg tego terminu rozpoczynał się dopiero od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o naruszeniu przepisów obowiązujących przy udzielaniu zamówienia publicznego. Gdyby przepisy krajowe nie pozwalały na dokonanie takiej wykładni, sąd ten jest zobowiązany, korzystając z przysługującego mu uznania, przedłużyć termin do wniesienia powództwa, tak aby zapewnić skarżącemu termin odpowiadający temu, który by mu przysługiwał, gdyby bieg terminu przewidzianego w obowiązujących przepisach krajowych rozpoczynał się od dnia, w którym dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o naruszeniu przepisów o zamówieniach publicznych.

¹⁶² zob. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 29 października 2009 r. w sprawie C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority*, ECLI:EU:C:2009:676, pkt 69

¹⁶³ por. wyrok z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 *Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153, pkt 26; zob. także cyt. wyrok w sprawach połączonych *Pfeiffer i in.*, pkt 113

¹⁶⁴ zob. wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 *Santex SpA przeciwko Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, przy udziale Sca Mölnlycke SpA, Artsana SpA i Fater SpA*, ECLI:EU:C:2003:109, pkt 63; wyrok z dnia 11 października 2007 r. C-241/06 w sprawie *Lämmerzahl GmbH przeciwko Freie Hansestadt Bremen*, ECLI:EU:C:2007:597, pkt 62

W konsekwencji w odpowiedzi na drugą część pytania drugiego Trybunał stwierdził, że dyrektywa 89/665/EWG wymaga, aby sąd krajowy przedłużył, korzystając z przysługującego mu uznania, termin do wniesienia powództwa, tak aby zapewnić odwołującemu termin odpowiadający temu, który by mu przysługiwał, gdyby bieg terminu przewidzianego w przepisach prawa krajowego rozpoczynał się od dnia, w którym dowiedział się on lub powinien był dowiedzieć się o naruszeniu przepisów w dziedzinie zamówień publicznych. Jeżeli nie można dokonać wykładni przepisów krajowych dotyczących terminów do wniesienia powództwa zgodnej z dyrektywą 89/665/EWG, sąd krajowy jest zobowiązany odstąpić od ich stosowania, w celu zastosowania w całości prawa unijnego i zapewnienia ochrony praw, jakie przyznaje ono jednostkom.

1.10.2. orzeczenie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-456/08 Komisja Europejska przeciwko Irlandii, ECLI:EU:C:2010:46

W lipcu 2001 r. National Road Authority, irlandzka krajowa dyrekcja dróg, wszczęła postępowanie o udzielenie w formule partnerstwa publiczno-prywatnego na okres trzydziestu lat zamówienia na koncepcję, budowę, finansowanie i użytkowanie zachodniej obwodnicy autostradowej miasta Dundalk. W toku postępowania zamawiający najpierw w grudniu 2001 r. zaprosił do negocjacji czterech wykonawców, a następnie w kwietniu 2003 r. zaprosił do dalszych negocjacji dwóch wykonawców, a mianowicie konsorcjum EuroLink, w skład którego wchodziła spółka SIAC Construction Ltd, i konsorcjum Celtic Road Group. W sierpniu 2003 r. zamawiający wezwał oba konsorcja do złożenia ofert ostatecznych, zaś w październiku 2003 r. poinformował konsorcjum EuroLink o wyborze oferty Celtic Road Group, z którym miał kontynuować rozmowy, przy czym zastrzegł możliwość ponownego zaproszenia do rozmów konsorcjum EuroLink. W grudniu 2003 r. zamawiający zdecydował jednak o udzieleniu zamówienia konsorcjum Celtic Road Group i w lutym 2004 r. zawarł z nim umowę. W kwietniu 2004 r. SIAC Construction Ltd wniosła o odszkodowanie do High Court, irlandzkiego sądu najwyższego, który odrzucił skargę SIAC Construction Ltd jako wniesioną po terminie. W ocenie tego sądu przewidziany w irlandzkim prawie trzymiesięczny termin do wystąpienia z powództwem o odszkodowanie zaczął biec w dniu, w którym SIAC Construction Ltd dowiedziała się o wyborze oferty Celtic Road Group, tj. w dniu 14 października 2003 r. W tej sytuacji SIAC Construction Ltd zwróciła się do Komisji Europejskiej, która wszczęła postępowanie w oparciu o przepisy art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE). Po umożliwieniu Irlandii przedstawienia swojego stanowiska w odpowiedzi na zarzuty formalne i bezskutecznym upływie wyznaczonego w uzasadnionej opinii dwumiesięcznego terminu na usunięcie naruszenia Komisja wniosła skargę do Trybunału Sprawiedliwości.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezawiadomienia wykonawcy o udzieleniu zamówienia, Trybunał w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że przepis art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/37/EWG przewidywał, że instytucje zamawiające mają obowiązek niezwłocznego poinformowania wykonawców o podjętych decyzjach dotyczących udzielenia zamówienia. Zawiadomienie kandydatów i oferentów, których oferty odrzucono, o decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego było na mocy tego przepisu obowiązkowe. Zdaniem Trybunału obowiązek taki wynika też z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG, gdyż możliwość skutecznego zaskarżenia decyzji zamawiającego może zostać zapewniona jedynie w sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy zostaną we właściwym czasie o nich poinformowani.¹⁶⁵ Tymczasem w spornym postępowaniu zamawiający nigdy oficjalnie nie zawiadomił konsorcjum EuroLink o swojej decyzji w sprawie udzielenia zamówienia na rzecz Celtic Road Group.

¹⁶⁵ por. wyrok z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-212/02 *Komisja przeciwko Austrii*, ECLI:EU:C:2004:386, pkt 21; wyrok z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-444/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, ECLI:EU:C:2008:190, pkt 38

W konsekwencji Trybunał uznał zarzut naruszenia za uzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Uniplex*, Trybunał przypomniał, że stosowanie terminu zawitego w oparciu o prawo krajowe nie może prowadzić do pozbawienia w konkretnym przypadku skuteczności prawa zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego.¹⁶⁶ Trybunał podkreślił, że postulat szybkości postępowania nie pozwala państwom członkowskim na odbieganie od zasady skuteczności, zgodnie z którą sposoby stosowania terminów zawitych w prawie krajowym nie mogą uniemożliwiać lub nadmiernie utrudniać wykonywania praw, jakie przysługują zainteresowanym wykonawcom na podstawie prawa unijnego, i która leży u podstaw postulatu skutecznej drogi zaskarżenia, wyrażonego w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG.

Trybunał przyznał, że transpozycja dyrektywy do prawa krajowego niekoniecznie wymaga formalnego i dosłownego przeniesienia jej przepisów do wyraźnego i szczególnego przepisu ustawowego lub wykonawczego, a ogólny kontekst prawny może być wystarczający, o ile jest na tyle jasny i precyzyjny, by zainteresowani byli w stanie poznać w pełni swoje prawa i ewentualnie powołać się na nie przed sądami krajowymi.¹⁶⁷ Mimo to Trybunał uznał, iż przepis art. 84A ust. 4 Rules of the Superior Courts, regulaminu sądów najwyższej instancji, w brzmieniu wynikającym ze Statutory Instrument No. 374/1998, dalej: RSC, nie spełnia tych wymagań w zakresie, w jakim pozwala sądowi krajowemu na stosowanie w drodze analogii terminu zawitego przewidzianego dla wniesienia skargi na decyzje o udzieleniu zamówień publicznych do skarg na decyzje tymczasowe instytucji zamawiających wydane w toku postępowania w sprawie udzielenia tego zamówienia, co do których ustawodawca nie przewidział wyraźnie takiego wygaśnięcia terminu. Wynikająca stąd sytuacja prawna nie jest wystarczająco jasna i precyzyjna, aby wykluczyć niebezpieczeństwo, że zainteresowani wykonawcy zostaną pozbawieni przez sąd krajowy przysługującego im prawa zaskarżenia decyzji zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Co więcej, Trybunał stwierdził, że przewidziana w art. 84A ust. 4 RSC możliwość przedłużania przez sąd terminów na wniesienie skargi nie może zrekompensować niedostatków tego przepisu pod względem jasności i precyzji wymaganych przez dyrektywę 89/665/EWG w odniesieniu do terminów wnoszenia skarg. Uwzględniając nawet tę możliwość, zainteresowany wykonawca, w świetle obowiązku złożenia skargi możliwie jak najszybciej, nie może przewidzieć z całą pewnością obowiązującego go terminu.

W świetle powyższego Trybunał orzekł, że Irlandia,

- ze względu na okoliczność, że National Roads Authority nie zawiadomiła oferenta, którego oferta została odrzucona, o swej decyzji o udzieleniu zamówienia na koncepcję, budowę, finansowanie i użytkowanie zachodniej obwodnicy autostradowej miasta Dundalk,

a także

- utrzymując w mocy przepisy art. 84A ust. 4 RSC w zakresie, w jakim wywołują one niepewność co do decyzji, na którą ma być złożona skarga, oraz co do ustalenia terminu na wniesienie tej skargi,

uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG i art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/37/EWG – w odniesieniu do pierwszego zarzutu, oraz art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG – w odniesieniu do zarzutu drugiego.

¹⁶⁶ cyt. wyrok w sprawie *Uniplex*, pkt 27

¹⁶⁷ zob. wyrok z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-474/08 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii*, ECLI:EU:C:2009:681, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo

1.10.3. orzeczenie z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias (C-145/08) i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis (C-149/08)*, ECLI:EU:C:2010:247

W omówionym w punkcie 1.1.1 wyroku w sprawach połączonych *Club Hotel Loutraki i Aktor ATE*, dotyczącym kwalifikacji spornej umowy mieszanej jako zamówienia publicznego na roboty budowlane, Trybunałowi przedłożone zostały do rozstrzygnięcia również pytania odnoszące się do uprawnienia pojedynczych członków grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) do samodzielnego wniesienia odwołania od decyzji zamawiającego.¹⁶⁸

Odnosząc się do zagadnienia poruszonego w tych pytaniach, Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że decyzja, której dotyczyła skierowana do sądu krajowego skarga o stwierdzenie nieważności, pochodziła od Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, greckiej krajowej rady radia i telewizji, dalej: ESR – organu innego niż instytucja zamawiająca, która prowadziła sporne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – zaś ochrona przewidziana w dyrektywie 89/665/EWG dotyczy działań i zaniechań instytucji zamawiających. Tym samym spory dotyczące decyzji organu, takiego jak ESR, nie są objęte systemem odwołań przewidzianym w dyrektywie 89/665/EWG. Zważywszy jednak, że decyzje ESR mogą mieć pewien wpływ na przebieg, a nawet wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie w jakim mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy, Trybunał dokonał oceny spornych rozwiązań krajowych w świetle **zasady skutecznej ochrony sądowej**.

Zgodnie z tą zasadą, w braku unijnych uregulowań w tej dziedzinie zadaniem państw członkowskich jest wyznaczenie właściwych sądów i określenie zasad postępowania w sprawach mających za przedmiot ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa unijnego. Takie krajowe zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (**zasada równoważności**) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie

¹⁶⁸ W sprawie C-149/08 Symvoulío tis Epikrateias wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Zakładając, że przepis krajowy, zgodnie z którym wyłącznie wszyscy razem, a nie poszczególni członkowie konsorcjum nieposiadającego osobowości prawnej, które uczestniczyło w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i tego zamówienia nie otrzymało, mogą zaskarżyć akt na mocy którego udzielono zamówienia, także wówczas, gdy skarga została wniesiona początkowo łącznie przez wszystkich członków konsorcjum, ale w stosunku do niektórych z nich została stwierdzona jej niedopuszczalność, co do zasady nie jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z przepisami dyrektywy 89/665/EWG, czy na potrzeby stosowania wskazanej dyrektywy, przed stwierdzeniem rzeczony niedopuszczalności konieczne jest zbadanie, czy ci poszczególni członkowie konsorcjum zachowują w dalszym ciągu prawo zwrócenia się do innego sądu krajowego w celu uzyskania odszkodowania przewidzianego ewentualnie w przepisach prawa krajowego?
2. W sytuacji gdy istnieje utrwalone orzecznictwo sądu krajowego, zgodnie z którym także każdy poszczególny członek konsorcjum może skutecznie wnieść środek odwoławczy od aktu przyjętego w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych, czy odrzucenie takiego środka odwoławczego jako niedopuszczalnego, z powodu zmiany tego utrwalonego orzecznictwa, nie stwarzając uprzednio skarżącemu możliwości usunięcia braków w zakresie takiej niedopuszczalności ani możliwości przedstawienia uwag w tej kwestii zgodnie z zasadą kontryktoryjności, jest zgodne z przepisami dyrektywy 89/668/EWG, interpretowanej w świetle art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jako ogólnej zasady prawa wspólnotowego?
3. Pytania te były identyczne z pytaniami trzecim i czwartym przedstawionymi Trybunałowi przez ten sam sąd w sprawie C-145/08.

z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności).¹⁶⁹

W odniesieniu do zasady równoważności, Trybunał zauważył, że w dziedzinie zamówień publicznych przepis art. 5 ust. 2 greckiej ustawy nr 2522/1997, który uzależniał przyznanie odszkodowania od uprzedniego stwierdzenia nieważności wyrządzającego szkodę aktu, w związku z art. 47 ust. 1 dekretu prezydenckiego nr 18/1989, zgodnie z którym wyłącznie wszyscy członkowie konsorcjum są uprawnieni do złożenia skargi o stwierdzenie nieważności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadził do tego, że członkowie konsorcjum, działając indywidualnie, nie mieli nie tylko możliwości doprowadzenia do stwierdzenia nieważności niekorzystnego aktu, ale również wystąpienia do sądu właściwego o zasądzenie naprawienia poniesionej indywidualnie szkody, podczas gdy taki brak nie miał miejsca w innych dziedzinach, na mocy przepisów prawa wewnętrznego mających zastosowanie do wniosków dotyczących szkód wyrządzonych przez niezgodne z prawem działanie organów publicznych.

Odnosząc się do zasady skuteczności, Trybunał zwrócił uwagę, że w wyniku zastosowania spornych przepisów krajowych wykonawca był pozbawiony jakiejkolwiek możliwości żądania przed właściwym sądem naprawienia szkody, którą poniósł w związku z naruszeniem przepisów prawa unijnego wskutek wydania aktu administracyjnego, który mógł mieć wpływ na przebieg, jeśli nie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; taki wykonawca był tym samym pozbawiony skutecznej ochrony sądowej w zakresie uprawnień wywodzonych z prawa unijnego.

W konsekwencji Trybunał uznał, iż prawo unijne, a w szczególności prawo do skutecznej ochrony sądowej, stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak rozpatrywane przed sądem krajowym, interpretowanym w ten sposób, że członkowie tymczasowego stowarzyszenia ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego są pozbawieni możliwości indywidualnego żądania naprawienia szkody, którą ponieśli w następstwie decyzji organu innego niż instytucja zamawiająca, uczestniczącego w postępowaniu zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi, która to decyzja może wpływać na przebieg tego postępowania.

1.10.4. orzeczenie z dnia 21 października 2010 r. w sprawie C-570/08 *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias przeciwko Anatheoritiki Archi Prosforon*, ECLI:EU:C:2010:621

Spór w tej sprawie powstał na tle prowadzonego przez Symvoulio Apochetefseon Lefkosias, zarząd sieci kanalizacyjnej w Nikozji, postępowania, które zostało unieważnione decyzją Anatheoritiki Archi Prosforon, cypryjskiego urzędu odwoławczego w sprawach z zakresu zamówień publicznych. Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias, cypryjski sąd najwyższy, rozpatrując tę sprawę, postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem mającym na celu ustalenie, w jakim zakresie dyrektywa 89/665/EWG przyznaje zamawiającym prawo zaskarżenia do sądu decyzji o stwierdzeniu nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wydanych przez właściwe w sprawach zamówień publicznych organy odwoławcze, które nie mają charakteru sądowego.¹⁷⁰

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał zauważył, że motyw czwarty i siódmy dyrektywy 89/665/EWG wskazują wyraźnie „przedsiębiorstwa wspólnotowe” jako strony procedur

¹⁶⁹ zob. cyt. wyrok w sprawie *Impact*, pkt 44, 46 i przytoczone tam orzecznictwo

¹⁷⁰ Pytanie, jakie Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias zadał Trybunałowi, brzmiało:

W jakim zakresie art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665 [...] przyznaje instytucjom zamawiającym prawo zaskarżenia do sądu decyzji o stwierdzeniu nieważności wydanych przez organy odwoławcze, w sytuacji gdy organy te nie mają charakteru sądowego?

odwoławczych w sprawach z zakresu zamówień publicznych. Ponadto przepis art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG – zgodnie z którym procedury odwoławcze dostępne są co najmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów – określa krąg osób, którym należy obowiązkowo przyznać prawo do wniesienia odwołania. W ocenie Trybunału brzmienie przepisów dyrektywy 89/665/EWG nie zawiera żadnego elementu pozwalającego wnioskować, że unijny prawodawca chciał również instytucjom zamawiającym przyznać uprawnienie do wnoszenia odwołań w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Chociaż przepisy art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665/EWG ustanawiają wobec państw członkowskich szczególnie wymóg, dotyczący określonych gwarancji, w przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego; przepisy te nie zmieniają natomiast kręgu osób, którym na mocy dyrektywy przysługuje prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Jednak biorąc pod uwagę nałożony na państwa członkowskie w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG obowiązek zapewnienia prawa do wniesienia odwołania co najmniej każdemu podmiotowi określönemu w tym przepisie, a także autonomię proceduralną przysługującą państwom członkowskim, Trybunał uznał, że nic nie stoi na przeszkodzie, by państwa członkowskie, jeżeli uznają to za stosowne, poszerzyły krąg osób, którym przysługuje dostęp do procedur odwoławczych w rozumieniu tego przepisu.

W konsekwencji Trybunał uznał, iż przepis art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665/EWG nie nakłada na państwa członkowskie obowiązku ustanowienia również dla instytucji zamawiających sądowego środka zaskarżenia decyzji organów odwoławczych niemających charakteru sądowego, rozpatrujących odwołania w sprawach z zakresu zamówień publicznych. Zarazem Trybunał orzekł, że ten przepis nie stoi na przeszkodzie temu, by państwa członkowskie przewidziały w swych porządkach prawnych, jeżeli uznają to za stosowne, tego rodzaju środki zaskarżenia dla instytucji zamawiających.

1.10.5. orzeczenie z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 *Norma-A SIA i Dekom SIA przeciwko Latgales plānošanas reģions*, ECLI:EU:C:2011:721

W sprawie, której dotyczył wniosek łotewskiego sądu, powiat Ludza zawarł umowę na świadczenie usług lokalnego transportu autobusowego w trybie ustawy o koncesji. Norma-A SIA i Dekom SIA, przedsiębiorstwa zainteresowane świadczeniem tych usług na rzecz powiatu, oprotostowały decyzję o wyborze wykonawcy i wniosły o stwierdzenie nieważności zawartej umowy.

Sąd łotewski postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócić się do Trybunału z trzema pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi kwalifikacji spornej umowy jako koncesji na usługi w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE (pytanie pierwsze) oraz stosowania przepisów dyrektywy 92/13/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE przed dniem 20 grudnia 2009 r., tj. przed upływem terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66/WE (pytanie drugie i pytanie trzecie).¹⁷¹

¹⁷¹ Augstākās tiesas Senāts zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE [...] należy interpretować w ten sposób, że za umowę koncesji na usługi publiczne powinno się uznać umowę, przez którą oferentowi przyznaje się prawo do świadczenia autobusowych usług transportu publicznego w przypadkach, w których część wynagrodzenia stanowi prawo do gospodarczego wykorzystania usług transportu publicznego, przy czym jednocześnie organ zamawiający kompensuje usługodawcy straty powstałe w związku ze świadczeniem usług, a ponadto przepisy prawa publicznego regulujące świadczenie tych usług oraz umowa ograniczają ryzyko związane z gospodarczym wykorzystywaniem usług?

Odpowiadając na pytania drugie i trzecie, Trybunał stwierdził, że przepis art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13/EWG – zgodnie z którym państwa członkowskie mają obowiązek zapewniać, że umowa zostanie uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej lub że jej nieskuteczność będzie wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego, w szczególności w sytuacji gdy została ona zawarta w przypadku, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia lub w przypadku gdy została ona zawarta z naruszeniem okresu zawieszenia przewidzianego w art. 2a ust. 2 tej dyrektywy – nie ma w żadnym wypadku zastosowania do umów w sprawach zamówień publicznych, które zostały zawarte przed upływem terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66/WE. W ocenie Trybunału, w braku jakiejkolwiek wskazówki w dyrektywie 2007/66/WE dotyczącej mocy wstecznej tego przepisu sprzeczne z zasadą pewności prawa byłoby twierdzenie, iż przepis ten ma zastosowanie do zamówień, które zostały udzielone przed datą upływu terminu wyznaczonego na transpozycję dyrektywy.

W konsekwencji Trybunał orzekł, iż przepisy art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13/EWG nie miały zastosowania do zamówień publicznych udzielonych przed upływem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66/WE.

Z kolei w odpowiedzi na pierwsze pytanie lotewskiego sądu Trybunał orzekł, iż dyrektywa 2004/17/WE powinna być interpretowana w ten sposób, że „zamówieniem na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy jest umowa, przez którą kontrahent na podstawie przepisów prawa publicznego i klauzul umownych regulujących świadczenie usług nie przejmuje znacznej części ryzyka, które ponosi organ zamawiający. Zarazem Trybunał zaznaczył, że ocena, czy sporna w postępowaniu przed nim transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako koncesja na usługi lub jako zamówienie publiczne na usługi z uwzględnieniem wszystkich charakterystycznych cech rzeczonyj transakcji, należy do sądu odsyłającego.

1.10.6. orzeczenie z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox srl i in. przeciwko Acquedotto Pugliese SpA*, ECLI:EU:C:2014:307

Spór w tej sprawie powstał na tle prowadzonego w 2011 r. przez Acquedotto Pugliese SpA, spółkę zarządzającą siecią wodociągową i kanalizacyjną oraz zintegrowanymi usługami wodnymi dla Apulii i niektórych gmin z sąsiednich regionów, postępowania o udzielenie zamówienia na oczyszczenia sieci kanalizacyjnych, roboty w zakresie zwyczajnego i nadzwyczajnego utrzymania sieci wodociągowych oraz kanalizacyjnych, a także wykonanie przyłączy i rurociągów wodociągowych w osiedlach mieszkaniowych na określonym obszarze terytorialnym, o podstawowej wartości szacunkowej wynoszącej 17 615 739,07 EUR, które miało zostać udzielone według kryterium najniższej ceny.

Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Puglia, regionalny sąd administracyjny w Apulii, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalne dotyczące wykładni dyrektywy 92/13/EWG.¹⁷²

-
2. W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, czy art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13/EWG [...] ma bezpośrednie zastosowanie na Łotwie z dniem 21 grudnia 2009 r.?
 3. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie, czy art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13/EWG należy interpretować w ten sposób, iż ma on zastosowanie do zamówień publicznych, które zostały udzielone przed upływem terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66/WE [...]?

¹⁷² Tribunale amministrativo regionale per la Puglia zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy art. 1, 2a, 2c i 2f dyrektywy [92/13/EWG] należy interpretować w ten sposób, że termin na wniesienie odwołania zmierzającego do ustalenia naruszenia przepisów dotyczących udzielania zamówień

W pytaniach przedstawionych Trybunałowi apulijski TAR chciał się dowiedzieć, czy termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien biec od nowa, w sytuacji gdy podmiot zamawiający podjął po wygaśnięciu terminu na wniesienie skargi decyzję mogącą wpływać na zgodność z prawem tej decyzji o udzieleniu zamówienia. Sąd ten miał również na celu ustalenie, czy w takiej sytuacji wykonawca może wnieść skargę o stwierdzenie nieważności na decyzję o udzieleniu zamówienia, jeżeli dowiedział się o okolicznościach poprzedzających tę decyzję, mogących mieć wpływ na zgodność z prawem spornego postępowania o udzielenie zamówienia.

Podobnie jak w omówionym wyżej orzeczeniu w sprawie *Uniplex*, Trybunał podkreślił, że zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w dziedzinie udzielania zamówień publicznych może mieć miejsce, wyłącznie jeżeli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.¹⁷³ Trybunał zwrócił uwagę, że w spornym postępowaniu decyzja dotycząca zmiany składu zwycięskiego konsorcjum wynikała z okoliczności, które wystąpiły po udzieleniu zamówienia i po wygaśnięciu trzydziestodniowego terminu na wniesienie środka odwoławczego przewidzianego w przepisach krajowych, w związku z czym powiadomienie o decyzji o udzieleniu zamówienia i uzasadnienie tej decyzji oraz przekazanie odpowiedzi na ewentualny wniosek wykonawcy o dodatkowe informacje nie mogły pozwolić na zapoznanie się z tymi okolicznościami. Co więcej, z orzecznictwa Trybunału wynika, że zmiana składu zwycięskiego konsorcjum oznacza zmianę w stosunku do decyzji o udzieleniu zamówienia, która może być uznana za istotną, o ile w świetle szczególnych okoliczności konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia dotyczy ona jednego z istotnych elementów wpływających na podjęcie decyzji o udzieleniu tego zamówienia. W takiej sytuacji należy zastosować wszelkie niezbędne środki przewidziane w prawie krajowym w celu usunięcia takiej nieprawidłowości, włączając w to również zorganizowanie nowego postępowania o udzielenie zamówienia.¹⁷⁴

Uwzględniając powyższe rozważania, na przedłożone przez włoski sąd pytania prejudycjalne Trybunał odpowiedział, iż przepisy art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2a ust. 2 akapit ostatni dyrektywy 92/13/EWG należy interpretować w ten sposób, że termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien biec od nowa, w sytuacji gdy podmiot zamawiający przyjął nową decyzję, po przyjęciu decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz przed podpisaniem umowy, mogącą mieć wpływ na zgodność z prawem decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg tego terminu rozpoczyna się od chwili zawiadomienia oferentów o późniejszej decyzji lub w jego braku – od chwili, w której zapoznali się oni z tą decyzją. Jednocześnie Trybunał podkreślił, że w sytuacji gdy oferent po upływie terminu na wniesienie środka odwoławczego przewidzianego w przepisach krajowych dowiadyuje się o uchybieniu, które miałyby zostać popełnione przed przyjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, prawo wniesienia środka

publicznych biegnie od dnia, w którym wnoszący odwołanie dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o naruszeniu przy zachowaniu zwykłej staranności?

2. Czy art. 1, 2a, 2c i 2f dyrektywy [92/13/EWG] stoją na przeszkodzie krajowym przepisom procesowym lub praktykom interpretacyjnym takim jak te opisane w postępowaniu głównym, które pozwalają sądowi na stwierdzenie niedopuszczalności odwołania zmierzającego do ustalenia naruszenia przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli wnoszący odwołanie dowiedział się o naruszeniu po formalnym zawiadomieniu o treści ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia z powodu zachowania podmiotu zamawiającego?

¹⁷³ por. cyt. wyrok w sprawie *Uniplex*, pkt 32

¹⁷⁴ zob. omówiony wyżej w punkcie 1.8.1 wyrok w sprawie *Wall AG*, pkt 38 i nast.

odwoławczego od tej decyzji przysługuje mu wyłącznie w tym terminie, chyba że wyraźny przepis prawa krajowego gwarantuje takie prawo zgodnie z prawem unijnym.

1.10.7. orzeczenie z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-19/13 *Ministero dell'Interno przeciwko Fastweb SpA*, ECLI:EU:C:2014:2194

W sprawie, której dotyczył wniosek Consiglio di Stato, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego, Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza, departament bezpieczeństwa publicznego włoskiego ministerstwa spraw wewnętrznych, udzielił zamówienia na usługi komunikacji elektronicznej, w tym usługi telefonii stacjonarnej, komórkowej i przesyłu danych, stosując procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia. Przed zawarciem umowy zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, informując o swoim zamiarze. Umowa została zawarta po upływie dziesięciu dni, licząc od dnia publikacji ogłoszenia. Decyzja zamawiającego została zaskarżona następnie przez wykonawcę zainteresowanego uzyskaniem tego zamówienia do Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Lazio, regionalnego sądu administracyjnego w Lacjum, który stwierdził nieważność zawartej umowy.

Zamawiający odwołał się od rozstrzygnięcia łatyńskiego TAR do Consiglio di Stato, który zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wykładni i ważności przewidzianego dyrektywami odwoławczymi wyjątku od obowiązku uznania umowy za nieskuteczną w przypadku, gdy zamawiający, w przekonaniu, że odstąpienie od publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalne, wprawdzie udziela zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ale jednocześnie przed zawarciem umowy publikuje tzw. „ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości” i zawiera umowę dopiero po upływie dziesięciodniowego okresu zawieszenia typu *standstill*.¹⁷⁵

Trybunał zauważył, że przepis art. 2d ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG wymaga uznania umowy za nieskuteczną, jeśli instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co nie było dopuszczalne w świetle przepisów dyrektywy 2004/18/WE. Zarazem unijny prawodawca w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665/EWG przewidział wyjątek od tej zasady. Zgodnie z tym przepisem zasada nieskuteczności umowy nie znajduje zastosowania, jeśli spełnione są następujące trzy przesłanki:

- instytucja zamawiająca uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest dopuszczalne na gruncie dyrektywy 2004/18,

¹⁷⁵ Consiglio di Stato przedstawił w tej sprawie Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy wykładni art. 2d ust. 4 dyrektywy [89/665/EWG] należy dokonywać w ten sposób, iż w wypadku gdy instytucja zamawiająca przed udzieleniem zamówienia bezpośrednio określonego wykonawcy wybranemu bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowała w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* i odczekała co najmniej dziesięć dni z zawarciem umowy, sąd krajowy automatycznie – zawsze i w każdym wypadku – nie ma możliwości orzec nieskuteczności umowy, chociażby stwierdził naruszenie przepisów, które w określonych warunkach pozwalają na udzielenie zamówienia bez przeprowadzania przetargu?
2. Czy art. 2d ust. 4 dyrektywy [89/665/EWG] – rozumiany w ten sposób, że wyklucza możliwość orzeczenia na mocy prawa krajowego (art. 122 [Codice di procedura amministrativa]) nieskuteczności umowy, pomimo stwierdzenia przez sąd naruszenia przepisów pozwalających pod pewnymi warunkami na udzielenie zamówienia bez przeprowadzania przetargu – jest zgodny z zasadami równości stron, niedyskryminacji i ochrony konkurencji oraz zapewnia prawo do skutecznego środka prawnego ustanowione w art. 47 karty [...]?

- instytucja zamawiająca opublikowała w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie opisane w art. 3a niniejszej dyrektywy, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy,

oraz

- umowa nie została zawarta przed upływem co najmniej dziesięciu dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po opublikowaniu tego ogłoszenia.

W ślad za stanowiskiem, jakie zajął w swojej opinii w tej sprawie rzecznik generalny Bot, Trybunał zaznaczył, że poprzez wprowadzenie w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665/EWG tego wyjątku od zasady nieskuteczności umowy unijny prawodawca zmierzał do pogodzenia różnych interesów, mianowicie interesów przedsiębiorstwa, które doznało uszczerbku i które musi mieć możliwość wprowadzenia środka tymczasowego przed podpisaniem umowy i unieważnienia bezprawnie zawartej umowy, a także interesów instytucji zamawiającej i zwycięskiego wykonawcy, których ochrona wymaga uniknięcia niepewności prawnej mogącej wyniknąć z nieskuteczności umowy.¹⁷⁶ W świetle powyższego, w ocenie Trybunału, umożliwienie sądom krajowym orzeczenia, że umowa jest nieskuteczna w przypadku, gdy spełnione są trzy przesłanki określone w tym przepisie, byłoby sprzeczne zarówno z treścią, jak i celem art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665/EWG.

Niemniej jednak organ odwoławczy musi przeprowadzać rzeczywistą kontrolę celem zbadania, czy spełnione są wspomniane przesłanki.

Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługuje przesłanka przewidziana w art. 2d ust. 4 tiret pierwsze, tj. przekonanie instytucji zamawiającej, iż udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalne. Ogłoszenie opisane w art. 3a dyrektywy 89/665/EWG, w którym zamawiający wyraża zamiar zawarcia umowy, powinno zawierać uzasadnienie decyzji o udzieleniu zamówienia bez uprzedniej publikacji. Z tego uzasadnienia powinno wynikać w sposób wyraźny i jednoznaczny, dlaczego instytucja zamawiająca uznała, że może udzielić zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Celem tego uzasadnienia jest zarówno umożliwienie zainteresowanym wykonawcom podjęcie decyzji co do wniesienia odwołania, jak i umożliwienie organowi odwoławczemu przeprowadzenie skutecznej kontroli w tym zakresie.

Odpowiadając na pierwsze pytanie włoskiego sądu Trybunał zatem orzekł, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować z ten sposób, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało udzielone bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co nie było dopuszczalne na gruncie dyrektywy 2004/18/WE, przepis ten wyklucza uznanie tego zamówienia za nieskuteczne, jeśli zostały spełnione przesłanki przewidziane w tym przepisie, czego ocena należy do sądu odsyłającego.

Odpowiadając się z kolei na drugie pytanie przedłożone przez włoski sąd odsyłający, dotyczące ważności przepisu art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE w świetle zasady niedyskryminacji i prawa do skutecznego środka prawnego w rozumieniu art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, Trybunał stwierdził, że jego analiza nie ujawniła żadnej okoliczności, która mogłaby mieć wpływ na ważność art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665/EWG.

¹⁷⁶ zob. opinia rzecznika generalnego Yves'a Bota przedstawiona w dniu 10 kwietnia 2014 r. w sprawie C-19/13 *Ministero dell'Interno przeciwko Fastweb SpA*, ECLI:EU:C:2014:266, pkt 57

1.10.8. orzeczenie z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 *eVigilo Ltd przeciwko Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, ECLI:EU:C:2015:166

W styczniu 2010 r. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, komenda straży pożarnej i ratownictwa podległa litewskiemu ministerstwu spraw wewnętrznych, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia na system ostrzegania i informowania ludności, wykorzystujący infrastrukturę sieci dostawców usług łączności publicznej telefonii mobilnej. Zamówienie zostało wiosną 2011 r. udzielone konsorcjum złożonemu ze spółek NT Service UAB i HNT-Baltic UAB. Spółka eVigilo Ltd, która również była zainteresowana tym zamówieniem, zaskarżyła decyzję zamawiającego o udzieleniu zamówienia, podnosząc między innymi, że eksperci wymienieni w ofercie zwycięskiego konsorcjum pracują na tym samym kowieńskim uniwersytecie, na którym pracują trzej spośród sześciu biegłych, jakich instytucja zamawiająca powołała w celu opracowania specyfikacji istotnych warunków tego zamówienia i dokonania oceny ofert.

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, litewski sąd najwyższy, przed który trafiła ta sprawa, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalne dotyczące zasad postępowania w przypadku takich powiązań pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, które mogą budzić podejrzenia wystąpienia konfliktu interesów, w świetle przepisów prawa unijnego.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Lietuvos Aukščiausiasis Teismas zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy przepisy prawa Unii dotyczące zamówień publicznych – art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy [89/665/EWG], w którym zapisane zostały zasady skuteczności i szybkości w odniesieniu do obrony naruszonych praw oferentów; art. 2 dyrektywy [2004/18/WE], który ustanawia zasady równego traktowania oferentów i przejrzystości; oraz art. 44 ust. 1 i art. 53 ust. 1 lit. a) tej samej dyrektywy, które określają procedurę zawierania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z oferentem, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie – należy rozumieć i interpretować łącznie lub odrębnie (lecz bez ograniczenia do powyższych przepisów) w ten sposób, że:
 - a. w przypadku gdy oferent nabył wiedzę o możliwym znaczącym powiązaniu innego oferenta z biegłymi powołanymi przez instytucję zamawiającą do oceny ofert, i (lub) nabył wiedzę o potencjalnie wyjątkowej pozycji tego oferenta z tytułu prac przygotowawczych uprzednio wykonanych w związku ze spornym postępowaniem przetargowym, i jeżeli w świetle tych okoliczności instytucja zamawiająca nie podjęła żadnych działań, to czy sama ta informacja – bez upewnienia się, czy postępowanie przebiegało w sposób przejrzysty i obiektywny, i nie wymagając ponadto, by skarżący wykazał w konkretny sposób, że biegli byli stronniczy – jest wystarczająca dla uzasadnienia żądania, by organ nadzorczy uznał za niezgodne z prawem działania instytucji zamawiającej;
 - b. organ nadzorczy, stwierdziwszy, że powyższe żądanie skarżącego jest zasadne, nie ma obowiązku, orzekając w przedmiocie konsekwencji takiej niezgodności z prawem dla wyników postępowania przetargowego, uwzględnić okoliczności, że wyniki oceny ofert złożonych przez oferentów byłyby co do istoty takie same, gdyby wśród biegłych oceniających oferty nie było stronniczych asesorów;
 - c. oferent zrozumiał [ostatecznie] treści kryteriów odnoszących się do oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, sformułowanych zgodnie z parametrami jakościowymi i przedstawionych w sposób abstrakcyjny w warunkach zamówienia (kryteria takie jak kompletność i zgodność z potrzebami instytucji zamawiającej), w związku z czym oferent był zasadniczo zdolny do złożenia oferty dopiero w chwili, gdy zgodnie z tymi kryteriami, instytucja zamawiająca oceniła już oferty złożone przez oferentów i przedstawiała zainteresowanym podmiotom wyczerpujące informacje na temat podstaw podjętych decyzji, i czy dopiero od tego momentu mogą mieć zastosowanie do tego oferenta terminy do wniesienia odwołania określone w prawie krajowym?
2. Czy art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy [2004/18/WE], który ma zastosowanie w związku z zasadami regulującymi udzielanie zamówień określonymi w art. 2 tej dyrektywy, należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że instytucje zamawiające nie są upoważnione do ustanawiania (i stosowania) systemu oceny ofert złożonych przez oferentów, zgodnie z którym wyniki oceny ofert zależą od tego, jak bardzo wyczerpująco oferenci wykazali, że ich oferty spełniają wymogi dokumentacji przetargowej, co oznacza, że im bardziej wyczerpująco (bardziej obszernie) oferent opisał zgodność swojej oferty z warunkami zamówienia, tym większą liczbę punktów zdobędzie jego oferta?

Odpowiadając na przedłożone pytania prejudycjalne, Trybunał zauważył, że konflikt interesów wiąże się z ryzykiem, że publiczna instytucja zamawiająca zacznie się kierować względami niezwiązanymi z danym zamówieniem i że będzie sprzyjać konkretnemu wykonawcy. Taki konflikt interesów może zatem stanowić naruszenie wyrażonych w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty. Stwierdzenie stronniczości biegłego wymaga w szczególności oceny faktów i dowodów, co leży w kompetencji instytucji zamawiających oraz organów nadzoru administracyjnego lub organów kontroli sądowej.

Zarazem Trybunał zwrócił uwagę, że ani dyrektywa 89/665/EWG, ani dyrektywa 2004/18/WE nie zawierają konkretnych przepisów w tym względzie, zaś zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w takiej sytuacji zadaniem państw członkowskich jest określenie zasad postępowania administracyjnego i sądowego zapewniających ochronę uprawnień wynikających z prawa unijnego. Takie krajowe zasady postępowania muszą spełniać dwa niezbędne warunki:

- nie mogą być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności)

i

- nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności).¹⁷⁸

W szczególności tryb sądowych postępowań odwoławczych, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych wykonawcom przez prawo unijne uprawnień naruszonych wskutek decyzji zamawiających, nie powinien stanowić zagrożenia dla skuteczności dyrektywy 89/665/EWG.¹⁷⁹

W świetle powyższego w odpowiedzi na pytanie pierwsze lit. a) i b) Trybunał stwierdził, że przepisy art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665/EWG oraz art. 2, art. 44 ust. 1 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE powinny być interpretowane w ten sposób, iż co do zasady nie stoją one na przeszkodzie temu, by niezgodność z prawem oceny ofert złożonych przez wykonawców była stwierdzana jedynie w oparciu o znaczące powiązania zwycięskiego oferenta z biegłymi powołanymi przez instytucję zamawiającą do oceny ofert. Instytucja zamawiająca jest, w każdym wypadku, zobowiązana sprawdzić, czy istnieje ewentualny konflikt interesów, i podjąć odpowiednie działania celem zapobieżenia powstaniu takiego konfliktu, wykrycia go lub zarządzenia mu. W ramach badania odwołania w przedmiocie unieważnienia decyzji dotyczącej zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z powodu stronniczości biegłych nie można wymagać, by wykonawca, którego oferta została odrzucona, wykazał w konkretny sposób, że biegli byli stronniczy. Na gruncie prawa krajowego należy, co do zasady, określić,

¹⁷⁸ zob. tytułem przykładu wyrok z dnia 16 grudnia 1976 r. w sprawie 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG i Rewe-Zentral AG przeciwko Landwirtschaftskammer für das Saarland*, ECLI:EU:C:1976:188, pkt 5; wyrok z dnia 16 grudnia 1976 r. w sprawie 45/76 *Comet BV przeciwko Produktschap voor Siergewassen*, ECLI:EU:C:1976:191, pkt 13-16; wyrok z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS przeciwko państwu belgijskiemu*, ECLI:EU:C:1995:437, pkt 12; wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 *Unibet (London) Ltd i Unibet (International) Ltd przeciwko Justitiekanslern*, ECLI:EU:C:2007:163, pkt 39 i 43; wyrok z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawach połączonych C-222/05 do C-225/05 *J. van der Weerd i inni (C-222/05), H. de Rooy sr. oraz H. de Rooy jr. (C-223/05), Maatschap H. en J. van 't Oever i inni (C-224/05) oraz B. J. van Middendorp (C-225/05) przeciwko Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, ECLI:EU:C:2007:318, pkt 28; wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 *Impact przeciwko Minister for Agriculture and Food i innym*, ECLI:EU:C:2008:223, pkt 44 i 46; zob. także omówiony w punkcie 1.1.1 wyrok z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias (C-145/08) i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis (C-149/08)*, ECLI:EU:C:2010:247, pkt 74

¹⁷⁹ [zob. omówiony wyżej wyrok w sprawie *Uniplex*, EU:C:2010:45, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo]

czy i w jakim zakresie właściwe organy nadzoru administracyjnego i właściwe organy kontroli sądowej powinny rozważyć wpływ ewentualnej stronniczości biegłych na decyzję dotyczącą zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie pierwsze lit. c) Trybunał uznał, że przepisy art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665/EWG oraz art. 2, art. 44 ust. 1 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE powinny być interpretowane w ten sposób, iż wymagają one, by prawo do wniesienia odwołania w przedmiocie zgodności z prawem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługiwało, po upływie terminu przewidzianego w prawie krajowym, rozsądnie poinformowanemu i wykazującemu zwykłą staranność oferentowi, który był zdolny zrozumieć warunki zamówienia dopiero w chwili, gdy instytucja zamawiająca, oceniwszy oferty, przedstawiła wyczerpujące informacje na temat podstaw swojej decyzji. Takie prawo do wniesienia odwołania przysługuje przed upływem terminu do zaskarżenia decyzji dotyczącej zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia.

Wreszcie odpowiadając na pytanie drugie, Trybunał orzekł, że przepisy art. 2 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE umożliwiają, co do zasady, instytucji zamawiającej przyjęcie – jako kryterium oceny ofert złożonych przez oferentów w odpowiedzi na zamówienie publiczne – stopnia zgodności tych ofert z wymogami zawartymi w dokumentacji przetargowej.

1.10.9. orzeczenie z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-61/14 *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato przeciwko Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino – Città di Levico Terme i in.*, ECLI:EU:C:2015:655

Spór w tej sprawie dotyczył wysokości wymaganych przepisami prawa krajowego opłat od środków ochrony prawnej w postępowaniach odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych.

Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, regionalny sąd administracyjny w Trydencie, postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy przepis art. 1 dyrektywy 89/665/EWG oraz zasady równoważności i skuteczności sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu, które przy wnoszeniu skarg w postępowaniach sądowoadministracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych zobowiązuje do uiszczenia opłat sądowych wyższych niż w innych dziedzinach.¹⁸⁰

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał w pierwszym rzędzie podkreślił, że dyrektywa 89/665/EWG pozostawia państwu członkowskiemu swobodę uznania w zakresie wyboru gwarancji proceduralnych, jak również związanych z nimi formalności.¹⁸¹ Zarazem dyrektywa 89/665/EWG nie zawiera żadnego przepisu dotyczącego opłat sądowych uiszczanych przez wykonawców w postępowaniu odwoławczym, mającym na celu, zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, uchylenie lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

¹⁸⁰ Pytanie, jakie Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości, było następujące:

Czy zasady określone w dyrektywie [89/665] sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu [...], które ustanowił[o] wysokie kwoty opłaty standardowej za dostęp do sądu administracyjnego w dziedzinie zamówień publicznych?

¹⁸¹ zob. wyrok w sprawie C-568/08 *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie i inni przeciwko Provincie Drenthe*, ECLI:EU:C:2010:751, pkt 57

W takiej sytuacji w braku uregulowań unijnych w tej dziedzinie zadaniem państw członkowskich, zgodnie z **zasadą autonomii proceduralnej** państw członkowskich, jest określenie zasad postępowania administracyjnego i sądowego, aby zapewnić ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa unijnego, przy czym te zasady postępowania

- nie mogą być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności)

i

- nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa unijnego stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności).¹⁸²

Jednocześnie, zważywszy, że takie opłaty stanowią rozwiązania proceduralne w zakresie sądowych postępowań odwoławczych, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo unijne wykonawcom uprawnień w dziedzinie zamówień publicznych, nie mogą zagrażać skuteczności (*effet utile*) dyrektywy 89/665/EWG.¹⁸³

Oceniając zgodność włoskiego systemu opłat sądowych w sprawach z zakresu zamówień publicznych z powyższymi zasadami, Trybunał zwrócił w szczególności uwagę na następujące rozwiązania:

- wysokość stałych opłat standardowych jest proporcjonalna do wartości zamówienia i nie przekracza 2% wartości zamówienia;
- opłata jest nakładana bez rozróżnienia co do formy i wysokości na wszystkich wykonawców zamierzających wnieść skargę;
- strona przegrywająca sprawę jest zobowiązana do zwrotu kosztów poniesionych przez stronę wygrywającą.

Poza tym Trybunał zwrócił uwagę, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w świetle regulacji dotyczących dopuszczalnych wymagań w zakresie kwalifikacji podmiotowej – zakłada dobrą sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy. Ponadto okoliczność, że opłata standardowa w sprawach z zakresu zamówień publicznych jest znacznie wyższa zarówno od opłat w sporach administracyjnych objętych zwykłą procedurą, jak i od opłat sądowych w postępowaniach cywilnych, sama w sobie nie oznacza niezgodności z zasadą równoważności. Zasada równoważności wymaga bowiem równego traktowania powództw opartych na naruszeniu prawa krajowego i podobnych powództw opartych na naruszeniu prawa unijnego, a nie równoważności krajowych zasad proceduralnych mających zastosowanie do sporów o charakterze innym niż cywilne z jednej strony i spory administracyjne z drugiej strony, lub do sporów należących do dwóch różnych dziedzin prawa.¹⁸⁴

Zdaniem Trybunału opłaty takie jak włoskie opłaty sądowe uiszczane w związku z wniesieniem skargi w postępowaniach sądownoadministracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych zatem nie naruszają ani skuteczności dyrektywy 89/665/EWG, ani zasad równoważności i skuteczności.

Z kolei odnosząc się do kumulacji opłat wnoszonych w ramach tego samego postępowania sądownoadministracyjnego, Trybunał zauważył, że opłata standardowa jest uiszczana nie tylko

¹⁸² zob. omówione wyżej: wyrok w sprawach połączonych *Club Hotel Loutraki i in.*, pkt 74 oraz wyrok w sprawie *eVigilo*, pkt 39

¹⁸³ por. cyt. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 72, a także cyt. wyrok w sprawie *eVigilo*, pkt 40

¹⁸⁴ zob. wyrok z dnia w sprawie C-417/13 *ÖBB Personenverkehr AG przeciwko Gotthard Starjakob*, ECLI:EU:C:2015:38, pkt 74

przy wpisie do rejestru skargi wszczynającej postępowanie, lecz taka sama kwota podlega zapłacie także z tytułu skargi wzajemnej i w przypadku zarzutów uzupełniających, w których podniesione zostają nowe żądania. Co więcej, samo złożenie pism procesowych niezależnych od skargi wszczynającej postępowanie, które mają na celu znaczne rozszerzenie przedmiotu sporu, skutkuje wniesieniem dodatkowej opłaty. W ocenie Trybunału nie jest to sprzeczne ani z przepisami art. 1 dyrektywy 89/665/EWG w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, ani z zasadami równoważności i skuteczności. Zdaniem Trybunału wielokrotne stosowanie opłat sądowych wręcz przyczynia się do właściwego funkcjonowania systemu sądownictwa, stanowiąc źródło jego finansowania i zniechęcając do składania wniosków, które są oczywiście bezzasadne lub mają na celu wyłącznie opóźnienie postępowania. Stosowanie wielu opłat jest jednak uzasadnione jedynie w przypadku odrębności skarg lub zarzutów, jak również rozszerzenia przedmiotu zawisłego sporu. W przeciwnym razie obowiązek uiszczenia kolejnych opłat byłby sprzeczny z gwarantowaną przez dyrektywę 89/665/EWG dostępnością środków ochrony prawnej i z zasadą skuteczności.

W konkluzji Trybunał orzekł, że przepis art. 1 dyrektywy 89/665/EWG, a także zasady równoważności i skuteczności nie sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu, które zobowiązuje do uiszczenia opłat sądowych takich jak opłata standardowa będąca przedmiotem postępowania głównego, przy wnoszeniu do sądów administracyjnych skarg z dziedziny zamówień publicznych. Zarazem przepis art. 1 dyrektywy 89/665/EWG, a także zasady równoważności i skuteczności nie sprzeciwiają się ani wielokrotnemu pobieraniu opłat sądowych od wykonawcy, który wnosi kilka skarg sądowych dotyczących tego samego zamówienia publicznego, ani temu, aby wykonawca był zobowiązany do uiszczenia dodatkowych opłat sądowych, celem podniesienia dodatkowych zarzutów dotyczących tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach toczącego się postępowania sądowego. Jednakże w przypadku gdy zainteresowany wykonawca kwestionowałby zasadność takich skumulowanych opłat, do sądu krajowego należy zbadanie przedmiotów wniesionych skarg lub podniesionych zarzutów w ramach tego samego postępowania. Jeżeli sąd krajowy stwierdzi, że przedmioty te w rzeczywistości nie są odrębne lub nie stanowią znaczącego rozszerzenia przedmiotu już zawisłego sporu, jest on zobowiązany do zwolnienia tego wykonawcy z obowiązku zapłaty skumulowanych opłat sądowych.

1.10.10. orzeczenie z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-166/14 *MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*, ECLI:EU:C:2015:779

Spór w tej sprawie powstał w związku z prowadzonym w 2010 r. przez Huptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, główny związek austriackich instytucji ubezpieczenia społecznego, postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie systemu zarządzania elektronicznego receptami lekarskimi. Umowa w sprawie tego zamówienia została zawarta z Pharmazeutische Gehaltskasse für Österreich, kasą pracowników aptek, w dniu 10 w sierpnia 2010 r. W dniu 1 marca 2011 r. MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH, dalej: MedEval, wniosła do Bundesvergabeamt, federalnego urzędu do spraw zamówień publicznych, o stwierdzenie zawarcia tej umowy z naruszeniem prawa, argumentując, że zamawiający w sposób nieuprawniony skorzystał z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Z uwagi na upływ sześciu miesięcy od daty zawarcia spornej umowy, Bundesvergabeamt uznał wniosek MedEval za niedopuszczalny. MedEval zaskarżyła tę decyzję do Verwaltungsgerichtshof, trybunału administracyjnego, który zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, czy prawo unijne, a w szczególności zasady równoważności i skuteczności, stoją

na przeszkodzie przepisom krajowym, które uzależniają wniesienie skargi o odszkodowanie w związku z naruszeniem normy prawa zamówień publicznych od uprzedniego stwierdzenia niezgodności z prawem postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego z uwagi na brak uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu w przypadku, gdy taki wniosek o stwierdzenie niezgodności z prawem musi być złożony w terminie zawitym sześciu miesięcy, którego bieg rozpoczyna się w dniu następującym po dniu udzielenia danego zamówienia publicznego, i to niezależnie od tego, czy wnioskujący mógł mieć wiedzę o niezgodności z prawem, jaką była obarczona decyzja zamawiającego.¹⁸⁵

W pierwszym rzędzie Trybunał zwrócił uwagę, że w myśl art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG państwa członkowskie mają obowiązek wprowadzenia do swojego prawa krajowego trzech rodzajów środków odwoławczych:

- o zastosowanie środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą,
- o stwierdzenie nieważności decyzji niezgodnych z prawem,
- o odszkodowanie.

Trybunał zauważył, że unijny prawodawca postanowił, po pierwsze, w sposób dosłowny uregulować terminy na wniesienie środków odwoławczych mających na celu stwierdzenie nieskuteczności umów i, po drugie, odesłać do prawa państw członkowskich, jeśli chodzi o terminy odnoszące się do powództw o innym charakterze. Zdaniem Trybunału świadczy to o tym, iż prawodawca unijny – z punktu widzenia skuteczności systemu środków odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych – przyznał szczególne znaczenie pierwszej kategorii powództw o stwierdzenie nieskuteczności umowy.

Zarazem w odniesieniu do powództw o odszkodowanie dyrektywa 89/665/EWG przewiduje w art. 2 ust. 6, że państwa członkowskie mogą uzależnić wystąpienie z takim roszczeniem od uprzedniego uchylecia kwestionowanej decyzji przez organ mający niezbędne uprawnienia, nie ustanawiając normy dotyczącej terminu do wystąpienia z takim powództwem lub innych przesłanek jego dopuszczalności.

Podobnie jak w omówionych wyżej orzeczeniu w sprawie *Wall AG*, orzeczeniu w sprawach połączonych *Club Hotel Loutraki*, orzeczeniu w sprawie *eVigilo* i orzeczeniu w sprawie *Orizzonte Salute*, Trybunał podkreślił, że uregulowanie zasad postępowania w przypadku powództwa o odszkodowanie, w tym terminu na wystąpienie z takim powództwem – w braku uregulowań unijnych – należy do państw członkowskich. Takie zasady postępowania muszą jednak spełniać dwa niezbędne warunki:

- nie mogą być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności)

i

¹⁸⁵ Pytanie, które Verwaltungsgerichtshof przedłożył Trybunałowi, brzmiało:

Czy prawo Unii, a w szczególności ogólne zasady równoważności i skuteczności oraz dyrektywę 89/665, należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ono uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym wniosek o stwierdzenie naruszenia na gruncie prawa zamówień publicznych musi zostać złożony w ciągu sześciu miesięcy po zawarciu umowy, w wypadku gdy stwierdzenie naruszenia prawa zamówień publicznych stanowi przesłankę nie tylko dla uznania umowy za nieskuteczną, lecz także do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym?

- nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności).¹⁸⁶

O ile przepis art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665/EWG nie sprzeciwia się przepisowi prawa krajowego, zgodnie z którym stwierdzenie naruszenia prawa zamówień publicznych stanowi przesłankę wystąpienia z powództwem o odszkodowanie, o tyle poważne wątpliwości w tym zakresie budzi niedopuszczalność skargi o odszkodowanie w przypadku braku uprzedniego uzyskania decyzji stwierdzającej niezgodność z prawem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą wydaje się w oparciu o postępowanie obwarowane terminem zawitym sześciu miesięcy, ze skutkiem od dnia następującego po dniu udzielania danego zamówienia publicznego, i to niezależnie od tego, czy wnioskujący mógł mieć wiedzę o niezgodności z prawem, jaką była obarczona decyzją zamawiającego o udzieleniu tego zamówienia.

W ocenie Trybunału uzależnienie dopuszczalności powództwa o odszkodowanie od wcześniejszego stwierdzenia niezgodności z prawem danego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia w związku z brakiem uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, w przypadku gdy taki wniosek jest obwarowany terminem zawitym sześciu miesięcy, bez uwzględnienia tego, czy podmiot poszkodowany mógł mieć wiedzę o istnieniu naruszenia, może uczynić wykonanie uprawnienia do wystąpienia ze skargą o odszkodowanie praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym. W konsekwencji wykonawca byłby pozbawiony nie tylko możliwości stwierdzenia nieważności decyzji zamawiającego, lecz również wszelkich środków odwoławczych przewidzianych w art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG.

W świetle powyższych rozważań Trybunał orzekł, że system odwoławczy taki jak w postępowaniu przed sądem odsyłającym jest spreczny z zasadą skuteczności, i uznał jednocześnie, że nie ma konieczności badania sprzeczności tych rozwiązań z zasadą równoważności.

Konkludując, na postawione pytanie Trybunał odpowiedział, że prawo unijne, a w szczególności zasada skuteczności, sprzeciwia się przepisom krajowym, które uzależniają wystąpienie ze skargą o odszkodowanie w związku z naruszeniem normy prawa zamówień publicznych od wcześniejszego stwierdzenia niezgodności z prawem postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego wskutek braku uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, w przypadku gdy taki wniosek o stwierdzenie niezgodności z prawem musi być złożony w terminie zawitym sześciu miesięcy, którego bieg rozpoczyna się w dniu następującym po dniu udzielenia danego zamówienia publicznego, i to niezależnie od tego, czy wnioskujący mógł mieć wiedzę o niezgodności z prawem, jaką była obarczona decyzją zamawiającego.

1.10.11. orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterráneo SL i in.* przeciwko *Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, ECLI:EU:C:2017:268

W sprawie, której dotyczył wniosek hiszpańskiego sądu, spór powstał w związku z prowadzonym w 2010 r. przez *Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, andaluzyjski urząd portowy, postępowaniem o udzielenie koncesji na roboty budowlane w zakresie rozbudowy portu »La Bajadilla« w Marbelli, o wartości szacunkowej sięgającej 77 mln EUR. W toku tego postępowania *Marina del Mediterráneo SL*, ubiegająca się o udzielenie tej koncesji wspólnie z innymi wykonawcami w ramach konsorcjum o nazwie *Marina Internacional de Marbella*, zakwestionowała – w drodze odwołania do zamawiającego – decyzję o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu

¹⁸⁶ zob. cyt. wyrok w sprawie *Wall AG*, pkt 64; cyt. wyrok w sprawach połączonych *Club Hotel Loutraki*, pkt 74; cyt. wyrok w sprawie *eVgilo*, pkt 39; cyt. wyrok w sprawie *Orizzonte Salute*, pkt 46

innego konsorcjum, w skład którego wchodziły Nassir bin Abdullah and Sons SL, Puerto Deportivo de Marbella SA i Ayuntamiento de Marbella, rada miasta Marbella.

Po oddaleniu odwołania przez zamawiającego Marina del Mediterráneo zaskarżyła tę decyzję do Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, andaluzyjskiego sądu najwyższego, który nabrał wątpliwości co do dopuszczalności środka zaskarżenia w tym zakresie. Zgodnie bowiem ze znajdującymi wówczas zastosowanie do spornego postępowania przepisami prawa krajowego przedmiotem środka odwoławczego mogły być czynności przygotowawcze, tj. czynności niemające charakteru decyzji administracyjnej, które:

- rozstrzygały bezpośrednio lub pośrednio w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego,
- uniemożliwiały dalszy bieg postępowania o dzielenie zamówienia publicznego

lub

- powodowały brak możliwości obrony lub nieodwracalną szkodę dla uprawnień lub uzasadnionych interesów.

Tym samym czynności przygotowawcze, które nie wywierały skutku dającego się zakwalifikować do którejkolwiek z powyższych kategorii, tzn. ani nie rozstrzygały bezpośrednio lub pośrednio w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, ani nie uniemożliwiały dalszego biegu postępowania o dzielenie zamówienia publicznego, ani nie powodowały braku możliwości obrony lub nieodwracalnej szkody dla uprawnień lub uzasadnionych interesów, nie podlegały zaskarżeniu w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Jako że Marina del Mediterráneo SL kwestionowała decyzję zamawiającego o dopuszczeniu do udziału w tym postępowaniu innego konsorcjum, decyzja ta nie stanowiła, w ocenie sądu krajowego, decyzji, od której przysługiwał środek odwoławczy. Tego rodzaju nieprawidłowości należało podnieść dopiero na późniejszym etapie postępowania, w drodze zakwestionowania decyzji o udzieleniu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, hiszpański sąd zawiesił postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczenia wstępnego w tej sprawie. Sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy przepisy art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665/EWG stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, na mocy których decyzja o dopuszczeniu wykonawcy do udziału w postępowaniu, której zarzuca się naruszenie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub przenoszących je na grunt prawa wewnętrznego uregulowań krajowych, nie należy do czynności przygotowawczych instytucji zamawiającej, które mogą podlegać zaskarżeniu do sądu.¹⁸⁷

Odpowiadając na przedstawione pytania, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że przepis art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG wymaga, by każda podjęta przez instytucję zamawiającą decyzja, która może naruszać normy prawa unijnego w dziedzinie zamówień

¹⁸⁷ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía zadał Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy w świetle zasad lojalnej współpracy i skuteczności (*effet utile*) dyrektywy 89/665/EWG jej art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych takich jak te zawarte w art. 310 ust. 2 ustawy 30/2007 [...], w zakresie, w jakim przepisy te bronią dostępu do szczególnego środka odwoławczego w sprawach zamówień publicznych w odniesieniu do aktów przygotowawczych instytucji zamawiającej, takich jak decyzja o dopuszczeniu oferty złożonej przez oferenta, co do którego został podniesiony zarzut niespełnienia wymogów dotyczących poświadczenia zdolności technicznych i wypłacalności ekonomicznej określonych w przepisach krajowych i w przepisach Unii?
2. Jeżeli na pierwsze pytanie zostanie udzielona odpowiedź twierdząca, to czy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665/EWG mają bezpośrednią skuteczność?

publicznych lub przenoszące je na grunt prawa wewnętrznego uregulowania krajowe, podlegała kontroli sądowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) i b) tej dyrektywy. Przepis ten odnosi się więc ogólnie do decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające, bez ich rozróżnienia ze względu na treść lub moment przyjęcia (etap postępowania, na którym zostały podjęte).¹⁸⁸ Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, szerokie rozumienie pojęcia „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” znajduje potwierdzenie w tym, iż przepis art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG nie przewiduje żadnych ograniczeń co do charakteru i treści decyzji, których dotyczy. Zawężająca wykładnia tego pojęcia byłaby niezgodna z przepisem art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, który zobowiązuje państwa członkowskie do ustanowienia postępowań w przedmiocie środków tymczasowych w odniesieniu do wszelkich decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające.¹⁸⁹ W tym kontekście decyzja o dopuszczeniu wykonawcy do udziału w postępowaniu stanowi – podjętą przez instytucję zamawiającą i podlegającą zaskarżeniu – decyzję w rozumieniu przepisu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG. Takiej wykładni pojęcia „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” podlegających zaskarżeniu nie podważa to, że we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *Stadt Halle* Trybunał orzekł, iż działania, które odbywają się w ramach wewnętrznych przygotowań instytucji zamawiającej, mające na celu udzielenie zamówienia publicznego, nie podlegają zaskarżeniu.¹⁹⁰ Decyzja o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykracza bowiem poza ramy wewnętrznych przygotowań zamawiającego. Co więcej, w postępowaniu będącym przedmiotem odesłania sporna decyzja została doręczona na odwołującemu, co siłą rzeczy przeczyłoby jej wewnętrznemu charakterowi.

W odniesieniu do momentu, od którego powinien przysługiwać środek odwoławczy, Trybunał wskazał, iż z motywu drugiego dyrektywy 89/665/EWG wynika, że ma ona na celu wzmocnienie istniejących mechanizmów, zarówno na poziomie krajowym, jak i unijnym, zapewniających skuteczne stosowanie dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia tych przepisów mogą być skorygowane. We wspomnianym wcześniej orzeczeniu w sprawie *Stadt Halle* Trybunał stwierdził, że o ile dyrektywa 89/665/EWG *expressis verbis* nie określa chwili, od której przysługuje środek odwoławczy, o tyle jej cel – jakim jest zapewnienie możliwości skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające – nie upoważnia państw członkowskich do uzależnienia skorzystania z tego uprawnienia od formalnego osiągnięcia przez postępowanie o udzielenie zamówienia określonego etapu.¹⁹¹

Podobnie jak w omówionych wyżej orzeczeniu w sprawie *Wall AG*, orzeczeniu w sprawach połączonych *Club Hotel Loutraki*, orzeczeniu w sprawie *eVigilo*, orzeczeniu w sprawie *Orizzonte Salute* i orzeczeniu w sprawie *MedEval*, Trybunał uznał, że w braku unijnych regulacji określających moment, od którego powinien przysługiwać środek odwoławczy, zadaniem prawa krajowego powinno być wskazanie w tym zakresie zasad postępowania. Takie zasady postępowania muszą spełniać dwa podstawowe warunki:

¹⁸⁸ zob. 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 37; wyrok z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 *Makedoniko Metro i Michaniki AE przeciwko Elliniko Dimosio*, ECLI:EU:C:2003:47, pkt 68; wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5, pkt 28

¹⁸⁹ por. wyrok z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-81/98 *Alcatel Austria AG i inni Siemens AG Österreich i Sag-Schrack Anlagentechnik AG przeciwko Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, ECLI:EU:C:1999:534, pkt 32 i 35; cyt. wyrok w sprawie *Stadt Halle*, pkt 30

¹⁹⁰ cyt. wyrok w sprawie *Stadt Halle*, pkt 35

¹⁹¹ zob. cyt. wyrok w sprawie *Stadt Halle*, pkt 38

- nie mogą być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności)

i

- nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa unijnego stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności).¹⁹²

W świetle powyższych rozważań Trybunał uznał, że przepisy prawa krajowego, na mocy których jak w postępowaniu przed sądem odsyłającym wykonawca kwestionujący decyzję zamawiającego o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu innego wykonawcy będzie mógł wnieść środek odwoławczy od tej decyzji dopiero w ramach odwołania od decyzji o udzieleniu tego zamówienia, naruszają przepisy dyrektywy 89/665/EWG. Wykładni tej nie podważa stanowisko, jakie Trybunał zajął między innymi w omówionych wyżej orzeczeniu w sprawie C-456/08 *Komisja przeciwko Irlandii* oraz orzeczeniu w sprawie *eVigilo*, zgodnie z którym pełna realizacja celu dyrektywy 89/665/EWG byłaby zagrożona, gdyby wykonawcy mogli odwoływać się od decyzji zamawiającego na dowolnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmuszając w ten sposób zamawiającego do powtórzenia całego postępowania w celu usunięcia zarzucanych naruszeń.¹⁹³ Stwierdzenie to dotyczy bowiem uzasadnienia rozsądnych terminów zawitych na korzystanie ze środków ochrony prawnej, a nie wykluczenia autonomicznej skargi na decyzję o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawcy, jak w postępowaniu przed sądem krajowym.

Jednocześnie, jak w omówionym w tomie I niniejszego opracowania¹⁹⁴ orzeczeniu w sprawie *PFE*, Trybunał podkreślił, że zgodnie z przepisami art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG środki odwoławcze od decyzji podjętych przez zamawiających w toku postępowania o udzielenie zamówienia muszą być dostępne co najmniej dla każdego, kto ma względnie miał interes w uzyskaniu zamówienia i kto poniósł lub był narażony na poniesienie szkody w wyniku zarzucanego naruszenia.¹⁹⁵ W tym kontekście do sądu krajowego powinna należeć ocena, czy odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz czy poniósł szkodę lub był narażony na poniesienie szkody na skutek decyzji zamawiającego.

W konsekwencji w odpowiedzi na pierwsze pytanie hiszpańskiego sądu odsyłającego Trybunał stwierdził, że przepisy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, iż w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów prawa krajowego, na mocy których decyzja o dopuszczeniu wykonawcy do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, której zarzuca się naruszenie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub uregulowań krajowych przenoszących je na grunt prawa wewnętrznego, nie

¹⁹² por. cyt. wyrok w sprawie *Wall AG*, pkt 64; cyt. wyrok w sprawach połączonych *Club Hotel Loutraki*, pkt 74; cyt. wyrok w sprawie *eVigilo*, pkt 39; cyt. wyrok w sprawie *Orizzonte Salute*, pkt 46; cyt. wyrok w sprawie *MedEval*, pkt 37; zob. także wyrok z dnia 30 września 2010 r. w sprawie C-314/09, *Stadt Graz przeciwko Strabag AG i innym*, ECLI:EU:C:2010:567, pkt 34

¹⁹³ zob. cyt. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 75 i nast.; cyt. wyrok w sprawie *Lämmerzahl*, pkt 50 i nast.; cyt. wyrok w sprawie C-456/08 *Komisja przeciwko Irlandii*, pkt 51 i nast.; cyt. wyrok w sprawie *eVigilo*, pkt 51; por. w drodze analogii, odnośnie do skuteczności prawa unijnego, wyrok z dnia 10 lipca 1997 r. w sprawie C-261/95 *Rosalba Palmisani przeciwko Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, ECLI:EU:C:1997:351, pkt 28; wyrok z dnia 16 maja 2000 r. w sprawie C-78/98 *Shirley Preston i in. przeciwko Wolverhampton Healthcare NHS Trust i in. i Dorothy Fletcher i in. przeciwko Midland Bank plc*, ECLI:EU:C:2000:247, pkt 33

¹⁹⁴ zob. Artur Kowalski *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017 r., str. 83

¹⁹⁵ por. wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA*, ECLI:EU:C:2016:199, pkt 23

należy do czynności przygotowawczych zamawiającego, które mogą podlegać autonomicznemu zaskarżeniu do sądu.

Jednocześnie w tym samym orzeczeniu Trybunał potwierdził, że przepisy art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665/EWG mają skutek bezpośredni, co oznacza, że – w przypadku braku odpowiednich regulacji prawa krajowego – jednostki w sporze z państwem, jak i podmiotami, które mogą być uznane za stanowiące emanację państwa, mogą bezpośrednio powoływać się na treść tych przepisów.¹⁹⁶

¹⁹⁶ por. w szczególności omówiony wyżej w punkcie 1.6.8 wyrok w sprawie *Ambisig*, pkt 16 i nast.

2. 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, jak również w bazie aktów prawnych Unii Europejskiej EUR-Lex pod adresem www.eur-lex.europa.eu.

2.1. orzeczenie z dnia 19 marca 2009 r. w sprawie C-489/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2009:165

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

- 21 Do Komisji wpłynęła skarga na to, że niektóre szpitale w Grecji, które organizowały przetargi na wyroby medyczne, naruszyły obowiązki wynikające z dyrektywy 93/36 w związku z dyrektywą 93/42.
- 22 Zgodnie z informacjami podanymi w skardze niektóre greckie szpitale odrzucały oferty na wyroby medyczne ze względów zdrowia publicznego, pomimo ich certyfikacji za pomocą oznakowania CE, a w każdym razie bez przeprowadzenia postępowania przewidzianego w klauzuli ochronnej w dyrektywie 93/42.
- 23 W dniu 20 kwietnia 2004 r. w związku z dochodzeniem w sprawie tej skargi władze greckie przesyłały Komisji okólnik Ethnikos Organismos Farmakon 19384 z dnia 2 kwietnia 2004 r. (zwany dalej „okólnikiem 19384”), w którym, po pierwsze, przyznano, że niektóre komisje odpowiedzialne za przetargi w szpitalach odrzuciły jako niezgodne przedstawione przez przedsiębiorstwa oferty, dotyczące licznych wyrobów medycznych opatrzonego oznakowaniem CE, bez uprzedniego obowiązkowego zbadania ich przez ten urząd, a po drugie stwierdzono, że w niektórych wypadkach niezgodność dotyczyła specyfikacji arbitralnie ustalonych przez szpitale. Okólnik zawierał przypomnienie i wyjaśnienia dotyczące jedynie właściwej procedury prawnej, jaką komitety powinny zastosować.
- 24 Pismem z dnia 8 listopada 2004 r. składający skargę dostarczył dalszych informacji, z których wynikało, że pomimo rozpowszechnienia okólnika 19384, właściwe komisje niektórych szpitali (np. szpitali ogólnych w Komotini, w Messolongi, szpitala Agios Nikolaos na Krecie oraz szpitala w Heraklionie na Krecie) nadal popełniają te same uchybienia.
- 25 W świetle tych informacji Komisja wszczęła przeciwko Republice Greckiej postępowanie w przedmiocie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w trybie art. 226 WE, wystosowując w dniu 21 marca 2005 r. wezwanie do usunięcia uchybienia. W odpowiedzi z dnia 24 maja 2005 r. wspomniane państwo członkowskie nie zakwestionowało faktu, że niektóre greckie szpitale nie działają zgodnie ze stosownymi przepisami wspólnotowymi, lecz zwróciło uwagę na to, że przypadki, na które powoływała się Komisja, mają charakter wyjątku i zdaniem tego państwa nie świadczą o istnieniu naruszenia prawa wspólnotowego na szeroką skalę w wymiarze horyzontalnym w tym zakresie.
- 26 W dniu 19 grudnia 2005 r. Komisja wydała uzasadnioną opinię, w której stwierdziła, że Republika Grecka uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/36 oraz art. 17 i 18 dyrektywy 93/42, dotyczącym udzielania zamówień publicznych na dostawę wyrobów medycznych, i wezwała to państwo członkowskie do zastosowania się do uzasadnionej opinii w terminie dwóch miesięcy od chwili jej doręczenia.

- 27 W odpowiedzi z dnia 9 lutego 2006 r. na tę uzasadnioną opinię Republika Grecka podniosła, że podjęła już konieczne środki, aby zapewnić prawidłowe stosowanie prawa wspólnotowego, oraz że przypadki przytoczone w uzasadnionej opinii były jedynie wyjątkami od ogólnej praktyki. Oprócz informacji o wydaniu okólnika 19384 poinformowała również o tym, że na żądanie szpitali Ethnikos Organismos Farmakon przeprowadza systematyczne kontrole jakości dostaw. Państwo to podkreśliło fakt, że krajowe szpitale w coraz szerszym zakresie stosują się do zaleceń tego urzędu.
- 28 Jednakże Komisja uzyskała nowe informacje, zgodnie z którymi omawiane naruszenie nadal trwa. Ponadto z zebranych informacji wynikało, że Ethnikos Organismos Farmakon ani nie jest właściwy do sprawowania jakiegokolwiek nadzoru administracyjnego nad szpitalami, ani władny do nakładania na nie sankcji oraz że dotychczas żaden inny organ istniejący w greckim porządku prawnym nie skorzystał z kompetencji w objętym sporem zakresie.
- 29 Uznając, że Republika Grecka nie wywiązała się ze zobowiązań ciążących na niej na mocy art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/36 w związku z art. 17 i 18 dyrektywy 93/42, Komisja wniosła skargę w niniejszej sprawie.

W przedmiocie skargi

Argumentacja stron

- 30 Komisja podnosi, że dyrektywa 93/36 ustanawia dokładne ramy określania przez instytucję zamawiającą wymogów technicznych, jakie mają spełnić zawarte w ofercie wyroby. Zgodnie z art. 8 ust. 2 tej dyrektywy odwoływanie się do norm krajowych wdrażających normy europejskie, europejskich aprobat technicznych lub wspólnych specyfikacji technicznych jest obowiązkowe zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i przy ocenie zgodności produktów będących przedmiotem oferty. Komisja podkreśla, że wyjątki od zasady zapisanej w art. 8 ust. 2 są określone wyczerpująco w art. 8 ust. 3.
- 31 Komisja utrzymuje, że w ogłoszeniach w ramach przetargów organizowanych przez greckie szpitale mowa jest, zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/36, o wymogu szczególnej formy europejskiego zatwierdzenia technicznego dla wyrobów medycznych, którym jest oznakowanie CE, przewidziane także w dyrektywie 93/42. Pomimo tego instytucje zamawiające w dalszym ciągu wykluczają oferty na niektóre wyroby medyczne opatrzone oznakowaniem CE, chociaż wykluczenie nie jest objęte zakresem jednego z wyjątków określonych w art. 8 ust. 3 dyrektywy 93/36.
- 32 W odniesieniu do dyrektywy 93/42 Komisja podnosi, że określono w niej szczegółowo procedury służące zatwierdzaniu, certyfikacji i wprowadzaniu do obrotu, jak również kontroli wyrobów medycznych, niepozostawiające wątpliwości co do ich poświadczonych cech jakościowych ani niedopuszczające stosowania przez organy państwowe swobodnego uznania poza ramami ustanowionymi w tych przepisach.
- 33 Komisja podnosi, że zasadnicze wymagania w zakresie zgodności i bezpieczeństwa, które mają zastosowanie do wyrobów medycznych, są określone w załączniku I do dyrektywy 93/42 oraz że produkty opatrzone oznakowaniem CE spełniają wszystkie te wymogi. Artykuł 3 w związku z art. 17 tej dyrektywy stanowi podstawę do uznania za zgodny z prawem znaku zgodności tych wyrobów, a co za tym idzie, do dopuszczenia ich swobodnego przepływu na rynku wewnętrznym.
- 34 Komisja podnosi, że możliwe jest, iż niektóre wyroby medyczne, mimo że opatrzone są oznakowaniem CE, uznawane są przez lekarzy za zagrażające zdrowiu i bezpieczeństwu

pacjentów. Komisja podkreśla, że w takich przypadkach wyroby takie mogą zostać odrzucone przez instytucje zamawiające, ale wyłącznie w ramach procedury ochronnej przewidzianej w dyrektywie 93/42 i opisanej w okólniku 19384.

- 35 Komisja wyjaśnia, że zamiast zastosować wspomnianą procedurę ochronną, instytucje zamawiające bezpośrednio odrzuciły oferty wyrobów medycznych opatrzonych oznakowaniem CE. Komisja podnosi, że w przypadku szpitala ogólnego w Heraklionie powiadomiono Ethnikos Organismos Farmakon, lecz jego stanowisko, zgodnie z którym rzeczzone wyroby medyczne należało dopuścić, nie zostało uwzględnione.
- 36 Tymczasem zdaniem Komisji z utrwalonego orzecznictwa wynika, że istnienie dyrektywy zbliżającej ustawodawstwa państw członkowskich, takiej jak dyrektywy 93/36 i 93/42, stanowiącej, że zgodność produktów zawartych w ofercie z przepisami technicznymi dyrektywy musi być poświadczona oznakowaniem CE, rodzi po stronie państw członkowskich obowiązek przestrzegania przewidzianych w dyrektywie szczególnych procedur przy sporach o ważność oznakowania.
- 37 Komisja podnosi, że pomimo przyjęcia okólnika 19384 i rozesłania w dniu 19 stycznia 2006 r., tj. dwa lata później, przypomnienia, niezgodne z prawem zachowanie instytucji zamawiających, jak i brak kontroli tych instytucji ze strony władz greckich utrzymują się. Komisja zwraca uwagę, że znane jej przypadki stanowią typowe przykłady praktyki, która wydaje się być zwykłą praktyką w greckich szpitalach. Argument Republiki Greckiej dotyczący istnienia krajowych procedur zmierzających do karania wszelkich zasignalizowanych uchybień zasadom obowiązującym w dziedzinie zamówień publicznych, nie może stanowić uzasadnienia spornego uchybienia.
- 38 Republika Grecka podnosi, że szpitale, jako instytucje zamawiające, stosują się do właściwych przepisów prawa wspólnotowego i krajowego w zakresie zamówień publicznych na dostawę. Utrzymuje ona, że przypadki, w których niektóre szpitale nie działały zgodnie z odpowiednimi przepisami wspólnotowymi, stanowiły tylko i wyłącznie wyjątek, z którego nie można wywnioskować istnienia naruszenia prawa wspólnotowego na szeroką skalę w wymiarze horyzontalnym w omawianym zakresie.
- 39 Republika Grecka podnosi ponadto, że Ethnikos Organismos Farmakon wydał przeciw okólnik 19384, a także jego wznowienie w dniu 19 stycznia 2006 r., na temat tego, jak należy oceniać wyroby medyczne mające stanowić przedmiot dostaw. Powziął on zatem środki niezbędne do tego, by zapewnić ściśle stosowanie prawa wspólnotowego. Dodatkowo to państwo członkowskie wyjaśnia, że powodem, dla którego nie nałożono jeszcze sankcji na szpitale niestosujące się do właściwych przepisów wspólnotowych, jest okoliczność, że inspektorzy służby zdrowia i zapobiegania (Soma Epitheoriton Ypiresion Ygeias kai Pronoias) nadal prowadzą dochodzenie w tym przedmiocie.

Ocena Trybunału

- 40 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, gdy Komisja powołuje się na szczegółowo uzasadnione skargi wskazujące na powtarzające się uchybienia przepisom dyrektywy, na państwie członkowskim, którego te skargi dotyczą, spoczywa ciężar zakwestionowania w konkretny sposób okoliczności podniesionych w tych skargach (zob. podobnie wyroki: z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 272/86 Komisja przeciwko Grecji, Rec. str. 4875, pkt 19; z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie C-494/01 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-3331, pkt 46).

- 41 Tymczasem w niniejszym przypadku Republika Grecka ani nie przedstawiła konkretnych dowodów w celu zaprzeczenia faktom, których istnienie podnosiła Komisja, ani nie zakwestionowała w merytoryczny i szczegółowy sposób jej twierdzeń. Państwo to uznało po prostu w odpowiedzi na skargę i w okólniku 19384, że niektóre placówki szpitalne naruszyły właściwe przepisy wspólnotowe.
- 42 W związku z tym należy uznać, że istnienie podnoszonych przez Komisję faktów zostało wykazane.
- 43 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału instytucje zamawiające, które ogłosiły przetarg na dostawę wyrobów medycznych opatrzonych oznakowaniem CE, nie mogą odrzucić ze względów dotyczących zdrowia publicznego oferty na takie wyroby w sposób bezpośredni i z pominięciem procedury ochronnej, o której mowa w art. 8 i 18 dyrektywy 93/42. Jeśli instytucja zamawiająca uzna, że oferowane wyroby medyczne opatrzone oznakowaniem CE mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia publicznego, jest zobowiązana powiadomić właściwy krajowy organ w celu wszczęcia rzeczzonej procedury ochronnej (wyrok z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 Medipac-Kazantzidis, Zb.Orz. s. I-4557, pkt 55).
- 44 Należy zauważyć, że Republika Grecka nie kwestionuje również tego, że wskazane przez Komisję instytucje zamawiające greckich szpitali nie przestrzegały przepisów art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/36, a także art. 17 i 18 dyrektywy 93/42, dotyczących procedury udzielania zamówień publicznych na wyroby medyczne opatrzone oznakowaniem CE.
- 45 Republika Grecka utrzymuje natomiast, że odnotowane przez Komisję przypadki stanowią wyjątek i w związku z tym nie mogą stanowić uchybień zobowiązaniom państwa członkowskiego.
- 46 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, mimo iż mające zastosowanie uregulowanie krajowe samo w sobie jest zgodne z prawem wspólnotowym, uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego może wynikać z istnienia praktyki administracyjnej, która to prawo narusza (zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 maja 2005 r. w sprawie C-278/03 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-3747, pkt 13; z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-441/02 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-3449, pkt 47).
- 47 W niniejszym przypadku, jak wynika z uwag stron, skarga o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie ma na celu podważenia poprawności transpozycji przez Republikę Grecką dyrektyw 93/36 i 93/42, tylko ogranicza się do zagadnienia stosowania tych przepisów przez właściwe organy greckie.
- 48 Jeśli chodzi o możliwość stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na podstawie stosowanej w tym państwie praktyki administracyjnej, Trybunał orzekł, że uchybienie można wykazać jedynie poprzez wystarczająco udokumentowany i szczegółowy dowód stosowania zarzucanej praktyki. Taka praktyka administracyjna powinna wykazywać w pewnym stopniu charakter trwały i powszechny, a dla wykazania, że praktyka ma charakter powszechny i trwały, Komisja nie może opierać się na jakimkolwiek domniemaniu (wyrok z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-156/04 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-4129, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Należy stwierdzić na podstawie dokumentów zawartych w przekazanych Trybunałowi aktach, że sporne wyroby są wyrobami spełniającymi wymagania normy technicznej *Far-makopei Europejskiej* i ze swej natury powinny być nabywane przez szpitale na zasadzie wielokrotnego i regularnego zakupu, czyli z ustalonym stopniem powtarzalności.

- 50 Jednak co najmniej szesnaście instytucji zamawiających placówek szpitalnych, w tym szpital w Komotini, szpital w Messolongi, szpital Agios Nikolaos na Krecie, szpital Venizeleio-Pananeio w Heraklionie, szpital w Attyce, szpital Agios Savvas, szpital Elpis, szpital w Argos, szpital Korgialenio-Benakio, szpital Geniko Nosokomeio w Kalamacie, szpital w Nauplionie, szpital P.&A. Kyriakou, szpital w Sparcie, szpital Panarkadiko w Trypolisie, szpital Elena Venizelou i szpital Asklepieio w Vouli, odrzuciło w przetargach sporne wyroby medyczne.
- 51 Lista szpitali wymienionych przez Komisję świadczy o zróżnicowaniu szpitali pod względem wielkości, ponieważ znajdują się na niej niektóre z największych szpitali w Grecji, jak Agios Savvas, Kyriakou i Asklepieio Voulas, ale także szpitale średniej wielkości, jak szpital w Argos, szpital Agios Nikolaos na Krecie lub szpital w Sparcie.
- 52 Ponadto na tej liście figurują szpitale obejmujące zasięgiem geograficznym cały obszar kraju, w szczególności szpitale w Atenach, na Peloponezie i na Krecie, a także obejmujące szeroki zakres specjalizacji, w tym szpitale ogólne, szpital pediatriczny, szpital onkologiczny i szpital położniczy.
- 53 Można więc wyciągnąć wniosek, że sporna praktyka administracyjna instytucji zamawiających, niezgodna z przepisami art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/36 i art. 17 i 18 dyrektywy 93/42, wykazuje w pewnym stopniu charakter trwały i powszechny.
- 54 Jeżeli Komisja dostarczyła wystarczająco dużo informacji wskazujących na to, że władze państwa członkowskiego stosują powtarzającą się i ciągłą praktykę sprzeczną z przepisami dyrektywy, na tym państwie członkowskim spoczywa ciężar merytorycznego i szczegółowego zakwestionowania przedstawionych w ten sposób danych i wynikających z nich konsekwencji (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 47), czego w tym przypadku państwo to nie uczyniło.
- 55 Ponadto z akt przedłożonych Trybunałowi wynika, że niezgodne z prawem postępowanie instytucji zamawiających greckich placówek szpitalnych nie było w wystarczającym stopniu objęte nadzorem i sankcjami ze strony właściwych władz greckich. Pozwane państwo członkowskie uzasadniało brak działania swoich służb jedynie tym, że inspektorzy służby zdrowia i zapobiegania w czasie trwania postępowania nadal prowadzili dochodzenie w tym przedmiocie i nie zakończyli jeszcze prac.
- 56 W związku z powyższym należy stwierdzić, że odrzucając oferty na wyroby medyczne opatrzone oznakowaniem CE, przy czym właściwe instytucje zamawiające szpitale greckich nie przestrzegały procedury przewidzianej w dyrektywie 93/42, Republika Grecka uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/36 oraz art. 17 i 18 dyrektywy 93/42.

2.2.. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, ECLI:EU:C:2009:338

Okoliczności powstania sporu i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

- 5 W dniu 2 lipca 2003 r. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (państwowy zakład energetyczny, zwany dalej „DEI”) ogłosił przetarg na studium, dostawę, transport, instalację i uruchomienie dwóch podobnych bloków energetycznych wraz z wyposażeniem pomocniczym w elektrowni ciepłej w Atherinolakos na Krecie (Grecja).

- 6 Gdy ów pierwszy przetarg został unieważniony wskutek stwierdzenia przez zarząd DEI, że otrzymane oferty nie spełniały pewnych kryteriów, DEI rozpiął w dniu 26 maja 2004 r. nowy przetarg, wykazujący pewne odmienności w stosunku do pierwszego. Oferty wszystkich pięciu spółek i grup przedsiębiorstw uczestniczących w tym postępowaniu zostały odrzucone przez komisję przetargową jako „nieprawidłowe” w tym rozumieniu, że nie były zgodne z różnymi minimalnymi lub maksymalnymi wartościami pewnych parametrów technicznych wymaganych w zamówieniu.
- 7 Pismem z dnia 14 grudnia 2004 r. (zwanym dalej „pismem z dnia 14 grudnia”) zawiadomiono pięciu oferentów uczestniczących w drugim postępowaniu przetargowym o jego unieważnieniu, wzywając ich do złożenia „ostatecznej pod względem finansowym” oferty w terminie 15 dni od otrzymania wspomnianego pisma.
- 8 W piśmie z dnia 14 grudnia DEI uzasadnił decyzję o zastosowaniu tej nowej procedury, powołując się na „całościową historię sprawy oraz:
 - chwilę przyłączenia bloków,
 - konieczność pilnego zaspokojenia wzrastającego od 2007 r. zapotrzebowania Krety na elektryczność,
 - czas potrzebny na instalację obydwu nowych bloków, to jest odpowiednio 29 i 31 miesięcy,
 - nieprzewidziane opóźnienie w udzieleniu zamówienia wynikające z niesatysfakcjonującego rezultatu wcześniejszego zaproszenia do składania ofert”.
- 9 W tym nowym postępowaniu pięciu zainteresowanych oferentów wezwano do skorygowania rozbieżności technicznych, które doprowadziły do odrzucenia ofert w ramach drugiego postępowania. W odniesieniu do innych rozbieżności wymienianych przez DEI oferenci mieli wskazać koszty korekt, których musieli dokonać. Z uwag stron wynika, że wszyscy wspomniani oferenci uczestniczyli w tym nowym postępowaniu.
- 10 Pismem z dnia 7 lutego 2005 r. DEI powiadomił jednego z oferentów, że jego oferta została odrzucona. Pismo to nie zawierało żadnego wyjaśnienia przyczyn tego odrzucenia.
- 11 Z uwag stron wynika, że po licznych wnioskach z jego strony oferent ów otrzymał w dniu 4 kwietnia 2005 r. dokument powiadamiający go szczegółowo o przyczynach tego odrzucenia. Jako że środek zaskarżenia wniesiony przez oferenta do sądu przeciw temu dokumentowi został w dniu 7 lipca 2005 r. oddalony, DEI udzielił zamówienia w dniu 15 września 2005 r.
- 12 Wskutek skargi tego oferenta oraz uznawszy, że doszło do naruszenia wspólnotowych przepisów w zakresie zamówień publicznych, w dniu 12 października 2005 r. Komisja skierowała do Republiki Greckiej wezwanie do usunięcia uchybienia, która to odpowiedziała na nie pismem z dnia 22 grudnia 2005 r.
- 13 Nie będąc przekonana tą odpowiedzią, Komisja skierowała do tego państwa członkowskiego w dniu 4 lipca 2006 r. uzasadnioną opinię nakazującą mu dostosowanie się do niej w terminie dwóch miesięcy od daty jej doręczenia.
- 14 Jako że odpowiedź Republiki Greckiej na wspomnianą uzasadnioną opinię nie usatysfakcjonowała Komisji, postanowiła ona wnieść niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

- 15 W uzasadnieniu skargi Komisja przywołuje dwa zarzuty dotyczące odpowiednio naruszenia art. 20 ust. 2 lit. a) i d) oraz art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38.

Argumentacja stron

- 16 Zarzut pierwszy Komisji dotyczy uchybienia przez Republikę Grecką zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 20 ust. 2 lit. a) i d) dyrektywy 93/38.
- 17 Według Komisji przepisy art. 20 ust. 2 dyrektywy 93/38, jak wynikałoby to z wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-462/03 i C-463/03 Strabag i Kostmann, Zb.Orz. s. I-5397, stanowią odstępstwa, które zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału powinny być interpretowane w sposób ścisły. Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, że ciężar dowodu zaistnienia wyjątkowych okoliczności uzasadniających odstępstwo spoczywa na stronie, która z tych okoliczności wywodzi skutki prawne (zob. w szczególności wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz s. I-4713, pkt 33).
- 18 W odniesieniu w pierwszym rzędzie do art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38 Komisja podnosi, że dwie z przesłanek zastosowania tego przepisu, a mianowicie że nie wpłynęła żadna oferta lub że wpłynęły jedynie oferty nieprawidłowe oraz że początkowe warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione, nie zostały w tym przypadku spełnione.
- 19 Z jednej strony bowiem podmiot zamawiający niesłusznie uznał oferty za „nieprawidłowe” [niezgodne z przedmiotem zamówienia], chociaż były one „zgodne z przedmiotem zamówienia”, a „nie spełniały jedynie jego wymogów formalnych”. Interpretacja terminu „nieprawidłowa” nadana mu przez Republikę Grecką jest zbyt szeroka i pozbawia skuteczności (effet utile) art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38. Porównanie brzmienia tego przepisu z brzmieniem przepisów zawartych w innych dyrektywach o zamówieniach publicznych, w szczególności w dyrektywie 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), dowodzi, że termin „nieprawidłowa” ma taką samą treść we wszystkich tych dyrektywach. Za „nieprawidłową” uznana mogłaby zostać jedynie oferta, której przedmiot całkowicie różniłby się od określonego w ogłoszeniu o warunkach zamówienia. Według Komisji pomiędzy brakiem oferty a ofertą nieprawidłową istnieje związek, ponieważ każda z tych sytuacji zastępuje drugą jako przyczynę udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Wspomniane sytuacje są równoważne nie tylko w zakresie skutków jakie wywołują, lecz również trudności jakie tworzą dla podmiotu zamawiającego, ponieważ potrzeby związane z wykonaniem danego projektu w obydwu przypadkach nie są zaspokojone.
- 20 Interpretując dyrektywę 93/38, nie należy przeceniać wagi zasady elastyczności. Zasada ta, która wpływa oczywiście na treść przepisów dyrektywy 93/38, nie może być przywołana dla uzasadnienia interpretacji tychże wbrew traktatowi WE i zasadom ogólnym równości traktowania i przejrzystości.
- 21 Z drugiej strony w trzecim postępowaniu przetargowym podmiot zamawiający zmienił w sposób istotny warunki zamówienia, co sprawiło, że niektóre oferty „pozostając zgodnymi z przedmiotem zamówienia, przestały spełniać jego wymogi formalne”. Ze sposobu sformułowania drugiego ogłoszenia o zamówieniu wynika, że o ile różnice handlowe i gospodarcze w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu nie były dozwolone, o tyle rozbieżności techniczne wynikające z właściwości budowy lub właściwości technicznych dostarczonego wyposażenia były pod pewnymi warunkami dopuszczalne, tak aby ich skorygowanie nie powodowało szkody finansowej po stronie oferenta. Z pisma z dnia 14 grudnia wynika natomiast, że w trzecim postępowaniu przetargowym uczestnicy byli zobowiązani skorygować wszystkie rozbieżności, jak również ponieść koszty tej korekty. Celem zapewnienia

poszanowania tego wymogu uczestnicy musieli złożyć wiążące oświadczenie odnośnie do skorygowania rozbieżności technicznych obecnych w ich ofertach. Taka zmiana warunków zamówienia sprawiła, że oferty niektórych oferentów, pozostając zgodnymi z przedmiotem zamówienia, przestały spełniać jego wymogi formalne w świetle trzeciego postępowania, podczas gdy były one ważne w świetle drugiego postępowania.

- 22 W tym względzie Komisja uściśla, że wcale nie podważa przyczyn, które doprowadziły do wykluczenia skarżącego z różnych postępowań przetargowych, lecz ogranicza się do zakwestionowania zgodności z prawem decyzji podmiotu zamawiającego uznającej za „nieprawidłowe” oferty, które wpłynęły.
- 23 Komisja przypomina w drugim rzędzie w odniesieniu do art. 20 ust. 2 lit. d) dyrektywy 93/38, na którym to przepisie według Komisji podmiot zamawiający oparł się, aby uzasadnić skorzystanie z procedury udzielenia zamówienia bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, że zastosowanie tego przepisu wymaga wystąpienia „wyjątkowo pilnego charakteru sprawy związanego z wydarzeniami, których podmioty zamawiające nie mogły przewidzieć”. Jednakże w niniejszym przypadku ani wystąpienie pilnego charakteru, ani wydarzeń, których podmioty zamawiające nie mogły przewidzieć, nie zostały wykazane przez podmiot zamawiający. W tym względzie Komisja podnosi w szczególności, że chwila przyłączenia i instalacji bloków była znana przed opublikowaniem pierwszego ogłoszenia o zamówieniu, że wzrost zapotrzebowania Krety na elektryczność nie był nieoczekiwany oraz że okoliczność unieważnienia dwóch postępowań nie może być uznana za wydarzenie, którego podmiot zamawiający nie mógł przewidzieć.
- 24 Komisja dodaje, że wyjaśnienia przedstawione przez Republikę Grecką w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie mogą zmienić przedstawionego przez podmiot zamawiający w piśmie z dnia 14 grudnia uzasadnienia odrzucenia ofert oferentów.
- 25 Republika Grecka podnosi na wstępie, że z jednej strony szczególny charakter przepisów dyrektywy 93/38 w porównaniu do dyrektyw ogólnych w zakresie zamówień publicznych wynika z wrażliwości „sektorów wyłączonych” i objawia się poprzez zasadę elastyczności wyrażoną w motywie 45 dyrektywy 93/38 stanowiącym, że zasady, które mają być stosowane przez zainteresowane podmioty, powinny stanowić układ odniesienia dla rzetelnej praktyki gospodarczej i pozostawić im maksimum elastyczności. Podmioty zamawiające dysponują więc w ramach dyrektywy 93/38 szerszym zakresem swobodnego uznania aniżeli ten, z jakiego korzystają w ramach dyrektyw ogólnych. To w świetle tej zasady elastyczności oceniać należałoby, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodne z przepisami dyrektywy 93/38.
- 26 W ramach dyrektywy 93/38 trzy procedury wspomniane w art. 1 ust. 7 też sytuowałyby się na podstawie zasady elastyczności i szerokiego zakresu swobodnego uznania przyznanego podmiotowi zamawiającemu dokładnie na tym samym poziomie. Artykuł 20 ust. 1 dyrektywy 93/38 pozwalałby podmiotom zamawiającym na swobodny wybór jednego z tych trzech postępowań pod warunkiem, że dokonano zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Jako że dyrektywa 93/38 odróżnia się również pod tym względem od innych dyrektyw przywołanych przez Komisję, orzecznictwa Trybunału dotyczącego tych ostatnich nie można zastosować w drodze analogii do dyrektywy 93/38.
- 27 W odniesieniu w pierwszej kolejności do art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38 oraz do przesłanek stosowania tego przepisu Republika Grecka utrzymuje, że w niniejszym przypadku są one spełnione.

- 28 Z jednej strony w ramach drugiego przetargu z zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie wpłynęły oczywiście oferty, lecz żadna z nich nie została uznana za „prawidłową”. Wbrew temu, co utrzymuje Komisja, pomiędzy ofertą „nieprawidłową” a „niedopuszczalną lub niespełniającą wymogów formalnych, lecz zgodną z przedmiotem zamówienia”, występuje znaczna różnica, jako że pierwsze z tych pojęć odnosi się do zgodności oferty z określonymi przez podmiot zamawiający specyfikacjami technicznymi, a drugie do braku formalnej podstawy uczestnictwa w przetargu. Ponadto interpretacja w drodze analogii, jaką proponuje Komisja, nie może zostać przyjęta ze względu na istotne różnice w brzmieniu różnych przywołanych przepisów, zważywszy, że Trybunał orzekł w sprawie z dnia 17 września 2002 r. C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. s. I-7213, pkt 90, 91, że jedynie przepisy, które należą do tej samej dziedziny prawa wspólnotowego i zasadniczo mają to samo brzmienie, można interpretować w taki sam sposób.
- 29 Argumenty przywołane przez Komisję w odniesieniu do wzięcia pod uwagę zasady elastyczności przy interpretacji dyrektywy 93/38 są zresztą niejasne, pozbawione znaczenia i nieudowodnione. Ponadto Trybunał uznał już, że w ramach procedur określonych w dyrektywie 93/38 podmioty zamawiające dysponują bardzo szerokim zakresem swobodnego uznania, orzekając w pkt 34 ww. wyroku w sprawie Strabag i Kostmann, że zasady wyrażone w dyrektywie 93/38 „zezwalają na szersze stosowanie procedury negocjacyjnej”.
- 30 Z drugiej strony warunki zamówienia nie zostały zmienione, a w każdym razie nie nastąpiła żadna „istotna” zmiana. Z porównania drugiego i trzeciego przetargu bowiem wynika, wbrew temu, co utrzymuje Komisja, że są one takie same w zakresie zabezpieczenia wadium, oceny ofert finansowych i sposobu zapłaty. Ponadto dokładne zbadanie wymogów dotyczących rozbieżności technicznych, kosztów skorygowania różnic oraz wiążącego oświadczenia, jakiego zażądano od oferentów, pozwala stwierdzić, że czynniki te również nie uległy zmianie pomiędzy drugim a trzecim postępowaniem w przedmiocie udzielenia zamówienia.
- 31 W drugiej kolejności w odniesieniu do art. 20 ust. 2 lit. d) dyrektywy 93/38 Republika Grecka zarzuca Komisji dokonanie błędnej interpretacji pisma z dnia 14 grudnia 2004 r. Z pisma tego wynika jednoznacznie, że podmiot zamawiający postanowił wybrać procedurę bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie ze względu na „całościową historię sprawy”, a więc na okoliczność, że oferty, które wpłynęły w dwóch pierwszych postępowaniach, były „nieprawidłowe”. Inne wyjaśnienia zawarte w tym piśmie zostały wspomniane jedynie pomocniczo.
- 32 Należałoby uznać, że chociaż unieważnienie przetargu nie stanowi oczywiście wydarzenia, którego podmiot zamawiający nie mógł przewidzieć, to okoliczność, że w dwóch z rzędu przetargach wszystkie oferty, które wpłynęły, są nieprawidłowe, powinna jednakże zostać uznana za objętą pojęciem „wydarzenia nieprzewidywalnego”.
- 33 W każdym razie Komisja nie udowodniła w sposób wystarczający pod względem prawnym, że podmiot zamawiający powołał się na nieprzewidywalny charakter niepowodzenia dwóch poprzednich przetargów, aby uzasadnić skorzystanie z procedury bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Nie należy mylić skargi o stwierdzenie nieważności z postępowaniem w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, które to daje państwom członkowskim możliwość przedstawienia wyjaśnień, uściśleń oraz w razie konieczności przyczyn uzasadniających ich decyzje. W niniejszej sprawie nie chodzi o ocenę ważności uzasadnienia przedstawionego przez podmiot zamawiający, lecz o ocenę, czy zainteresowanemu państwu członkowskiemu zarzucić można naruszenie dyrektywy 93/38.

- 34 Na wstępie przypomnieć należy, że jako odstępstwa od zasad odnoszących się do procedur udzielania zamówień publicznych przepisy art. 20 ust. 2 lit. c) i d) dyrektywy 93/38 powinny być interpretowane w sposób ścisły oraz że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 33).
- 35 Jako że z analizy łącznej ust. 1 i ust. 2 art. 20 dyrektywy 93/38 wynika, że drugi z tych ustępów stanowi odstępstwo od pierwszego, przewidując przypadki, w których podmiot zamawiający może skorzystać z procedury udzielenia zamówienia bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, należy stwierdzić, że ścisłej interpretacji podlegają nie tylko przepisy art. 20 ust. 2 lit. c) i d) tej dyrektywy, lecz również wszystkie inne przepisy tego art. 20 ust. 2.
- 36 Wniosku tego nie podważają argumenty Republiki Greckiej, według których dyrektywa 93/38 zgodnie z motywem 45 musi pozostawiać „maksimum elastyczności” i zezwala na szersze stosowanie procedury negocjacyjnej aniżeli przykładowo dyrektywa 93/37.
- 37 Z jednej strony – jak podniósł to rzecznik generalny w pkt 15 opinii – wspomniany motyw 45 wskazuje na cel realizowany przez prawodawcę wspólnotowego przez przyjęcie dyrektywy 93/38, a mianowicie uznanie większej elastyczności w ramach zamówień publicznych, których dotyczy wspomniana dyrektywa, i pozwala w konsekwencji wyjaśnić przyczyny, dla których dyrektywa ta, inaczej niż inne dyrektywy z dziedziny zamówień publicznych, zezwala podmiotom zamawiającym na szersze stosowanie procedury negocjacyjnej.
- 38 Z drugiej strony precyzując w motywie 46, że dla zrównoważenia tej elastyczności, jak również w interesie wzajemnego zaufania należy zapewnić przynajmniej minimalny poziom przejrzystości przepisów o udzielaniu zamówień publicznych i przewidując, jak wynika to z art. 20 ust. 1 tej dyrektywy, że skorzystanie z jednej z trzech procedur udzielania zamówień przewidzianych w art. 1 ust. 7 tej dyrektywy poprzedzone musi być zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie, prawodawca wspólnotowy nie pozostawił wątpliwości co do zamiaru uznania możliwości udzielenia zamówienia publicznego bez wcześniejszego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, w warunkach przewidzianych w art. 20 ust. 2 dyrektywy 93/38, za stanowiącą odstępstwo od zasady, zgodnie z którą udzielenie takiego zamówienia musi być poprzedzone zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie.
- 39 Wynika z tego, że nie można uznać argumentu Republiki Greckiej, według którego pojęcie oferty „nieprawidłowej”, w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38, należy interpretować w sposób szeroki.
- 40 To w świetle tych rozważań należy ustalić, czy w niniejszej sprawie Republika Grecka przedstawiła przekonujące dowody, że oferty, które wpłynęły w ramach drugiego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia zostały słusznie zakwalifikowane jako „nieprawidłowe” w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a).
- 41 W tym względzie Republika Grecka podniosła, że w związku z tym, iż oferty, które wpłynęły, nie były w zakresie gwarantowanych poziomów zgodne ze specyfikacjami technicznymi określonymi przez podmiot zamawiający w odniesieniu do uregulowań w dziedzinie ochrony środowiska, przez co elektrownia ciepła nie mogła zostać zgodnie z prawem uruchomiona, wspomniane oferty musiały zostać uznane za „nieprawidłowe” w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38.

- 42 Należy stwierdzić, że specyfikacje techniczne jak te rozpatrywane w niniejszej sprawie, wynikające z uregulowań krajowych i wspólnotowych w dziedzinie ochrony środowiska, muszą być uznane za warunki niezbędne, aby instalacje, których dostawa i uruchomienie są przedmiotem zamówienia, pozwalały podmiotowi zamawiającemu na osiągnięcie celów wyznaczonych mu w drodze aktów ustawowych lub wykonawczych.
- 43 W związku z tym, że niezgodność przedstawionych ofert z takimi specyfikacjami uniemożliwia podmiotowi zamawiającemu zgodną z prawem realizację projektu, dla którego wszczęto postępowanie przetargowe, niezgodność ta nie stanowi jedynie zwykłej nieścisłości lub szczegółu, lecz przeciwnie, musi być uznana za uniemożliwiającą wspomnianym ofertom spełnienie potrzeb podmiotu zamawiającego.
- 44 Oferty takie zatem, jak przyznała to sama Komisja przed Trybunałem, muszą być zakwalifikowane jako „nieprawidłowe” w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38.
- 45 Należy dodać, że w niniejszej sprawie nie jest uzasadniona wyrażona przez Komisję obawa, iż podmioty zamawiające będą obchodzić nałożony przez dyrektywę 93/38 obowiązek zaproszenia do ubiegania się o zamówienia przez ustalanie nadmiernie rygorystycznych lub niemożliwych do spełnienia warunków, celem zakwalifikowania jako „nieprawidłowe” wszystkich przedstawionych ofert przed udzieleniem zamówienia bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie.
- 46 Przede wszystkim bowiem po tym jak podmiot zamawiający uznał, że oferty, które wpłynęły w trakcie pierwszego postępowania w przedmiocie zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, nie odpowiadały ustalonym specyfikacjom technicznym, wszczął drugie postępowanie przetargowe, a więc nie skorzystał natychmiast z procedury przewidzianej w art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38.
- 47 Następnie w ramach procedury negocjacyjnej, którą podmiot zamawiający wszczął na podstawie art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38, zaprosił on do złożenia ofert wszystkich kandydatów, którzy uczestniczyli w drugim postępowaniu w przedmiocie zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, chociaż przepisy wspomnianej dyrektywy odnoszące się do procedury negocjacyjnej, a szczególnie jej art. 1 ust 7 lit. c), nie zobowiązywały go do tego.
- 48 Wreszcie nie dowiedziono ani nawet nie twierdzono, że specyfikacje techniczne określone przez podmiot zamawiający, które doprowadziły go do uznania ofert, jakie otrzymał, za nieprawidłowe, były nadmiernie rygorystyczne bądź niemożliwe do spełnienia.
- 49 Wręcz przeciwnie, jak utrzymywała to Republika Grecka, czemu nie zaprzeczyła Komisja, wymogi odnoszące się do gwarantowanych poziomów, od których oferenci nie mogli odstąpić, zostały w końcu spełnione przez niektórych kandydatów do udzieleniu zamówienia.
- 50 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że podmiot zamawiający mógł zgodnie z prawem zakwalifikować rozpatrywane oferty jako „nieprawidłowe” w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a).
- 51 W tych warunkach należy jeszcze sprawdzić, czy – jak utrzymuje Komisja – podmiot zamawiający wbrew temu, co przewiduje art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38, zmienił w sposób istotny początkowe warunki zamówienia w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie.
- 52 W tym względzie należy podnieść, że analogicznie do tego, co Trybunał orzekł w przedmiocie renegowacji udzielonych już zamówień (zob. wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r.

w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 35), zmiana początkowego warunku zamówienia może być uznana za istotną w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38, w szczególności gdy zmieniony warunek, jeżeli by został ujęty w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłby uznanie ofert złożonych w ramach procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie za prawidłowe lub umożliwiłby złożenie ofert przez oferentów innych niż ci, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu.

- 53 Ponieważ Komisja uważa, jak wynika to z jej uwag, że rozpatrywane okoliczności w sposób oczywisty zaliczają się do pierwszego z tych przypadków, należy zbadać, czy początkowe warunki pierwotnego zamówienia, których niespełnienie doprowadziło podmiot zamawiający do zakwalifikowania ofert, które wpłynęły jako nieprawidłowe, zostały istotnie zmienione w ramach procedury negocjacyjnej.
- 54 Jeżeli chodzi o te warunki, Republika Grecka utrzymuje, czemu nie zaprzecza Komisja, że oferty, które wpłynęły w drugim postępowaniu z zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie, zostały wszystkie uznane za nieprawidłowe ze względu na okoliczność, iż nie były one zgodne z wymogami dotyczącymi poziomu emisji odpadów.
- 55 Należy stwierdzić jednak, że wymogi odnoszące się do tych poziomów nie zostały zmienione w ramach trzeciego postępowania oraz że podobnie jak w dwóch pierwszych postępowaniach, na podmiocie zamawiającym ciążył obowiązek poszanowania wspomnianych wymogów. Ponadto to właśnie ze względu na okoliczność, że nie dopuszczono żadnych rozbieżności w stosunku do tych wymogów, kandydaci musieli złożyć wiążące oświadczenia, w których zobowiązali się dostosować ich oferty do wymogów z ogłoszenia dotyczących gwarantowanych poziomów.
- 56 W odniesieniu do innych specyfikacji technicznych należy uściślić, że chociaż niektóre rozbieżności w stosunku do tych specyfikacji mogły zostać dopuszczone w ramach drugiego postępowania z zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie, koszty wynikające ze skorygowania tych różnic – jak podnosi Republika Grecka i czemu nie zaprzecza Komisja – mogły zostać pozostawione po stronie oferentów. Okoliczności, że w ramach trzeciego postępowania sami oferenci musieli ponieść koszty skorygowania rozbieżności technicznych, nie można zatem uznać za stanowiącą nowy obowiązek.
- 57 W toku trzeciego postępowania oferenci nie byli zresztą zobowiązani do rzeczowego skorygowania, lecz musieli jedynie przedstawić oszacowanie całościowych kosztów tego skorygowania i złożyć ostateczną pod względem finansowym ofertę. Trzecie postępowanie oferowało zatem wszystkim oferentom, którzy uczestniczyli w drugim postępowaniu, możliwość zrewidowania niektórych z ich propozycji w ramach ostatecznej pod względem finansowym oferty oraz oceny na nowo rozbieżności w stosunku do specyfikacji technicznych przewidzianych w zaproszeniu do składania ofert.
- 58 Wynika z tego, że w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie podmiot zamawiający nie zmienił w sposób istotny początkowych warunków zamówienia w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38.
- 59 W tych warunkach należy stwierdzić, że Komisja nie dowiodła wystąpienia naruszenia przez Republikę Grecką art. 20 lit. a) dyrektywy 93/38. W konsekwencji część pierwsza jej zarzutu pierwszego musi zostać oddalona.
- 60 W odniesieniu do zarzucanego naruszenia art. 20 ust. 2 lit. d) dyrektywy 93/38 należy przypomnieć, że jak wynika to z pkt 34 niniejszego wyroku, ów art. 20 ust. 2 lit. d) stanowi

odstępstwo, a ciężar udowodnienia, że spełnione są warunki jego zastosowania, spoczywa na stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

- 61 W tym względzie wystarczy podnieść, jak uczynił to rzecznik generalny w pkt 25 opinii, że Republika Grecka nie powołała się na ten przepis dla uzasadnienia decyzji, mocą której DEI dokonał udzielenia omawianego zamówienia bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, lecz ograniczyła się do wskazania, że decyzja ta została przyjęta na podstawie art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38.
- 62 Komisja nie może zatem skutecznie zarzucać Republice Greckiej naruszenia przepisu, na który to państwo członkowskie w rzeczywistości nie powołało się, przez co część drugą zarzutu pierwszego musi również zostać oddalona.
- 63 W tych okolicznościach zarzut pierwszy podniesiony przez Komisję należy oddalić jako bezzasadny.

W przedmiocie zarzutu drugiego

Argumentacja stron

- 64 Zarzut drugi Komisji dotyczy uchybienia przez Republikę Grecką zobowiązaniu ciążącym na niej na mocy art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38 polegającym na „niezwłocznym powiadomieniu po dacie otrzymania pisemnego wniosku niedopuszczonego kandydata lub oferenta o przyczynach odrzucenia jego wniosku lub oferty”.
- 65 W niniejszej sprawie pomiędzy wnioskiem niedopuszczonego oferenta a odpowiedzią podmiotu zamawiającego upłynął okres dwóch miesięcy. Odpowiedzi w takim terminie nie można w żadnym wypadku uznać za udzieloną „niezwłocznie”. W odniesieniu do interpretacji tych pojęć Komisja odsyła do analogicznych przepisów 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), dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1), dyrektyw 93/37 i 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynujących procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1), które przewidują termin piętnastodniowy.
- 66 Republika Grecka uznaje, że powiadomienia o przyczynach odrzucenia oferty jednego z oferentów dokonano z pewnym opóźnieniem. Opóźnienie to nie umniejszyło jednak skuteczności (effet utile) dyrektywy 93/38 ani nie przeszkodziło oferentowi w dochodzeniu jego praw na drodze sądowej. Umowa została zresztą podpisana dopiero po oddaleniu powództwa tego oferenta. Republika Grecka dodaje, że terminy przewidziane w różnych przywołanych przez Komisję dyrektywach nie mogą być zastosowane w niniejszej sprawie, jako że z jednej strony dyrektywa 93/38 nie przewiduje dokładnego terminu, a z drugiej dyrektywa 2004/17 nie obowiązywała jeszcze w okresie wystąpienia okoliczności faktycznych leżących u podstaw niniejszej sprawy.

Ocena Trybunału

- 67 Odnosząc się do tego zarzutu, należy zaznaczyć, że w związku z tym, iż dyrektywa 93/38, w odróżnieniu od innych dyrektyw przywołanych przez Komisję w tym względzie, nie określa dokładnego terminu, w którym oferent, którego wniosek lub ofertę odrzucono, musi zostać poinformowany o przyczynach odrzucenia, lecz ogranicza się do stwierdzenia w art. 41 ust. 4, że poinformowania dokonać należy „niezwłocznie”, nie można przyjąć,

jak zaznaczył to rzecznik generalny w pkt 27 opinii, interpretacji tego przepisu, która byłaby równoznaczna z uznaniem, że podmiot zamawiający musi udzielić tej informacji w ciągu 15 dni po otrzymaniu pisemnego wniosku oferenta.

- 68 Należy jednakże uściślić, że wymagając, aby podmiot zamawiający przekazał wymaganą informację „niezwłocznie”, prawodawca wspólnotowy nałożył nań obowiązek staranności sprowadzający się bardziej do obowiązku działania aniżeli do obowiązku rezultatu. Należy zbadać w każdym poszczególnym przypadku oraz w zależności od konkretnych cech danego zamówienia, a w szczególności jego złożoności, czy dany podmiot zamawiający podał wspomnianą informację z wymaganą starannością bądź nie. Okoliczność, że powiadomienie to następuje przed upływem terminu przewidzianego na zaskarżenie decyzji o odrzuceniu wniosku lub oferty, co oznacza, że oferent był w stanie skorzystać ze środków zaskarżenia przysługujących mu celem sądowego skontrolowania zgodności decyzji z prawem, jest jedynie elementem szeregu wskazówek, które trzeba mieć na uwadze, aby ustalić, czy podmiot zamawiający dochował obowiązku staranności ciążącego na nim na mocy art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38 i nie stanowi sama w sobie wystarczającego dowodu w tym względzie.
- 69 Jako że w niniejszej sprawie Republika Grecka przyznaje wystąpienie opóźnienia w powiadomieniu oferenta, którego oferta została odrzucona, o przyczynach tego odrzucenia, twierdząc jednocześnie, że powiadomienie to nastąpiło w zgodzie z przepisami art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38, do tego państwa członkowskiego należy przedstawienie dowodu istnienia obiektywnych okoliczności mogących uzasadnić opóźnienie w powiadomieniu i uczynić dopuszczalnym okres, jaki upłynął pomiędzy otrzymaniem wniosku oferenta a odpowiedzią podmiotu zamawiającego.
- 70 Należy jednak stwierdzić, że poza argumentem, według którego okres, jaki upłynął, nie przeszkodził zainteresowanemu oferentowi w skutecznym dochodzeniu jego praw na drodze sądowej, Republika Grecka nie przedstawia konkretnych dowodów mogących uzasadnić opóźnienie w powiadomieniu o przyczynach odrzucenia oferty lub podać powody, dla których w niniejszej sprawie termin dwóch miesięcy powinien być uznany za spełniający wymóg „niezwłoczności” w rozumieniu art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38.
- 71 Zarzut drugi Komisji należy zatem uznać za zasadny.
- 72 W konsekwencji należy stwierdzić, że opóźniając bez uzasadnienia udzielenie odpowiedzi na wniosek oferenta o wyjaśnienie przyczyn odrzucenia jego wniosku, Republika Grecka uchybiła zobowiązaniu, które na niej ciąży na mocy art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38.

2.3. orzeczenie z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-138/08 *Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH przeciwko Közbesszerzésék Tanácsa Közbesszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2009:627

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

- 19 Zdaniem skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym, sąd krajowy powinien był oprócz pytań, z którymi się zwrócił, zadać jeszcze jedno pytanie, dotyczące braku poszanowania przez węgierskie uregulowania zasad równego traktowania i niedyskryminacji, a także proporcjonalności, ze względu na to, że uregulowania te automatycznie wykluczają z postępowań przetargowych osoby lub przedsiębiorstwa, które brały udział

w pracach przygotowawczych do przetargu, nie dając im możliwości wykazania braku naruszenia konkurencji. Zdaniem tych skarżących analogiczne środki obowiązujące w prawie krajowym innych państw członkowskich zostały uznane za niezgodne z prawem wspólnotowym w wyrokach: z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb.Orz. s. I-1559 i z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, Zb.Orz. s. I-9999.

- 20 W tym zakresie należy przypomnieć, że w ramach współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi przewidzianej w art. 234 WE, do sądu krajowego, przed którym postępowanie się toczy i który jest zobowiązany orzec w sprawie przed nim zawisłej, należy dokonanie oceny, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności zawisłej przed nim sprawy, zarówno w odniesieniu do tego, czy wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niezbędne do wydania wyroku w postępowaniu przed sądem krajowym, jak i w odniesieniu do oceny zasadności pytań, z którymi zwraca się on do Trybunału (zob. w szczególności wyroki: z dnia 7 stycznia 2003 r. w sprawie C-306/99 *BIAO*, Rec. s. I-1, pkt 88, z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, Zb.Orz. s. I-11987, pkt 16, z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-260/07 *Pedro IV Servicios*, Zb.Orz. s. I-2437, pkt 28).
- 21 Wyłącznie sąd krajowy jest więc władny ustalić, jakie pytania mają być przedstawione Trybunałowi, zaś stronom nie przysługuje uprawnienie do dokonywania zmian w treści tych pytań (zob. w szczególności wyroki: z dnia 9 grudnia 1965 r. w sprawie 44/65 *Singer*, Rec. s. 1191, 1198, z dnia 17 września 1998 r. w sprawie C-412/96 *Kainuun Liikenne i Pohjolan Liikenne*, Rec. s. I-5141, pkt 23, z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie C-402/98 *ATB i in.*, Rec. s. I-5501, pkt 29).
- 22 Ponadto zmiana istotnej treści pytań prejudycjalnych lub udzielenie odpowiedzi na dodatkowe pytania, podniesione w uwagach przez skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym, byłoby niezgodne z rolą powierzoną Trybunałowi w art. 234 WE oraz z obowiązkiem zapewnienia przez Trybunał rządów państw członkowskich oraz zainteresowanym możliwości przedstawienia uwag zgodnie z art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości wobec tego, że na mocy tego przepisu zainteresowanym doręcza się jedynie postanowienia odsyłające (zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 1 kwietnia 1982 r. w sprawach połączonych 141/81 do 143/81 *Holdijk i in.*, Rec. s. 1299, pkt 6, z dnia 30 stycznia 1997 r. w sprawie C-178/95 *Wiljo*, Rec. s. I-585, pkt 30, z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-352/95 *Phytheron International*, Rec. s. I-1729, pkt 14, ww. wyrok w sprawie *Kainuun Liikenne i Pohjolan Liikenne*, pkt 24).
- 23 Ponieważ w niniejszym przypadku sąd krajowy nie uznał ani za niezbędne, ani za istotne pytania dotyczące powodów lub okoliczności wykluczenia skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym ze spornego przetargu, Trybunał nie może zająć się rozpoznaniem tej kwestii.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 24 W pierwszym pytaniu sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do postępowania przetargowego, które zostało wszczęte po wejściu w życie tej dyrektywy, lecz przed upływem terminu do jej transpozycji, tak, że dyrektywa ta nie została jeszcze włączona do prawa krajowego.
- 25 Na wstępie należy przypomnieć, że przed upływem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy państwu członkowskiemu nie można zarzucić, że nie ustanowiły jeszcze w swych porządkach prawnych środków wykonujących dyrektywę (zob. wyroki: z dnia

18 grudnia 1997 r. w sprawie C-129/96 Inter-Environnement Wallonie, Rec. s. I-7411, pkt 43, z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 Adeneler i in., Zb.Orz. s. I-6057, pkt 114).

- 26 I tak w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym w chwili ogłoszenia omawianego przetargu dyrektywa 2004/18 nie została jeszcze transponowana do węgierskiego porządku prawnego, ponieważ termin do transpozycji tej dyrektywy jeszcze nie upłynął, chociaż dyrektywa 93/37 znajdowała nadal zastosowanie na tym etapie postępowania.
- 27 Ponieważ sporny przetarg w postępowaniu przed sądem krajowym nadal był w toku w chwili upływu terminu do transpozycji dyrektywy 2004/18, pojawia się pytanie o ewentualne obowiązywanie tej dyrektywy w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym.
- 28 W tym względzie z informacji przekazanych przez rząd węgierski na rozprawie wynika, że decyzja instytucji zamawiającej o odrzuceniu oferty konsorcjum utworzonego przez skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym oraz o dalszym prowadzeniu postępowania z udziałem dwóch kandydatów, których uznano za odpowiednich, podjęta została przed upływem terminu do transpozycji dyrektywy 2004/18.
- 29 W tych okolicznościach byłoby niezgodne z zasadą pewności prawa, gdyby przy ustalaniu, jakie przepisy mają zastosowanie w sprawie zawisłej przed sądem krajowym brać pod uwagę datę udzielenia zamówienia, skoro decyzja, w stosunku do której podnosi się w niniejszym przypadku naruszenie prawa wspólnotowego, została wydana przed datą, o której mowa w poprzednim punkcie niniejszego wyroku (zob. analogicznie wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 40).
- 30 W związku z tym na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć w ten sposób, że dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania do decyzji wydanej przez instytucję zamawiającą w trakcie przetargu na roboty budowlane, przed upływem terminu do transpozycji tej dyrektywy.

W przedmiocie pytania drugiego

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

W przedmiocie pytania trzeciego

- 32 W trzecim pytaniu sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, czy art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji nie może się toczyć z braku liczby kandydatów wystarczającej do osiągnięcia dolnej granicy trzech kandydatów, określonego w tym przepisie.
- 33 W tym względzie należy przypomnieć, że dyrektywa 93/37 zawiera wśród swych przepisów zasady dotyczące przebiegu postępowania.
- 34 I tak odnośnie do przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane, w art. 18 dyrektywy 93/37 przewidziano przynajmniej dwa różne etapy, tj. po pierwsze, ewentualne wykluczenie oferentów lub kandydatów na podstawie art. 24 tej dyrektywy, a także sprawdzenie, według kryteriów możliwości ekonomicznych, finansowych i technicznych, o których mowa w art. 26/29 tej dyrektywy oraz określonych w ramach danego przetargu, czy oferenci lub kandydaci, którzy nie zostali wykluczeni są odpowiedni; po drugie zaś, udzielenie zamówienia na podstawie kryteriów

określonych dla tego przetargu, wybranych spośród kryteriów określonych w tytule IV rozdział 3 tej dyrektywy, z uwzględnieniem przepisów art. 19 tejże dyrektywy.

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

ustalona dla danego postępowania, instytucja zamawiająca może mimo to prowadzić dalej to postępowanie, zapraszając do negocjowania warunków zamówienia odpowiedniego kandydata lub odpowiednich kandydatów.

W przedmiocie pytania czwartego

- 45 W czwartym pytaniu sąd krajowy pragnie się dowiedzieć, czy art. 22 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 93/37 ma zastosowanie do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane w drodze procedury negocjacyjnej.
- 46 W tym względzie należy stwierdzić, że z wykładni systemowej art. 22 dyrektywy 93/37 wynika, że ust. 2 akapit drugi tego artykułu dotyczy jedynie zamówień udzielanych w drodze procedury ograniczonej.
- 47 Należy jednak przypomnieć, że jak wynika z dziesiątego motywu dyrektywy 93/37, dyrektywa ta ma na celu zapewnienie rozwoju skutecznej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych (zob. wyroki: z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-27/98 Fracasso i Leitschutz, Rec. s. I-5697, pkt 26, z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99, Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 34, z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 89, z dnia 7 października 2004 r. w sprawie C-247/02 Sintesi, Zb.Orz. s. I-9215, pkt 35).
- 48 Tak więc, pragnąc osiągnąć cel, jakim jest rozwój skutecznej konkurencji, dyrektywa 93/37 dąży do takiego sposobu organizowania procedury udzielania zamówień publicznych, aby instytucja zamawiająca była w stanie dokonać porównania różnych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o obiektywne kryteria (ww. wyroki: w sprawie Fracasso i Leitschutz, pkt 31, w sprawie Sintesi, pkt 37).
- 49 W związku z tym, jeżeli art. 22 ust. 2 drugi akapit dyrektywy 93/37 stanowi, że, w przypadku gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia w procedurze ograniczonej, w każdym przypadku liczba kandydatów zaproszonych do składania ofert musi być wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji, przepis ten formułuje jedynie w sposób wyrażony jeden z ogólnych celów tej dyrektywy (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Sintesi, pkt 36).
- 50 Wynika z tego, że chociaż dyrektywa 93/37 nie zawiera przepisu analogicznego do przepisu art. 22 ust. 2 akapit drugi w odniesieniu do procedury negocjacyjnej, instytucja zamawiająca stosująca te procedury w przypadkach, o których mowa w art. 7 ust. 2 tej dyrektywy, ma mimo to obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji.
- 51 W tym względzie należy przede wszystkim podkreślić, że w tych przypadkach zastosowanie procedury negocjacyjnej wymaga uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, aby wezwać chętnych do zgłaszania kandydatur. Jak wskazano w pkt 14 niniejszego wyroku, warunek ten został w sprawie stanowiącej przedmiot postępowania przed sądem krajowym dochowany.
- 52 Idąc dalej, jeśli chodzi o etap negocjacji zamówienia, art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37 nakazuje instytucji zamawiającej zaproszenie do udziału w tym etapie wystarczającej liczby kandydatów. To, czy ta liczba jest wystarczająca w celu zapewnienia rzeczywistej konkurencji, czy nie, należy ustalać w zależności od charakteru i przedmiotu danego zamówienia.
- 53 Wreszcie jeśli w takim postępowaniu liczba odpowiednich kandydatów znajduje się poniżej dolnej granicy ustalonej dla danego postępowania, która zgodnie z dyrektywą 93/37 nie może być niższa niż trzech kandydatów, należy stwierdzić, że o ile warunki o charakterze

gospodarczym i technicznym właściwe dla tego postępowania zostały ustalone i zastosowane prawidłowo, instytucja zamawiająca mimo to zapewniła rzeczywistą konkurencję.

- 54 Z całości powyższych rozważań wynika, że na czwarte pytanie należy odpowiedzieć, iż dyrektywę 93/37 należy interpretować w ten sposób, że obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji jest spełniony, jeżeli instytucja zamawiająca stosuje procedurę negocjacyjną na warunkach określonych w art. 7 ust. 2 tej dyrektywy.

2.4. orzeczenie z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, ECLI:EU:C:2009:693

Sporne ogłoszenie o zamówieniu i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

- 11 W niniejszej sprawie zarzuty Komisji dotyczą niektórych fragmentów i warunków zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym przez ERGA OSE AE (zwany dalej „ERGA OSE”), będący przedsiębiorstwem publicznym należącym do greckich kolei. Ogłoszenie to dotyczyło wykonania badania dotyczącego projektu budowlanego i elektromechanicznego w zakresie wybudowania stacji kolejowej.
- 12 Sporne ogłoszenie o zamówieniu oznaczone numerami 2003/S 205-185214 i 2003/S 206-186119 zostało opublikowane w dniu 16 października 2003 r. Treść i warunki tego ogłoszenia były oparte na obowiązujących wówczas przepisach krajowych, czyli ustawie nr 716 z 1977 r.
- 13 Dla potrzeb zbadania niniejszej skargi istotne są następujące fragmenty spornego ogłoszenia o zamówieniu:

„Sekcja III: Informacje prawne, ekonomiczne, finansowe i techniczne

[...]

2.1. Informacje dotyczące indywidualnej sytuacji [...] usługodawców oraz wymogi formalne niezbędne do oceny ich minimalnych ekonomicznych i technicznych możliwości:

[...]

2.1.3. Możliwości techniczne – Wymagane dokumenty potwierdzające: A. Wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie są przyjmowane, jeżeli zostaną przedłożone przez:

- a) greckie biura konsultingowe wpisane do odpowiedniego krajowego rejestru i posiadające świadectwo:

[...]

- b) zagraniczne biura konsultingowe utworzone zgodnie z przepisami państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub [Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG)] i których zarząd, główny zakład lub siedziba znajduje się w Unii Europejskiej lub EOG [...]. Zagraniczni konsultanci dla każdej dziedziny doradztwa muszą posiadać formalne i merytoryczne kwalifikacje odpowiadające kwalifikacjom wymaganych od greckich konsultantów wpisanych do greckiego rejestru konsultantów, a biura konsultingowe muszą posiadać pracowników w zakresie każdej dziedziny doradztwa spełniających wymagania stawiane pracownikom w greckich biurach konsultingowych [...]

Należy podkreślić, że [do konkursu] nie zostaną dopuszczone zagraniczne biura konsultingowe czy konsultanci, którzy przedłożyli wniosek o dopuszczenie do udziału

w konkursie [ERGA OSE] w okresie sześciu miesięcy poprzedzających wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym konkursie i którzy oświadczyli, że posiadają kwalifikacje odpowiadające kategoriom świadectw innym niż te wymagane obecnie.

[...]

Sekcja IV: Procedura

IV. 1. Rodzaj procedury: otwarta

[...]

IV. 2. Kryteria udzielenia zamówienia:

na podstawie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, zgodnie z następującymi kryteriami [...]:

Uwzględniając art. 34 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/38, zamówienie zostanie udzielone zgodnie z następującymi kryteriami:

- 1) ogólne i szczegółowe doświadczenie, w szczególności w zakresie prac projektowych w ramach podobnych przedsięwzięć, posiadane przez biura konsultingowe lub konsultantów i ich pracowników naukowych;
- 2) rzeczywiste możliwości dokonania badania w wyznaczonym terminie łącznie z obowiązkami w zakresie prawidłowego wykonania innych badań; pracownicy naukowcy i szczególnie operacyjni pracownicy proponowani do prowadzenia danego badania, a także wyposażenie związane z przedmiotem badania;

według pierwszeństwa: nie.

[...]”.

- 14 Zgodnie z greckim systemem świadectwa biur konsultingowych i konsultantów są podzielone na kategorie w zależności od doświadczenia, a także odbytych studiów oraz wpisane do rejestrów odpowiadających temu doświadczeniu. Zagraniczne biura konsultingowe i konsultanci nie muszą być wpisani do tych rejestrów. Dla każdego zamówienia wymagane są konkretne kategorie świadectw, w zależności od doświadczenia wymaganego w ramach tego zamówienia.
- 15 Ustawa nr 716 z 1977 r. została uchylona i zastąpiona ustawą nr 3316 z 2005 r.
- 16 W wyniku skargi Komisja w dniu 28 czerwca 2005 r. skierowała pismo do właściwych władz greckich, podkreślając, że niektóre fragmenty spornego ogłoszenia o zamówieniu były sprzeczne z niektórymi przepisami dyrektywy 93/38 i zasadą niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową. Władze greckie odpowiedziały pismem z dnia 22 lipca 2005 r. Po rozważeniu tej odpowiedzi Komisja w dniu 18 października 2005 r. przekazała Republice Greckiej wezwanie do usunięcia uchybienia. Dwa zarzuty podniesione w tym wezwaniu dotyczyły, po pierwsze, dyskryminacji zagranicznych biur konsultingowych i konsultantów z uwagi na treść sekcji III pkt 2.1.3 lit. b) akapit drugi spornego ogłoszenia o zamówieniu oraz, po drugie, braku rozróżnienia między kryteriami wyboru i kryteriami udzielenia zamówienia w sekcji IV pkt 2 tego ogłoszenia.
- 17 Ponieważ zdaniem Komisji odpowiedź władz greckich z dnia 14 grudnia 2005 r. na to wezwanie do usunięcia uchybienia nie była zadawalająca, w dniu 4 lipca 2006 r. przekazała ona Republice Greckiej uzasadnioną opinię, na którą państwo członkowskie odpowiedziało w dniu 30 sierpnia 2006 r. Jako że odpowiedź ta nie przekonała Komisji, zdecydowała ona wnieść niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

W przedmiocie dopuszczalności

- 18 Republika Grecka podnosi zarzut niedopuszczalności skargi.
- 19 Zauważa ona, po pierwsze, że ustawa nr 716 z 1977 r., która stanowiła podstawę spornego ogłoszenia o zamówieniu, została uchylona nową ustawą przed upływem terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii, czyli dniem, który stanowi granicę czasową, w stosunku do której oceniane jest występowanie uchybienia. Ogłoszenia o zamówieniu opublikowane na podstawie tej nowej ustawy nie zawierały już klauzul takich jak ta będąca przedmiotem sporu w niniejszym przypadku. Tymczasem postępowanie w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie ma na celu napiętnowania państwa członkowskiego, lecz umożliwienie mu stanowienia przepisów zgodnych z prawem wspólnotowym, który to cel został obecnie osiągnięty poprzez przyjęcie ustawy nr 3316 z 2005 r.
- 20 Po drugie, Republika Grecka podnosi w istocie, że art. 2 ust. 6 dyrektywy 92/13 został transponowany do prawa greckiego na mocy art. 4 ust. 2 ustawy nr 2252 z 1997 r., zgodnie z którym, po zawarciu umowy, umowa ta nie może zostać zakwestionowana. Tak więc późniejsze stwierdzenie nieważności umowy zawartej na podstawie spornego ogłoszenia o zamówieniu, które jest krótkotrwałym zamówieniem w zakresie, w jakim dotyczy wykonania badania, byłoby wykluczone i to tym bardziej, że udzielenie tego zamówienia zostało potwierdzone w trzech krajowych orzeczeniach sądowych, wydanych w ramach postępowań o zastosowanie środka tymczasowego. Republika Grecka zdaje się zatem twierdzić, że skarga Komisji stała się bezprzedmiotowa.
- 21 Nie można przyjąć tych argumentów.
- 22 Należy bowiem zauważyć, po pierwsze, że jak wynika ze skargi i repliki Komisji i jak potwierdziła Komisja na rozprawie przed Trybunałem, skarga nie dotyczy niepełnej lub nieprawidłowej transpozycji dyrektywy 93/38 do prawa krajowego ani nawet trwałej praktyki administracyjnej, opartej na ustawie nr 716 z 1977 r., niezgodnej z tą dyrektywą, lecz odnosi się do nieprawidłowego zastosowania tej dyrektywy w omawianym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia.
- 23 Tymczasem wyłącznie Komisja posiada kompetencje w przedmiocie rozstrzygnięcia, czy właściwe jest wszczęcie przeciwko państwu członkowskiemu postępowania o stwierdzenie, że nie spełniło ono ciążących na nim zobowiązań, oraz ustalenia, z tytułu jakiego działania lub zaniechania po stronie danego państwa członkowskiego powinno zostać wszczęte to postępowanie. Komisja może zatem żądać od Trybunału stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, polegającego na nieosiągnięciu w danym przypadku rezultatu określonego w dyrektywie (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 30 i przytoczone tam orzecznictwo). Uchylenie ustawy nr 716 z 1977 r. i przyjęcie nowej ustawy przed upływem terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii nie powoduje, że niniejsza skarga staje się bezprzedmiotowa.
- 24 Należy ponadto podkreślić, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665, który ma taką samą treść jak art. 2 ust. 6 dyrektywy 92/13, nie może mieć wpływu na skargę wniesioną na podstawie art. 226 WE (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-503/04 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-6153, pkt 34). Wskazane dyrektywy, zobowiązując państwa członkowskie do przyjęcia środków niezbędnych do zapewnienia,

że decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające będą mogły podlegać efektywnemu oraz możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu, nie mogą być uznane za regulujące również stosunki między państwami członkowskimi oraz Wspólnotą i mieć w ten sposób wpływ na stosowanie art. 226 WE (zob. podobnie wyrok z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-275/08 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 33, 35).

- 25 W każdym razie fakt, że nie można już ewentualnie stwierdzić nieważności spornej umowy, nie powoduje, że postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego staje się bezprzedmiotowe.
- 26 Ponadto należy stwierdzić, że w dniu upływu dwumiesięcznego terminu wyznaczonego w wyznaczonej opinii, czyli 4 września 2006 r. omawiane zamówienie nie przestało wywoływać wszystkich skutków, podczas gdy takie zaprzestanie wywoływania skutków stanowi przesłankę wymaganą zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, aby skarga Komisji została uznana za niedopuszczalną (zob. w szczególności 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, a także z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-237/05 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-8203, pkt 29).
- 27 Jak wynika bowiem z akt sprawy, na omawiane zamówienie składały się dwa badania, które miały być zrealizowane przez wykonawcę. Niezależnie od faktu, że jak twierdzi Republika Grecka, pierwsze badanie stanowiło ewentualnie przesłankę drugiego, nie ulega wątpliwości, że stanowiły one całość w kontekście wykonania zobowiązań wykonawcy. Tymczasem zgodnie ze stanowiskiem Republiki Greckiej przedstawionym na rozprawie przed Trybunałem, w dniu 4 września 2006 r. drugie badanie nie zostało jeszcze zakończone i w rezultacie nie zostało przedstawione instytucji zamawiającej. W związku z tym w tym dniu omawiane zamówienie nie przestało wywoływać wszystkich skutków.
- 28 W wyniku powyższych uwag należy stwierdzić, że skarga Komisji jest dopuszczalna.

Co do istoty

- 29 Na wstępie należy stwierdzić, że jak wynika z akt sprawy, ERGA OSE jest przedsiębiorstwem publicznym, którego działalność obejmuje eksploatację sieci usług publicznych w zakresie przewozu kolejowego. Stanowi ono zatem instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 93/38. Ponadto szacunkowa wartość zamówienia, którego dotyczy sporne ogłoszenie o zamówieniu, wynosi 3 240 000 EUR, przekracza zatem znacząco próg określony w art. 14 ust. 1 lit. c) ppkt (i) tej dyrektywy. W rezultacie postępowanie w sprawie udzielenia omawianego zamówienia objęte jest zakresem zastosowania wskazanej dyrektywy.
- 30 Zarzuty podniesione w niniejszej skardze dotyczą, po pierwsze, klauzuli zawartej w sekcji III pkt 2.1.3 lit. b) akapit drugi spornego ogłoszenia o zamówieniu oraz, po drugie, sekcji IV pkt 2 tego ogłoszenia.

W przedmiocie klauzuli zawartej w sekcji III pkt 2.1.3 lit. b) akapit drugi spornego ogłoszenia o zamówieniu

- 31 Komisja twierdzi, że klauzula zawarta w sekcji III pkt 2.1.3 lit. b) akapit drugi spornego ogłoszenia o zamówieniu – zgodnie z którą do udziału w konkursie nie zostaną dopuszczone zagraniczne biura konsultingowe lub konsultanci, którzy przedłożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursach organizowanych przez ERGA OSE w okresie sześciu miesięcy poprzedzających wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie, którego dotyczy wskazane ogłoszenie, i którzy oświadczyli, że posiadają kwalifikacje odpowiadające

kategoriom świadectw innym niż te wymagane w tym konkursie – narusza art. 31 ust. 1 i 2 tej dyrektywy, gdyż wprowadza dodatkową podstawę wykluczenia względem tych wymienionych w sposób wyczerpujący w prawie wspólnotowym w dziedzinie zamówień publicznych. Rzeczoną klauzulę wprowadza również dyskryminację względem zagranicznych biur konsultingowych i konsultantów, naruszając zasadę równego traktowania wyrażoną w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/38 i wynikającą z art. 12 WE i 49 WE. Narusza ona także zasadę wzajemnego uznawania dyplomów oraz innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji.

- 32 Na wstępie należy podkreślić, że Komisja nie kwestionuje greckiego systemu podziału na kategorie świadectw biur konsultingowych i konsultantów w zależności od ich doświadczenia i odbytych studiów ani ich wpisu do rejestrów odpowiadających temu doświadczeniu. Nie kwestionuje ona również tego, że państwa członkowskie mogą żądać dowodów poświadczających takie doświadczenia, ani faktu, że zagraniczne biura i konsultanci nie są zobowiązani do dokonania wpisu do tych rejestrów i że mogą wykazać ich doświadczenie w dowolny sposób.
- 33 Po tej wstępnej uwadze należy zauważyć, po pierwsze, że postępowanie, którego dotyczyło sporne ogłoszenie o zamówieniu, było procedurą otwartą. Tymczasem Komisja w odpowiedzi na zadane na rozprawie w tej kwestii pytanie przyznała, że w związku z art. 31 dyrektywy 93/38 konieczne jest rozstrzygnięcie kwestii, czy przepis ten znajdował zastosowanie do tego rodzaju procedur, zważywszy, iż w ust. 1 wyraźnie odnosi się on do procedur ograniczonych i negocjacyjnych, a nie procedur otwartych. Komisja dodała przy tej okazji, że jej zasadniczy zarzut dotyczący spornej klauzuli oparty jest na naruszeniu art. 4 ust. 2 wskazanej dyrektywy.
- 34 W tej sytuacji należy uznać, że Komisja odstąpiła od zarzutu opartego na naruszeniu przez rzeczoną klauzulę art. 31 dyrektywy 93/38.
- 35 Po drugie, należy stwierdzić, że wskazaną klauzulę sformułowaną w sposób jasny i jednoznaczny należy rozumieć w ten sposób, że jeżeli zagraniczne biuro konsultingowe lub zagraniczny konsultant brali udział w postępowaniu wszczętym przez tę samą instytucję zamawiającą, czyli ERGA OSE, w ciągu sześciu miesięcy poprzedzających nowe postępowanie przetargowe i jeżeli w ramach wcześniejszego postępowania oświadczyli, że posiadają kwalifikacje odpowiadające kategoriom świadectw różnych od tych wymaganych w nowym postępowaniu, zgodnie z greckim systemem klasyfikacji świadectw, nie zostaną dopuszczeni do udziału w tym nowym postępowaniu.
- 36 Republika Grecka podnosi jednak, że klauzula ta była zawsze stosowana w tym znaczeniu, że każdy zainteresowany podmiot, mający wątpliwości co do jej zakresu, mógł zwrócić się do danej instytucji zamawiającej o udzielenie wyjaśnień i mógł przedstawić dowód, w każdej właściwej formie, że spełnia warunki uczestnictwa w danym postępowaniu.
- 37 Należy w związku z tym zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału z zasady równego traktowania wynika zasada przejrzystości. Zasady te, które stanowią podstawę wspólnotowych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych, oznaczają w szczególności, że oferenci, również potencjalni, powinni zasadniczo znajdować się w równorzędnej sytuacji i mieć takie same możliwości przy sporządzaniu treści wniosków o dopuszczenie do udziału w zamówieniu lub warunków ofert (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. s. I-11617, pkt 93; z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, Zb.Orz. s. I-9999, pkt 44, 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 38 W szczególności potencjalni zainteresowani powinni znajdować się w równorzędnej sytuacji, jeśli chodzi o zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie jest zgodne z tymi zasadami, aby jakaś kategoria tych zainteresowanych musiała zwrócić się do danej instytucji zamawiającej w celu uzyskania wyjaśnień i dodatkowych informacji w kwestii rzeczywistego znaczenia treści ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli jego brzmienie nie pozostawia żadnych wątpliwości dla dostatecznie rozsądnego i uważnego zainteresowanego.
- 39 Ponadto Trybunał orzekł, że art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/38, zakazując wszelkiej dyskryminacji między oferentami, chroni również tych, którzy odstąpili od złożenia oferty, gdyż zasady prowadzonego przez instytucję zamawiającą postępowania stawiały ich w niekorzystnej sytuacji (wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8315, pkt 109).
- 40 Nie ulega wątpliwości, że sporna klauzula, z uwagi na jasne brzmienie, może mieć zniechęcający skutek wobec zagranicznych biur konsultingowych lub zagranicznych konsultantów, jak miało to zresztą miejsce w niniejszym przypadku.
- 41 Wskazana klauzula jednoznacznie daje im podstawę do uznania, że ewentualna różnica między kwalifikacjami deklarowanymi w poprzednim postępowaniu wszczętym przez tę samą instytucję zamawiającą i kwalifikacjami wymaganymi w postępowaniu, którego dotyczy sporne ogłoszenie o zamówieniu, powoduje automatycznie, że zostają oni wykluczeni z udziału w tym zamówieniu.
- 42 W rezultacie zagraniczny kandydat, taki jak podmiot, który wniósł skargę do Komisji, nie ma takich samych szans jak krajowi zainteresowani z uwagi na jednoznacznie zniechęcające brzmienie rzeczony klauzuli i konieczność podjęcia, pomimo tego brzmienia, dodatkowych działań w celu uzyskania wyjaśnień co do warunków dopuszczenia do postępowania konkursowego.
- 43 Należy zatem stwierdzić, że sposób zredagowania spornego ogłoszenia o zamówieniu prowadzi do różnic w traktowaniu w zależności od państwa członkowskiego siedziby zainteresowanego, ze szkodą dla zagranicznych kandydatów, przy czym Republika Grecka nie przedstawiła żadnego uzasadnienia dla tej różnicy.
- 44 Po trzecie, należy zauważyć, że w rozumieniu motywu 34 dyrektywy 93/38 „odpowiednie zasady Wspólnoty w zakresie wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw oraz innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji mają zastosowanie, jeżeli warunkiem udziału w procedurze udzielania zamówienia lub w konkursie na projekt jest udowodnienie posiadania określonych kwalifikacji, poprzez przedłożenie stosownego dokumentu”.
- 45 W niniejszym przypadku wynika bez wątpienia z treści klauzuli zawartej w sekcji III pkt 2.1.3 lit. b) akapit drugi spornego ogłoszenia o zamówieniu, że zagraniczni kandydaci, którzy wyrazili uprzednio zainteresowanie w związku z innymi ogłoszeniami opublikowanymi przez tę samą instytucję zamawiającą, nie mogli, jak się zdaje, w odróżnieniu od krajowych kandydatów powołać się w stosunku do tej instytucji zamawiającej na wszystkie ich świadectwa lub kwalifikacje zawodowe.
- 46 Natomiast wskazana klauzula, tak jak jest sformułowana, nie pozwala uznać, że ta instytucja zamawiająca odmawiałaby co do zasady uwzględnienia dyplomów lub dowodów kwalifikacji zawodowych wydanych przez inne państwa członkowskie.
- 47 Wynika z tego, że zarzut Komisji dotyczący naruszenia zasad wspólnotowych odnoszących się do wzajemnego uznawania dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji nie jest uzasadniony.

- 48 W świetle powyższych uwag należy stwierdzić, że sporna klauzula nie jest zgodna z art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/38.
- 49 W tej sytuacji nie jest konieczne badanie innych argumentów Komisji, mających również na celu stwierdzenie takiego dyskryminacyjnego traktowania.

W przedmiocie sekcji IV pkt 2 spornego ogłoszenia o zamówieniu

- 50 Komisja twierdzi, że pkt 2 sekcji IV spornego ogłoszenia o zamówieniu, zatytułowany „Kryteria udzielenia zamówienia” wprowadza niedopuszczalne pomieszczenie między jakościowymi kryteriami wyboru i kryteriami udzielenia zamówienia. Jej zdaniem dyrektywa 93/38 ustanawia system podobny do tego ustanowionego w dyrektywie 92/50, zgodnie z którym należy dokonać rozróżnienia między dwoma etapami postępowania, pierwszym obejmującym ustanowienie kryteriów wyboru oferentów i drugim polegającym na określeniu kryteriów udzielenia zamówienia. Istniałyby zatem dwa odrębne etapy postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, które odpowiadałyby różnym celom, mimo że zdaniem Komisji nie jest zakazane dokonanie jednocześnie kontroli odpowiedności kandydatów i udzielenie zamówienia.
- 51 W tym względzie z orzecznictwa wynika, że o ile dyrektywy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych teoretycznie nie wykluczają możliwości jednoczesnego przeprowadzenia sprawdzenia odpowiedności oferentów i udzielenia zamówienia, to jednak obie te czynności są odrębnymi czynnościami i podlegają różnym przepisom (zob. podobnie wyroki: z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Rec. s. 4635, pkt 15, 16; a także z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Lianakis i in., Zb.Orz. s. I-251, pkt 26).
- 52 Sprawdzenia odpowiedności oferentów instytucje zamawiające dokonują bowiem według kryteriów możliwości ekonomicznych, finansowych i technicznych (zwanymi „kryteriami wyboru jakościowego”) określonych, w niniejszym przypadku, w art. 30 i 31 dyrektywy 93/38 (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Beentjes, pkt 17; w sprawie Lianakis i in., pkt 27).
- 53 Natomiast zamówienia udziela się na podstawie kryteriów, wymienionych w niniejszym przypadku w art. 34 ust. 1 tej dyrektywy, tj. bądź najniższej ceny, bądź najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (zob. ww. wyroki: w sprawie Beentjes, pkt 18; w sprawie Lianakis i in., pkt 28).
- 54 Tymczasem, choć wprawdzie w tym ostatnim przypadku, jak świadczy o tym użycie zwrotu „takie jak”, kryteria, które instytucje zamawiające mogą stosować, nie są wymienione w sposób wyczerpujący w art. 34 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/38 i choć zatem przepis ten pozostawia instytucjom zamawiającym wybór co do kryteriów udzielenia zamówienia, które zechcą zastosować, to jednak wybór ten musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Beentjes, pkt 19; wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. s. I-7725, pkt 35, 36; wyroki: z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. s. I-7213, pkt 54, 59; z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. s. I-6351, pkt 63, 64; a także ww. wyrok w sprawie Lianakis i in., pkt 29).
- 55 Jako „kryteria udzielenia zamówienia” są więc wykluczone kryteria, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz są związane zasadniczo z oceną odpowiedności oferentów w zakresie wykonania danego zamówienia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Lianakis i in., pkt 30).
- 56 W niniejszej sprawie kryteria przyjęte przez instytucję zamawiającą jako „kryteria udzielenia zamówienia”, w sekcji IV pkt 2 spornego ogłoszenia o zamówieniu dotyczą

doświadczenia i realnej możliwości zapewnienia właściwego wykonania omawianego zamówienia. Chodzi tu o kryteria dotyczące odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania tego zamówienia, które nie mają w związku z tym charakteru „kryteriów udzielenia zamówienia” w rozumieniu art. 34 ust. 1 dyrektywy 93/38, czego władze greckie nie kwestionowały ponadto w poważny sposób.

- 57 W świetle powyższych uwag należy uznać, że pkt 2 sekcji IV spornego ogłoszenia o zamówieniu jest niezgodny z art. 34 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/38.
- 58 W świetle ogółu powyższych rozważań należy stwierdzić, że z uwagi, po pierwsze, na wykluczenie na podstawie sekcji III pkt 2.1.3 lit. b) akapit drugi spornego ogłoszenia o zamówieniu zagranicznych biur konsultingowych i konsultantów, którzy przedłożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursach organizowanych przez ERGA OSE w okresie sześciu miesięcy poprzedzających wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie, którego dotyczyło wskazane ogłoszenie, i którzy oświadczyli, że posiadają kwalifikacje odpowiadające kategoriom świadectw innym niż te wymagane w tym konkursie oraz, po drugie, z uwagi na brak rozróżnienia w sekcji IV pkt 2 tego ogłoszenia między kryteriami wyboru jakościowego i kryteriami udzielenia omawianego zamówienia, Republika Grecka uchybiła zobowiązaniom, które ciążyą na niej na mocy art. 4 ust. 2 i art. 34 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/38.
- 59 W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.

2.5. orzeczenie z dnia 10 grudnia 2009 r. w sprawie C-299/08 Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej, ECLI:EU:C:2009:769

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

- 10 Pismem z dnia 18 października 2004 r. Komisja wystosowała do Republiki Francuskiej pierwsze wezwanie do usunięcia uchybień dotyczące art. 73 i 74-III kodeksu zamówień publicznych w brzmieniu wynikającym z dekretu nr 2004-15. Ponieważ przepisy te zostały zmienione dekretem nr 2006-975, Komisja w dniu 15 grudnia 2006 r. wystosowała do wspomnianego państwa członkowskiego dodatkowe wezwanie do usunięcia uchybień.
- 11 Nie będąc usatysfakcjonowana odpowiedzią Republiki Francuskiej, w dniu 29 czerwca 2007 r. Komisja skierowała do niej uzasadnioną opinię, nakazując jej przyjęcie środków wymaganych do dostosowania się do tej opinii w terminie dwóch miesięcy od daty jej otrzymania.
- 12 Uważając, iż odpowiedzi rzeczonego państwa członkowskiego na uzasadnioną opinię nie były satysfakcjonujące, Komisja postanowiła wnieść niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

Argumentacja stron

- 13 Komisja podnosi, że art. 73 i 74-IV kodeksu zamówień publicznych w brzmieniu nadanym mu przez dekret nr 2006-975 pozwalają instytucji zamawiającej na udzielenie *marché d'exécution* (dotyczącego robót budowlanych, dostaw i usług) jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnego *marchés de définition* bez przeprowadzania nowego postępowania przetargowego lub co najwyżej w drodze przeprowadzenia przetargu ograniczonego do tych podmiotów, jeżeli zostały spełnione przesłanki, o których mowa w przywołanym art. 73 akapit trzeci. Wspomniane artykuły kodeksu zamówień

publicznych naruszają przepisy dyrektywy 2004/18, pozwalając na udzielenie zamówień z wolnej ręki lub po przeprowadzeniu przetargu ograniczonego w sytuacjach nieprzewidzianych przez tę dyrektywę.

- 14 Komisja twierdzi, że *marchés de définition* przewidziane w rzeczonych przepisach krajowych co do zasady nie pozwalają na wstępie na wystarczająco dokładne określenie ani przedmiotu *marché d'exécution*, ani kryteriów wyboru podwykonawcy, ani też kryteriów udzielenia danego zamówienia. Z powyższego wynika, że procedura *marchés de définition* przewidziana w tych przepisach jest sprzeczna z zasadą przejrzystości, o której mowa w art. 2 rzeczonej dyrektywy. Procedura ta powoduje powstanie sytuacji braku pewności prawnej zarówno po stronie instytucji zamawiających, jak i po stronie podmiotów gospodarczych.
- 15 Zdaniem Komisji procedura udzielania *marchés de définition* nie jest ani dialogiem konkurencyjnym, ani też umową ramową w rozumieniu art. 29 i 32 dyrektywy 2004/18. Procedura ta nie jest również konkursem pozwalającym pod pewnymi warunkami na udzielenie zamówienia z wolnej ręki na wynikające z niego usługi zgodnie z art. 31 ust. 3 tej dyrektywy.
- 16 Republika Francuska twierdzi, że sporne przepisy krajowe nie są sprzeczne z art. 2, 28 ani 31 dyrektywy 2004/18. Dyrektywa ta jest bowiem dyrektywą koordynującą i nie ustanawia jednolitego i wyczerpującego uregulowania wspólnotowego. W związku z tym okoliczność, iż w trakcie udzielania *marchés d'exécution* może dojść do ograniczenia konkurencji, jest zgodna z tą dyrektywą. Procedura *marchés de définition* jest zgodna z zasadami w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług ustanowionymi w traktacie WE i powtórzonymi w art. 2 rzeczonej dyrektywy, ponieważ państwa członkowskie zachowują kompetencję do utrzymania bądź ustanowienia zasad prawa materialnego i proceduralnego w dziedzinie zamówień publicznych.
- 17 Republika francuska twierdzi, że jest możliwe ustalenie przedmiotu i kryteriów późniejszego *marché d'exécution* w chwili wszczęcia procedury *marchés de définition*. Istnieje wiele sytuacji, takich jak niektóre zamówienia na rozwój urbanistyczny, w których przedmiot, a także kryteria udzielenia zamówienia publicznego są na tyle niezależne od *marchés de définition*, że mogą zostać prawidłowo określone w początkowym stadium *marchés de définition*.
- 18 Republika Francuska dodaje, że dyrektywa 2004/18 przewiduje dwie procedury posiadające cechy charakterystyczne podobne do francuskiej procedury *marchés de définition* przewidzianej przez kodeks zamówień publicznych w brzmieniu nadanym mu przez dekret nr 2006-975, a mianowicie umowę ramową oraz dialog konkurencyjny. W ten sposób prawodawca wspólnotowy sam ustanowił złożone procedury, w których przetarg następuje na dwóch etapach. Ponieważ dyrektywa ta nie ustanawia ujednoliconego i wyczerpującego uregulowania wspólnotowego, prawodawca krajowy może sam przyjąć szczególne przepisy przewidujące postępowanie przetargowe na dwóch etapach, o ile przepisy te będą zgodne z zasadą przejrzystości, o której mowa w art. 2 tej dyrektywy.
- 19 Na wypadek, gdyby Trybunał uznał, że uregulowanie ustanowione w rzeczonej dyrektywie jest wyczerpujące, Republika Francuska podnosi tytułem pomocniczym, że procedura *marchés de définition* przewidziana przez wspomniany kodeks zamówień publicznych powinna być oceniana jako odmiana procedury dialogu konkurencyjnego.

Ocena Trybunału

- 20 W uwagach Komisja wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 2, 28 i 31 dyrektywy poprzez przyjęcie

i utrzymanie w mocy art. 73 i 74-IV kodeksu zamówień publicznych przyjętego dekretem nr 2006-975, w zakresie w jakim przepisy te przewidują procedurę *marchés de définition*, która pozwala instytucji zamawiającej na udzielenie *marché d'exécution* jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnego *marchés de définition* „bez przeprowadzania nowego postępowania przetargowego” lub co najwyżej w drodze przeprowadzenia przetargu ograniczonego do tych podmiotów.

- 21 Należy ocenić zarzucone Republice Francuskiej uchybienie art. 31 rzeczony dyrektywy. Uchybienie to wynika zdaniem Komisji z okoliczności, że procedura *marchés de définition* umożliwia udzielenie zamówienia z wolnej ręki w okolicznościach przewidzianych w pkt 3 tego artykułu.
- 22 W tym zakresie z utrwalonego orzecznictwa wynika, że istnienie uchybienia powinno być oceniane na podstawie sytuacji mającej miejsce w państwie członkowskim w momencie upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii (zob. w szczególności wyroki: z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie C-64/01 Komisja przeciwko Grecji, Rec. s. I-2523, pkt 7; z dnia 6 grudnia 2007 r. w sprawie C-456/05 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-10517, pkt 15).
- 23 Wiadomo, że brzmienie art. 73 kodeksu zamówień publicznych wynikające z dekretu nr 2004-15 i dopuszczające udzielenie *marchés d'exécution* „bez przeprowadzania nowego postępowania przetargowego” już nie obowiązywało w chwili upływu dwumiesięcznego terminu ustalonego w uzasadnionej opinii. W dacie tej wspomniane brzmienie rzeczony art. 73 zostało zastąpione nową wersją wynikającą z dekretu 2006-975.
- 24 Z treści art. 73 akapit trzeci kodeksu zamówień publicznych przyjętej dekretem nr 2006-975 wynika, że *marchés d'exécution* są udzielane wyłącznie „w przetargu ograniczonym podmiotom wybranym w ramach pierwotnych *marchés de définition*”. W ten sposób w chwili wygaśnięcia terminu ustalonego w uzasadnionej opinii udzielanie *marchés d'exécution* nie następowało w drodze procedury negocjacyjnej w rozumieniu art. 31 pkt 3 dyrektywy 2004/18.
- 25 Z powyższego wynika, że należy oddalić skargę Komisji w zakresie, w jakim zmierza ona do stwierdzenia przez Trybunał, iż procedura *marchés de définition* pozwala instytucji zamawiającej na udzielenie *marché d'exécution* jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnego *marchés de définition* „bez przeprowadzania nowego postępowania przetargowego”, a także w zakresie, w jakim wnosi ona o stwierdzenie uchybienia art. 31 rzeczony dyrektywy.
- 26 Skarga jest jednak przedmiotowa w zakresie, w jakim Komisja zarzuca Republice Francuskiej uchybienie art. 2 i 28 dyrektywy 2004/18 poprzez przyjęcie i utrzymanie w mocy art. 73 i 74-IV kodeksu zamówień publicznych, przyjętych dekretem nr 2006-975, w zakresie w jakim przepisy te przewidują procedurę *marchés de définition*, która pozwala instytucji zamawiającej na przyznanie *marché d'exécution* jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnego *marchés de définition* w drodze przetargu ograniczonego do tych podmiotów.
- 27 W odpowiedzi na skargę Republika Francuska twierdzi, że dyrektywa 2004/18 jest jedynie dyrektywą koordynującą, pozostawiającą państwom członkowskim swobodę utrzymania lub ustanowienia zasad w dziedzinie zamówień publicznych innych niż przewidziane w tej dyrektywie.
- 28 Nie można przychylić się do tego argumentu. O ile prawdą jest, że dyrektywa 2004/18 nie zmierza do dokonania pełnej harmonizacji systemu zamówień publicznych w państwach

członkowskich, to prawdą jest również, że procedury udzielania zamówień publicznych, którymi państwa członkowskie mogą się posłużyć, zostały w sposób enumeratywny wymienione w art. 28 rzeczonej dyrektywy.

- 29 Zgodnie ze wspomnianym art. 28 instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych albo w ramach procedury otwartej, albo w ramach procedury zamkniętej, albo – w szczególnych okolicznościach wyraźnie przewidzianych w art. 29 dyrektywy 2004/18 – w ramach dialogu konkurencyjnego, albo też w okolicznościach wyraźnie przewidzianych w jej art. 30 i 31 – w ramach procedury negocjacyjnej. Dyrektywa ta nie zezwala na udzielenie zamówienia przy zastosowaniu innych procedur.
- 30 Nie można dojść do innego wniosku na podstawie wyroku Trybunału z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 CEI i Bellini, Rec. s. 3347.
- 31 Prawdą jest, że w pierwszym zdaniu pkt 15 rzeczonego wyroku Trybunał stwierdził, że dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 185, s. 5) nie ustanawiała jednolitego i wyczerpującego uregulowania wspólnotowego, niemniej jednak w kolejnym zdaniu tego samego pkt 15 Trybunał wyjaśnił, że państwa członkowskie mają swobodę w utrzymaniu lub ustanowieniu przepisów prawa materialnego i proceduralnego w dziedzinie zamówień publicznych, tylko jeśli nastąpi to w ramach przepisów wspólnotowych zawartych w tej dyrektywie.
- 32 Ponadto w pkt 17 ww. wyroku CEI i Bellini Trybunał podkreślił, że wypowiedział się z punktu widzenia stadium harmonizacji osiągniętego przez prawo wspólnotowe w dacie wydania wyroku. Artykuł 28 akapit drugi dyrektywy 2004/18, który nie ma swojego odpowiednika w dyrektywie 71/305, w sposób wyczerpujący wymienia procedury, w ramach których instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień.
- 33 Z powyższego wynika, że w ramach obecnie obowiązujących przepisów prawa wspólnotowego państwa członkowskie nie mają już swobody w przyjmowaniu procedur udzielania zamówień publicznych innych niż wymienione w dyrektywie 2004/18.
- 34 W związku z tym należy odrzucić argumenty Republiki Francuskiej dotyczące rzekomej możliwości przyjęcia przez państwo członkowskie procedur udzielania zamówień nieprzewidzianych w rzeczonej dyrektywie, choć posiadających cechy charakterystyczne podobne do niektórych procedur wymienionych przez tę dyrektywę.
- 35 Należy z kolei zbadać argument podniesiony pomocniczo przez Republikę Francuską, zgodnie z którym procedura *marchés de définition* przewidziana przez kodeks zamówień publicznych w brzmieniu nadanym mu przez dekret nr 2006-975 stanowi wprowadzenie w życie procedury dialogu konkurencyjnego, o którym mowa w art. 29 dyrektywy 2004/18.
- 36 Należy przyznać, że istnieje pewne podobieństwo pomiędzy celami, do których dąży procedura dialogu konkurencyjnego, a procedurą *marchés de définition*. Zamierzeniem tych procedur jest umożliwienie instytucji zamawiającej określenia w pierwszej kolejności szczególnego przedmiotu zamówienia, a także technicznych środków jego realizacji.
- 37 Niemniej jednak istnieje fundamentalna różnica pomiędzy tymi dwiema procedurami. Zasada się on na tym, że dialog konkurencyjny jest procedurą udzielania jednego i tego samego zamówienia, podczas gdy procedura *marchés de définition* zmierza do udzielenia kilku zamówień o odmiennym charakterze, to znaczy, po pierwsze, *marchés de définition* [zamówień na opracowanie projektu] oraz po drugie, *marchés d'exécution* [zamówień na wykonanie].

- 38 Sama ta różnica wyklucza możliwość uznania procedury *marchés de définition* za formę wprowadzenia w życie procedury dialogu konkurencyjnego.
- 39 Komisja zarzuca ponadto Republice Francuskiej naruszenie art. 2 dyrektywy 2004/18, który przewiduje, że instytucje zamawiające traktują podmioty gospodarcze na zasadzie równości i niedyskryminacji oraz działają w sposób przejrzysty.
- 40 W tym zakresie należy zauważyć, że procedura *marchés de définition* przewidziana w kodeksie zamówień publicznych w brzmieniu wynikającym z dekretu nr 2006-975 ma na celu udzielenie dwóch rodzajów zamówień, to znaczy *marchés de définition* i *marchés d'exécution*, przy czym ostatnie z wymienionych zostają następnie przyznane w drodze przetargu ograniczonego podmiotom wybranym w ramach *marchés de définition*. W ten sposób podmioty gospodarcze, które mogłyby być zainteresowane uczestnictwem w *marchés d'exécution*, lecz nie zostały wybrane w ramach *marchés de définition*, są traktowane w dyskryminacyjny sposób w stosunku do podmiotów wybranych, sprzecznie z zasadą równości uznaną w art. 2 dyrektywy za zasadę przeprowadzania zamówień publicznych.
- 41 Ponadto 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 (zob. podobnie wyrok z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-340/02 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. s. I-9845, pkt 34).
- 42 Republika Francuska przywołuje niektóre przykłady procedur *marchés de définition*, w których jej zdaniem przedmiot *marché d'exécution* mógł zostać określony z pewną precyzją w stadium wszczęcia procedury *marchés de définition*.
- 43 Niemniej jednak okazuje się, że *marchés de définition* oraz *marché d'exécution* mają ze względu na swój charakter inny przedmiot, to znaczy z jednej strony prace projektowe, koncepcyjne oraz określenie potrzeb instytucji zamawiającej, a z drugiej strony rzeczywiste świadczenie wcześniej określonych robót budowlanych, dostaw i usług. Tymczasem zaskarżone przepisy krajowe nie są w stanie zagwarantować, że w każdym wypadku przedmiot i kryteria udzielenia zarówno *marchés de définition*, jak i *marché d'exécution* będą mogły zostać określone już na początku postępowania.
- 44 Z powyższego wynika, że procedura *marchés de définition* przewidziana w art. 73 i 74-IV kodeksu zamówień publicznych w brzmieniu nadanym mu dekretem nr 2006-975 nie jest zgodna z art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 45 W związku z tym należy stwierdzić, że poprzez przyjęcie i utrzymanie w mocy art. 73 i 74-IV kodeksu zamówień publicznych w brzmieniu nadanym mu dekretem nr 2006-975 z dnia 1 sierpnia 2006 r., w zakresie w jakim przepisy te przewidują procedurę udzielania *marchés de définition* (zamówienia na opracowanie projektu), która zezwala instytucji zamawiającej na udzielenie *marché d'exécution* (zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dostaw i usług) jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnego *marchés de définition* w trybie przetargu ograniczonego do tych podmiotów Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 2 i 28 dyrektywy 2004/18.

2.6. orzeczenie z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 *Consortio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 25 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału, Consiglio di Stato jest sądem w rozumieniu art. 234 WE, w wypadku, gdy wydaje opinię w ramach odwołania nadzwyczajnego, takiego jak odwołanie w sprawie przed sądem krajowym (wyrok z dnia 16 października 1997 r. w sprawach połączonych od C-69/96 do C-79/96 Garofalo i in., Rec. s. I-5603, pkt 27).

W przedmiocie pytania pierwszego

- 26 Pierwsze pytanie sądu krajowego zmierza w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 należy rozumieć w sposób wykluczający udział zgrupowania złożonego wyłącznie z uniwersytetów i organów administracji publicznej w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego na usługi.
- 27 Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że przepisy dyrektywy 2004/18, które sąd krajowy ma w szczególności na uwadze, to art. 1 ust. 2 lit. a) i art. 8 akapity pierwszy i drugi tej dyrektywy, gdyż przepisy te odwołują się do pojęcia „wykonawca”. Ponadto, w świetle wskazanego wniosku, zainteresowane zgrupowanie nie ma zasadniczo celu zarobkowego, nie posiada struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie jest stale obecne na rynku.
- 28 Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy przede wszystkim wskazać, że, po pierwsze, przepisy dyrektywy 2004/18 nie zawierają definicji pojęcia „wykonawca” oraz że, po drugie, nie czynią one rozróżnienia pomiędzy oferentami wedle tego, czy mają oni zasadniczo cel zarobkowy, ani też nie wyłączają w sposób wyraźny podmiotów takich, jak podmiot w sprawie przed sądem krajowym. W świetle orzecznictwa Trybunału treść tych przepisów wystarcza jednak, by udzielić sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi.
- 29 Ponadto motyw 4 dyrektywy 2004/18 wskazuje na możliwość udziału „podmiotu prawa publicznego” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- 30 Podobnie art. 1 ust. 8 akapity pierwszy i drugi tej dyrektywy uznaje za „wykonawcę” nie tylko wszelką osobę fizyczną lub prawną, ale także w sposób wyraźny wszelki „podmiot publiczny”, jak również zgrupowanie złożone z takich podmiotów, które oferują usługi na rynku. Pojęcie „podmiot publiczny” może zaś obejmować również jednostki organizacyjne niemające zasadniczo celu zarobkowego, nieposiadające struktury przedsiębiorstwa i niebędące stale obecne na rynku.
- 31 Ponadto art. 4 tej dyrektywy, zatytułowany „Wykonawcy”, w ust. 1 zakazuje państwom członkowskim odrzucania kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia usług będących przedmiotem ogłoszenia o zamówieniu, jedynie na podstawie tego, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych. Przepis ten nie rozróżnia też pomiędzy kandydatami czy oferentami wedle tego, czy przysługuje im status podmiotu prawa publicznego, czy też podmiotu prawa prywatnego.

- 32 Odnosząc się do podniesionego przez sąd krajowy problemu ewentualnego zakłócenia konkurencji spowodowanego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów takich jak skarżący przed sądem krajowym, które korzystają z uprzywilejowanej pozycji w porównaniu z prywatnymi podmiotami gospodarczymi dzięki przyznanemu finansowaniu ze środków publicznych, należy podkreślić, że motyw 4 dyrektywy 2004/18 nakłada na państwa członkowskie obowiązek czuwania, by zakłócenie takie nie powstało wskutek udziału podmiotu prawa publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten dotyczy także podmiotów takich jak wspomniani skarżący.
- 33 Należy także przypomnieć w tym względzie obowiązki spoczywające na instytucji zamawiającej zgodnie z art. 55 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oraz możliwości, jakie dla tej instytucji stwarza ten przepis w wypadku ofert rażąco niskich ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwowej. Trybunał uznał zresztą, że w pewnych szczególnych okolicznościach instytucja zamawiająca ma obowiązek albo przynajmniej możliwość wzięcia pod uwagę istnienia subwencji, a w szczególności pomocy niezgodnej z traktatem, aby jeżeli zajdzie taka potrzeba, wykluczyć oferentów, którzy z niej skorzystali (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. s. I-11037, pkt 29).
- 34 Niemniej jednak ewentualna uprzywilejowana pozycja podmiotu gospodarczego – takiego jak skarżący przed sądem krajowym – spowodowana finansowaniem ze środków publicznych lub pomocą państwa nie wystarcza do jego wykluczenia z przetargu a priori i bez dalszego badania.
- 35 Z powyższych rozważań wynika, że ustawodawca wspólnotowy nie zamierzał ograniczyć pojęcia „wykonawca, który oferuje usługi na rynku” jedynie do podmiotów, które są zorganizowane jako przedsiębiorstwo, ani też wprowadzać szczególnych wymogów, mogących stanowić wstępne ograniczenie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oparte na formie prawnej i wewnętrznej strukturze danego podmiotu gospodarczego.
- 36 Wykładnię tę potwierdza orzecznictwo Trybunału.
- 37 Trybunał orzekł, że jednym z celów przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję (zob. w szczególności podobnie ww. wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 39) oraz że w interesie prawa wspólnotowego pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów (wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur, Zb.Orz. s. I-4219, pkt 26). Należy w tym względzie dodać, że otwarcie na jak najszerszą możliwą konkurencję zostało wprowadzone nie tylko z uwagi na interes wspólnotowy w dziedzinie swobodnego przepływu towarów i usług, ale także z uwagi na własny interes zainteresowanej instytucji zamawiającej, która dysponuje szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do potrzeb zainteresowanych wspólnot publicznoprawnych (zob. podobnie, w odniesieniu do ofert rażąco niskich, 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 29).
- 38 W tym duchu otwarcia przetargów na jak najszerszą możliwie konkurencję Trybunał również orzekł, że przepisy wspólnotowe w tej dziedzinie mają zastosowanie w wypadku, gdy podmiot, z którym instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć odpłatną umowę, również jest instytucją zamawiającą (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo). Tymczasem zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca jest podmiotem, który wykonuje zadania w interesie

ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Tego rodzaju jednostka organizacyjna nie prowadzi zarobkowej działalności na rynku.

- 39 Podobnie Trybunał orzekł, że niezgodne z przepisami wspólnotowymi są wszelkie przepisy krajowe wykluczające z udzielenia zamówień publicznych na usługi, których wartość przekracza próg uzasadniający zastosowanie dyrektyw, tych kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danej usługi, na tej jedynie podstawie, iż forma prawna tych kandydatów lub oferentów nie odpowiada określonej kategorii osób prawnych (zob. podobnie wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-357/06 *Frigerio Luigi & C.*, Zb.Orz. s. I-12311, pkt 22).
- 40 Ponadto zgodnie z orzecznictwem Trybunału należy przypomnieć, że po pierwsze, zasada równego traktowania nie zostaje naruszona z samego tylko powodu, że instytucje zamawiające dopuszczają do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednostki organizacyjne korzystające z subwencji pozwalających im składać oferty znacząco niższe niż oferenci konkurencyjni, którzy nie są subwencionowani oraz, po drugie, że gdyby ustawodawca wspólnotowy miał zamiar zobowiązać instytucje zamawiające do wykluczenia takich oferentów, uczyniłby to w sposób wyraźny (ww. wyrok w sprawie ARGE, pkt 25, 26).
- 41 Wreszcie, zgodnie również z orzecznictwem Trybunału, przepisy wspólnotowe nie wymagają, by osoba, która zawiera umowę z instytucją zamawiającą, była w stanie spełnić umówione świadczenie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów, aby móc taką osobę zakwalifikować jako przedsiębiorcę, czyli jako wykonawcę; wystarczy, że może ona doprowadzić do spełnienia danego świadczenia poprzez przedstawienie w tym celu stosownych gwarancji (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).
- 42 W konsekwencji zarówno z przepisów wspólnotowych, jak i z orzecznictwa Trybunału wynika, że dopuszcza się do złożenia oferty lub zgłoszenia kandydatury każdą osobę lub podmiot, która – zważywszy na wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym – może być uznana za odpowiednią w celu zapewnienia realizacji tego zamówienia, czy to bezpośrednio czy to z udziałem podwykonawcy, niezależnie od tego, czy posiada status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy działalność na rynku tej osoby lub podmiotu ma charakter systematyczny, czy też okazjonalny, wreszcie niezależnie od tego, czy ta osoba lub podmiot jest subwencionowana ze środków publicznych, czy też nie. Jak trafnie wskazał rząd czeski, rzeczywistą zdolność danego podmiotu do spełnienia przesłanek określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ocenia się w toku końcowej fazy procedury poprzez zastosowanie kryteriów określonych w art. 44–52 dyrektywy 2004/18.
- 43 Należy dodać, że wykładnia zawężająca pojęcia „wykonawca” spowodowałaby, że umowy zawarte pomiędzy instytucjami zamawiającymi i jednostkami organizacyjnymi, które nie działają zasadniczo w celu osiągnięcia zysku, nie mogłyby być uznane za „zamówienia publiczne”, wobec czego umowy te mogłyby być zawierane w sposób nieformalny, co spowodowałoby ich wyłączenie spod przepisów wspólnotowych dotyczących równego traktowania i przejrzystości, wbrew celowi tych przepisów.
- 44 Ponadto, jak podkreśla sąd krajowy, tego rodzaju wykładnia ujemnie wpływałaby na współpracę pomiędzy podmiotami publicznymi i prywatnymi, jak również pomiędzy naukowcami a przedsiębiorcami, i stanowiłaby ograniczenie konkurencji.

- 45 Mając powyższe na względzie, na pierwsze pytanie należy udzielić odpowiedzi, iż przepisy dyrektywy 2004/18, a w szczególności art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 8 akapity pierwszy i drugi, które odwołują się do pojęcia „wykonawca”, należy rozumieć w ten sposób, że zezwalają one na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi podmiotom, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego, nie posiadają struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie są w sposób stały obecne na rynku, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, jak również zgrupowania powołane przez uniwersytety i organy administracji publicznej.

W przedmiocie pytania drugiego

- 46 Drugie pytanie sądu krajowego dotyczy w istocie kwestii, czy przepisy krajowe wdrażające dyrektywę 2004/18 do prawa krajowego są niezgodne z przepisami tej dyrektywy, a w szczególności z jej art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 8 akapity pierwszy i drugi w sytuacji, gdy przepisy krajowe rozumiane są w sposób zastrzegający udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla usługodawców, którzy w sposób systematyczny i zawodowo oferują usługi na rynku z wyłączeniem podmiotów takich jak uniwersytety i instytuty badawcze, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego.
- 47 W tym względzie należy przypomnieć, jak wynika to zresztą z brzmienia art. 4 ust. 1 dyrektywy 2004/18, iż państwa członkowskie mają możliwość udzielania określonym kategoriom podmiotów gospodarczych zezwoleń na świadczenie określonych usług.
- 48 Podobnie, jak trafnie zauważyła Komisja, państwa członkowskie mogą regulować działalność podmiotów takich jak uniwersytety i instytuty badawcze, które nie mają celu zarobkowego, lecz których zadaniem jest prowadzenie działalności naukowo-dydaktycznej. Państwa członkowskie mogą w szczególności zezwolić albo też nie zezwolić takim podmiotom na prowadzenie działalności na rynku zależnie od tego, czy taka działalność jest do pogodzenia z ich celami statutowymi.
- 49 Niemniej jednak, jeżeli i w zakresie w jakim takie podmioty mają prawo do oferowania określonych usług na rynku, przepisy krajowe wdrażające dyrektywę 2004/18 do prawa krajowego nie mogą zabraniać im uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi. Tego rodzaju zakaz nie byłby bowiem zgodny z przepisami dyrektywy 2004/18 rozumianymi w sposób przyjęty dla potrzeb udzielenia odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne.
- 50 W takim wypadku zadaniem sądu krajowego jest dokonanie wykładni swego prawa wewnętrznego – w zakresie, w jakim jest to możliwe – w świetle brzmienia i celów dyrektywy 2004/18 po to, by osiągnąć przewidziane przez nią skutki, udzielając pierwszeństwa wykładni przepisów krajowych najbardziej zgodnej z tymi celami, a przez to dochodząc do rozstrzygnięcia zgodnego z przepisami tej dyrektywy, a także, w razie konieczności, powstrzymując się od zastosowania wszelkich przepisów prawa krajowego niezgodnych z dyrektywą (zob. wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-414/07 Magoora, Zb.Orz. s. I-10921, pkt 44).
- 51 W konsekwencji na drugie pytanie należy udzielić odpowiedzi, iż dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż niezgodna z nią jest wykładnia przepisów krajowych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które zakazują podmiotom niemającym zasadniczo celu zarobkowego, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy prawo krajowe zezwala takim podmiotom na oferowanie usług objętych tym zamówieniem.

2.7. orzeczenie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, ECLI:EU:C:2010:45

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 25 W pytaniu pierwszym sąd krajowy pragnie zasadniczo ustalić, czy art. 1 dyrektywy 89/665 wymaga, aby bieg terminu do wniesienia powództwa o stwierdzenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych lub odszkodowanie z tytułu naruszenia tych przepisów rozpoczął się od dnia naruszenia wskazanych przepisów lub od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o tym naruszeniu.
- 26 Dyrektywa 89/665 ma zagwarantować istnienie skutecznych środków odwoławczych w przypadkach naruszeń wspólnotowego prawa zamówień publicznych lub przepisów krajowych transponujących to prawo w celu zagwarantowania skutecznego stosowania dyrektyw w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Nie zawiera ona jednak żadnego przepisu, który dotyczy w szczególności przesłanek terminu na wnoszenie odwołań, które ma ustanawiać. Krajowy porządek prawny każdego z państw członkowskich powinien zatem definiować te przesłanki odnoszące się do terminu (wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. s. I-11617, pkt 71).
- 27 Przepisy dotyczące procedury odwoławczej przed sądem, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo wspólnotowe kandydatom i oferentom praw naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny stanowić zagrożenia dla skuteczności dyrektywy 89/665 (ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 72).
- 28 W tym kontekście należy zbadać, czy w świetle celów tej dyrektywy przepisy krajowe, takie jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie naruszają praw przyznanych jednostkom w prawie wspólnotowym (ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 73).
- 29 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu (ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 74).
- 30 Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania.
- 31 Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.
- 32 Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeżeli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 78).

- 33 Wniosek ten potwierdza fakt, że art. 41 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18, obowiązującej w okresie wystąpienia zdarzeń będących u podstaw postępowania przed sądem krajowym, zobowiązuje instytucje zamawiające do poinformowania odrzuconych kandydatów i oferentów o motywach dotyczących ich decyzji. Takie przepisy są spójne z systemem terminów zawitych, zgodnie z którym bieg tych terminów rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o naruszeniu przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych.
- 34 Wniosek ten potwierdza również zmiany wprowadzone do dyrektywy 89/665 dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. L 335, s. 31), mimo że termin transpozycji tej dyrektywy upłynął dopiero po zajściu zdarzeń będących u podstaw postępowania przed sądem krajowym. Artykuł 2c wprowadzony dyrektywą 2007/66 przewiduje, że informacji przekazywanej każdemu oferentowi lub kandydatowi o decyzji instytucji zamawiającej towarzyszy streszczenie stosownych przyczyn i że termin do wniesienia odwołania wygasa wyłącznie po upływie określonej liczby dni po takim przekazaniu.
- 35 Na pytanie pierwsze należy zatem odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 wymaga, aby bieg terminu na wniesienie powództwa o stwierdzenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych lub o odszkodowanie z tytułu naruszenia tych przepisów rozpoczynał się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o tym naruszeniu.

W przedmiocie pytania drugiego

- 36 Pytanie drugie obejmuje dwie części. Pierwsza dotyczy wykładni dyrektywy 89/665 w odniesieniu do wymogu, nałożonego w prawie krajowym, zgodnie z którym powództwo powinno być wniesione bezzwłocznie. Druga odnosi się do skutków wynikających z tej dyrektywy względem uznania przysługującego sądowi krajowemu dla przedłużenia terminu na wniesienie powództwa.

W przedmiocie części pierwszej pytania drugiego

- 37 W części pierwszej pytania drugiego sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, czy wykładni dyrektywy 89/665 należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwia się ona obowiązywaniu przepisu takiego jak art. 47 ust. 7 lit. b) rozporządzenia z 2006 r., który wymaga, aby powództwo zostało wniesione bezzwłocznie.
- 38 Jak zostało przypomniane w pkt 29 niniejszego wyroku, zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Dla realizacji założonego w tej dyrektywie celu, jakim jest szybkość postępowania, państwa członkowskie mogą ustanowić terminy na wniesienie odwołania, tak aby zobowiązać podmioty do zakwestionowania w krótkim czasie działań przygotowawczych lub tymczasowych decyzji podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 75–79; wyroki: z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 *Grossmann Air Service*, Rec. s. I-1829, pkt 30, 36–39; a także z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-241/06 *Lämmerzahl*, Zb.Orz. s. I-8415, pkt 50, 51).
- 39 Cel założony w dyrektywie 89/665, jakim jest szybkość postępowania, powinien być realizowany w prawie krajowym z zachowaniem wymogów pewności prawa. W tym celu

państwa członkowskie są zobowiązane do ustanowienia wystarczająco precyzyjnych, jasnych i przewidywalnych przepisów dotyczących terminów umożliwiających jednostce ustalenie jej praw i obowiązków (zob. podobnie wyroki: z dnia 30 maja 1991 r. w sprawie C-361/88 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-2567, pkt 24; z dnia 7 listopada 1996 r. w sprawie C-221/94 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Rec. s. I-5669, pkt 22).

- 40 Ponadto założony w dyrektywie 89/665 cel, jakim jest szybkość postępowania, nie pozwala państwom członkowskim na pominięcie zasady skuteczności, zgodnie z którą stosowanie krajowych terminów zawitych nie powinno uniemożliwiać lub nadmiernie utrudniać wykonywania praw, które przyznaje zainteresowanym prawo wspólnotowe, a która to zasada jest ściśle związana z wyraźnie przewidzianym w art. 1 ust. 1 rzeczonyj dyrektywy celem, jakim jest skuteczność odwołania.
- 41 Przepis krajowy taki jak art. 47 ust. 7 lit. b) rozporządzenia z 2006 r., zgodnie z którym powództwo nie może być wniesione, chyba że „powództwo to zostanie wniesione bezzwłocznie, a w żadnym wypadku nie później niż w ciągu 3 miesięcy”, wywołuje niepewność. Nie można wykluczyć, że taki przepis upoważnia sądy krajowe do odrzucenia powództwa jako wniesionego po terminie, nawet przed upływem terminu 3 miesięcy, jeżeli uznają one, że powództwo nie zostało wniesione „bezzwłocznie” w rozumieniu tego przepisu.
- 42 Jak zauważył rzecznik generalny w pkt 69 swojej opinii, termin zawity, którego długość pozostawiona jest swobodnej ocenie właściwego sądu, nie jest możliwy do przewidzenia. W związku z tym przepis krajowy przewidujący taki termin nie zapewnia skutecznej transpozycji dyrektywy 89/665.
- 43 Wynika z tego, że na część pierwszą pytania drugiego należy odpowiedzieć, iż art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 sprzeciwia się obowiązywaniu przepisu krajowego, takiego jak ten w postępowaniu przed sądem krajowym, który umożliwia sądowi krajowemu odrzucenie, ze względu na wniesienie po terminie, powództwa o stwierdzenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych lub o odszkodowanie z tytułu naruszenia tych przepisów, na podstawie ocenianego uznaniowo kryterium, zgodnie z którym takie powództwa powinny być wniesione bezzwłocznie.

W przedmiocie części drugiej pytania drugiego

- 44 W części drugiej pytania drugiego sąd krajowy pragnie zasadniczo ustalić skutki wynikające z dyrektywy 89/665 w odniesieniu do uznania przysługującego sądowi krajowemu w zakresie przedłużenia terminu do wniesienia powództwa.
- 45 W odniesieniu do przepisów krajowych transponujących dyrektywę sądy krajowe zobowiązane są tak dalece, jak jest to możliwe, dokonywać ich wykładni w świetle brzmienia i celu rozpatrywanej dyrektywy, by osiągnąć przewidziany w niej rezultat (zob. wyroki: z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 von Colson i Kamann, Rec. s. 1891, pkt 26; a także z dnia 5 października 2004 r. w sprawach połączonych od C-397/01 do C-403/01 Pfeiffer i in., Zb.Orz. s. I-8835, pkt 113).
- 46 W niniejszym przypadku rolą sądu krajowego jest, tak dalece jak to możliwe, dokonanie wykładni przepisów krajowych ustanawiających termin zawity zgodnej z celem dyrektywy 89/665 (zob. podobnie wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 Santex, Rec. s. I-1877, pkt 63; ww. wyrok w sprawie Lämmerzahl, pkt 62).
- 47 W celu spełnienia wymogów zawartych w odpowiedzi udzielonej na pytanie pierwsze sąd krajowy, przed którym toczy się postępowanie, powinien, tak dalece jak jest to możliwe,

dokonać wykładni przepisów krajowych dotyczących terminu do wniesienia powództwa w sposób zapewniający, aby bieg tego terminu rozpoczynał się dopiero od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o naruszeniu przepisów obowiązujących przy udzielaniu danego zamówienia publicznego.

- 48 Jeżeli omawiane przepisy krajowe nie pozwalają na dokonanie takiej wykładni, sąd ten jest zobowiązany, korzystając z przysługującego mu uznania, przedłużyć termin do wniesienia powództwa, tak aby zapewnić skarżącemu termin odpowiadający temu, który by mu przysługiwał, gdyby bieg terminu przewidzianego w obowiązujących przepisach krajowych rozpoczynał się od dnia, w którym dowiedział się on lub powinien był dowiedzieć się o naruszeniu przepisów o zamówieniach publicznych.
- 49 W każdym razie, jeżeli przepisy krajowe dotyczące terminów do wniesienia powództwa nie pozwalają na dokonanie wykładni zgodnej z dyrektywą 89/665, sąd krajowy jest zobowiązany odstąpić od ich stosowania, w celu zastosowania w całości prawa wspólnotowego i zapewnienia ochrony praw, jakie przyznaje ono jednostkom (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Santex, pkt 64; w sprawie Lämmerzahl, pkt 63).
- 50 Należy zatem na drugą część pytania drugiego udzielić odpowiedzi, że dyrektywa 89/665 wymaga, aby sąd krajowy przedłużył, korzystając z przysługującego mu uznania, termin do wniesienia powództwa, tak aby zapewnić skarżącemu termin odpowiadający temu, który by mu przysługiwał, gdyby bieg terminu przewidzianego w obowiązujących przepisach krajowych rozpoczynał się od dnia, w którym dowiedział się on lub powinien był dowiedzieć się o naruszeniu przepisów o zamówieniach publicznych. Jeżeli nie można dokonać wykładni przepisów krajowych dotyczących terminów do wniesienia powództwa zgodnej z dyrektywą 89/665, sąd krajowy jest zobowiązany odstąpić od ich stosowania, w celu zastosowania w całości prawa wspólnotowego i zapewnienia ochrony praw, jakie przyznaje ono jednostkom.

2.8. orzeczenie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-456/08 *Komisja Europejska przeciwko Irlandii*, ECLI:EU:C:2010:46

Okoliczności powstania sporu i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

- 6 National Roads Authority (krajowa dyrekcja dróg, zwana dalej „NRA”) jest instytucją publiczną zajmującą się budową i utrzymaniem dróg w Irlandii.
- 7 SIAC Construction Ltd (zwana dalej „SIAC”) jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Irlandii, prowadzącą działalność w sektorze budowlanym.
- 8 NRA opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* z dnia 10 lipca 2001 r. zaproszenie do składania ofert na koncepcję, budowę, finansowanie i użytkowanie zachodniej obwodnicy autostradowej miasta Dundalk. Wykonawca miał zawrzeć z NRA partnerstwo publiczno-prywatne i użytkować ten odcinek autostrady przez okres około 30 lat.
- 9 W grudniu 2001 r. NRA zaprosiła do negocjacji czterech kandydatów.
- 10 W kwietniu 2003 r. dwóch spośród tych czterech kandydatów, to znaczy konsorcjum EuroLink, do którego należała SIAC, oraz konsorcjum Celtic Road Group (zwane dalej „CRG”), zostało wybranych do prowadzenia dalszych negocjacji.
- 11 W dniu 8 sierpnia 2003 r. NRA wezwała EuroLink i CRG do złożenia ostatecznych ofert.

- 12 Pismem z dnia 14 października 2003 r. EuroLink zostało poinformowane przez NRA o wyborze CRG jako preferowanego przez nią oferenta. Pismo NRA wyjaśniało przy tym, że oferta EuroLink nie została odrzucona. Zgodnie z tym pismem NRA miała kontynuować rozmowy z CRG, co mogło doprowadzić do udzielenia zamówienia. Jednak na wypadek, gdyby te rozmowy nie zakończyły się udzieleniem zamówienia, NRA zastrzegła sobie możliwość zaproszenia do rozmów EuroLink zamiast CRG.
- 13 W dniu 9 grudnia 2003 r. NRA postanowiła udzielić zamówienia CRG.
- 14 W dniu 5 lutego 2004 r. NRA podpisała umowę z CRG. Informacja o tym fakcie została zamieszczona na stronie internetowej NRA w dniu 9 lutego 2004 r. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 3 kwietnia 2004 r.
- 15 W dniu 8 kwietnia 2004 r. SIAC wniosła do High Court (Irlandia) skargę o odszkodowanie. Jej argumenty dotyczyły między innymi, po pierwsze, wyboru procedury negocjacji i po drugie, określonych nieprawidłowości powstałych jej zdaniem na etapie składania i oceny ostatecznych ofert. W odniesieniu do terminu na wniesienie skargi SIAC podniosła, że dniem rozpoczęcia biegu terminu jest dzień podpisania umowy z CRG, to znaczy 5 lutego 2004 r.
- 16 High Court uznał, że istotne podstawy skargi wystąpiły w dniu, kiedy konsorcjum, do którego należała SIAC, zostało powiadomione o osobie preferowanego oferenta, czyli w dniu 14 października 2003 r. SIAC powinna była wnieść skargę najpóźniej trzy miesiące po tym dniu zgodnie z art. 84A RSC. W konsekwencji wyrokiem z dnia 16 lipca 2004 r. High Court odrzucił skargę SIAC jako spóźnioną.
- 17 SIAC zwróciła się ze skargą do Komisji. W dniu 10 kwietnia 2006 r. Komisja zwróciła się do Irlandii z wezwaniem do usunięcia uchybienia, na które państwo to odpowiedziało w dniu 30 maja 2006 r.
- 18 W dniu 15 grudnia 2006 r. Komisja skierowała do Irlandii uzupełniające wezwanie do usunięcia uchybień, na które otrzymała odpowiedź w dniu 21 lutego 2007 r.
- 19 Jako że otrzymane wyjaśnienia nie zadowolili Komisji, w dniu 1 lutego 2008 r. skierowała ona do Irlandii uzasadnioną opinię, wzywając do podjęcia niezbędnych kroków w celu zastosowania się do niej w terminie dwóch miesięcy liczonych od daty otrzymania opinii. Irlandia odpowiedziała na tę opinię w dniu 25 czerwca 2008 r.
- 20 Odpowiedź ta nie usatysfakcjonowała Komisji, która wniosła niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

W przedmiocie pierwszego zarzutu

- 21 Pierwszy zarzut podniesiony przez Komisję dotyczy faktu, że NRA nie zawiadomiła niewybranego oferenta o udzieleniu zamówienia na koncepcję, budowę, finansowanie i użytkowanie zachodniej obwodnicy autostradowej miasta Dundalk.

Argumentacja stron

- 22 Komisja podnosi, że zawiadomienie niewybranych kandydatów i oferentów o decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego jest obowiązkowe na mocy art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/37. Twierdzi ona ponadto, że na gruncie dyrektywy 89/665 pełna ochrona sądowa zakłada istnienie obowiązku informowania kandydatów i oferentów o takiej decyzji.

- 23 Powiadomienie EuroLink przez NRA pismem z dnia 14 października 2003 r. o wyborze CRG jako preferowanego oferenta nie jest równoważne z odrzuceniem oferty złożonej przez EuroLink. Z tego powodu pismo to nie stanowi zawiadomienia o udzieleniu zamówienia, o jakim mowa w dyrektywie 89/665 i w art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/37.
- 24 Skoro bezsporne jest, że SIAC nie otrzymała zawiadomienia o ostatecznym udzieleniu zamówienia, to wymagania określone w przywołanych przepisach nie zostały spełnione.
- 25 Irlandia przyznaje, że państwa członkowskie mają obowiązek niezwłocznego informowania kandydatów i oferentów o decyzjach w sprawie udzielenia zamówienia, oraz twierdzi, że dokonała pełnej transpozycji do prawa krajowego przepisów art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/37, który przewiduje ten obowiązek. Komisja nie twierdzi zresztą, że uregulowanie irlandzkie w tej dziedzinie nie jest zgodne z wymaganiami prawa wspólnotowego.
- 26 Jeśli chodzi o zamówienie dotyczące obwodnicy autostradowej Dundalk, Irlandia przyznaje, że zawiadomienie EuroLink w dniu 14 października 2003 r. o preferowanym ofercie nie jest równoważne z zawiadomieniem o decyzji o udzieleniu tego zamówienia.
- 27 Jednakże Irlandia twierdzi, że z wyroku High Court z dnia 16 lipca 2004 r. wynika, iż w wyżej wskazanym dniu dla SIAC było oczywiste, że decyzja o udzieleniu zamówienia została wydana. SIAC nie mogła nie wiedzieć, że NRA była zaangażowana w proces zawierania umowy z CRG. Zdaniem Irlandii wynika z tego, że w okolicznościach niniejszej sprawy brak zawiadomienia o ostatecznym udzieleniu zamówienia nie wywołał powstania jakiegokolwiek szkody.
- 28 Irlandia podnosi, że skoro prawo krajowe dokładnie transponuje wspólnotowy system zawiadamiania o decyzjach dotyczących udzielania zamówień publicznych, to nie można uznać, że Irlandia uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy prawa wspólnotowego tylko na podstawie jednego przypadku braku zawiadomienia.

Ocena Trybunału

- 29 Artykuł 8 ust. 2 dyrektywy 93/37 przewiduje, że instytucje zamawiające informują niezwłocznie kandydatów i oferentów o podjętych decyzjach dotyczących udzielenia zamówienia. Zawiadomienie kandydatów i oferentów, których oferty odrzucono, o decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego jest na mocy tego przepisu obowiązkowe.
- 30 Obowiązek tenże wynika z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, ponieważ możliwość skutecznego zaskarżania decyzji w sprawie udzielenia zamówienia może zostać zapewniona jedynie w sytuacji, gdy wszyscy kandydaci lub oferenci zostają we właściwym czasie poinformowani o tych właśnie decyzjach (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-212/02 Komisja przeciwko Austrii, pkt 21; z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-444/06 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-2045, pkt 38).
- 31 Bezsporne jest, że w niniejszym przypadku NRA nigdy oficjalnie nie zawiadomiła EuroLink o swej decyzji w sprawie udzielenia zamówienia CRG.
- 32 Rozpowszechnienie tej informacji na stronie internetowej NRA w dniu 9 lutego 2004 r. i opublikowanie jej w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 3 kwietnia 2004 r. nie może we właściwy sposób zastąpić zawiadomienia.
- 33 Informacje te zostały bowiem rozpowszechnione publicznie po podpisaniu umowy, co nastąpiło w dniu 5 lutego 2004 r., podczas gdy w celu zapewnienia kandydatom i oferentom skutecznej ochrony sądowej powinni być oni poinformowani o decyzji NRA o udzieleniu zamówienia na pewien czas przed zawarciem umowy (zob. podobnie ww.

wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Austrii, pkt 21; w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 38).

- 34 W konsekwencji NRA w przypadku omawianego zamówienia nie dochowała obowiązku zawiadomienia, ciężącego na niej na mocy art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/37 i art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665.
- 35 Irlandia twierdzi, odsyłając w tym zakresie do pisma NRA z dnia 14 października 2003 r., że w niniejszej sprawie SIAC nie poniosła jednak żadnej szkody. Zdaniem tego państwa członkowskiego po wskazanym dniu SIAC musiała wiedzieć, że NRA zaangażowana była w proces zawierania umowy z CRG.
- 36 Nie można zgodzić się z tą argumentacją.
- 37 Po pierwsze, pismem z dnia 14 października 2003 r. NRA nie zawiadomiła o ostatecznej decyzji o udzieleniu omawianego zamówienia. Wskazała jedynie, że wybrała CRG jako preferencyjnego oferenta. NRA wyjaśniła sama, że, w przypadku gdy rozmowy z CRG nie doprowadzą do zawarcia umowy, zastrzega sobie prawo wszczęcia rozmów z EuroLink na miejsce CRG. Na tym etapie możliwość udzielenia zamówienia EuroLink nie była ostatecznie wykluczona, a konsorcjum to mogło słusznie uznać, że postępowanie w sprawie udzielenia tego zamówienia nie zostało zakończone.
- 38 Po drugie, w każdym przypadku stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie jest powiązane ze szkodą, jaka z niego mogłaby wyniknąć (wyroki: z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-263/96 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-7453, pkt 30; z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-3609, pkt 42).
- 39 Wreszcie Irlandia twierdzi, że sporne ustawodawstwo krajowe jest zgodne z obowiązkiem zawiadomienia wynikającym z regulacji wspólnotowej. W tych okolicznościach odosobniony przypadek braku zawiadomienia o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie uzasadnia stwierdzenia, że państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniom ciężącym na nim na mocy prawa wspólnotowego.
- 40 Argument ten również nie może zostać przyjęty.
- 41 Bez konieczności zajmowania stanowiska co do twierdzenia, że omawiane ustawodawstwo krajowe transponuje w sposób odpowiedni wymagania prawa wspólnotowego w tej dziedzinie, wystarczy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w postępowaniu w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego może być badana nie tylko zgodność przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państwa członkowskiego z prawem wspólnotowym, lecz również może zostać stwierdzone naruszenie prawa wspólnotowego przez organy krajowe w konkretnym przypadku (zob. w odniesieniu do udzielania zamówień publicznych ww. wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 30; wyrok z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-275/08 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 27).
- 42 Wynika stąd, że pierwszy zarzut jest uzasadniony.

W przedmiocie drugiego zarzutu

- 43 Drugi zarzut Komisji obejmuje dwie części. Po pierwsze, Komisja podkreśla, że omawiane ustawodawstwo krajowe wywołuje niepewność co do decyzji, na którą ma być złożona skarga. Po drugie, Komisja twierdzi, że ustawodawstwo to wywołuje niepewność przy ustalaniu terminu na wniesienie skargi.

Argumentacja stron

- 44 Komisja twierdzi, że dla oferentów nie jest łatwo stwierdzić, jaką decyzję instytucji zamawiającej mają zaskarżyć i od którego dnia rozpoczyna bieg termin jej zaskarżenia. Komisja zarzuca, że niepewność ta wynika z brzmienia art. 84A ust. 4 RSC oraz z jego niepewnej wykładni.
- 45 Komisja podkreśla, że sformułowanie „decyzja o udzieleniu zamówienia albo udzielenie zamówienia publicznego” zawarte w art. 84 ust. 4 RSC wskazuje decyzje mogące być przedmiotem zaskarżenia i że przepis ten nie wymienia wcześniejszych decyzji tymczasowych wydanych przez instytucje zamawiające. W wyroku z dnia 16 lipca 2004 r. High Court uznał, że przepis ten znajduje zastosowanie nie tylko do decyzji o udzieleniu zamówienia lub do udzielenia zamówienia, lecz również do decyzji wydanych przez instytucje zamawiające mające za przedmiot postępowanie w sprawie udzielania zamówień.
- 46 Zdaniem Komisji omawiane ustawodawstwo krajowe nie okazuje się zgodne z podstawową zasadą pewności prawa i z wymogiem skuteczności, o którym mowa w dyrektywie 89/665, stanowiącym zastosowanie tej zasady, ponieważ oferenci pozostawiani są w niepewnej sytuacji w przypadku zamiaru wniesienia przez nich skargi na decyzję o udzieleniu zamówienia wydanej przez instytucję zamawiającą w ramach postępowania dwuetapowego, w którym ostateczna decyzja o udzieleniu zamówienia poprzedzona jest wyborem jednego oferenta.
- 47 Komisja twierdzi, że należałoby jasno sprecyzować oferentom, że art. 84A ust. 4 RSC znajduje zastosowanie nie tylko do decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz również do tymczasowych decyzji wydanych przez instytucję zamawiającą w toku postępowania przetargowego, takich jak na przykład decyzji dotyczących wyboru preferowanego oferenta.
- 48 Irlandia przypomina, że art. 1 dyrektywy 89/665 nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia możliwości skutecznego zaskarżania wszystkich decyzji wydanych przez instytucje zamawiające w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a nie tylko decyzji o udzieleniu zamówienia. Zdaniem Irlandii sądy krajowe interpretują i stosują art. 84A ust. 4 RSC zgodnie z tymi wymogami. W szczególności wyrok High Court z dnia 16 lipca 2004 r. jasno stwierdza, że przepis ten pozwala na wniesienie skargi na wszystkie decyzje instytucji zamawiających w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, co wpisuje się całkowicie w art. 1 dyrektywy 89/665.
- 49 Jeśli chodzi o dzień, od którego rozpoczyna się bieg terminu zaskarżenia tymczasowej decyzji instytucji zamawiającej, Irlandia podnosi, że dyrektywa 89/665 wymaga, by decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające mogły być przedmiotem szybko rozpatrywanych skarg. Skarga może być rozpatrzona szybko tylko wtedy, gdy obie strony sporu mają obowiązek niezwłocznego działania w ramach postępowania. Celu tego nie można by osiągnąć, jeśli pomimo znajomości wszystkich okoliczności prawnych i faktycznych niezbędnych do wszczęcia tego rodzaju postępowania strony mogły czekać na formalne zawiadomienie o decyzji o udzieleniu zamówienia, zanim złożą skargę.
- 50 Irlandia twierdzi, że jeśli oferent mógłby po prostu czekać na formalne zawiadomienie o decyzji o nieudzieleniu mu zamówienia, pomimo że wiedziałby, iż zamówienie nie zostało mu udzielone, jak to stwierdził High Court w sprawie, w której wydał wyrok z dnia 16 lipca 2004 r., oznaczałoby to poważne przedłużenie terminów na dokonanie kontroli wszystkich decyzji instytucji zamawiających.

- 51 Trybunał orzekł już, że dyrektywa 89/665 nie stoi na przeszkodzie przepisom krajowym stanowiącym, że wszelkie odwołania od decyzji instytucji zamawiających powinny być wnoszone w określonym terminie i że na wszelkie nieprawidłowości postępowania przetargowego podnoszone na poparcie tego odwołania powinno się powoływać w tym terminie, pod rygorem jego ostatecznego upływu, po którym nie można już zakwestionować danej decyzji lub podnieść nieprawidłowości, o ile wspomniany termin jest rozsądny (wyrok z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-241/06 Lämmerzahl, Zb.Orz. s. I-8415, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 52 Stanowisko to wynika stąd, że pełna realizacja celu dyrektywy 89/665 byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie postępowania przetargowego, zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtórzenia całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń (ww. wyrok w sprawie Lämmerzahl, pkt 51).
- 53 Natomiast krajowe terminy zawite, wraz ze sposobami ich stosowania, nie powinny same z siebie móc praktycznie uniemożliwić lub nadmiernie utrudniać zainteresowanemu skorzystania z praw przysługujących mu w danym przypadku na mocy prawa wspólnotowego (ww. wyrok w sprawie Lämmerzahl, pkt 52).
- 54 Artykuł 84A ust. 4 RSC przewiduje, że „skargę na decyzję o udzieleniu zamówienia albo udzielenie zamówienia publicznego” należy wnieść w określonym terminie.
- 55 Jednakże, jak to miało miejsce w sprawie zakończonej wyrokiem High Court z dnia 16 lipca 2004 r., sądy irlandzkie mogą interpretować ten przepis w taki sposób, że znajduje on zastosowanie nie tylko do ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, ale również do decyzji tymczasowych, wydanych przez instytucję zamawiającą w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Jeśli ostateczna decyzja o udzieleniu zamówienia zostaje wydana po upływie terminu na zaskarżenie decyzji tymczasowej, to nie można wykluczyć, że zainteresowany kandydat lub oferent nie będzie mógł wnieść skargi dotyczącej udzielenia zamówienia.
- 56 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału stosowanie terminu zawitego w oparciu o prawo krajowe nie może prowadzić do pozbawienia w konkretnym przypadku skuteczności prawa zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 72; z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 Santex, Rec. s. I-1877, pkt 51, 57; ww. wyrok w sprawie Lämmerzahl, pkt 52).
- 57 Jak wyjaśnia rzecznik generalna w pkt 51 swej opinii tylko wtedy, gdy z przepisów krajowych jasno wynika, że nawet czynności przygotowawcze lub decyzje tymczasowe instytucji zamawiających w ramach udzielania zamówienia publicznego powodują rozpoczęcie biegu terminu zawitego, kandydaci i oferenci mogą podjąć odpowiednie kroki w celu zaskarżenia, zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, ewentualnych naruszeń regulacji z zakresu zamówień publicznych.
- 58 Zatem przyjęcie, że termin na wniesienie skargi przewidziany w art. 84A ust. 4 RSC obejmuje skargi na decyzje tymczasowe instytucji zamawiających przy udzielaniu zamówień publicznych, mimo że nie jest to jasno wskazane w tym przepisie, nie byłoby zgodne z wymogami art. 1 ust. 1 tej dyrektywy.

- 59 Sprzeciwiając się takiemu wnioskowi, Irlandia podnosi, że stosowanie powyższego terminu do decyzji tymczasowych jest zgodne z celami dyrektywy 89/665, a w szczególności z wymogiem szybkości postępowania.
- 60 Rzeczywiście, art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by decyzje instytucji zamawiających mogły możliwie szybko podlegać skutecznemu zaskarżaniu. Aby zrealizować postulat szybkości postępowania, określony przez tę dyrektywę, państwa członkowskie mogą wprowadzać terminy zaskarżenia w celu zobowiązania uczestników postępowania do niezwłocznego kwestionowania środków przygotowawczych lub decyzji tymczasowych podjętych w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 75–79; wyrok z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 *Grossmann Air Service*, Rec. s. I-1829, pkt 30, 36–39; w. wyrok w sprawie *Lämmerzahl*, pkt 50, 51).
- 61 Jednakże postulat szybkości postępowania zawarty w dyrektywie 89/665 winien zostać zrealizowany w prawie krajowym z poszanowaniem wymogów pewności prawa. W tym celu na państwach członkowskich ciąży obowiązek wprowadzenia regulacji dotyczącej terminów, która jest wystarczająco precyzyjna, jasna i przewidywalna, aby jednostki mogły poznać swe prawa i obowiązki (zob. podobnie wyroki: z dnia 30 maja 1991 r. w sprawie C-361/88 *Komisja przeciwko Niemcom*, Rec. s. I-2567, pkt 24; z dnia 7 listopada 1996 r. w sprawie C-221/94 *Komisja przeciwko Luksemburgowi*, Rec. s. I-5669, pkt 22).
- 62 Postulat szybkości postępowania nie pozwala państwom członkowskim na odbieganie od zasady skuteczności, zgodnie z którą sposoby stosowania terminów zawitych w prawie krajowym nie mogą uniemożliwiać lub nadmiernie utrudniać wykonywania praw, jakie przysługują zainteresowanym na podstawie prawa wspólnotowego, i która leży u podstaw postulatu skutecznej drogi zaskarżenia, wyrażonego w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy.
- 63 Rozszerzenie stosowania terminu zawitego przewidzianego w art. 84A ust. 4 RSC na decyzje tymczasowe wydane przez instytucje zamawiające w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób, który pozbawia zainteresowanych przysługującego im prawa do zaskarżenia, nie jest zgodne ani z wymogami pewności prawa, ani z postulatem skuteczności skargi. Zainteresowani muszą być informowani w sposób wystarczająco jasny, że przepisy dotyczące terminów stosują się do tych decyzji tymczasowych, aby mogli skutecznie wnieść skargę w przewidzianym terminie. Brak takiej informacji nie może być uzasadniony realizacją celu w postaci zapewnienia szybkości postępowania.
- 64 Irlandia podnosi, że sądy irlandzkie interpretują i stosują art. 84A ust. 4 RSC zgodnie z wymogami dyrektywy 89/665. Argument ten odwołuje się do istotnej roli, jaką odgrywa orzecznictwo w krajach *common law*, do których należy Irlandia.
- 65 W tym zakresie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału transpozycja dyrektywy do prawa krajowego niekoniecznie wymaga formalnego i dosłownego przeniesienia jej przepisów do wyraźnego i szczególnego przepisu ustawowego lub wykonawczego, a ogólny kontekst prawny może być wystarczający, o ile jest na tyle jasny i precyzyjny, by zainteresowani byli w stanie poznać w pełni swoje prawa i ewentualnie powołać się na nie przed sądami krajowymi (wyrok z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-474/08 *Komisja przeciwko Belgii*, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 66 Artykuł 84A ust. 4 RSC nie odpowiada tym wymogom w zakresie, w jakim pozwala on sądom krajowym na stosowanie w drodze analogii terminu zawitego przewidzianego

dla wniesienia skargi na decyzje o udzieleniu zamówień publicznych do skarg na decyzje tymczasowe instytucji zamawiających wydane w toku postępowania w sprawie udzielenia tego zamówienia, co do których ustawodawca nie przewidział wyraźnie takiego wygaśnięcia terminu. Wynikająca stąd sytuacja prawna nie jest wystarczająco jasna i precyzyjna, aby wykluczyć niebezpieczeństwo, że zainteresowani kandydaci i oferenci pozbawieni zostaną przez sąd krajowy przysługującego im prawa zaskarżenia decyzji w sprawach zamówień publicznych w oparciu o dokonaną przez niego wykładnię tego przepisu.

67 Dlatego też pierwsza część drugiego zarzutu nie jest zasadna.

W przedmiocie drugiej części drugiego zarzutu

Argumentacja stron

- 68 Komisja przypomina, że art. 84A ust. 4 RSC przewiduje, iż skarga musi być wniesiona „możliwie jak najszybciej, a w każdym razie w ciągu trzech miesięcy”. Zdaniem Komisji sformułowanie to wywołuje u oferentów niepewność, w przypadku gdy zamierzają skorzystać z przyznanego im na mocy prawa wspólnotowego prawa do zaskarżenia decyzji instytucji zamawiającej. Oferenci dowiedzą się bowiem, jak zostanie zinterpretowane sformułowanie „możliwie jak najszybciej”, dopiero po wniesieniu przez nich skargi i po tym, jak właściwy sąd wykona przysługującą mu swobodę oceny przy interpretacji tego przepisu. Sytuacja taka byłaby sprzeczna z zasadą pewności prawa.
- 69 Przepis ten stwarzałby ponadto dalsze niebezpieczeństwo co do tego, w jakich przypadkach znajdowałby zastosowanie trzymiesięczny termin, a w jakich innych przypadkach termin byłby krótszy z uwagi na możliwość wniesienia skargi wcześniej.
- 70 W konsekwencji Komisja uważa, że art. 84A ust. 4 RSC nie jest wystarczająco jasny i powoduje powstanie stanu niepewności prawa. Zdaniem Komisji, biorąc pod uwagę obowiązek zastosowania się do zasady pewności prawa obowiązujący termin powinien być stały i podlegać jasnej i przewidywalnej interpretacji przez wszystkich oferentów.
- 71 Irlandia odpowiada, że do chwili obecnej żaden sąd irlandzki nie odrzucił, jako spóźnionej, skargi na decyzję instytucji zamawiającej wydanej w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, która byłaby wniesiona w terminie trzech miesięcy, a nie możliwie jak najszybciej. Zdaniem Irlandii tego rodzaju interpretacja nie mogłaby zostać przyjęta, ponieważ wyrażenie „w każdym razie” wskazuje, że każda skarga wniesiona w ciągu trzech miesięcy jest wniesiona w terminie. Ponadto High Court wyraźnie orzekł, że w razie konieczności termin trzech miesięcy jest przedłużany.
- 72 Irlandia podkreśla, że art. 84A ust. 4 RSC przyznaje sądom irlandzkim prawo przedłużania terminów zaskarżenia. Przyznanie sądom przez przepisy krajowe tego rodzaju prawa jest dozwolonym sposobem regulowania przez państwa członkowskie terminów zaskarżenia. Państwa członkowskie nie mają obowiązku ustanawiania terminów niepodlegających zmianie.

Ocena Trybunału

- 73 Biorąc pod uwagę, że dyrektywa 89/665 realizuje cel w postaci zapewnienia szybkiego postępowania, państwo członkowskie może przy wdrażaniu tej dyrektywy nałożyć na zainteresowanych obowiązek staranności przy zaskarżaniu decyzji.
- 74 Jednakże brzmienie art. 84A ust. 4 RSC, zgodnie z którym wszystkie skargi „należy wnieść możliwie jak najszybciej, a w każdym razie w ciągu trzech miesięcy”, wywołuje niepewność. Nie można wykluczyć, że ten przepis umożliwia sądom krajowym odrzucenie skargi

jako spóźnionej nawet przed upływem terminu trzech miesięcy, jeżeli uznają one, że skarga nie została wniesiona „możliwie jak najszybciej” w rozumieniu tego przepisu.

- 75 Zainteresowani nie są w stanie przewidzieć długości terminu zawitego, jeżeli jej ustalenie pozostawione jest swobodnej ocenie właściwego sądu. Tym samym przepis krajowy przewidujący taki termin nie stanowi skutecznej transpozycji dyrektywy 89/665.
- 76 Nie zgadzając się z tym wnioskiem, Irlandia twierdzi, że żadna skarga w dziedzinie zamówień publicznych nie została odrzucona przez irlandzkie sądy ze względu na to, iż nie została złożona „możliwie jak najszybciej”.
- 77 W tym zakresie wystarczy przypomnieć, że w celu stwierdzenia, czy dyrektywa została transponowana w sposób niewystarczający, nie jest zawsze konieczne ustalenie rzeczywistych skutków krajowych przepisów dokonujących transpozycji. Inaczej jest, jeśli samo brzmienie przepisów przesądza o tym, że transpozycja nie jest wystarczająca (zob. podobnie wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-392/96 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. s. I-5901, pkt 60).
- 78 Irlandia wyjaśnia, że art. 84A ust. 4 RSC przyznaje sądom irlandzkim możliwość przedłużenia terminu na wniesienie skargi.
- 79 Przepis ten przewiduje bowiem stosowanie przepisanej terminu, „chyba że sąd uzna za właściwe przedłużenie tego terminu”.
- 80 Należy przyznać, że tego rodzaju przepis, sam w sobie, niezależnie od kontekstu, byłby dopuszczalny w ramach wprowadzania w życie dyrektywy 89/665. W dziedzinie zamówień publicznych, w której procedury mogą być skomplikowane, a okoliczności faktyczne bardzo zróżnicowane, przyznana przez ustawodawcę krajowego sądom krajowym możliwość przedłużania terminów na wniesienie skargi ze względów słuszności należy do zakresu dobrej administracji wymiaru sprawiedliwości.
- 81 Jednakże przewidziana w art. 84A ust. 4 RSC możliwość przedłużania przez sąd terminów na wniesienie skargi nie może zrekompensować niedostatków tego przepisu pod względem jasności i precyzji wymaganych przez dyrektywę 89/665 w odniesieniu do regulacji terminów wnoszenia skarg. Uwzględniając nawet tę możliwość, zainteresowany kandydat lub oferent, w świetle obowiązku złożenia skargi możliwie jak najszybciej, nie może z całą pewnością przewidzieć wymaganego od niego terminu.
- 82 W konsekwencji należy uznać, że druga część drugiego zarzutu jest zasadna.
- 83 W świetle powyższego należy stwierdzić, że Irlandia,
- ze względu na okoliczność, że National Roads Authority nie zawiadomiła oferenta, którego oferta została odrzucona, o swej decyzji o udzieleniu zamówienia na koncepcję, budowę, finansowanie i użytkowanie zachodniej obwodnicy autostradowej miasta Dundalk, a także
 - utrzymując w mocy przepisy art. 84A ust. 4 RSC w zakresie, w jakim wywołują one niepewność co do decyzji, na którą ma być złożona skarga, oraz co do ustalenia terminu na wniesienie tej skargi,

uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 i art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/37 – w odniesieniu do pierwszego zarzutu, oraz art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 – w odniesieniu do drugiego zarzutu.

2.9. orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwaga wstępna

- 29 Postępowanie przed sądem krajowym dotyczy dwóch zdarzeń, to jest, po pierwsze – decyzji, na mocy której spółka FES zmieniła podwykonawcę odpowiedzialnego za świadczenia reklamowe będące przedmiotem koncesji przyznanej tej spółce przez miasto Frankfurt, przy czym umowa konkretyzująca tę zmianę zawarta została, za zgodą miasta Frankfurtu, w dniu 21 czerwca 2005 r. oraz po drugie – zamiaru spółki FES, by powierzyć innemu przedsiębiorcy niż spółka Wall zadania przebudowy dwóch szaletów publicznych. Zamiar ten został wyrażony w piśmie z dnia 10 października 2005 r., w którym spółka FES zwróciła się do miasta Frankfurtu o wyrażenie zgody na zmianę podwykonawcy odpowiedzialnego za to świadczenie. Pismem z dnia 19 grudnia 2005 r. miasto Frankfurt udzieliło spółce FES odpowiedzi, iż nie musi ono zajmować się kwestią zmiany podwykonawcy w odniesieniu do szaletów, ponieważ rozumie stanowisko FES w ten sposób, że odtąd zamierza ona wykonać tę usługę budowlaną przy użyciu własnych środków i na własną odpowiedzialność. Odpowiedź tę zinterpretowano w postanowieniu odsyłającym w ten sposób, że miasto Frankfurt wyraziło zgodę na zmianę podwykonawcy odpowiedzialnego za dostarczenie dwóch szaletów publicznych. Biorąc pod uwagę tę interpretację, należy przyjąć dzień 19 grudnia 2005 r. jako datę odniesienia dla potrzeb badania wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, gdyż jest to dzień pisma, w którym miasto Frankfurt miało udzielić zgody na zmianę podwykonawcy zgodnie z życzeniem spółki FES.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 30 Trzecie pytanie sądu krajowego, które należy zbadać w pierwszej kolejności, zmierza do ustalenia, czy zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zawarte w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak również wynikający stąd obowiązek przejrzystości wymagają, by w sytuacji gdy rozważana jest zmiana treści umowy koncesyjnej na usługi – włączając w to wypadek, gdy zmiana ta polegać ma na zmianie konkretnego podwykonawcy, do którego przywiązywano dużą wagę podczas postępowania przetargowego – na nowo umożliwić konkurentom udział w negocjacjach z tym związanych, zapewniając odpowiednie ogłoszenie, a jeśli tak jest – w jaki sposób takie otwarcie na konkurencję powinno zostać przeprowadzone.
- 31 Przedmiotem omawianego pytania jest zastosowanie reguł i zasad wskazanych w powyższym punkcie, w wypadku gdy w ramach wykonywania umowy koncesyjnej na usługi rozważana jest zmiana jednego z podwykonawców koncesjonariusza.
- 32 Zważywszy, że art. 43 WE i 49 WE stanowią uszczegółowienie ogólnego zakazu dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, zawartego w art. 12 WE, nie ma potrzeby odwoływania się w celu udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie do tego ostatniego postanowienia traktatu (zob. podobnie wyrok z dnia 8 marca 2001 r. w sprawach połączonych C-397/98 i C-410/98 Metallgesellschaft i in., Rec. s. I-1727, pkt 38, 39; a także wyrok z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie C-105/07 Lammers & Van Cleeff, Zb.Orz. s. I-173, pkt 14).
- 33 Według obecnego stanu prawa Unii umowy koncesyjne na usługi nie podlegają żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca Unii uregulował materię zamówień publicznych (zob.

ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 16; wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 ASM Brescia, Zb.Orz. s. I-5641, pkt 57). Niemniej jednak organy administracji publicznej zawierające takie umowy zobowiązane są do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE, w szczególności postanowień art. 43 WE i 49 WE, jak również wynikającego z nich obowiązku przejrzystości (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60–62; w sprawie Coname, pkt 16–19; w sprawie Parking Brixen, pkt 46–49).

- 34 Wskazany obowiązek przejrzystości ma zastosowanie w sytuacji, gdy dana koncesja na usługi może być przedmiotem zainteresowania przedsiębiorcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim niż państwo, w którym koncesja ma zostać udzielona (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 17; zob. także wyroki: z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 29; z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-619, pkt 66).
- 35 Okoliczność, że w sprawie przed sądem krajowym koncesja na usługi może stanowić przedmiot zainteresowania przedsiębiorców mających siedziby w innym państwie członkowskim niż Republika Federalna Niemiec wynika z treści postanowienia odsyłającego, gdyż sąd krajowy stwierdził, że zaproszenie do składania ofert zostało opublikowane w dzienniku urzędowym miasta Frankfurtu „na poziomie Unii Europejskiej” oraz że jest on zdania, że naruszenie obowiązku przejrzystości mogłoby stanowić przejaw dyskryminacji – choćby potencjalnej – na szkodę przedsiębiorców z innych państw członkowskich.
- 36 Obowiązek przejrzystości spoczywający na organach administracji publicznej zawierających umowę koncesyjną na usługi zakłada, że wobec wszystkich potencjalnych oferentów zapewnione zostanie odpowiednie ogłoszenie, umożliwiające otwarcie procedury przyznawania koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności postępowań (zob. ww. wyroki: w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60–62; w sprawie Parking Brixen, pkt 46–49; w sprawie ANAV, pkt 21).
- 37 W celu zapewnienia przejrzystości procedur i równego traktowania oferentów istotne zmiany w zasadniczych postanowieniach umowy koncesyjnej na usługi mogą, w określonych wypadkach, wymagać zawarcia nowej umowy koncesyjnej, jeżeli charakteryzują się one cechami różniącymi się w zasadniczy sposób od postanowień pierwotnej umowy koncesyjnej i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony istotnych ustaleń tej umowy (zob. poprzez analogię z zamówieniami publicznymi wyroki: z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 44, 46; z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 34).
- 38 Zmiana treści umowy koncesyjnej na usługi w czasie jej obowiązywania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały wprowadzone w ramach pierwotnej procedury zawarcia umowy, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie presstext Nachrichtenagentur, pkt 35).
- 39 Zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może, w wyjątkowych wypadkach, stanowić tego rodzaju zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy, a nie innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy, czego zbadanie jest w każdym wypadku zadaniem sądu krajowego.

- 40 Sąd krajowy zauważa, że w projekcie dołączonym do oferty przedstawionej miastu Frankfurtowi przez spółkę FES spółka ta wskazała, że wykorzysta szalety typu „City-WC” wytwarzane przez spółkę Wall. Zdaniem sądu krajowego jest prawdopodobne, że w takim wypadku koncesji udzielono spółce FAS właśnie z uwagi na tożsamość podwykonawcy, na którego wskazała ta spółka.
- 41 Zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy okoliczności określone powyżej w pkt 37–39 niniejszego wyroku w rzeczywistości zaistniały.
- 42 Jeżeli w ramach tej oceny sąd krajowy dojdzie do wniosku, że miała miejsce zmiana jednego z istotnych postanowień umowy koncesyjnej, zajdzie wówczas potrzeba zastosowania – zgodnie z wewnętrznym porządkiem prawnym zainteresowanego państwa członkowskiego – wszelkich niezbędnych środków pozwalających na przywrócenie przejrzystości postępowania, włączając w to wszczęcie nowego postępowania koncesyjnego. W odpowiednim wypadku nowe postępowanie koncesyjne powinno zostać zorganizowane na zasadach dostosowanych do szczególnych cech spornej koncesji na usługi, tak by zapewnić przedsiębiorcom z innych państw członkowskich dostęp do odpowiednich informacji dotyczących wskazanej koncesji zanim zostanie ona udzielona.
- 43 W konsekwencji na pytanie trzecie należy odpowiedzieć, że w sytuacji gdy postanowienia umowy koncesyjnej na usługi zostały zmienione w takim stopniu, iż są one w sposób zasadniczy różne od postanowień, które uzasadniały zawarcie pierwotnej umowy koncesyjnej, i w konsekwencji stanowią one wyraz woli stron, by renegotjować istotne postanowienia tej umowy, należy zastosować, zgodnie z wewnętrznym porządkiem prawnym zainteresowanego państwa członkowskiego, wszelkie niezbędne środki pozwalające na przywrócenie przejrzystości postępowania, włączając w to wszczęcie nowego postępowania koncesyjnego. W odpowiednim wypadku nowe postępowanie koncesyjne powinno zostać zorganizowane na zasadach dostosowanych do szczególnych cech spornej koncesji na usługi i umożliwić przedsiębiorcom z innych państw członkowskich dostęp do odpowiednich informacji dotyczących wskazanej koncesji zanim zostanie ona udzielona.

W przedmiocie pytania piątego

- 44 Piąte pytanie sądu krajowego, które należy zbadać w drugiej kolejności, w istocie zmierza do ustalenia, czy na podstawie art. 86 ust. 1 WE, w odpowiednim przypadku w związku z art. 2 ust. 1 lit. b) i art. 2 ust. 2 dyrektywy 80/723 oraz art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18, na przedsiębiorcy-koncesjonariuszu takim jak spółka FES, w sytuacji gdy zawiera on umowę dotyczącą usług objętych zakresem koncesji, która została temu przedsiębiorcy przyznana przez organ administracji publicznej, ciąży obowiązek przejrzystości wynikający z art. 43 WE i 49 WE, jak również z zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.
- 45 Mówiąc bardziej precyzyjnie, sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy art. 86 ust. 1 WE ma znaczenie przy ustalaniu zakresu zastosowania wskazanego obowiązku przejrzystości.
- 46 Jeśli chodzi o art. 86 ust. 1 WE, wystarczy przypomnieć, że jest to postanowienie skierowane do państw członkowskich, a nie bezpośrednio do przedsiębiorców.
- 47 Aby ustalić, czy podmiot taki jak spółka FES może zostać uznany za organ administracji publicznej, na którym ciąży obowiązek przejrzystości, należy oprzeć się na pewnych aspektach definicji pojęcia instytucji zamawiającej, zawartej w art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50 dotyczącej zamówień publicznych na usługi, w zakresie w jakim aspekty te odpowiadają

wymogom obowiązującym w kontekście stosowania wynikającego z art. 43 WE i 49 WE obowiązku przejrzystości w odniesieniu do koncesji na usługi.

- 48 Wskazane wyżej artykuły oraz zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak również wynikający z nich obowiązek przejrzystości mają bowiem te same cele, co wskazana dyrektywa; ich celem mianowicie jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie państw członkowskich na niezakłóconą konkurencję.
- 49 Z uwagi na powyższe należy zbadać, czy zostały spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, czy zainteresowany przedsiębiorca rzeczywiście podlega organowi władzy państwowej albo innemu organowi administracji publicznej oraz po drugie, czy przedsiębiorca ten nie działa w warunkach konkurencji na rynku.
- 50 Jeśli chodzi o pierwszą z tych dwu przesłanek, z postanowienia odsyłającego wynika, że choć miasto Frankfurt jest właścicielem 51% kapitału zakładowego spółki FES, to jednak fakt posiadania takich udziałów nie oznacza, że zarządzanie tą spółką rzeczywiście mu podlega. Na zgromadzeniu wspólników decyzje zapadają bowiem większością trzech czwartych głosów.
- 51 Ponadto pozostałe 49% kapitału zakładowego spółki FES jest własnością nie jednego organu administracji publicznej lub większej ich liczby, lecz prywatnego przedsiębiorcy, który jako taki kieruje się względami właściwymi interesowi prywatnemu i zmierza do celów innych niż interes publiczny (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 50).
- 52 Ponadto w radzie nadzorczej spółki FES miasto Frankfurt ma tylko jedną czwartą głosów. Okoliczność, że to miasto Frankfurt zgłasza kandydata na stanowisko przewodniczącego rady nadzorczej tego przedsiębiorcy, którego głos jest rozstrzygający w wypadku równej liczby głosów, nie wystarcza, by miasto Frankfurt wywierało decydujący wpływ na spółkę FES.
- 53 W tych okolicznościach przesłanka rzeczywistej podległości przedsiębiorcy organowi władzy państwowej lub innemu organowi administracji publicznej nie została spełniona.
- 54 Jeśli chodzi o drugą przesłankę, wspomnianą w pkt 49 niniejszego wyroku, sąd krajowy wskazuje, że ponad połowa obrotów spółki FES pochodzi z umów wzajemnych dotyczących usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych na obszarze miasta Frankfurtu.
- 55 Tego rodzaju stosunek należy uznać za podobny do występującego w zwykłych stosunkach handlowych, które rozwijają się w oparciu o umowy wzajemne, swobodnie negocjowane przez strony (zob. podobnie wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 25).
- 56 Można ponadto wywieść z postanowienia odsyłającego, że spółka FES prowadzi swą działalność w sytuacji konkurencji na rynku, co wynika, po pierwsze, z faktu że uzyskuje ona istotną część swoich przychodów z działalności prowadzonej na rzecz organów administracji publicznej innych niż władze miasta Frankfurtu, a także na rzecz przedsiębiorców prywatnych obecnych na rynku, oraz po drugie, z okoliczności, że w celu uzyskania koncesji będącej przedmiotem sporu przed sądem krajowym spółka FES musiała konkurować z innymi przedsiębiorcami.
- 57 W tych okolicznościach druga konieczna przesłanka pozwalająca na utożsamienie przedsiębiorcy z organem administracji publicznej także nie została spełniona.

- 58 Sąd krajowy pragnie także uzyskać wskazówki Trybunału co do ewentualnego zastosowania dyrektywy 80/723.
- 59 Ponieważ dyrektywa ta dotyczy przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy państwami członkowskimi a przedsiębiorcami publicznymi, nie ma ona jako taka zastosowania do zagadnień objętych piątym pytaniem prejudycjalnym.
- 60 W konsekwencji na pytanie piąte należy odpowiedzieć, że w sytuacji gdy przedsiębiorca-koncesjonariusz zawiera umowę dotyczącą usług objętych koncesją przyznaną mu przez jednostkę samorządu terytorialnego, obowiązek przejrzystości wynikający z art. 43 WE i 49 WE, jak również z zasad równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, nie ma do niego zastosowania, jeżeli:
- został on utworzony przez jednostkę samorządu terytorialnego w celu usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych, ale prowadzi także działalność komercyjną;
 - wskazana jednostka samorządu terytorialnego ma w nim 51% udziałów, jednakże decyzje dotyczące zarządzania nim zapadają większością trzech czwartych głosów na zgromadzeniu wspólników tego przedsiębiorcy;
 - tylko jedna czwarta członków rady nadzorczej tego przedsiębiorcy, włączając w to przewodniczącego rady, jest powoływana przez tę samą jednostkę samorządu terytorialnego;

oraz

- uzyskuje on ponad połowę swych obrotów z umów wzajemnych dotyczących usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych na terenie tej jednostki samorządu terytorialnego, przy czym jednostka ta finansuje powyższe usługi z podatków lokalnych płaconych przez jej mieszkańców.

W przedmiocie pytań pierwszego, drugiego i czwartego

- 61 Pierwsze, drugie i czwarte pytanie sądu krajowego, które należy zbadać razem, w istocie zmierzają do ustalenia, po pierwsze, czy z uwagi na zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zawarte w art. 43 WE i 49 WE, jak również ze względu na wynikający z nich obowiązek przejrzystości krajowy organ administracji publicznej zobowiązany jest do odstąpienia od umowy zawartej z naruszeniem powyższego obowiązku przejrzystości oraz po drugie, czy sąd krajowy powinien wydać na rzecz oferenta, którego oferta nie została wybrana, nakaz mający na celu zapobieżenie nieuchronnie grożącemu naruszeniu tego obowiązku albo zakończenie naruszenia, które już nastąpiło. Sąd krajowy zapytuje także, czy wskazany obowiązek należy do prawa zwyczajowego Unii.
- 62 Jak zostało podkreślone w pkt 33 niniejszego wyroku, umowy koncesyjne na usługi nie podlegają, według obecnego stanu prawa Unii, żadnej z dyrektyw o zamówieniach publicznych.
- 63 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału w wypadku braku przepisów Unii zadaniem krajowego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego jest wskazać środki prawne służące zapewnieniu ochrony uprawnień jednostek wynikających z prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 Unibet, Zb.Orz. s. I-2271, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 64 Takie środki nie mogą być mniej korzystne niż podobne środki prawne o charakterze wewnątrzkrajowym (zasada równoważności) i nie mogą powodować, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Unibet, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 65 Wynika z powyższego, że zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zawarte w art. 43 WE i 49 WE, oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie wymagają, by krajowe organy administracji publicznej odstępowały od umowy ani by sądy krajowe wydawały nakaz w każdym wypadku, gdy istnieje podejrzenie naruszenia tego obowiązku przy przyznawaniu koncesji na usługi. Krajowy porządek prawny powinien uregulować zagadnienie środków prawnych mających na celu ochronę uprawnień przysługujących jednostkom na mocy tego obowiązku w taki sposób, by środki te nie były mniej korzystne niż podobne środki prawne o charakterze wewnątrzkrajowym ani by nie powodowały, że korzystanie z tych uprawnień stanie się praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.
- 66 Na koniec sąd krajowy podnosi jeszcze jedną kwestię. Zdaniem tego sądu czysto pretorski rozwój prawa nie ustanawia przepisu ochronnego, stanowiącego podstawę odpowiedzialności z mocy przepisów Bürgerliches Gesetzbuch (niemieckiego kodeksu cywilnego). Jedynie prawo zwyczajowe stanowi normę prawną w rozumieniu tego kodeksu. Powołując się na orzecznictwo Bundesverfassungsgericht (federalnego sądu konstytucyjnego), sąd ten stwierdza, że w celu uznania, że powstała określona norma prawa zwyczajowego, konieczne jest długotrwałe posługiwanie się nią, które ma charakter trwały i niezmienny, jednakowy i ogólny; konieczna jest również akceptacja obowiązującego charakteru tej normy przez zainteresowane podmioty prawa.
- 67 Jednakże dla sądu krajowego obowiązek przejrzystości sformułowany w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości jest zbyt świeży, by uznać go za cieszący się statusem prawa zwyczajowego, tak jak zostało ono powyżej zdefiniowane.
- 68 W tym względzie należy podkreślić, że obowiązek przejrzystości wynika z prawa Unii, a w szczególności z art. 43 WE i 49 WE (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 17–19). Postanowienia te, których poszanowanie zapewnia Trybunał, są bezpośrednio skuteczne w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich, z pierwszeństwem przed wszelkimi przepisami prawa krajowego, które byłyby z nimi niezgodne.
- 69 W szczególności na mocy art. 4 ust. 3 TUE do wszystkich organów władzy państw członkowskich należy zapewnienie w ramach ich kompetencji przestrzegania zasad prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lutego 2008 r. w sprawie C-2/06 Kempter, Zb.Orz. s. I-411, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 70 Obowiązkiem sądu krajowego jest nadanie prawu krajowemu, które sąd ten ma zastosować, na tyle, na ile jest to możliwe, wykładni zgodnej z wymogami prawa Unii, pozwalającej w szczególności zapewnić poszanowanie obowiązku przejrzystości (zob. podobnie wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00, Santex, Rec. s. I-1877, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 71 Z uwagi na powyższe na pytania pierwsze, drugie i czwarte należy udzielić odpowiedzi, że zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zawarte w art. 43 WE i 49 WE, jak również wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie wymagają, by krajowe organy administracji publicznej zobowiązane były do odstąpienia od umowy ani by sądy krajowe zobowiązane były do wydania nakazu w każdym

wypadku, gdy zachodzi podejrzenie naruszenia tego obowiązku w związku z przyznawaniem koncesji na usługi. Krajowy porządek prawny powinien uregulować zagadnienie środków prawnych mających na celu zapewnienie ochrony uprawnień przysługujących jednostkom na mocy tego obowiązku w taki sposób, by środki te nie były mniej korzystne niż podobne środki prawne o charakterze wewnętrzkrajowym ani by nie powodowały, że korzystanie z tych uprawnień stanie się praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione. Obowiązek przejrzystości wynika wprost z art. 43 WE i 49 WE, które są bezpośrednio skuteczne w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich, z pierwszeństwem przed wszelkimi przepisami prawa krajowego, które byłyby z nimi niezgodne.

2.10. orzeczenie z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2010:230

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw skargi

- 18 Do Komisji wpłynęły różne skargi pochodzące w szczególności od przedsiębiorstw z siedzibą w państwach członkowskich innych niż Republika Federalna Niemiec, dotyczące udzielania zamówień publicznych na publiczne usługi transportu medycznego w tym państwie członkowskim.

Ogólny kontekst

- 19 W Niemczech organizacja usług ratunkowych należy do kompetencji krajów związkowych.
- 20 W większości krajów związkowych usługi ratunkowe świadczone są w systemie dualnym („duals System”), zwanym również „modelem rozdzielnym” („Trennungsmodell”). Opiera się on na rozróżnieniu pomiędzy publicznymi usługami ratunkowymi, stanowiącymi około 70% wszystkich usług ratunkowych, i świadczeniem usług ratunkowych na podstawie koncesji zgodnie z ustawami krajów związkowych w tej dziedzinie, które odpowiada około 30% całości powyższych usług.
- 21 Publiczne usługi ratunkowe obejmują ogólnie usługi ratunkowego transportu medycznego i specjalistycznego transportu chorych. Medyczny transport ratunkowy oznacza przewóz rannych lub chorych w stanie zagrożenia życia pod fachową opieką, pojazdem ratunkowym lub karetką. Specjalistyczny transport chorych polega na przewozie osób chorych, rannych albo potrzebujących innej pomocy, którzy nie znajdują się w stanie zagrożenia życia, samochodami przeznaczonymi do transportu chorych, pod fachową opieką. Oba te typy usług są ogólnie dostępne 24 godziny na dobę, na całym objętym nimi obszarze i najczęściej wiążą się z organizacją centrów ratunkowych dysponujących stale personelem i pojazdami interwencyjnymi.
- 22 Medyczny transport ratunkowy oraz, w mniejszym stopniu, specjalistyczny transport chorych mogą obejmować usługi medyczne. Jednakże większość interwencji w przypadku medycznego transportu ratunkowego i wszystkie interwencje w przypadku specjalistycznego transportu chorych odbywają się bez udziału lekarza. W przypadku medycznego transportu ratunkowego świadczenia medyczne wykonywane są głównie przez ratowników medycznych. Zasady udzielania świadczeń przez lekarzy medycyny ratunkowej są generalnie regulowane w drodze odrębnych porozumień zawieranych ze szpitalami.
- 23 W dziedzinie publicznych usług ratunkowych jednostki terytorialne, jako organy władzy odpowiedzialne za organizację tych usług, zawierają umowy z usługodawcami w celu zapewnienia ich wszystkim mieszkańcom podległego im terytorium. Wynagrodzenie za te

usługi wypłacane jest albo bezpośrednio, według modelu zwanego „przetargowym”, który jest wyłącznie przedmiotem niniejszej skargi, albo pobierane jest przez usługodawcę w formie opłat od pacjentów lub kas chorych, według modelu zwanego „koncesyjnym”.

- 24 Autorzy skarg kierowanych do Komisji zarzucali, że w Republice Federalnej Niemiec zamówienia publiczne na publiczne usługi transportu medycznego nie są z reguły ogłaszane na poziomie Unii Europejskiej i nie są przyznawane zgodnie z zasadami przejrzystości. Niektórzy skarżący twierdzili, że przypadki uzasadniające złożenie przez nich skarg są odzwierciedleniem ogólniej praktyki istniejącej w tym państwie członkowskim.
- 25 Badania przeprowadzone przez Komisję wykazały, że w latach 2001–2006 w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* lub w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* zostało opublikowanych tylko trzynaście ogłoszeń o zamówieniach publicznych, pochodzących z jedenastu różnych jednostek terytorialnych, w przedmiocie świadczenia medycznego transportu ratunkowego lub specjalistycznego transportu chorych. W tym samym okresie liczba ogłoszeń o udzieleniu zamówień publicznych była również bardzo ograniczona, gdyż pojawiły się tylko dwa takie ogłoszenia.

Przypadki leżące u podstaw skargi

- 26 Przypadki zgłoszone Komisji i przedstawione przez nią jako przykłady praktyki będącej przedmiotem niniejszej skargi dotyczą krajów związkowych: Saksonii–Anhalt, Nadrenii Północnej–Westfalii, Dolnej Saksonii i Saksonii.

Saksonia–Anhalt

- 27 Zgodnie z informacjami Komisji miasto Magdeburg od października 2005 r. stosuje procedurę zatwierdzenia („Genehmigungsverfahren”) dotyczącą udzielania zamówień na odpłatne publiczne usługi transportu medycznego. Usługi te polegają na zapewnieniu personelu i pojazdów dla potrzeb medycznego transportu ratunkowego lub specjalistycznego transportu chorych w okresie obejmującym lata 2007–2011. Wartość zamówienia równa jest łącznej kwocie rocznej w wysokości 7,84 miliona EUR. Nie było ogłoszenia o zamówieniu publicznym na poziomie Unii.

Nadrenia Północna–Westfalia

- 28 Zgodnie z informacjami Komisji miasto Bonn w 2004 r. udzieliło zamówienia na publiczne usługi transportu medycznego na okres od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. Przedmiotem tego zamówienia było między innymi prowadzenie czterech centrów ratunkowych. Łączna wartość tego zamówienia wynosiła co najmniej 5,28 miliona EUR. Zamówienie to było przedmiotem ogłoszenia nie na poziomie Unii, lecz na poziomie krajowym. Co najmniej jeden oferent został odrzucony po zgłoszeniu swego zainteresowania, a procedura udzielenia zamówienia została zawieszona z przyczyn ekonomicznych. W końcu zamówienie zostało udzielone dotychczasowemu usługodawcy.
- 29 Również, zgodnie z informacjami Komisji, w 1998 r. jedno przedsiębiorstwo zgłosiło miastu Witten swoje zainteresowanie prowadzeniem centrum ratunkowego Witten–Herbede. Prowadzenie tego centrum, stanowiące zamówienie o wartości rocznej 945 753 EUR, zostało jednak powierzone Deutsche Rote Kreuz (Niemieckiemu Czerwonemu Krzyżowi, zwanemu dalej „DRK”). Nie było ogłoszenia o zamówieniu na poziomie Unii.

Dolna Saksonia

- 30 Zgodnie z informacjami Komisji w 2004 r. region Hanoweru zorganizował po raz pierwszy procedurę udzielenia zamówienia dotyczącego świadczenia publicznych usług

transportu medycznego na swym terytorium. Do uczestnictwa w procedurze dopuszczeni zostali jedynie przedsiębiorcy świadczący już wówczas te usługi, to znaczy Arbeiter-Samariter-Bund (zwany dalej „ASB”), DRK, Johanniter-Unfall-Hilfe (zwany dalej „JUH”) oraz RKT GmbH. Wartość zamówienia, obejmującego okres od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. wynosiła blisko 65 milionów EUR.

- 31 Również, według informacji Komisji, w 1993 r. okręg Hameln-Pyrmont powierzył okręgowemu oddziałowi DRK świadczenie publicznych usług transportu medycznego na swym terytorium. Umowa, której czas trwania określono pierwotnie na dziesięć lat, nie została rozwiązana. Została natomiast przedłużona w 2003 r. o dziesięć lat bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto w 1999 r. utworzono nowe centrum ratunkowe w gminie Emmerthal, a jego prowadzenie powierzono również DRK, bez wcześniejszego ogłoszenia o zamówieniu. Całkowita kwota tych zamówień wyniosła 7,2 miliona EUR rocznie.
- 32 Komisja zebrała również informacje, według których okręgowy oddział DRK od 1992 r. świadczył publiczne usługi transportu medycznego na terytorium okręgu Uelzen. Umowa zawarta między tym okręgiem a okręgowym oddziałem DRK została w 2002 r. rozszerzona na prowadzenie centrum ratunkowego w Bad Bevensen bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jej wartość wynosi łącznie 4,45 miliona EUR rocznie.

Saksonia

- 33 Zgodnie z informacjami zebranymi przez Komisję istniejące umowy pomiędzy Rettungszweckverband Westsachsen oraz ASB, DRK, JUH, jak również oddziałem straży pożarnej w Zwickau, o pierwotnym okresie obowiązywania wynoszącym cztery lata, stosowały się do okręgów Chemnitzer Land, Aue-Schwarzenberg, Zwickauer Land i miasta Zwickau. W 2003 r. umowy te, których ogólna wartość wynosiła 7,9 miliona EUR rocznie, zostały przedłużone o cztery lata bez opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Po upływie okresu ich obowiązywania zostały przedłużone do dnia 31 grudnia 2008 r.
- 34 Umowy obowiązujące pomiędzy Rettungszweckverband Chemnitz/Stollberg i ASB, DRK, JUH, jak również oddziałem straży pożarnej w Chemnitz, o pierwotnym okresie obowiązywania wynoszącym cztery lata, stosowały się do okręgu Stollberg oraz do miasta Chemnitz. W dniu 1 września 2002 r. umowy te, których ogólna wartość wynosiła 3,3 miliona EUR rocznie, zostały przedłużone o dodatkowe cztery lata bez opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Po upływie okresu ich obowiązywania zostały przedłużone do dnia 31 grudnia 2008 r.
- 35 Umowy obowiązujące pomiędzy Rettungszweckverband Vogtland i ASB, DRK, JUH, prywatnym przedsiębiorstwem usług ratunkowych w Plauen, jak również oddziałem straży pożarnej w Plauen, o okresie obowiązywania wynoszącym cztery lata, stosowały się do okręgu Vogtland oraz do miasta Plauen. Umowy te, o łącznej wartości wynoszącej 3,9 milionów EUR rocznie, zostały zawarte bez opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i weszły w życie w dniu 1 stycznia 2002 r. lub w dniu 1 stycznia 2004 r. Po upływie okresu ich obowiązywania zostały przedłużone do dnia 31 grudnia 2008 r.

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

- 36 W wezwaniu do usunięcia uchybienia z dnia 10 kwietnia 2006 r. Komisja poinformowała Republikę Federalną Niemiec, że ta ostatnia:
 - w dziedzinie odpłatnego udzielania zamówień na usługi ratunkowe, w ramach których przeważają usługi transportowe w rozumieniu kategorii 2 lub 3 załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A do dyrektywy 2004/18, mogła dopuścić się naruszenia, do dnia 31 stycznia 2006 r., art. 10 dyrektywy 92/50 w związku z tytułami

III–VI tej dyrektywy, a od dnia 1 lutego 2006 r. – art. 22 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 23–55 tej dyrektywy, oraz

- w dziedzinie odpłatnego udzielania zamówień na usługi ratunkowe, w których przeważają usługi medyczne w rozumieniu kategorii 25 załącznika I B do dyrektywy 92/50 lub załącznika II B do dyrektywy 2004/18, mogła dopuścić się naruszenia, do dnia 31 stycznia 2006 r., art. 10 dyrektywy 92/50 w związku z art. 16 tej dyrektywy, a od dnia 1 lutego 2006 r. – art. 22 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 35 ust. 4 tej dyrektywy, a w każdym razie naruszyć zasady swobody działalności gospodarczej i swobodnego świadczenia usług, zawarte w art. 43 WE i 49 WE, a w szczególności objęty tymi zasadami zakaz dyskryminacji.
- 37 Republika Federalna Niemiec odpowiedziała na to wezwanie pismem z dnia 10 lipca 2006 r., w którym podniosła między innymi, że zadania powierzone publicznym służbom ratunkowym są regulowane zasadami prawa publicznego, a ich wykonywanie objęte jest zakresem suwerenności państwowej. Zdaniem tego państwa członkowskiego porozumienia dotyczące usług transportu medycznego nie mogą w konsekwencji być uznawane za zamówienia publiczne na usługi.
- 38 Odpowiedź ta nie zadowoliła Komisji, która w dniu 15 grudnia 2006 r. skierowała do Republiki Federalnej Niemiec uzasadnioną opinię. W opinii tej Komisja podtrzymała zarzuty sformułowane w wezwaniu do usunięcia uchybienia oraz wezwała powyższe państwo członkowskie do wprowadzenia środków niezbędnych do usunięcia naruszenia w terminie dwóch miesięcy od dnia otrzymania opinii.
- 39 Jako że Republika Federalna Niemiec podtrzymała swe stanowisko w piśmie przesłanym w odpowiedzi na uzasadnioną opinię, datowanym na dzień 22 lutego 2007 r., Komisja postanowiła wnieść niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

W przedmiocie dopuszczalności

- 40 Przesłanki dopuszczalności skargi i zawartych w niej zarzutów należą do bezwzględnych przesłanek procesowych, dlatego też Trybunał może zbadać je z urzędu, zgodnie z art. 92 § 2 regulaminu. Ponadto ma on prawo zbadać z urzędu, czy poszanowane zostały gwarancje proceduralne przyznane przez porządek prawny Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 7 maja 1991 r. w sprawie C-291/89 Interhotel przeciwko Komisji, Rec s. I-2257, pkt 14, 15).
- 41 Należy przypomnieć, że w ramach skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom postępowania poprzedzające wniesienie skargi ma na celu umożliwienie zainteresowanemu państwu członkowskiemu, po pierwsze, wypełnienia obowiązków wynikających z prawa Unii, a po drugie, podanie argumentów na swą obronę wobec zarzutów sformułowanych przez Komisję (wyrok z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-350/02 Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-6213, pkt 18).
- 42 Prawdopodobność tego postępowania stanowi zasadniczą gwarancję przewidzianą przez traktat WE nie tylko dla ochrony praw zainteresowanego państwa członkowskiego, ale również dla zapewnienia, aby przedmiot potencjalnego postępowania spornego był jasno sprecyzowany (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 19).
- 43 Z powyższego wynika, że przedmiot skargi wniesionej w trybie art. 226 WE jest zdefiniowany w ramach postępowania poprzedzającego wniesienie skargi przewidziane w tym postanowieniu i nie może już być rozszerzany w toku postępowania przez Trybunałem.

Uzasadniona opinia Komisji oraz skarga muszą opierać się na tych samych zarzutach i argumentach, a zatem Trybunał nie może orzekać co do zarzutu, który nie został podniesiony w uzasadnionej opinii, która z kolei powinna zawierać spójne i szczegółowe przedstawienie powodów, jakie doprowadziły Komisję do przekonania, że zainteresowane państwo członkowskie dopuściło się uchybienia zobowiązaniom, ciążącym na nim na mocy traktatu (zob. ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 20; wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-441/02 Komisja przeciwko Niemcom Zb.Orz. s. I-3449, pkt 59, 60).

- 44 Z tego tytułu Komisja ma obowiązek precyzyjnie wskazać, już na etapie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi, przepis lub przepisy określające zobowiązanie, którego naruszenie ze strony danego państwa członkowskiego instytucja ta zarzuca (zob. wyrok z dnia 22 marca 2007 r. w sprawie C-437/04 Komisja przeciwko Belgii, Zb.Orz. s. I-2513, pkt 39).
- 45 W niniejszej sprawie należy, po pierwsze, stwierdzić, że zarówno w wezwaniu do usunięcia uchybienia, jak i w uzasadnionej opinii Komisja ograniczyła zakres zarzutu dotyczącego naruszenia art. 43 WE i 49 WE do kwestii udzielenia zamówienia na publiczne usługi transportu medycznego, w których wartość usług medycznych w rozumieniu załącznika I B do dyrektywy 92/50 lub załącznika II B dyrektywy 2004/18 przeważa nad wartością usług transportowych w rozumieniu załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A do dyrektywy 2004/18.
- 46 Jeśli chodzi o udzielanie zamówień na tego rodzaju usługi z odwrotnym stosunkiem tych dwóch elementów, to zarzuty Komisji w toku postępowania poprzedzającego wniesienie skargi dotyczyły naruszenia dyrektyw 92/50 i 2004/18. Natomiast wezwanie do usunięcia uchybienia i uzasadniona opinia nie zawierają żadnej wzmianki o zarzucie naruszenia art. 43 WE i 49 WE w odniesieniu do udzielania tych zamówień.
- 47 Z kolei obecnie w swej skardze Komisja formułuje zarzut dotyczący naruszenia art. 43 WE i 49 WE również w odniesieniu do udzielania zamówień, o których mowa w punkcie poprzedzającym, co stanowi nieprawidłowe rozszerzenie przedmiotu zarzutu zdefiniowanego na etapie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi. Dlatego też zarzut dotyczący naruszenia powyższych postanowień musi być uznany za niedopuszczalny w zakresie dotyczącym udzielania tych zamówień.
- 48 Po drugie, w zakresie, w jakim zgodnie z brzmieniem niektórych fragmentów skargi należy rozumieć ją jako zawierającą zarzut dotyczący naruszenia, w różnych przypadkach udzielenia zamówień, art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 lub art. 2 dyrektywy 2004/18, trzeba zauważyć, że te przepisy nie zostały w żaden sposób wspomniane przez Komisję na etapie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi w charakterze przedmiotu zarzucanego naruszenia. Zarzut dotyczący naruszenia tych przepisów jest w konsekwencji również niedopuszczalny.
- 49 Wreszcie należy podnieść, że z połączonych przepisów art. 38 § 1 i art. 42 & 2 regulaminu wynika, że przedmiot sporu powinien być określony w skardze i że wniosek podany po raz pierwszy w replice zmienia pierwotny przedmiot skargi, a zatem powinien być uznany za nowy wniosek, a następnie odrzucony jako niedopuszczalny.
- 50 W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że w swej skardze Komisja wyraźnie sprecyzowała, iż wprawdzie sporna praktyka udzielania zamówień występuje również w innych krajach związkowych, to jednak wniesiona skarga ogranicza się do udzielania zamówień w krajach związkowych Saksonii-Anhalt, Nadrenii Północnej-Westfalii, Dolnej Saksonii i Saksonii.

- 51 W tych okolicznościach zawarty w replice wniosek Komisji o stwierdzenie powyższej praktyki na poziomie całego terytorium Republiki Federalnej Niemiec stanowi niedozwolone rozszerzenie pierwotnego przedmiotu skargi. Tym samym sformułowane przez Komisję zarzuty muszą być uznane za niedopuszczalne w zakresie, w jakim dotyczą innych krajów związkowych niż wymienione w punkcie poprzedzającym.
- 52 Z powyższego wynika, że skargę należy uznać za niedopuszczalną w zakresie, w jakim zmierza ona do stwierdzenia przez Trybunał:
- naruszenia art. 43 WE i 49 WE w odniesieniu do udzielania zamówień na publiczne usługi transportu medycznego, w których wartość usług transportowych w rozumieniu załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A dyrektywy 2004/18 przeważa nad wartością usług medycznych w rozumieniu załącznika I B do dyrektywy 92/50 lub załącznika II B do dyrektywy 2004/18;
 - naruszenia art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 lub art. 2 dyrektywy 2004/18, oraz
 - istnienia praktyki udzielania zamówień na publiczne usługi ratunkowe sprzecznej z prawem Unii w krajach związkowych innych niż Saksonia-Anhalt, Nadrenia Północna-Westfalia, Dolna Saksonia i Saksonia.

Co do istoty

Argumentacja stron

- 53 Komisja zarzuca, po pierwsze, naruszenie art. 10 i 16 dyrektywy 92/50 oraz art. 22 i art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18. Twierdzi ona, że niezależnie od odpowiedniej wartości usług transportu i usług medycznych w przypadku różnych zamówień wskazanych w skardze wyniki procedury udzielania zamówień nie były przedmiotem żadnego ogłoszenia.
- 54 Komisja zarzuca również naruszenie zasady zakazu dyskryminacji zawartej w art. 43 WE i 49 WE, która obowiązuje instytucje zamawiające niezależnie od zobowiązań wynikających z dyrektywy 92/50 i 2004/18. W tym zakresie przesłanka wystąpienia niewątpliwego zainteresowania o charakterze transgranicznym, ustanowiona w wyroku z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 29, 30, została spełniona w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę pochodzenie skarg kierowanych do Komisji i znaczną wartość ekonomiczną omawianych usług.
- 55 Komisja twierdzi, że zgłoszone jej przypadki świadczą o istnieniu ogólnej praktyki polegającej na udzielaniu zamówień na publiczne usługi transportu medycznego bez stosowania przepisów prawa Unii mających na celu zapewnienie przejrzystości i poddanie tych zamówień konkurencji. Bardzo ograniczona liczba postępowań w sprawie udzielania zamówień wszczętych na poziomie europejskim przez jednostki terytorialne, czyli trzynaście ogłoszeń o zamówieniu w okresie sześciu lat opublikowanych przez jedenaście z ponad 400 okręgów i miast-okręgów w Niemczech, potwierdza istnienie tej praktyki.
- 56 Po drugie, Komisja twierdzi, że naruszanie przez niemieckie jednostki samorządu terytorialnego regulacji Unii w przedmiocie zamówień publicznych na usługi nie może być uzasadnione względami odnoszącymi się do wykonywania suwerenności państwowej.
- 57 Twierdzi ona, że usługi, których dotyczy niniejsza sprawa, nie są objęte zakresem zastosowania art. 45 WE i art. 55 WE, ponieważ nie stanowią one, jako takie, bezpośredniego i szczególnego udziału w wykonywaniu władzy publicznej. Komisja podkreśla w szczególności, że usługi te nie wiążą się z przysługiwaniem podmiotom je świadczącym szczególnych uprawnień do stosowania środków przymusu ani specjalnych kompetencji do interwencji.

- 58 Ani używanie niebieskiego światła i syreny, ani przyznanie podmiotom świadczącym te usługi prawa pierwszeństwa w rozumieniu niemieckiego kodeksu drogowego, ani też możliwość stosowania środków ratunkowych bez zgody rannego lub przez sanitariuszy bez pełnego wykształcenia medycznego nie stanowią wyrazu tego rodzaju uprawnień lub kompetencji.
- 59 Uznając nawet, że, jak twierdzi Republika Federalna Niemiec, publiczne usługi ratunkowe są dla odpowiedzialnych za nie podmiotów publicznych zadaniem, z którym wiąże się bezpośrednio i szczególne wykonywanie władzy publicznej, funkcjonalne włączenie podmiotów pomocniczych, którym powierzono świadczenie usług transportu medycznego, do planowania, organizacji i zarządzania tymi usługami nie oznacza jednak, że podmiotom tym przysługują prawa lub uprawnienia do stosowania przymusu.
- 60 Po trzecie, Komisja nie zgadza się, że w niniejszej sprawie można skutecznie powołać się na art. 86 ust. 2 WE. W tym zakresie podkreśla ona, że wyrok z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rec. s. I-8089, nie ma żadnego znaczenia przy ocenie zgodności spornej praktyki z prawem Unii w dziedzinie zamówień publicznych i że możliwość zastosowania tego postanowienia wymagałaby wykazania, iż stosowanie zasad rynku wewnętrznego mogłoby uniemożliwiać świadczenie wysokiej jakości, skutecznych i rentownych usług ratunkowych, czego Republika Federalna Niemiec nigdy nie twierdziła.
- 61 Republika Federalna Niemiec kwestionuje przede wszystkim niektóre fakty przywołane przez Komisję.
- 62 Jeśli chodzi, po pierwsze, o procedurę udzielania zamówienia zorganizowaną przez miasto Bonn, podnosi ona, że doszło do wykluczenia oferenta z postępowania, ponieważ nie uzyskał on przedłużenia zezwolenia na wykonywanie prywatnych usług ratunkowych, wymaganego przez kraj związkowy Nadrenii Północnej–Westfalii, ze względu na brak wiarygodności zawodowej, co władze miasta musiały wziąć pod uwagę w ramach udzielania zamówienia publicznego.
- 63 Jeśli chodzi, po drugie, o centrum ratunkowe Bad Bevensen, twierdzi ona, że operacja, której dotyczyła umowa zawarta w kwietniu 2004 r. miała wyłącznie za przedmiot przejęcie przez okręgowy oddział DRK czynności, personelu i wyposażenia związku gminnego Bevensen, a także praw i obowiązków z umowy z lipca 1984 r., która łączyła ten związek gminny z okręgiem Uelzen. Jej zdaniem wspomniana umowa z kwietnia 2004 r. była kontynuacją pierwszej umowy, która jako zawarta w 1984 r. nie była objęta zakresem zastosowania dyrektywy 92/50. Nie zmieniła zasadniczo pierwotnej umowy czy to w odniesieniu do przedmiotu, zasięgu geograficznego zamówienia, oferty świadczeń, czy wreszcie sposobu finansowania.
- 64 Jeśli chodzi, w trzeciej kolejności, o kraj związkowy Saksonia, Republika Federalna Niemiec twierdzi, że zarzucane naruszenie ustało wraz wygaśnięciem umów odnowionych w latach 2002–2004 i z wejściem w życie, w styczniu 2005 r., nowej regulacji tego kraju związkowego, która wymaga obecnie zastosowanie przejrzystej procedury udzielania zamówień na publiczne usługi transportu medycznego.
- 65 Po drugie, Republika Federalna Niemiec twierdzi, wspierana w tej kwestii przez Królestwo Niderlandów, że publiczne usługi transportu medycznego, jako elementy publicznej polityki zapobiegania ryzykom i ochrony zdrowia, objęte są zakresem wyjątku, o którym mowa w art. 45 WE i 55 WE, co wyłącza je z zakresu zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

- 66 W tym zakresie podkreśla ona, że sposób kwalifikacji omawianej działalności z punktu widzenia prawa krajowego ma przesądzające znaczenie dla oceny jej związku z wykonywaniem władzy publicznej. W niniejszej sprawie organizacja publicznych usług transportu medycznego, w tym umowy zawarte z usługodawcami, objęte są zakresem norm prawa publicznego. Ponadto, i przede wszystkim, działalność powierzona tym usługodawcom jest częścią wykonywania władzy publicznej, o czym świadczy prawo pierwszeństwa na drodze i wiążące się z tym atrybuty, to znaczy użycie niebieskiego światła i syreny, które przysługują kierowcom pojazdów ratunkowych.
- 67 Republika Federalna Niemiec dodaje, że działalność związana z publicznymi usługami transportu medycznego zakłada zwykle przysługiwanie specjalnych uprawnień, to znaczy planowanie, organizację i zarządzanie służbami, nakładanie na osoby trzecie obowiązków informowania i składania oświadczeń oraz decyzje o interwencji innych wyspecjalizowanych służb, a także udział w powoływaniu członków personelu tych służb na urzędników administracji. Działalność ta opiera się na ścisłym współdziałaniu różnych ogniw, ludzkich i technicznych, „łańcucha ratunkowego”, co w sposób stały i na całym określonym obszarze jest w stanie zapewnić jedynie władza publiczna.
- 68 Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec i Królestwa Niderlandów okoliczność, iż zapewnianie publicznych usług transportu medycznego, jako takie, jest oficjalnym zadaniem podmiotu publicznego, który jest za nie odpowiedzialny, przemawia również za funkcjonalnym powiązaniem osób świadczących te usługi z wykonywaniem władzy publicznej. To samo odnosi się do współpracy tych usługodawców z innymi podmiotami, również zaangażowanymi w planowanie, organizację i zarządzanie tymi usługami, takimi jak służby policji, ochrona cywilna i oddziały straży pożarnej, które wykonują zadania z zakresu prewencji i ochrony i mogą stosować środki ewakuacji, zabezpieczania, blokad, pomocy w zajmowaniu się na przykład osobami chorymi psychicznie, gdyż powyższe zadania i środki są typowe dla tego rodzaju oficjalnych zadań.
- 69 Po trzecie, Republika Federalna Niemiec podnosi alternatywnie, również wspierana w tej kwestii przez Królestwo Niderlandów, że usługi transportu medycznego objęte są zakresem pojęcia usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE, z czym wiąże się uprawnienie do odstąpienia nie tylko od zasad konkurencji (zob. ww. wyrok w sprawie *Ambulanz Glöckner*), lecz również od podstawowych swobód i zasad zamówień publicznych.
- 70 Twierdzi ona, że odstąpienie od tych swobód i zasad jest niezbędne dla subwencjonowania krzyżowego między obszarami gęsto zaludnionymi, w których usługi transportu medycznego przynoszą zyski, a obszarami geograficznymi słabo zaludnionymi, znacznie mniej dochodowymi pod tym względem.
- 71 Związek między usługami ratunkowymi i obroną cywilną przemawia również za odstąpieniem od zasad prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych. Ciążący na państwie członkowskim obowiązek zapewnienia obrony cywilnej w przypadku katastrof wymaga ochrony krajowych organizacji medycznych, które muszą w takich przypadkach nieść pomoc i skutecznie gwarantować dostępność znacznej liczby ochotników mieszkających w pobliżu miejsca interwencji.

Ocena Trybunału

- 72 Mając na względzie konsekwencje związane z zastosowaniem art. 45 akapit pierwszy WE i 55 WE, należy przede wszystkim ustalić, czy postanowienia te rzeczywiście znajdują

zastosowanie w niniejszej sprawie (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-465/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-11091, pkt 31).

– W przedmiocie wyjątku przewidzianego w art. 45 akapit pierwszy WE, w związku z art. 55 WE

- 73 Zgodnie z art. 45 akapit pierwszy WE, w związku z art. 55 WE, przepisy dotyczące swobody przedsiębiorczości (działalności gospodarczej) i swobodnego świadczenia usług nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej.
- 74 Jak podniosła rzecznik generalny w pkt 51 swej opinii, działalność ta nie wchodzi również w zakres stosowania dyrektyw, które tak jak dyrektywy 92/50 i 2004/18 mają na celu wdrożenie postanowień traktatu w przedmiocie swobody działalności gospodarczej i swobodnego świadczenia usług.
- 75 Należy więc zbadać, czy działalność w zakresie usług transportu medycznego, której dotyczy niniejsza sprawa, należy do działalności wskazanych w art. 45 akapit pierwszy WE.
- 76 Należy tutaj przypomnieć, że art. 45 WE i 55 WE, jako odstępstwa od podstawowej zasady swobody przedsiębiorczości, należy interpretować w sposób ograniczający ich zakres do tego, co jest absolutnie niezbędne dla ochrony interesów, które przepis ten pozwala państwu członkowski chronić (zob. w szczególności wyroki: z dnia 15 marca 1988 r. w sprawie 147/86 Komisja przeciwko Grecji, Rec. s. 1637, pkt 7; z dnia 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Zb.Orz. s. I-2941, pkt 45; z dnia 22 października 2009 r. w sprawie C-438/08 Komisja przeciwko Portugalii, Zb.Orz. s. I-10219, pkt 34).
- 77 Z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że ocena ewentualnego zastosowania wyjątków przewidzianych w art. 45 WE i 55 WE powinna uwzględniać okoliczność, że granice tych wyjątków wynikające z powyższych postanowień objęte są zakresem prawa Unii (zob. w szczególności wyrok z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 *Reyners*, Rec. s. 631, pkt 50; ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 35).
- 78 Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem odstępstwo przewidziane we wskazanych artykułach musi być ograniczone do działalności, która rozważana samodzielnie stanowi bezpośredni i szczególny udział w wykonywaniu władzy publicznej (zob. ww. wyrok w sprawie *Reyners*, pkt 45; wyrok z dnia 13 lipca 1993 r. w sprawie C-42/92 *Thijssen*, Rec. s. I-4047, pkt 8; ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 36).
- 79 Jak podniosła rzecznik generalny w pkt 58 swej opinii, tego rodzaju udział oznacza wystarczająco znaczące wykonywanie praw wyłącznych, przywilejów władzy publicznej lub środków przymusu.
- 80 W niniejszej sprawie należy na wstępie podkreślić, że udział w ochronie zdrowia publicznego, do którego może być wezwana każda jednostka, w szczególności poprzez udzielenie pomocy osobie znajdującej się w stanie zagrożenia życia lub zdrowia, nie wystarczy do tego, by stanowić udział w wykonywaniu władzy publicznej (zob. podobnie wyrok z dnia 29 października 1998 r. w sprawie C-114/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-6717, pkt 37; ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 38).
- 81 Co do przysługującego osobom świadczącym transport medyczny prawa posługiwania się środkami takimi jak niebieskie światło lub syrena oraz prawa pierwszeństwa przyznanego im w niemieckim kodeksie drogowym, to z całą pewnością są one wyrazem przeważającego znaczenia przypisanego przez ustawodawcę krajowego zdrowiu publicznemu w stosunku do ogólnych zasad ruchu drogowego.

- 82 Jednakże prawa te, jako takie, nie mogą być uznawane za bezpośrednie i szczególne uczestnictwo w wykonywaniu władzy publicznej, gdy zainteresowanym usługodawcom nie przyznano przywilejów lub uprawnień stosowania przymusu, wykraczających poza prawo powszechne, w celu zapewnienia ich poszanowania, co według zgodnego stanowiska stron należy do kompetencji władz policyjnych i sądowych (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach: Komisja przeciwko Włochom, pkt 39; Komisja przeciwko Portugalii, pkt 44).
- 83 Nie mogą być ponadto uznane za wyraz wystarczająco znaczącego wykonywania władzy publicznej lub uprawnień wykraczających poza prawo powszechne elementy takie jak przywołane przez Republikę Federalną Niemiec, dotyczące szczególnych kompetencji organizacyjnych w dziedzinie świadczonych usług, uprawnienia do żądania informacji od osób trzecich lub użycia innych wyspecjalizowanych służb, albo udziału w powoływaniu urzędników administracji w związku z tymi usługami.
- 84 Również podkreślany przez Republikę Federalną Niemiec fakt, że świadczenie publicznych usług transportu medycznego pociąga za sobą współpracę z organami publicznymi oraz z członkami zawodowych służb, którym przyznano uprawnienia publiczne, takimi jak członkowie sił policji, nie stanowi elementu łączącego te usługi z wykonywaniem władzy publicznej (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Reyners, pkt 51).
- 85 To samo odnosi się do powoływanej również przez Republikę Federalną Niemiec okoliczności, że umowy dotyczące zamówień na omawiane usługi objęte są zakresem prawa publicznego i że odpowiednia działalność jest wykonywana na rachunek podmiotów prawa publicznego, które przyjmują odpowiedzialność za publiczne usługi ratunkowe (zob. podobnie wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-281/06 Jundt, Zb.Orz. s. I-12231, pkt 36-39).
- 86 Wynika stąd, że zastosowanie art. 45 WE i 55 WE do omawianej działalności należy wykluczyć.
- 87 W konsekwencji należy zbadać, czy doszło do zarzucanego przez Komisję uchybienia.

W przedmiocie uchybienia zarzucanego przez Komisję

- 88 Na wstępie należy podnieść, że po pierwsze, ze wskazówek przedstawionych przez Komisję w pismach przedłożonych Trybunałowi wynika, iż spośród różnych modeli świadczenia publicznych usług transportu medycznego w Republice Federalnej Niemiec niniejsza skarga ogranicza się do modelu zwanego „przetargowym”, w ramach którego usługodawca, któremu udzielono zamówienia, wynagradzany jest bezpośrednio przez instytucję zamawiającą, z którą zawarł umowę, lub przez podmiot finansujący powiązany z instytucją zamawiającą.
- 89 Po drugie, Republika Federalna Niemiec nie zakwestionowała twierdzenia Komisji, że jednostki samorządu terytorialnego, które udzieliły zamówień wskazanych w skardze, są instytucjami zamawiającymi w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50 lub art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-11197, pkt 18).
- 90 Po trzecie, jeśli chodzi o przywoływaną przez Republikę Federalną Niemiec okoliczność, że umowy, na mocy których udzielono tych zamówień, należą do prawa publicznego, to nie jest ona w stanie przesłonić istnienia elementu umownego wymaganego w art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 lub art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18. Jak to podkreśla Komisja, wręcz przeciwnie, okoliczność ta świadczy o istnieniu tego elementu (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 73).

- 91 Pisemny i odpłatny charakter tych umów nie jest natomiast w żaden sposób kwestionowany przez Republikę Federalną Niemiec, która nie przeciwstawia się ponadto danym liczbowym Komisji, zgodnie z którymi odpowiednia wartość poszczególnych tych zamówień znacznie przekracza progi ustanowione w art. 7 dyrektywy 92/50 lub dyrektywy 2004/18.
- 92 Po czwarte, bezsporne pozostaje między stronami, że usługi medycznego transportu ratunkowego i specjalistycznego transportu chorych, których dotyczy niniejsza sprawa, objęte są jednocześnie kategorią 2 lub 3 załącznika I A do dyrektywy 92/50 lub załącznika II A do dyrektywy 2004/18 i kategorią 25 załącznika I B do dyrektywy 92/50 lub załącznika II B do dyrektywy 2004/18, a zatem zamówienia publiczne mające za przedmiot te usługi objęte są zakresem zastosowania art. 10 dyrektywy 92/50 lub art. 22 dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyrok z dnia 24 września 1998 r. w sprawie C-76/97 Tögel, Rec. s. I-5357, pkt 40).
- 93 Natomiast Republika Federalna Niemiec odrzuca niektóre fakty przywołane przez Komisję. Kwestionuje ona również twierdzenie Komisji, zgodnie z którym fakty te świadczą o istnieniu ogólnej praktyki w dziedzinie udzielania zamówień na publiczne usługi transportu medycznego.

W przedmiocie przywołanych okoliczności faktycznych

- 94 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, gdy Komisja powołuje się na uzasadnione skargi wskazujące na powtarzające się uchybienia przepisom prawa Unii, na państwie członkowskim, którego te skargi dotyczą, spoczywa ciężar zakwestionowania w konkretny sposób okoliczności faktycznych podniesionych w tych skargach (zob. wyrok z dnia 19 marca 2009 r. w sprawie C-489/06 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-1797, pkt 40 i przywołane tam orzecznictwo).
- 95 W niniejszej sprawie Republika Federalna Niemiec nie kwestionuje prawdziwości faktów przedstawionych przez Komisję w odniesieniu do, odpowiednio, zamówienia udzielonego przez miasto Magdeburg w kraju związkowym Saksonia-Anhalt, zamówienia związanego z prowadzeniem centrum ratunkowego w Witten-Herbede w kraju związkowym Nadrenii Północnej-Westfalii oraz zamówień udzielonych przez region Hanoweru i przez okręg Hameln-Pyrmont w kraju związkowym Dolnej Saksonii, które to zamówienia zostały wskazane w pkt 27 i 29-31 niniejszego wyroku.
- 96 Państwo to natomiast sprzeciwia się twierdzeniom faktycznym Komisji dotyczącym zamówień udzielonych, odpowiednio, przez miasto Bonn, okręg Uelzen i przez różne jednostki publiczne Saksonii.
- 97 Jeśli chodzi, po pierwsze, o zamówienie udzielone przez miasto Bonn, o którym mowa w pkt 28 niniejszego wyroku, to wyjaśnienia udzielone przez Republikę Federalną Niemiec co do powodów wykluczenia jednego oferenta niemieckiego nie pozwalają jednak zapomnieć o niezakwestionowanych przez to państwo członkowskie twierdzeniach Komisji dotyczących nieprzestrzegania, w ramach tego zamówienia, zasad prawa Unii dotyczących przejrzystości w dziedzinie zamówień publicznych.
- 98 Następnie, jeśli chodzi o zamówienie udzielone przez okręg Uelzen, o którym mowa w pkt 32 niniejszego wyroku, to zarzut Komisji, jak to wynika z argumentów stron przed Trybunałem, polega na rozszerzeniu w 2004 r. przedmiotu umowy zawartej w 1984 r. pomiędzy tym okręgiem a okręgowym oddziałem DRK na prowadzenie centrum ratunkowego Bad Bevensen, z naruszeniem prawa Unii w zakresie zamówień publicznych.

- 99 W tym zakresie należy przypomnieć, że zmiana pierwotnego zamówienia może być uznana za istotną i przez to za stanowiącą nowe zamówienie w rozumieniu dyrektywy 92/50 lub 2004/18, zwłaszcza kiedy dotyczy ona rozszerzenia zamówienia w znaczącym stopniu na usługi pierwotnie nieprzewidziane (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur*, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 36).
- 100 W niniejszej sprawie z informacji znajdujących się w aktach sprawy wynika, że wartość zamówienia na prowadzenie stacji ratunkowej Bad Bevensen wynosi 673 719,92 EUR, co stanowi kwotę przekraczającą znacznie progi określone w art. 7 dyrektywy 90/52 i 2004/18.
- 101 W tych okolicznościach rozszerzenie zakresu umowy, o którym mowa w pkt 98 niniejszego wyroku, musi być, jak to twierdzi Komisja, uznane za istotną zmianę pierwotnego zamówienia, która powinna była zostać dokonana z poszanowaniem odpowiednich przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.
- 102 Wreszcie, jeśli chodzi o zamówienia udzielone w Saksonii, o których mowa w pkt 33–35 niniejszego wyroku, to podnoszona przez Republikę Federalną Niemiec okoliczność, dotycząca ustania zarzucanego naruszenia wraz z wygaśnięciem umów odnowionych w latach 2002–2004 i wejściem w życie w styczniu 2005 r. nowej regulacji w tym kraju związkowym, która wprowadziła przejrzystą procedurę udzielania zamówień na publiczne usługi ratunkowe, nie może doprowadzić do odrzucenia niezakwestionowanych przez to państwo członkowskie twierdzeń Komisji, zgodnie z którymi umowy te zostały przedłużone pod rządami poprzedniej regulacji, ze skutkiem do dnia 31 grudnia 2008 r., w sposób całkowicie sprzeczny z zasadami przejrzystości na poziomie Unii.
- 103 Opisana przez Komisję sytuacja dotycząca poszczególnych zamówień w Saksonii trwała zatem w dniu upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii, czyli 16 lutego 2007 r., który to dzień stanowi datę istotną dla oceny istnienia zarzucanego uchybienia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2009 r. w sprawie C-562/07 *Komisja przeciwko Hiszpanii*, Zb.Orz. s. I-9553, pkt 23).
- 104 Z powyższego wynika, że wszystkie podnoszone przez Komisję fakty należy uznać za udowodnione.

W przedmiocie zarzucanej praktyki

- 105 Republika Federalna Niemiec zarzuca Komisji, że powołała się ona na indywidualne przypadki w celu wykazania istnienia ogólnej, sprzecznej z prawem Unii, praktyki udzielania zamówień na publiczne usługi transportu ratunkowego.
- 106 W tym zakresie należy przypomnieć, że Komisja może wnosić do Trybunału o stwierdzenie uchybienia prawu Unii wynikającego z niezgodnej z nim powszechnej praktyki przyjętej przez władze danego państwa członkowskiego, ilustrując tę praktykę konkretnymi sytuacjami (zob. podobnie wyrok z dnia 25 października 2007 r. w sprawie C-248/05 *Komisja przeciwko Irlandii*, Zb.Orz. s. I-9261, pkt 64 i przywołane tam orzecznictwo).
- 107 Stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na podstawie stosowanej w państwie członkowskim praktyki administracyjnej wymaga jednak przedstawienia przez Komisję wystarczająco udokumentowanego i szczegółowego dowodu stosowania zarzucanej praktyki. Z dowodu tego powinno wynikać, że taka praktyka administracyjna wykazuje określony stopień trwałości i powszechności. Dla wykazania tego Komisja nie może opierać się na jakimkolwiek domniemaniu (wyrok z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-156/04 *Komisja przeciwko Grecji*, Zb.Orz. s. I-4129, pkt 50 i przywołane tam orzecznictwo; ww. wyrok z dnia 19 marca 2009 r. w sprawie *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 48).

- 108 Jeżeli Komisja dostarczy wystarczające dowody wskazujące na to, że władze państwa członkowskiego stosują powtarzającą się i uporczywą praktykę sprzeczną z prawem Unii, na tym państwie członkowskim spoczywa ciężar szczegółowego merytorycznego zakwestionowania przedstawionych w ten sposób informacji i wynikających z nich konsekwencji (zob. wyrok z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie C-494/01 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-3331, pkt 47; ww. wyrok z dnia 25 października 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 69).
- 109 W niniejszej sprawie Republika Federalna Niemiec nie mogła, jak to wynika z pkt 95–104 niniejszego wyroku, podważyć prawdziwości faktów przytoczonych przez Komisję, a dotyczących powtarzających się przypadków uchybienia prawu Unii przy udzielaniu zamówień na publiczne usługi transportu ratunkowego w krajach związkowych Saksonii–Anhalt, Nadrenii Północnej–Westfalii, Dolnej Saksonii i Saksonii. Państwo to nie przedstawiło ponadto dowodów mogących wykazać, że w tych krajach związkowych udzielenie innych zamówień zgodnie z modelem przetargowym dokonane zostało z poszanowaniem prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.
- 110 Przeciwnie, jak to podniosła rzecznik generalny w pkt 150 swej opinii, informacje Komisji, niezakwestionowane przez Republikę Federalną Niemiec, które świadczą o bardzo niewielkiej liczbie przypadków udzielenia zamówień na publiczne usługi transportu medycznego z poszanowaniem prawa Unii, potwierdzają istnienie, w czterech wymienionych krajach związkowych, praktyki wykraczającej poza indywidualne przypadki wskazane przez Komisję w niniejszej skardze.
- 111 Z powyższego wynika, że zarzucaną przez Komisję praktykę należy uznać za udowodnioną w odniesieniu do krajów związkowych Saksonii–Anhalt, Nadrenii Północnej–Westfalii, Dolnej Saksonii i Saksonii.
- 112 W konsekwencji należy zbadać istnienie zarzucanego przez Komisję naruszenia dyrektyw 92/50 i 2004/18, jak również art. 43 WE i 49 WE.
- W przedmiocie naruszeń związanych z nieprzestrzeganiem dyrektyw 92/50 lub 2004/18 oraz art. 43 WE i 49 WE
- 113 W swej skardze Komisja twierdzi, że w przypadku udzielania zamówień na publiczne usługi transportu medycznego charakteryzujące się przewagą wartości usług transportowych nad wartością usług medycznych omawiana praktyka stanowi naruszenie art. 10 dyrektyw 92/50 w związku z tytułami III–VI tej dyrektywy lub, od dnia 1 lutego 2006 r., art. 22 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 23–55. Zgodnie z tymi przepisami w szczególności na instytucji zamawiającej spoczywa obowiązek ogłoszenia o zamówieniu na poziomie Unii w celu udzielenia tego zamówienia oraz zapewnienia ogłoszenia jego wyników.
- 114 W przypadku udzielania zamówień na publiczne usługi transportu charakteryzujące się przewagą wartości usług medycznych nad wartością usług transportowych Komisja podnosi, że omawiana praktyka stanowi naruszenie art. 10 dyrektywy 92/50 w związku z art. 16 tej dyrektywy lub, od dnia 1 lutego 2006 r., art. 22 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 35 ust. 4 tej dyrektywy. Przepisy te zasadniczo zobowiązują instytucję zamawiającą do zapewnienia publikacji informacji o udzielonych zamówieniach.
- 115 Komisja podnosi również zarzut naruszenia art. 43 WE i 49 WE, który jak wynika z pkt 45–47 i 52 niniejszego wyroku, jest jednak dopuszczalny tylko w zakresie dotyczącym udzielania zamówień objętych przypadkiem, o którym mowa w punkcie poprzedzającym.

- 116 W tym zakresie należy bowiem przypomnieć, iż zgodnie z utrwalonym orzecnictwem w ramach postępowania w sprawie uchybienia obowiązkom państwa członkowskiego na mocy art. 226 WE ciężar dowiedzenia zarzucanego uchybienia spoczywa na Komisji. Powinna ona przedstawić Trybunałowi dowody niezbędne do ustalenia istnienia tego uchybienia, nie mogąc przy tym opierać się na jakimkolwiek domniemaniu (zob. wyrok z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-246/08 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. s. I-10605, pkt 52 i przywołane tam orzecznictwo).
- 117 Jak to podniosła rzecznik generalny w pkt 113 swojej opinii, spoczywający na Komisji obowiązek dokładnego ustalenia konkretnego przedmiotu zarzucanego naruszenia jest niezbędny dla prawidłowego zrozumienia przez pozwane państwo członkowskie, jakie środki ma zastosować w razie stwierdzenia tego uchybienia w celu doprowadzenia spornej sytuacji do stanu zgodnego z prawem Unii.
- 118 W niniejszym przypadku z akt sprawy wynika, że Komisja, po wskazaniu w uzasadnionej opinii, iż nie dysponuje wystarczającymi informacjami, aby określić, które z usług – transportowe czy medyczne – mają przeważającą wartość we wskazanych zamówieniach, wstrzymała się od rozstrzygania tej kwestii w ramach niniejszej skargi, jak to podniosła rzecznik generalny w pkt 96 swej opinii, choć z akt sprawy nie wynika, że decyzja ta podyktowana została rzekomym brakiem współpracy władz niemieckich w toku postępowania poprzedzającego wniesienie skargi.
- 119 W swojej skardze stwierdziła ona bowiem w sposób ogólny, że zarówno w przypadku zamówień na usługi specjalistycznego transportu chorych, jak i na usługi medycznego transportu ratunkowego, wartość świadczeń medycznych może być istotna i że skoro sporne zamówienia obejmowały oba typy usług jednocześnie, stosunek pomiędzy ich wartościami jest różny w zależności od zamówienia i równie dobrze można wyobrazić sobie zamówienia o przeważającej wartości usług transportowych nad usługami medycznymi, jak zamówienia o odwrotnym stosunku tych wartości.
- 120 Wybierając podejście opierające się na powyższych założeniach, Komisja świadomie odstąpiła od ustalania, że omawiane zamówienia, a przynajmniej niektóre z nich, charakteryzowały się przeważającą wartością usług transportowych nad usługami medycznymi.
- 121 Natomiast w odniesieniu do dyrektyw 92/50 i 2004/18 ograniczyła ona swe zarzuty do faktu, że niezależnie od podziału prawnego dokonanego w art. 10 dyrektywy 92/50 lub art. 22 dyrektywy 2004/18, art. 16 dyrektywy 92/50 lub art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18 zostały naruszone przy udzielaniu każdego z tych zamówień ze względu na brak ogłoszenia o ich udzieleniu, czego Republika Federalna Niemiec nie zakwestionowała w odniesieniu do żadnego ze wskazanych zamówień.
- 122 W tym kontekście, w którym w braku wystarczająco konkretnych dowodów przedstawionych przez Komisję nie można wykluczyć, że żadne ze wskazanych w skardze zamówień nie charakteryzuje się przeważającą wartością usług transportu nad usługami medycznymi, należy ograniczyć stwierdzenie uchybienia przepisom dyrektyw 92/50 i 2004/18 do naruszenia art. 10 dyrektywy 92/50 w związku z art. 16 tej dyrektywy, lub, od dnia 1 lutego 2006 r., art. 22 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 35 ust. 4 tej dyrektywy, ponieważ w każdym razie przepisy te mają zastosowanie do zamówień, które tak jak w przypadku zamówień spornych w niniejszej sprawie, dotyczą jednocześnie usług transportu i usług medycznych, niezależnie od stosunku pomiędzy odpowiednimi wartościami tych usług w ramach danego zamówienia.

- 123 Jak podniosła to rzecznik generalny w pkt 93 swej opinii, Komisja nie próbowała ponadto ustalić, że zamówienia wskazane w jej skardze, a przynajmniej niektóre z nich, charakteryzują się przewagą wartości usług zdrowotnych nad wartością usług transportu. W tych okolicznościach, w których ze względu na brak wystarczających konkretnych informacji nie można wykluczyć, że żadne z badanych zamówień nie charakteryzuje się przewagą tej wartości, Trybunał nie jest w stanie stwierdzić uchybienia art. 43 WE i 49 WE. Wniosek ten nasuwa się również w kwestii, czy zamówienia wskazane przez Komisję mogą być przedmiotem niewątpliwego zainteresowania ponadgranicznego.
- 124 Należy jeszcze zbadać zasadność argumentacji Republiki Federalnej Niemiec i Królestwa Holandii dotyczącej uzasadnienia opartego na art. 86 ust. 2 WE.
- W przedmiocie uzasadnienia opartego na art. 86 ust. 2 WE
- 125 W pkt 55 i 60 ww. wyroku w sprawie *Ambulanz Glöckner* Trybunał zakwalifikował usługi transportu ratunkowego jako usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE.
- 126 Jednakże z utrwalonego orzecznictwa wynika, że wykazanie wystąpienia wszystkich przesłanek stosowania art. 86 ust. 2 WE należy do państwa członkowskiego, które powołuje się na to postanowienie (zob. w szczególności wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-159/94 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-5815, pkt 101).
- 127 W niniejszym przypadku Republika Federalna Niemiec podkreśliła konieczność zapewnienia, w dziedzinie usług transportu medycznego, subwencjonowania krzyżowego między obszarami rentownymi i mniej rentownymi, w zależności od gęstości zaludnienia. Położyła także nacisk na wagę dostępności tych usług i współdziałanie z innymi służbami biorącymi udział w akcjach ratowniczych, co oznacza udostępnienie personelu, który znajduje się niedaleko miejsc interwencji i który łatwo zmobilizować w razie wypadku lub katastrofy.
- 128 Jednakże względy tego rodzaju mogą z pewnością uzasadnić, jak to podkreśla Komisja, zastosowanie przez właściwą instytucję zamawiającą szczególnych środków mających na celu zagwarantowanie, w szczególności przez systemy wynagrodzenia dostosowane do specyfiki obszaru świadczenia usług lub przez zobowiązanie do zapewnienia wystarczającej ilości personelu i sprzętu na miejscu, świadczenie przez kontrahenta, na akceptowalnych gospodarczo warunkach, usług transportu wysokiej jakości, skutecznych i dostępnych na całym obszarze.
- 129 Natomiast względy te nie wyjaśniają, w jaki sposób obowiązek zapewnienia ogłoszenia wyników procedury udzielania danego zamówienia mógłby uniemożliwić wykonanie tego zadania z zakresu ogólnego interesu gospodarczego.
- 130 Wobec powyższego argumentację opartą na art. 86 ust. 2 WE należy odrzucić.
- 131 W świetle całości powyższych rozważań należy stwierdzić, że Republika Federalna Niemiec, nie publikując ogłoszeń o wynikach procedury udzielania zamówień, uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 10 dyrektywy 92/50 w związku z art. 16 tej dyrektywy, lub, od dnia 1 lutego 2006 r., na mocy art. 22 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 35 ust. 4 tej dyrektywy, w ramach udzielania zamówień na publiczne usługi transportu medycznego i specjalistycznego transportu chorych według modelu przetargowego w krajach związkowych Saksonii-Anhalt, Nadrenii Północnej-Westfalii, Dolnej Saksonii i Saksonii.
- 132 W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.

2.11. orzeczenie z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 *Club Hotel Loutraki AE i inni przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias (C-145/08) i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) przeciwko Ethnico Symvoulío Radiotileorasis (C-149/08)*, ECLI:EU:C:2010:247

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań przedstawionych w sprawie C-145/08

- 45 Swymi pytaniami dotyczącymi stosowania dyrektywy 92/50 do takiej umowy jak będąca przedmiotem w sprawie przed sądem krajowym, sąd krajowy dąży do ustalenia, czy dyrektywa 89/665 ma zastosowanie w niniejszej sprawie, ponieważ jej zastosowanie zakłada stosowanie jednej z dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, o których mowa w art. 1 dyrektywy 89/665. Tak więc należy zbadać te pytania łącznie i ustalić, czy taka umowa jest objęta zakresem stosowania jednej z dyrektyw, o których mowa w tym przepisie.
- 46 Z wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień zawartych w postanowieniu odsyłającym, jak i z dokonanej przez sąd krajowy kwalifikacji badanej przed nim transakcji wynika, że ta ostatnia stanowi umowę mieszaną.
- 47 Na umowę tę składają się w istocie porozumienie dotyczące zbycia przez ETA 49% udziałów w EKP na rzecz AEAS (zwane „częścią dotyczącą sprzedaży akcji”), porozumienie, na mocy którego AEAS przejęła zarządzanie przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno w zamian za wynagrodzenie (zwane dalej „częścią dotyczącą usług”) oraz porozumienie, na mocy którego AEAS zobowiązała się do wdrożenia planu ulepszenia lokali kasyna i przyległych budynków hotelowych oraz zagospodarowania przestrzeni wokół nich (zwane dalej „częścią dotyczącą robót budowlanych”).
- 48 W świetle orzecznictwa Trybunału, w przypadku umów mieszanych, których różne części – zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu – są połączone w nierozłączny sposób i stanowią nierozzerwalną całość, rozpatrywana czynność powinna zostać zbadana jako całość, w sposób jednolity, w celu jej kwalifikacji prawnej, a także powinna zostać rozpatrzona na podstawie przepisów dotyczących części, która stanowi główny przedmiot lub dominujący element umowy (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 4035, pkt 19; z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, Rec. s. I-1329, pkt 23–26; z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb.Orz. s. I-385, pkt 36, 37; z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-619, pkt 47; z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-10355, pkt 28, 29, 57, 61).
- 49 Wniosek ten ma zastosowanie niezależnie od tego, czy część stanowiąca główny przedmiot mieszanej umowy wchodzi w zakres dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.
- 50 Należy zatem zbadać, czy rozpatrywana przed sądem krajowym umowa mieszana stanowi nierozzerwalną całość i, w odpowiednim przypadku, w całości objęta jest zakresem – ze względu na swój główny przedmiot – jednej z dyrektyw, o których mowa w art. 1 dyrektywy 89/665, które dotyczą zamówień publicznych.
- 51 Po pierwsze, należy stwierdzić, że umowa ta została zawarta w ramach częściowej prywatyzacji publicznego kasyna, o której zdecydowała właściwa międzyministerialna komisja krajowa i która została dokonana jednym zaproszeniem do składania ofert.

- 52 W świetle akt sprawy, w szczególności warunków dodatkowego zawiadomienia opublikowanego w kwietniu 2002 r., mieszane sporne porozumienia stanowią jedną umowę dotyczącą sprzedaży akcji EKP, nabycia prawa do powoływania większości zarządu EKP, przejęcia zarządu przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno i świadczenia rentownych usług wysokiej jakości oraz obowiązku wykonania robót w zakresie zmian i ulepszeń we wskazanych lokalach i przyległym terenie.
- 53 Te ustalenia wynikają z konieczności zawarcia umowy mieszanej z jednym partnerem posiadającym zarówno możliwości finansowe niezbędne dla zakupu akcji, jak i doświadczenie zawodowe w prowadzeniu kasyna.
- 54 Wynika z tego, że różne części tej umowy należy postrzegać jako stanowiące nierozdzielalną całość.
- 55 Po drugie, z ustaleń sądu krajowego wynika, że głównym przedmiotem umowy mieszanej była sprzedaż wybranemu oferentowi 49% udziałów w EKP i że część dotycząca „robót budowlanych” tej transakcji oraz część dotycząca „usług”, niezależnie od tego, czy ta ostatnia stanowiła zamówienie publiczne na usługi, czy koncesję na usługi, miały charakter akcesoryjny w stosunku do głównego przedmiotu umowy. Sąd krajowy wskazał też, że część dotycząca „robót budowlanych” ma charakter akcesoryjny w stosunku do części dotyczącej „usług”.
- 56 Ustalenia te zostały potwierdzone przez elementy akt sprawy dostarczone Trybunałowi.
- 57 Nie może być wątpliwości, że w przypadku nabycia 49% akcji przedsiębiorstwa publicznego, takiego jak EKP, czynność ta stanowi główny przedmiot umowy. Należy zauważyć, że dochód, który AEAS uzyskiwała jako akcjonariusz, jest znacznie wyższy niż wynagrodzenie uzyskiwane jako usługodawca. Ponadto AEAS osiągała te dochody bez ograniczenia w czasie, podczas gdy działalność w zakresie zarządzania wygasła po dziesięciu latach.
- 58 W świetle powyższego różne części rozpatrywanej przed sądem krajowym umowy mieszanej stanowią nierozdzielalną całość, której głównym przedmiotem jest część dotycząca sprzedaży akcji.
- 59 Jednakże sprzedaż akcji na rzecz oferenta w ramach prywatyzacji przedsiębiorstwa publicznego nie jest objęta zakresem dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.
- 60 Zostało to słusznie przypomniane w pkt 66 Zielonej księgi Komisji w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji [COM (2004) 327 wersja ostateczna].
- 61 Komisja, w pkt 69 ww. Zielonej księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych, podkreśla konieczność zapewnienia, by transakcje kapitałowe nie ukrywały zawarcia z partnerem prywatnym umów mogących zostać zakwalifikowanymi jako zamówienia publiczne lub koncesje. Jednakże w niniejszej sprawie brak jest jakiegokolwiek elementu w aktach sprawy, który mógłby podważyć naturę transakcji rozpatrywanej i zakwalifikowanej przez sąd krajowy.
- 62 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że umowa mieszana, której przedmiotem głównym jest nabycie przez przedsiębiorstwo 49% udziałów w przedsiębiorstwie publicznym i której przedmiotem akcesoryjnym, nierozdzielalnie związanym z przedmiotem głównym, jest świadczenie usług i wykonywanie robót budowlanych, nie jest objęta, jako całość, zakresem stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych.

- 63 Wniosek ten nie wyklucza tego, że umowa powinna przestrzegać podstawowych reguł i ogólnych zasad traktatu, w szczególności w zakresie swobody przedsiębiorczości oraz swobodnego przepływu kapitału. Jednakże nie ma potrzeby badania, w tym przypadku, poszanowania tych reguł i zasad, ponieważ badanie to nie może w żaden sposób doprowadzić do stosowania dyrektywy 89/665.
- 64 Zatem w świetle powyższego nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na inne pytania przedstawione w sprawie C-145/08.

W przedmiocie pytania pierwszego przedstawionego w sprawie C-149/08

- 65 Pytaniem tym sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, czy dyrektywa 89/665 sprzeciwia się przepisom krajowym, w świetle ich wykładni dokonanej przez ten sąd, zgodnie z którymi tylko wszyscy członkowie tymczasowego stowarzyszenia będącego oferentem mogą złożyć skargę na decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, tak że indywidualni członkowie tego stowarzyszenia są pozbawieni nie tylko możliwości doprowadzenia do stwierdzenia nieważności takiej decyzji instytucji zamawiającej, ale również możliwości żądania naprawienia szkody poniesionej indywidualnie na skutek nieprawidłowości w ramach rozpatrywanej procedury przetargowej.
- 66 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy zauważyć, że decyzja, której dotyczy skierowana do sądu krajowego skarga o stwierdzenie nieważności, pochodzi od ESR – organu innego niż instytucja zamawiająca, która zorganizowała rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym postępowanie w sprawie zamówień publicznych.
- 67 W świetle dyrektywy 89/665, powszechnie nazywanej dyrektywą „odwoławczą”, przewidziana w niej ochrona dotyczy działań i zaniechań instytucji zamawiających.
- 68 Tak więc, z jej treści wynika jasno, że motyw piąty oraz art. 1 ust. 1 niniejszej dyrektywy odnosi się do środków podejmowanych w odniesieniu do decyzji instytucji zamawiających. Podobnie, zgodnie z ust. 3 tego artykułu, państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiającej o domniemanym naruszeniu przepisów, tak by ta ostatnia mogła naruszenie naprawić. Ponadto art. 3 ust. 2 tej dyrektywy nadaje Komisji uprawnienie do powiadomienia zainteresowanej instytucji zamawiającej o powodach, dla których uważa, że w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dopuszczono się naruszenia, i uprawnienie do wystąpienia o podjęcie działań naprawczych.
- 69 W związku z tym należy stwierdzić, że spory dotyczące decyzji organu, takiego jak ESR, nie są objęte systemem odwołań przewidzianym w dyrektywie 89/665.
- 70 Jednakże decyzje ESR mogą mieć pewien wpływ na przebieg, a nawet wynik postępowania w sprawie zamówień publicznych, w zakresie w jakim mogą prowadzić do wykluczenia oferenta czy wybranego oferenta, który jest indywidualnie objęty jednym z zakazów przewidzianych w odpowiednich przepisach krajowych. Tak więc decyzje tego organu nie są bez znaczenia dla właściwego stosowania prawa Unii w tej dziedzinie.
- 71 Ze wskazówek dostarczonych przez sąd krajowy wynika, że w niniejszej sprawie decyzja ESR, która doprowadziła do pozbawienia skarżącej w postępowaniu przed sądem krajowym, rozpatrywanego zamówienia, choć została ona wskazana jako wybrany oferent, została zdaniem skarżącej przyjęta z naruszeniem przepisów 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 zasad wynikających z pierwotnego prawa Unii.

- 72 Skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym twierdzi, że zastosowanie spornych przepisów krajowych uniemożliwiło jej nie tylko złożenie skargi o stwierdzenie nieważności bezprawnej decyzji ESR, co doprowadziło do jej wykluczenia z postępowania przetargowego, ale również dochodzenie naprawienia szkody wyrządzonej przez tę decyzję. Została zatem pozbawiona prawa do skutecznej ochrony sądowej.
- 73 W tym kontekście należy przypomnieć, że zasada skutecznej ochrony sądowej jest zasadą ogólną prawa Unii (zob. wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 Unibet, Zb.Orz. s. I-2271, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 74 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w braku uregulowań wspólnotowych w tej dziedzinie zadaniem państw członkowskich jest wyznaczenie właściwych sądów i określenie zasad postępowania w sprawach mających za przedmiot ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (zob. podobnie wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 Impact, Zb.Orz. s. I-2483, pkt 44, 46 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 75 Jeśli chodzi o zasadę równoważności, jak wynika z informacji dostarczonych przez sąd krajowy, zgodnie z prawem wewnętrznym zawierającym ogólne uregulowania w zakresie naprawiania szkody spowodowanej przez bezprawne działania państwa lub osób prawnych prawa publicznego, sąd właściwy w sprawie przyznania odszkodowania jest też kompetentny w zakresie kontroli, dokonywanej incydentalnie, zgodności z prawem wyrządzającego szkodę aktu administracyjnego, co może prowadzić w razie skargi przedstawionej indywidualnie przez jednostkę do zasądzenia odszkodowania, jeśli spełnione są przewidziane w tym zakresie przesłanki.
- 76 Jednakże w dziedzinie zamówień publicznych, który to obszar objęty jest prawem Unii, te dwa rodzaje kompetencji, a mianowicie, po pierwsze, kompetencji do uchylenia lub stwierdzenia nieważności aktu administracyjnego, a po drugie, kompetencji do przyznania odszkodowań, należą – w krajowym systemie prawnym rozpatrywanym przed sądem krajowym – do dwóch różnych sądów.
- 77 Tak więc w dziedzinie zamówień publicznych art. 5 ust. 2 ustawy nr 2522/1997, który uzależnia przyznanie odszkodowania od uprzedniego stwierdzenia nieważności wyrządzającego szkodę aktu, w związku z art. 47 ust. 1 dekretu prezydenckiego nr 18/1989, zgodnie z którym wyłącznie wszyscy członkowie grupy są uprawnieni do złożenia skargi o stwierdzenie nieważności w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, prowadzi – jak zauważył sąd krajowy – do braku możliwości po stronie wszystkich członków konsorcjum, działających indywidualnie, nie tylko w zakresie doprowadzenia do stwierdzenia nieważności niekorzystnego aktu, ale również w zakresie wystąpienia do sądu właściwego o zasądzenie naprawienia poniesionej indywidualnie szkody, podczas gdy taki brak nie wydaje się mieć miejsca w innych dziedzinach, na mocy przepisów prawa wewnętrznego mających zastosowanie do wniosków o odszkodowania dotyczących szkód wyrządzonych przez niezgodne z prawem działanie organów publicznych.
- 78 Jeśli chodzi o zasadę skuteczności, należy zauważyć, że w wyniku zastosowania rozpatrywanych przepisów krajowych oferent taki jak skarżąca jest pozbawiony jakiejkolwiek możliwości żądania przed właściwym sądem naprawy szkody, którą poniósł w związku

z naruszeniem przepisów prawa Unii wskutek wydania aktu administracyjnego, który może mieć wpływ na przebieg i nawet na wynik procedury przetargowej. Taki oferent jest zatem pozbawiony skutecznej ochrony sądowej w zakresie uprawnień wywodzonych z prawa Unii w tym zakresie.

- 79 Jak stwierdziła rzecznik generalna w pkt 107–116 swej opinii, należy w tym względzie podkreślić, że rozpatrywana sytuacja różni się od sytuacji rozpatrywanej w ww. wyroku w sprawie *Espace Trianon i Sofibail*. Podczas gdy ta druga sprawa dotyczyła skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia, którą pozbawiono zamówienia całe konsorcjum będące oferentem, niniejsza sprawa dotyczy w istocie wniosku o naprawienie szkody wyrządzonej bezprawną decyzją organów administracji, stwierdzającą istnienie zakazu w rozumieniu odpowiednich przepisów krajowych, wyłącznie w odniesieniu do skarżącego oferenta.
- 80 W świetle powyższego na pierwsze pytanie przedstawione w sprawie C-149/08 należy odpowiedzieć w ten sposób, że prawo Unii, a w szczególności prawo do skutecznej ochrony sądowej, stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak rozpatrywane przed sądem krajowym, interpretowanym w ten sposób, że członkowie tymczasowego stowarzyszenia będącego oferentem w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych, są pozbawieni możliwości indywidualnego żądania naprawienia szkody, którą ponieśli w następstwie decyzji organu innego niż instytucja zamawiająca, uczestniczącego w postępowaniu zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi, która to decyzja może wpływać na przebieg tego postępowania.
- 81 W świetle tej odpowiedzi nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na drugie pytanie przedstawione w ramach sprawy C-149/08.

2.12. orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction SA i WISAG Produktionsservice GmbH przeciwko Berlaymont 2000 SA*, ECLI:EU:C:2010:431

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 31 Komisja daje wyraz wątpliwościom co do dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, ponieważ w swoim postanowieniu sąd krajowy poprzestał na powtórzeniu rozumowania przeprowadzonego w wyroku *cour d'appel de Bruxelles*, nie określił w wystarczający sposób ram prawnych i okoliczności faktycznych sporu przed sądem krajowym i niewystarczająco wyjaśnił powody, dla których wybrał on przepisy prawa Unii, w odniesieniu do których zwraca się o udzielenie wykładni.
- 32 Wątpliwości te nie są uzasadnione.
- 33 Po pierwsze bowiem, sądowi krajowemu nie można mieć za złe, iż powtórzył w swoim postanowieniu wyrok *cour d'appel de Bruxelles*, będący przedmiotem zawisłej przed nim skargi kasacyjnej. Sąd krajowy wyraża przez to powtórzenie wątpliwości, które żywi co do zgodności wniosków, do których doszedł sąd apelacyjny w tymże wyroku, z właściwymi przepisami prawa Unii, tj. postanowieniami traktatu z dziedziny swobody przepływu usług oraz przepisami art. 24 dyrektywy 93/37.

- 34 Następnie należy stwierdzić, że jak podnosi rzecznik generalna w pkt 33 opinii, wyrok apelacyjny pozwala na wystarczające zapoznanie się z przedmiotem sporu przed sądem krajowym oraz kontekstem prawnym i okolicznościami faktycznymi, w jakie wpisują się przedłożone pytania, co z kolei umożliwiło zainteresowanym stronom w rozumieniu art. 23 akapit drugi statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sposób skuteczny przedstawić uwagi.
- 35 Wreszcie związek między tak przedstawionymi okolicznościami sporu przed sądem krajowym a przepisami prawa Unii, których wykładni dotyczy wniosek, wynika w sposób oczywisty z akt sprawy i nie wymaga szczególnych wyjaśnień.
- 36 Stąd też udzielone w opisany sposób wskazówki są wystarczające, by spełniały one określone w utrwalonym orzecznictwie Trybunału wymogi (zob. podobnie wyrok z dnia 8 września 2009 r. w sprawie C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, Zb.Orz. s. I-7633, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo) i umożliwiły Trybunałowi udzielenie sądowi krajowemu użytecznych odpowiedzi. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest zatem dopuszczalny.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 37 W pierwszym pytaniu sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, czy ogólne zasady prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych oraz art. 24 akapit drugi dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym tego rodzaju, jak przepisy będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które wymagają, by przedsiębiorca mający siedzibę w innym państwie członkowskim był zarejestrowany w państwie członkowskim instytucji zamawiającej do celów uzyskania zamówienia w tym państwie, mimo iż przedsiębiorca ten przedstawił zaświadczenia wydane przez organy administracji kraju członkowskiego, w którym ma siedzibę, potwierdzające w szczególności, iż nie zalega on w państwie siedziby ze spełnieniem zobowiązań w zakresie odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne oraz zapłaty podatków i opłat.
- 38 Na wstępie należy wyjaśnić, że rejestracja, której dotyczy sprawa przed sądem krajowym, nie jest objęta zakresem przepisów art. 25 ani art. 29 dyrektywy 93/37.
- 39 Z akt przedłożonych Trybunałowi wynika bowiem, że celem omawianego obowiązku rejestracji jest sprawdzenie cech zawodowych przedsiębiorców w rozumieniu art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, a konkretnie odnoszących się do ich sytuacji w kwestii opłacania składek na ubezpieczenia społeczne oraz podatków i opłat.
- 40 Należy zauważyć, po pierwsze, iż fakt, że przedsiębiorca mający siedzibę w innym państwie członkowskim przedstawił zaświadczenia wydane przez właściwe organy administracji tego państwa, nie wystarczy, by potwierdzić w sposób niezbity spełnienie jego zobowiązań w tym zakresie. Z jednej strony art. 24 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy 93/37 stanowi bowiem, że przedsiębiorca powinien wypełnić zobowiązania socjalne i podatkowe także w państwie członkowskim instytucji zamawiającej. Z drugiej strony art. 24 akapit drugi tiret drugie, w odniesieniu do zaświadczeń wydanych przez właściwy organ państwa członkowskiego, którego to dotyczy, dopuszcza odrębną kontrolę takiego przedsiębiorcy w państwie członkowskim, w którym odbywa się dany przetarg.
- 41 Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, że dany przedsiębiorca mógł prowadzić działalność gospodarczą w państwie członkowskim instytucji zamawiającej, która z kolei mogła spowodować powstanie zaległości podatkowych i socjalnych w tymże państwie członkowskim. Takie zaległości mogły powstać nie tylko z racji działalności gospodarczej

wykonywanej w trakcie realizacji zamówień publicznych, lecz również działalności wykraczającej poza te ramy. Ponadto nawet gdyby rzeczony przedsiębiorca nie prowadził żadnej działalności gospodarczej w państwie członkowskim instytucji zamawiającej, organy administracji tego państwa mogą zasadnie dążyć do tego, by móc uzyskać pewność w tym względzie.

- 42 W związku z tym przepisy krajowe nie mogą być postrzegane jako niezgodne z unormowaniami Unii przez sam fakt, iż przewidują one obowiązek rejestracji do celów tego rodzaju kontroli również w odniesieniu do przedsiębiorców mających siedzibę w innym państwie członkowskim niż to, w którym odbywa się przetarg.
- 43 Po drugie, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 zawiera wyliczenie podstaw mogących uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w przetargu, które to podstawy dotyczą wyłącznie cech zawodowych przedsiębiorcy. Ponadto Trybunał dodał, że państwa członkowskie mogą wprowadzić, obok podstaw wykluczenia wyraźnie wymienionych w przytoczonym powyżej przepisie, podstawy wykluczenia mające na celu zagwarantowanie poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, Zb.Orz. s. I-9999, pkt 43, 44, 47; z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur*, Zb.Orz. s. I-4219, pkt 20, 21).
- 44 Obowiązku rejestracji tego rodzaju, jak obowiązek będący przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie można uznać za dodatkową podstawę wykluczenia, obok podstaw wyliczonych w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, jeżeli stworzono go w zamiśle, że ma on stanowić sposób wdrożenia tego przepisu, zmierzający jedynie do weryfikacji dowodów na to, że przedsiębiorca pragnący uczestniczyć w postępowaniu przetargowym nie jest objęty zakresem zastosowania którejs z powyższych podstaw wykluczenia, w szczególności dotyczących opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, podatków i opłat.
- 45 W niniejszym przypadku, do celów omawianej rejestracji, potocznie zwanej w dokumentach znajdujących się w aktach sprawy „rejestracją podatkową”, zainteresowany przedsiębiorca musi złożyć do właściwego organu wniosek wraz z zaświadczeniami określonymi w art. 24 akapit drugi dyrektywy 93/37, wymaganymi przez mające zastosowanie krajowe przepisy, które przewidują odpowiednie podstawy wykluczenia.
- 46 Tym samym przedsiębiorca mający siedzibę w innym państwie członkowskim musi przedstawić temu organowi zaświadczenia wydane przez organy administracji państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę, które musiałby normalnie przedstawić zainteresowanej instytucji zamawiającej zgodnie z przytoczonym powyżej przepisem dyrektywy 93/37. Ponadto, jeżeli rzeczony przedsiębiorca wykonywał już działalność gospodarczą w państwie członkowskim instytucji zamawiającej, powinien być w stanie przedstawić zaświadczenia wydane przez właściwe organy administracji tego państwa lub, gdy nie prowadził takiej działalności, być w stanie potwierdzić tę okoliczność. Omawiany organ powinien ze swej strony poświadczyć brak podstaw wykluczenia poprzez wydanie zaświadczenia o rejestracji, które następnie należy przedłożyć instytucji zamawiającej do celów udziału w danym postępowaniu przetargowym.
- 47 Zgodnie z art. 24 akapit drugi dyrektywy 93/37, w przypadku gdy instytucja zamawiająca zobowiązuje usługodawcę do udowodnienia, że nie dotyczy go żaden z przypadków wymienionych w art. 24 akapit pierwszy lit. e) lub f), przyjmuje za wystarczający dowód zaświadczenie wydane przez właściwy organ państwa członkowskiego, którego to dotyczy.

- 48 Przepis ten nie wyklucza sprawdzenia przed otwarciem ofert przedstawionych przez przedsiębiorcę zaświadczeń lub braku po jego stronie podstaw wykluczenia w ogóle.
- 49 Sprawdzenie to powinno jednakże być ograniczone do cech zawodowych przedsiębiorców w rozumieniu art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, w szczególności dotyczących spełnienia zobowiązań w zakresie opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, podatków i opłat. Ponadto, jak zauważa rzecznik generalny w pkt 52 opinii, nie może ono utrudniać lub opóźniać udziału zainteresowanego przedsiębiorcy w danym postępowaniu przetargowym ani obarczać go nadmiernymi kosztami administracyjnymi.
- 50 Do sądu krajowego należy ocena, czy obowiązek rejestracji będący przedmiotem postępowania przed sądem krajowym spełnia te kryteria.
- 51 Sąd krajowy powinien w szczególności zbadać, czy art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 dopuszcza wprowadzenie wymogów określonych w art. 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia królewskiego z 1978 r., zgodnie z którym z przetargu wyklucza się spółkę, w której wśród osób będących członkami zarządu, prezesami zarządu lub osobami uprawnionymi do zaciągania zobowiązań na rachunek spółki są osoby, którym zakazano wykonywania takich czynności zgodnie z krajowymi przepisami oraz w art. 2 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia królewskiego z 1978 r., zgodnie z którym z udziału w postępowaniu wyklucza się przedsiębiorcę, gdy nie dysponuje on „wystarczającymi środkami finansowymi, administracyjnymi i technicznymi gwarantującymi przestrzeganie zobowiązań podatkowych i socjalnych”. W przedmiocie wymienionych wymogów akta sprawy nie zawierają wystarczających informacji, aby dokonać ich oceny.
- 52 Z akt wynika jednakże, że w sprawie przed sądem krajowym samo przedstawienie instytucji zamawiającej wniosku o rejestrację wraz ze złożeniem oferty czyniło zadość formalnościom wymaganym do dopuszczenia zainteresowanych przedsiębiorców do udziału w spornym przetargu, a decyzja o udzieleniu zamówienia nie mogła zapaść przed zakończeniem procedury rejestracji.
- 53 W związku z powyższym na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć, że prawo Unii należy interpretować w ten sposób, iż nie stoi ono na przeszkodzie przepisom krajowym, które wymagają, by przedsiębiorca mający siedzibę w innym państwie członkowskim posiadał w państwie członkowskim instytucji zamawiającej, do celów uzyskania zamówienia w tym państwie, rejestrację dotyczącą braku podstaw wykluczenia wymienionych w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, pod warunkiem że taki wymóg nie utrudnia ani nie opóźnia udziału przedsiębiorcy w danym postępowaniu przetargowym ani nie obarcza go nadmiernymi kosztami administracyjnymi oraz że ma on na celu wyłącznie weryfikację cech zawodowych zainteresowanego w rozumieniu powyższego przepisu.

W przedmiocie pytania drugiego

- 54 W drugim pytaniu sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy ogólne zasady prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych oraz art. 24 akapit drugi dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, iż nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, przewidującym weryfikację przez organ tego rodzaju, jak organ będący przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, zaświadczeń wydanych przez organy administracji podatkowej i organy ubezpieczeń społecznych innych państw członkowskich, poświadczających, że przedsiębiorcy mający w tych państwach członkowskich siedzibę nie mają zaległości w zakresie tego rodzaju zobowiązań.

- 55 W tym względzie należy zwrócić uwagę, że przepisy dyrektywy 93/37 nie stoją co do zasady na przeszkodzie temu, by prawo krajowe przekazało kompetencję do sprawdzenia braku podstaw wykluczenia w rozumieniu art. 24 akapit pierwszy omawianej dyrektywy organowi niebędącemu instytucją zamawiającą.
- 56 Jak podnosi rzecznik generalna w pkt 69 opinii, tego rodzaju weryfikacja poprzedzająca otwarcie ofert może okazać się korzystna dla prawidłowego przebiegu postępowania przetargowego. Zważywszy na ewentualny brak wystarczającej wiedzy technicznej oraz na ograniczone zdolności organizacyjne niektórych instytucji zamawiających, takich jak np. niewielka gmina lub instytucja o niewielkiej liczbie pracowników, przekazanie wyspecjalizowanemu organowi właściwemu na szczeblu krajowym lub lokalnym scentralizowanej kompetencji do zajęcia się sprawami administracyjnymi i weryfikacją dowodów dotyczących cech zawodowych oferentów w poszczególnych przetargach mogłoby okazać się użyteczne.
- 57 Należy dodać, że Trybunał w ww. wyroku w sprawie *Michaniki* dopuścił już możliwość, by pod określonymi warunkami organ niebędący instytucją zamawiającą mógł wydać decyzję prowadzącą do wykluczenia przedsiębiorcy z postępowania przetargowego na roboty budowlane. W tym względzie nie ma znaczenia fakt, iż przedmiotem sprawy, w której zapadł ten wyrok, nie była podstawa wykluczenia określona w dyrektywie 93/37, lecz podstawa wykluczenia ustanowiona obok podstaw wymienionych w powyższej dyrektywie, mająca na celu zagwarantowanie poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości.
- 58 Należy jeszcze zbadać, czy skład i kompetencje organu, któremu na mocy przepisów krajowych będących przedmiotem postępowania przed sądem krajowym powierzono omawianą weryfikację, dają się pogodzić z celem polegającym na zapewnieniu poszanowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.
- 59 W tym względzie z akt sprawy wynika, po pierwsze, że zgodnie z omawianymi przepisami organy właściwe do spraw rejestracji, tzw. „komisje rejestracyjne”, tworzone są na szczeblu prowincji na zasadzie trójstronności. Zgodnie z art. 16 rozporządzenia królewskiego z 1978 r. w ich skład wchodzi trzech urzędników nominowani przez organy władzy publicznej, spośród których wyznacza się przewodniczącego, oraz sześć osób nominowanych na zasadzie parytetu, na wniosek reprezentatywnych organizacji pracodawców i pracowników sektora budowlanego w danej prowincji.
- 60 Należy stwierdzić, że organ ten składa się w większości z osób reprezentujących interesy prywatne i że żadna z informacji zawartych w aktach sprawy nie wskazuje, by udział tych osób w pracach omawianego organu miał wyłącznie opiniodawczy charakter.
- 61 Organ tego rodzaju, zważywszy na jego skład, nie może być uznany za bezstronny i neutralny. Większościowy udział osób reprezentujących interesy prywatne mógłby bowiem spowodować, że wspomniani reprezentanci utrudnialiby dostęp innym podmiotów gospodarczych do danego rynku zamówień, a w każdym razie przez fakt, iż powyższe podmioty są zmuszone poddać się ocenie swoich potencjalnych konkurentów co do swoich osobistych i zawodowych kwalifikacji, wspomniany organ rodzi sytuację nacechowaną brakiem równości warunków konkurencji oraz obiektywizmu i bezstronności, sprzeczną z systemem niezakłóconej konkurencji, który przewiduje prawo Unii (zob. analogicznie wyroki: z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie C-49/07 *MOTOE*, Zb.Orz. s. I-4863, pkt 51, 52 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie C-169/07 *Hartlauer*, Zb.Orz. s. I-1721, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 62 Po drugie, należy zaznaczyć, że jak wydaje się wynikać z pytania sądu krajowego, przepisy będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym uprawniają komisję rejestracyjną do badania ważności zaświadczeń wydanych przez właściwy organ państwa członkowskiego, którego to dotyczy, odnośnie do spełnienia przez przedsiębiorców zobowiązań w zakresie ubezpieczeń społecznych i podatków.
- 63 Należy zauważyć, że rozporządzenie królewskie z 1978 r. nie zawiera przepisu udzielającego wyrażnie takiego uprawnienia komisji rejestracyjnej i że we wniosku sądu krajowego nie określono również zakresu tego uprawnienia. Jeżeli uprawnienie to oznaczałoby sprawowanie kontroli merytorycznej przesłanek leżących u podstaw wydania zaświadczeń przez właściwe organy państw członkowskich, których to dotyczy, byłoby to oczywiście niezgodne z art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, który nie zawiera podstawy wykluczenia tego rodzaju, a także z art. 24 akapit drugi tiret drugie, który jednoznacznie wymaga uznania wspomnianych zaświadczeń za wystarczający dowód spełnienia przez przedsiębiorców zobowiązań z zakresu ubezpieczeń społecznych i zobowiązań podatkowych. Ponadto podstawa wykluczenia oparta na weryfikacji merytorycznej omawianych zaświadczeń nie jest uzasadniona w świetle rozstrzygnięcia, jakiego dokonał Trybunał w ww. wyroku w sprawie *Michaniki*.
- 64 W związku z tym, jak podkreśla rzecznik generalna w pkt 82–84 opinii, organowi zobowiązanemu do zbadania rzeczonych zaświadczeń nie przysługuje jakiegokolwiek uznanie w zakresie merytorycznym i powinien on poprzestać na ogólnej weryfikacji elementów formalnych. Może on badać zatem jedynie, czy zaświadczenia są autentyczne, czy data ich wydania nie jest zbyt odległa oraz czy nie zostały wydane przez oczywiście niewłaściwy organ.
- 65 Do sądu krajowego należy ocena sytuacji skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym w świetle powyższych elementów wykładni. Jednakże nie wydaje się, by skład komisji rejestracyjnej i zakres sprawowanej przez nią kontroli mogły wpłynąć na tę sytuację, ponieważ, jak wynika z akt sprawy, skarżące bez trudu uzyskały rejestrację. Przyczyną niedopuszczenia ich do udziału w przetargu będącym przedmiotem postępowania przed sądem krajowym było złożenie przez nie wniosków o rejestrację po terminie, tj. po upływie terminu do składania ofert, w okolicznościach, w których sam wymóg posiadania rejestracji nie jest uznawany za niezgodny z prawem Unii.
- 66 Z uwagi na powyższe na drugie pytanie należy odpowiedzieć, że prawo Unii należy interpretować w ten sposób, iż stoi ono na przeszkodzie przepisom krajowym, na mocy których weryfikację zaświadczeń wydanych przedsiębiorcy z innego państwa członkowskiego przez organy administracji podatkowej i ubezpieczeń społecznych tego państwa powierza się organowi niebędącemu instytucją zamawiającą, jeżeli:
- organ ten składa się w większości z osób nominowanych przez organizacje pracodawców i pracowników sektora budowlanego z prowincji, w której odbywa się dany przetarg, oraz
 - uprawnienia tego organu obejmują merytoryczną kontrolę ważności wspomnianych zaświadczeń.

2.13. orzeczenie z dnia 21 października 2010 r. w sprawie C-570/08 *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias przeciwko Anatheoritiki Archi Prosforon*, ECLI:EU:C:2010:621

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 23 Zwracając się z powyższym pytaniem, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nakłada on na państwa członkowskie obowiązek ustanowienia również dla instytucji zamawiających sądowego środka zaskarżenia decyzji organów odwoławczych niemających charakteru sądowego, rozpatrujących odwołania w sprawach udzielania zamówień publicznych.
- 24 W świetle przeprowadzonej na wstępie literalnej analizy przepisów dyrektywy 89/665, dla celów udzielenia odpowiedzi na to pytanie, należy, po pierwsze, stwierdzić, że motyw czwarty i siódmy tej dyrektywy wskazują wyraźnie „przedsiębiorstwa wspólnotowe” jako strony dla celów wszczynania procedur odwoławczych w sprawach udzielania zamówień publicznych.
- 25 Po drugie, należy podnieść, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, zgodnie z którym procedury odwoławcze dostępne są co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, określa krąg osób, którym należy obowiązkowo przyznać prawo do wniesienia odwołania na mocy tej dyrektywy.
- 26 Po trzecie, na poparcie uwag poczynionych w punkcie poprzedzającym niniejszego wyroku, należy podkreślić, że jak wynika z motywu siódmego dyrektywy 89/665, prawodawca Unii był świadom możliwości, iż niektóre naruszenia nie będą mogły być skorygowane, gdy przedsiębiorstwa nie wniosą odwołań od niezgodnych z prawem lub błędnych decyzji, o ile decyzje te będą mogły być wydawane również przez organy odwoławcze niemające charakteru sądowego. Aby zaradzić temu problemowi, art. 3 dyrektywy 89/665 przewiduje ogólne uprawnienie Komisji do interwencji zgodnie z procedurą określoną w tym przepisie.
- 27 Zatem brzmienie przepisów dyrektywy 89/665 nie zawiera żadnego elementu pozwalającego wnioskować, że prawodawca Unii chciał również uznać instytucje zamawiające za strony dla celów wnoszenia odwołań w ramach postępowań w sprawach udzielania zamówień publicznych. Należy zatem przyjąć, że przepisy art. 2 ust. 8 tej dyrektywy ustanawiają wobec państw członkowskich szczególny wymóg, dotyczący określonych gwarancji, w przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego; przepisy te nie zmieniają natomiast kręgu osób, którym na mocy powyższej dyrektywy przysługuje prawo zaskarżenia.
- 28 Wniosek ten znajduje oparcie w celu dyrektywy 89/665.
- 29 Motywy pierwszy i trzeci tej dyrektywy określają bowiem cel, jakiemu służyło jej przyjęcie, w powiązaniu z celem dyrektyw zawierających przepisy materialne dotyczące zamówień publicznych. Celem tych ostatnich dyrektyw jest otwarcie zamówień publicznych na konkurencję w obrębie Unii, na warunkach przejrzystości i niedyskryminacji, a ponieważ nie zawierają one konkretnych przepisów pozwalających na zapewnienie ich skutecznego stosowania, funkcję tę pełni dyrektywa 89/665, która przewiduje obowiązek ustanowienia przez państwa członkowskie skutecznych i szybkich procedur odwoławczych.
- 30 Zatem uzasadnieniem dyrektywy 89/665 jest umożliwienie, za pomocą odpowiednich procedur odwoławczych, dobrego stosowania przepisów materialnych Unii w dziedzinie zamówień publicznych, które mają na celu zapewnienie przedsiębiorcom działającym w państwach członkowskich otwarcie na niezakłóconą i jak najszerszą konkurencję (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 *Bayerischer Rundfunk i in.*, Zb.Orz. s. I-11173, pkt 38, 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 31 Uwagi zawarte w pkt 29 niniejszego wyroku są ponadto poparte przepisami dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. L 335, s. 31). Dyrektywa ta, która nie znajduje zastosowania w okolicznościach faktycznych sprawy przed sądem krajowym *ratione temporis*, zawiera jednak użyteczne wskazówki dla interpretacji systemu ustanowionego przez dyrektywę 89/665, ponieważ nie zmienia tego systemu, lecz zgodnie ze swym motywem trzecim ma na celu wprowadzenie do tych dyrektyw „niezbędnych uściśleń umożliwiających osiągnięcie rezultatów oczekiwanych przez władze prawodawcze Wspólnoty”.
- 32 I tak „zainteresowani oferenci” oraz „podmioty gospodarcze” zostali wymienieni, na przykład w motywach 4, 6, 7, 14, 27 dyrektywy 2007/66, jako osoby objęte zakresem skutecznej ochrony prawnej przewidywanej przez tę dyrektywę jako strony wnoszące odwołania.
- 33 Ponadto należy podkreślić, że art. 1 dyrektywy 89/665, zmieniony przez dyrektywę 2007/66, nosi obecnie tytuł „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, podczas gdy art. 2 jest zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”. W ten sposób potwierdzone zostaje stwierdzenie, że obowiązek wprowadzenia sądowych procedur zaskarżania decyzji organów odwoławczych niemających charakteru sądowego, nałożony na państwa członkowskie w art. 2 ust. 8, a obecnie art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665, stanowi szczególny wymóg tej dyrektywy i nie powoduje włączenia instytucji zamawiających do kręgu osób objętych zakresem jej zastosowania.
- 34 Dodatkowo art. 3 dyrektywy 89/665, zmieniony dyrektywą 2007/66, zatytułowany jest obecnie „Mechanizm korygujący” i potwierdza istnienie ogólnej kompetencji Komisji do interweniowania w przypadku poważnego naruszenia prawa Unii.
- 35 Wynika stąd, że art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665 nie wymaga od państw członkowskich, by ustanowiły drogę zaskarżenia o charakterze sądowym również dla instytucji zamawiających.
- 36 Jednakże, biorąc pod uwagę nałożony na państwa członkowskie w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 obowiązek zapewnienia prawa odwołania „co najmniej” każdemu podmiotowi określonego w tym przepisie, a także autonomię proceduralną przysługującą państwom członkowskim, należy uznać, że nic nie stoi na przeszkodzie, by państwa te poszerzyły, jeżeli uznają to za stosowne, krąg osób, którym przysługuje dostęp do procedur odwoławczych w rozumieniu tego przepisu, w przypadkach stwierdzenia nieważności decyzji instytucji zamawiających przez organy niemające charakteru sądowego.
- 37 Nie można przyjąć argumentu, zgodnie z którym taka interpretacja może doprowadzić do niejednolitego stosowania prawa Unii, ponieważ dyrektywa 89/665, jak to wynika między innymi z jej art. 1 ust. 3, nie ma na celu dokonania pełnej harmonizacji odpowiednich zasad krajowych.
- 38 W konsekwencji na zadane pytanie należy odpowiedzieć, iż art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie nakłada on na państwa członkowskie obowiązku ustanowienia również dla instytucji zamawiających sądowego środka zaskarżenia decyzji organów odwoławczych niemających charakteru sądowego, rozpatrujących odwołania w sprawach udzielania zamówień publicznych. Jednakże przepis powyższy nie stoi na przeszkodzie temu, by państwa członkowskie przewidywały w swych porządkach prawnych, jeżeli uznają to za stosowne, tego rodzaju środki zaskarżenia dla instytucji zamawiających.

2.14. orzeczenie z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 Komisja Europejska przeciwko Irlandii, ECLI:EU:C:2010:697

W przedmiocie skargi

- 24 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że wiadomo, iż sporne zamówienie objęte jest zakresem stosowania dyrektywy oraz że omawiane usługi tłumaczeń konferencyjnych i tłumaczeń pisemnych należą do kategorii usług niepriorytetowych, o których mowa w załączniku II B do tej dyrektywy.
- 25 Należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 21 dyrektywy „proces udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B, regulują wyłącznie przepisy art. 23 i [art.] 35 ust. 4”.
- 26 Z treści art. 21 w związku z art. 23 i art. 35 ust. 4 dyrektywy wynika, że jeżeli zamówienia dotyczą, tak jak w niniejszej sprawie, usług objętych jej załącznikiem II B, organy zamawiające mają obowiązek przestrzegania wyłącznie przepisów dotyczących specyfikacji technicznych oraz przesłania Komisji ogłoszenia o wynikach przeprowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.
- 27 Natomiast pozostałe przepisy dotyczące koordynacji postępowań przewidzianych przez tę dyrektywę, w szczególności zaś obowiązek dotyczący organizacji przetargu z uprzednim ogłoszeniem oraz przewidziane w niej obowiązki dotyczące kryteriów udzielenia zamówienia, nie mają zastosowania do rzeczonych zamówień.
- 28 Jeżeli chodzi bowiem o usługi objęte załącznikiem II B do dyrektywy, jej pełne zastosowanie powinno zostać ograniczone, w okresie przejściowym, do zamówień, w przypadku których zastosowanie jej przepisów pozwoli na pełne wykorzystanie możliwości zwiększenia obrotu transgranicznego.
- 29 Niemniej jednak nawet jeżeli organy zamawiające, które udzielają zamówień objętych rzeczonym załącznikiem II B, nie podlegają przepisom przewidzianym przez dyrektywę dotyczącym obowiązku przeprowadzenia przetargu z wcześniejszym ogłoszeniem, to jednak podlegają podstawowym zasadom prawa Unii, w szczególności zasadom ustanowionym w traktacie FUE w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług (wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 26).
- 30 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem koordynacja na poziomie Unii procedur udzielania zamówień publicznych ma na celu zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów, a zatem ochronę interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w innym państwie członkowskim (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii i przytoczone tam orzecznictwo, pkt 27).
- 31 Z powyższego wynika, że system ustanowiony przez prawodawcę Unii dla zamówień na usługi objęte załącznikiem II B do dyrektywy nie może być interpretowany jako stanowiący przeszkodę dla stosowania zasad wynikających z art. 43 i 49 TFUE, w przypadku gdy zamówienia te mają jednak pewne znaczenie transgraniczne (zob. podobnie ww. wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 29) oraz w związku z tym obowiązków zmierzających do zapewnienia przejrzystości procedur oraz równego traktowania ubiegających się o zamówienie (zobacz podobnie wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall, Zb.Orz. s. I-2815, pkt 37).

- 32 Obowiązek przejrzystości ma zastosowanie w sytuacji, gdy dane zamówienie na usługi może być przedmiotem zainteresowania przedsiębiorcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim niż państwo, w którym zamówienie to ma zostać udzielone (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 29).
- 33 Okoliczność, iż w niniejszej sprawie sporne zamówienie mogło stanowić przedmiot zainteresowania przedsiębiorstw mających siedzibę w innym państwie członkowskim niż Irlandia wynika z ogłoszenia o tym zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, jak również i z okoliczności, że trzy spośród podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia miały siedzibę w innym państwie członkowskim niż Irlandia (zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Wall, pkt 35).
- 34 To w świetle tych rozważań należy zbadać zasadność dwóch podniesionych przez Komisję zarzutów, z których ani jeden, ani drugi nie dotyczy przepisów dyrektywy, zgodnie z którymi powinno odbywać się udzielenie zamówienia objętego załącznikiem II B do dyrektywy, to znaczy art. 23 i art. 35 ust. 4 tej dyrektywy, lecz opiera się na dwóch wymogach wynikających z prawa pierwotnego Unii, to znaczy na wymogu przestrzegania zasady równego traktowania oraz na wynikającym z niej obowiązku przejrzystości.

W przedmiocie pierwszego zarzutu dotyczącego okoliczności, iż przypisanie wagi kryteriom udzielenia zamówienia nastąpiło po upływie terminu na składanie ofert

Argumentacja stron

- 35 Komisja podnosi, że Irlandia naruszyła zasady równego traktowania i przejrzystości w ten sposób, iż przypisała wagę siedmiu kryteriom udzielenia spornego zamówienia, jedynie po wygaśnięciu terminu na składanie ofert.
- 36 Uważa, że owo opóźnione przypisanie wagi w sposób znaczny zmieniło znaczenie kryteriów w stosunku do pierwotnie opublikowanego znaczenia kryteriów, na które ubiegający się o zamówienie mogli liczyć w świetle dokumentów zamówienia.
- 37 W tym zakresie Irlandia wyjaśnia tytułem wstępu, że w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Komisja w skardze, organ zamawiający w żaden sposób przed złożeniem ofert nie oświadczył, ani w sposób dorozumiany, ani wyraźny, że kryteria udzielenia zamówienia znajdujące się w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w zaproszeniu do składania ofert zostały wymienione w kolejności malejącej pod względem ich znaczenia.
- 38 Przeciwnie, ogłoszenie o przetargu wskazywało, że kryteria udzielenia nie zostały wymienione w kolejności malejącej pod względem ich znaczenia, a następnie organ zamawiający w żadnym momencie nie dał oznaki, która pozwalałaby przyjąć, iż owo stanowisko jest uzasadnione.
- 39 Ponadto o ile Irlandia przyznaje, że komisja przetargowa wyznaczona przez organ zamawiający przypisała wagę kryteriom udzielenia zamówienia po upływie terminu na składanie ofert, to jednak zaprzecza ona temu, aby ustalenie wartości poszczególnych kryteriów miało naruszyć zasady równego traktowania i przejrzystości.

Ocena Trybunału

- 40 Tytułem wstępu należy stwierdzić, iż okoliczność, że Irlandia wniosła o opublikowanie spornego zamówienia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, na co pozwala art. 36 dyrektywy, w żadnym wypadku nie powoduje powstania obowiązku po stronie tego państwa członkowskiego do udzielenia zamówienia zgodnie z artykułami tej dyrektywy mającymi zastosowanie do zamówień publicznych objętych jej załącznikiem II A (zob.

podobnie w drodze analogii odnośnie do zamówienia publicznego nie objętego zakresem zastosowania dyrektywy, wyrok z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 45/87 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. s. 4929, pkt 9 i 10).

- 41 Aby można było uznać zasadność pierwszego zarzutu, koniecznym byłoby, aby szczególna zasada dotycząca wcześniejszego przypisywania wagi kryteriom udzielenia zamówienia objętego załącznikiem II A dyrektywy mogła być postrzegana jako stanowiąca bezpośrednią konsekwencję tego, iż organy zamawiające mają obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości.
- 42 W tym zakresie z orzecznictwa Trybunału dotyczącego zamówień publicznych udzielanych zgodnie z wszystkimi przepisami poszczególnych dyrektyw w tej dziedzinie, które poprzedzały przyjęcie niniejszej dyrektywy, wynika, że obowiązek wcześniejszego informowania ubiegających się o zamówienie o kryteriach udzielenia zamówienia, oraz w miarę możliwości o ich odnośnej wadze, ma na celu zagwarantowanie przestrzegania zasad równego traktowania i przejrzystości (zob. w szczególności wyroki z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. s. I-11617, pkt 98, a także wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 *ATI EAC e.i in.*, Zb.Orz. s. I-10109, pkt 22–24).
- 43 Niemniej jednak, chociaż obowiązek wskazania wagi każdego kryterium udzielenia zamówienia na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jak to przewiduje obecnie art. 53 ust. 2 dyrektywy, odpowiada wymogowi zagwarantowania przestrzegania zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, to nieuzasadnione jest twierdzenie, że zakres tej zasady i tego obowiązku, w braku szczególnego przepisu w tym zakresie w tej dyrektywie, prowadzi do wymagania, aby w ramach zamówień niepodlegających przepisowi takiemu, jak jej art. 53, waga kryteriów, którymi posługuje się organ zamawiający była określona i podana do wiadomości ubiegających się o zamówienie jeszcze przed zaproszeniem ich do składania ofert. W rzeczywistości bowiem, tak jak to wskazał Trybunał poprzez posłużenie się terminem „w miarę możliwości” w orzeczeniach wymienionych w poprzedzającym punkcie, wskazanie wagi kryteriów udzielenia zamówienia, w przypadku gdy zamówienie nie podlega przepisowi takiemu, jak art. 53 ust. 2 dyrektywy, nie stanowi obowiązku ciężącego na organie zamawiającym.
- 44 Z powyższego wynika, że Irlandia, która udostępniła potencjalnym ubiegającym się o zamówienie właściwe informacje dotyczące spornego zamówienia przed datą końcową na składanie ofert, nie naruszyła zasady równego traktowania, ani też wynikającego z niej obowiązku przejrzystości poprzez brak udostępnienia owym ubiegającym się wagi tych kryteriów przed wygaśnięciem terminu na składanie ofert.
- 45 Dokładniej, w wezwaniu do składania ofert, leżącym u podstaw niniejszej sprawy, organ zamawiający dostarczył więcej informacji niż jest to wymagane przez dyrektywę, a kryteria udzielenia spornego zamówienia nie zostały sformułowane w dokumentach zamówienia w sposób, który pozwalałby na stwierdzenie odmiennego traktowania ze szkodą dla przedsiębiorstw mających siedzibę w innym państwie członkowskim niż Irlandia, które mogłyby być zainteresowane zamówieniem.
- 46 Poprzez przypisanie wagi tym kryteriom organ zamawiający doprecyzował jedynie warunki, na jakich złożone oferty miały być oceniane, bez naruszenia w jakikolwiek sposób obowiązku przestrzegania samej wykładni kryteriów udzielenia, ponieważ kryteria te nie zostały wymienione w sposób malejący pod względem ich znaczenia.
- 47 W tym zakresie należy podnieść, iż okoliczność, że kryteria udzielenia zamówienia zostały wyliczone bez wskazania wagi któregośkolwiek z nich, nie pozwala na założenie, iż

wyliczenie to zostało koniecznie dokonane w kolejności malejącej pod względem ich znaczenia, ani też że kryteria te miałyby posiadać tę samą wagę.

- 48 Ponadto waga kryteriów udzielenia zamówienia podana do wiadomości członkom komisji konkursowej w postaci skali, z jednej strony nie dałaby potencjalnym ubiegającym się, jeżeli znalazliby ją oni w trakcie przygotowania ofert, informacji, które mogłyby wpłynąć w znaczący sposób na owo przygotowanie, i z drugiej strony, nie stanowiła ona zmiany tych kryteriów (zob. podobnie wyrok w sprawie ATI EAC i Viaggi di Maio i in., pkt 32).
- 49 Należy dodać, że niniejsza skarga, w formie, w jakiej została ona złożona do Trybunału, nie zawiera wskazówki pozwalającej na stwierdzenie, że waga kryteriów udzielenia została ustalona po otwarciu kopert zawierających złożone oferty.
- 50 W tych okolicznościach należy oddalić pierwszy zarzut przedstawiony przez Komisję na poparcie jej skargi jako nieuzasadniony.

W przedmiocie drugiego zarzutu opartego na zmianie wagi kryteriów po wstępnej ocenie

Argumentacja stron

- 51 Komisja podnosi, że Irlandia poprzez dokonanie po wstępnej ocenie złożonych ofert, zmiany wagi kryteriów udzielenia zamówienia, która została przedstawiona w skali oceny, naruszyła zasady równego traktowania i przejrzystości.
- 52 Wyjaśnia, że taka zmiana, która nastąpiła po wstępnej ocenie ofert, stanowi naruszenie zasady równego traktowania, bez konieczności ustalania, czy wstępna ocena ofert dokonana została indywidualnie przez poszczególnych członków komisji przetargowej, czy też zbiorowo przez wszystkich jej członków.
- 53 Irlandia podnosi, że taka zmiana wagi została dokonana jedynie jednokrotnie, jeszcze zanim owa komisja przystąpiła do zbiorowej oceny którejkolwiek z tych ofert.
- 54 W związku z tym jej zdaniem waga przyznana w ten sposób kryteriom została stosowana w sposób ciągły w trakcie całego postępowania w sprawie udzielenia spornego zamówienia i w związku z tym nie naruszyła ona zasady równego traktowania.
- 55 Irlandia podkreśla ponadto, że zmiana wagi kryteriów udzielenia była minimalna oraz że nie mogła ona stanowić dyskryminacji wobec któregośkolwiek z ubiegających się. Ocena retrospektywna potwierdziłaby, że wybrani kandydaci otrzymaliby zamówienie nawet wówczas, gdyby jego udzielenie nastąpiłoby na podstawie wagi pierwotnie przypisanej kryteriom.

Ocena Trybunału

- 56 Komisja wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że zmiana wagi kryteriów uznania narusza zasadę równego traktowania wynikającą z przepisów traktatu FUE.
- 57 Jeżeli chodzi w pierwszej kolejności o przebieg postępowania w sprawie udzielenia spornego zamówienia, to należy zauważyć, że zmiana wagi kryteriów udzielenia spornego zamówienia rzeczywiście miała miejsce po tym, jak organ zamawiający podał do wiadomości członków komisji przetargowej wagę kryteriów w formie skali oceny, aby mogli oni dokonać wstępnej oceny złożonych ofert.
- 58 Członkowie komisji przetargowej nie tylko mieli okazję ocenić indywidualnie oferty przed pierwszym posiedzeniem tej komisji w charakterze organu kolegialnego, ale zostali wezwani do dokonania takiej wstępnej oceny w celu ułatwienia oceny zbiorowej w ramach tej komisji.

- 59 Należy wreszcie podnieść, o czym orzekł już Trybunał, że w takim kontekście faktycznym zasady równego traktowania i przejrzystości postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oznaczają dla organów zamawiających obowiązek posługiwania się tą samą interpretacją kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania (zob. podobnie wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN i Wienstrom, Rec. s. I-14527, pkt 92).
- 60 Jeżeli chodzi o same kryteria udzielenia, to należy słusznie przyznać, że nie mogą one ulegć jakiegokolwiek zmianie w trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie EVN i Wienstrom, pkt 93).
- 61 Etap, w trakcie którego przed posiedzeniem komisji konkursowej jej członkowie oceniają indywidualnie oferty, stanowi integralną część postępowania w sprawie udzielenia danego zamówienia.
- 62 W tych okolicznościach zmiana wagi kryteriów udzielenia zamówienia, która następuje po rzeczonyj fazie, w trakcie której oferty były oceniane po raz pierwszy, oznacza zmianę kryteriów, na podstawie których została dokonana wstępna ocena ofert. Takie zachowanie nie jest zgodne z zasadą równego traktowania i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości.
- 63 Wreszcie należy stwierdzić w pierwszej kolejności, że w przeciwieństwie do tego, co podnosi Irlandia, drugi zarzut podniesiony przez Komisję jest zasadny bez konieczności wykazywania, że zmiana odnośnej wagi miała skutek dyskryminacyjny wobec ubiegających się o zamówienie. W zakresie tym wystarcza, aby w chwili dokonania zmiany nie można było wykluczyć, iż mogła ona mieć taki skutek.
- 64 Po drugie, ponieważ stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie jest związane ze stwierdzeniem wynikającej z niego szkody (wyrok z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-263/96 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-7453, pkt 30), Irlandia nie może powoływać się na okoliczność, iż żaden z ubiegających się nie poniósł szkody z tego powodu, gdyż nawet w oparciu o pierwotną wagę kryteriów udzielenia sporne zamówienie nie zostałoby udzielone innemu ubiegającemu się, niż ubiegający wybrany w wyniku postępowania.
- 65 W związku z tym należy uznać drugi zarzut podniesiony przez Komisję na poparcie jej skargi.
- 66 W świetle wszystkich powyższych rozważań należy stwierdzić, iż poprzez zmianę wagi kryteriów udzielenia spornego zamówienia po wstępnej ocenie złożonych ofert, Irlandia uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, rozumianych w sposób zgodny z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości.
- 67 W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.

2.15. orzeczenie z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09 *Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy przeciwko Oulun kaupunki*, ECLI:EU:C:2010:807

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 27 Za pomocą obydwu pytań prejudycjalnych, które należy przeanalizować łącznie, sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że znajduje ona zastosowanie do porozumienia, w ramach którego instytucja

zamawiająca zawiera z niezależnym od niej podmiotem prywatnym umowę przewidującą utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w formie spółki akcyjnej, któremu wraz z jego utworzeniem instytucja ta zobowiązuje się powierzyć świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, które instytucja ta ma obowiązek zapewnić swoim pracownikom.

- 28 Z brzmienia przytoczonych pytań oraz z kontekstu, w który się one wpisują, wynika, że wątpliwości sądu krajowego dotyczą dokładnie rzecz ujmując świadczenia przez wspólne przedsiębiorstwo na rzecz Oulun kaupunki usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, których odbiorcami są osoby zatrudnione przez to miasto, przy czym wspomniane świadczenie usług odpowiada zobowiązaniu podjętemu przez Oulun kaupunki w zakresie powierzenia wspólnemu przedsiębiorstwu, w trakcie czteroletniego okresu przejściowego, wymienionych usług, które uprzednio były świadczone przez zakład komunalny organizacyjny powiązany z Oulun kaupunki.
- 29 Tytułem wstępu należy podkreślić, że w postępowaniu przed sądem krajowym do okoliczności niepodlegających dyskusji należy fakt, że Oulun kaupunki ma status instytucji zamawiającej w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 i że przedmiotowe usługi są objęte zakresem pojęcia „usługi [...] zdrowotne” w rozumieniu rubryki 25 załącznika II B do tej dyrektywy. Zobowiązanie się Oulun kaupunki do powierzenia tych usług świadczonych na rzecz osób przez nie zatrudnionych wspólnemu przedsiębiorstwu zakłada istnienie umowy o charakterze odpłatnym zawartej między tym miastem a wspomnianym przedsiębiorstwem. Z informacji dostarczonych przez sąd krajowy wynika ponadto, że szacunkowa wartość tej umowy, rzędu 18 mln EUR, przekracza odpowiedni próg stosowania dyrektywy 2004/18.
- 30 Należy także przypomnieć, że dyrektywa 2004/18 nie dokonuje rozróżnienia między zamówieniami publicznymi udzielanymi przez instytucję zamawiającą w celu wykonania spoczywającego na niej zadania zaspokojenia potrzeb interesu ogólnego i tymi, które nie mają związku z tym zadaniem, takimi jak potrzeba zaspokojenia – jak w niniejszej sprawie – ciężącego na niej jako pracodawcy obowiązku względem swych pracowników (zob. w szczególności wyrok z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-271/08 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-7087, pkt 73 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 31 Po przedstawieniu powyższych uwag wstępnych należy zwrócić uwagę, że organ władzy publicznej ma możliwość wypełniania ciążących na nim zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych, nienależących do jego służb, i że może czynić to również we współpracy z innymi organami władzy publicznej (wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-4747, pkt 45). Podobnie jak zostało wskazane w pkt 1 komunikatu wyjaśniającego Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP) (Dz.U. 2008, C 91, s. 4), organ taki może prowadzić działalność gospodarczą samodzielnie lub zlecać jej prowadzenie osobom trzecim, np. podmiotom z kapitałem mieszanym tworzonemu w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.
- 32 Ponadto prawdą jest, że stosowanie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest wykluczone, jeżeli kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą nad wykonawcą jest analogiczna do sprawowanej nad jej własnymi służbami i jeżeli ten wykonawca wykonuje zasadniczą część swojej działalności wraz z kontrolującą go instytucją (zob. ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50). Niemniej udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana

instytucja zamawiająca, wyklucza, by instytucja ta mogła sprawować nad tym przedsiębiorstwem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (zob. w szczególności wyroki: z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea, Zb.Orz. s. I-8127, pkt 46; z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 Acoset, Zb.Orz. s. I-9913, pkt 53).

- 33 Co się tyczy, konkretnie rzecz ujmując, wątpliwości sądu krajowego co do tego, czy zobowiązanie się Oulun kaupunki do powierzenia wspólnemu przedsiębiorstwu, w okresie przejściowym, świadczenia usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, które miasto to ma obowiązek zapewnić swoim pracownikom, jest objęte zakresem stosowania przepisów dyrektywy 2004/18 ze względu na okoliczność, że to zobowiązanie zostało zawarte w umowie ustanawiającej wspólne przedsiębiorstwo, należy zauważyć, że utworzenie przez instytucję zamawiającą i prywatny podmiot gospodarczy wspólnego przedsiębiorstwa nie należy jako takie do zakresu stosowania dyrektywy 2004/18. Powyższy wniosek został zresztą przypomniany w pkt 66 Zielonej księgi Komisji w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji [COM(2004) 327 wersja ostateczna].
- 34 Należy jednak zauważyć, że w pkt 69 tej Zielonej księgi podkreślona została konieczność zapewnienia, by transakcje kapitałowe nie ukrywały w rzeczywistości zawarcia z partnerem prywatnym umów mogących zostać zakwalifikowane jako zamówienia publiczne lub koncesje. Ponadto, jak wynika z pkt 2.1 wspomnianego powyżej komunikatu wyjaśniającego Komisji, fakt współpracy podmiotu prywatnego i podmiotu zamawiającego w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym nie może uzasadniać nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych podczas udzielania takich zamówień temu podmiotowi prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Acoset, pkt 57).
- 35 Mając na uwadze te ogólne wytyczne należy ustalić, czy – i w jakim stopniu – dyrektywa 2004/18 może znaleźć zastosowanie do postępowania przed sądem krajowym.
- 36 W tym względzie z orzecznictwa Trybunału wynika, że w przypadku umów mieszanych, których różne części są połączone w nierozłączny sposób i stanowią nierozdzielalną całość, analizowana umowa powinna zostać zbadana jako całość, w sposób jednolity, w celu jej kwalifikacji prawnej w świetle przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych, i musi zostać rozpatrzona na podstawie przepisów dotyczących części, która stanowi główny przedmiot lub dominujący element umowy (wyrok z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 Club Hotel Loutraki i in., Zb.Orz. s. I-4165, pkt 48, 49 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 37 Z powyższego należy wyciągnąć wniosek, że do celów stosowania dyrektywy 2004/18 trzeba sprawdzić, czy możliwe jest oddzielenie od tej umowy jej części obejmującej usługi zdrowotne na rzecz osób zatrudnionych przez Oulun kaupunki, która co do zasady mieści się w zakresie stosowania tej dyrektywy.
- 38 W tym zakresie należy odnieść się do protokołu z posiedzenia rady miejskiej Oulun kaupunki z dnia 21 kwietnia 2008 r., który wskazuje powody podjęcia przez to miasto zobowiązania w chwili utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa. Ponadto z wyjaśnień udzielonych przez Oulun kaupunki w trakcie rozprawy wynika, że to miasto uznaje omawianą część umowy za niemożliwą do oddzielenia z tego powodu, że wartość zobowiązania do powierzenia usług zdrowotnych wspólnemu przedsiębiorstwu w okresie przejściowym wchodziła w skład jego aportu na pokrycie kapitału zakładowego tego przedsiębiorstwa i że aport ten stanowił pod względem ekonomicznym przesłankę jego utworzenia.

- 39 Należy podkreślić, że wyrażony lub dorozumiany zamiar stron umowy, by postrzegać poszczególne części umowy mieszanej jako nierozłączne, nie jest wystarczający, lecz musi on zostać poparty obiektywną argumentacją, mogącą ten zamiar uzasadnić i wykazać konieczność zawarcia pojedynczej umowy.
- 40 W odniesieniu do argumentu Oulun kaupunki, zgodnie z którym sytuacja osób zatrudnionych przez miasto i przeniesionych do wspólnego przedsiębiorstwa miała zostać zagwarantowana dzięki podjętemu zobowiązaniu, należy zwrócić uwagę, że taka gwarancja mogła także zostać udzielona w ramach zgodnego z zasadami niedyskryminacji i przejrzystości postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, przy czym wymóg odnoszący się do wspomnianej gwarancji wchodziłby w skład przesłanek, których spełnienie byłoby konieczne dla udzielenia tego zamówienia.
- 41 Jeśli chodzi o argumenty Oulun kaupunki, że „obecna umowa zawarta przez miasto jest korzystna i konkurencyjna” oraz że poprzez podjęcie tego zobowiązania „wspólne przedsiębiorstwo rozpocznie swą działalność w korzystnych warunkach”, należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu z kapitałem mieszanym z pominięciem postępowania przetargowego stanowiłoby naruszenie swobodnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania, w zakresie w jakim taka procedura dawałaby przedsiębiorstwu prywatnemu obecnemu w kapitale tego przedsiębiorstwa przewagę w stosunku do jego konkurentów (ww. wyrok w sprawie Acozet, pkt 56 i przytoczone tam orzecznictwo). Tego typu argumenty nie pozwalają przyjąć, że część umowy obejmująca usługi zdrowotne na rzecz osób zatrudnionych przez Oulun kaupunki jest niemożliwa do oddzielenia od reszty umowy.
- 42 Należy także stwierdzić, że przywoływane, lecz nie wykazane włączenie wartości zobowiązania podjętego przez Oulun kaupunki w skład jego aportu na pokrycie kapitału zakładowego wspólnego przedsiębiorstwa stanowi w tych warunkach zabieg prawny, który także nie pozwala uznać tej części umowy mieszanej za niemożliwą do oddzielenia od tej umowy.
- 43 Co więcej, jak zauważyły rząd czeski i Komisja, okoliczność, że w postępowaniu przed sądem krajowym instytucja zamawiająca wyraziła zamiar przeprowadzenia po upływie okresu przejściowego postępowania przetargowego w przedmiocie powierzenia świadczenia usług zdrowotnych na rzecz osób przez nią zatrudnionych, również stanowi okoliczność przemawiającą za możliwością oddzielenia omawianej części od reszty umowy mieszanej.
- 44 Podobnie fakt, że wspólne przedsiębiorstwo funkcjonuje od sierpnia 2008 r. bez tej części dowodzi, że obaj partnerzy wydają się być w stanie stawić czoła ewentualnemu wpływowi tego braku na sytuację finansową wspólnego przedsiębiorstwa, co stanowi kolejny istotny czynnik przemawiający za możliwością oddzielenia omawianej części od reszty umowy.
- 45 W konsekwencji, odmiennie od okoliczności, które doprowadziły do wydania ww. wyroku w sprawie Loutraki i in., przedstawione powyżej ustalenia nie wykazują obiektywnie konieczności zawarcia umowy mieszanej z jednym partnerem, będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Loutraki i in., pkt 53).
- 46 Ponieważ część umowy mieszanej polegającą na zobowiązaniu się przez Oulun kaupunki do powierzenia wspólnemu przedsiębiorstwu świadczenia usług zdrowotnych na rzecz osób przez nie zatrudnionych można w konsekwencji oddzielić od tej umowy, należy

przyjąć, że w kontekście takim jak w okolicznościach postępowania przed sądem krajowym, odpowiednie przepisy dyrektywy 2004/18 znajdują zastosowanie do przyznania tej części umowy.

- 47 Mając na względzie całość powyższych rozważań, na zadane pytania należy odpowiedzieć, że dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że jeżeli instytucja zamawiająca zawiera z niezależną od niej spółką prywatną umowę przewidującą utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w formie spółki akcyjnej, którego przedmiotem działalności jest świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, udzielanie przez tę instytucję zamawiającą zamówienia dotyczącego usług na rzecz osób przez nią zatrudnionych, którego wartość przekracza próg przewidziany w tej dyrektywie i które jest możliwe do oddzielenia od umowy ustanawiającej tę spółkę, powinno odbywać się zgodnie z przepisami tej dyrektywy odnoszącymi się do usług objętych załącznikiem II B do niej.

2.16. orzeczenie z dnia 17 marca 2011 r. w sprawie C-95/10 *Strong Segurança SA przeciwko Município de Sintra i Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, ECLI:EU:C:2011:161

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania drugiego

- 24 Pytaniem tym, które należy rozpatrzyć w pierwszej kolejności, sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18 znajduje zastosowanie także do zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku II B do tej dyrektywy, mimo że nie wynika to z brzmienia pozostałych właściwych przepisów dyrektywy, w szczególności z jej art. 21.
- 25 Odpowiadając na to pytanie, należy na wstępie zwrócić uwagę, że rozróżnienie pomiędzy zamówieniami na usługi oparte na klasyfikacji tych ostatnich w dwóch oddzielnych kategoriach nie zostało wprowadzone dopiero w dyrektywie 2004/18. Rozróżnienie to obowiązywało już pod rządami 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), ujednoliconej i przekształconej w dyrektywie 2004/18.
- 26 Trzeba następnie stwierdzić, że rozróżnienie, jakie należy poczynić między zamówieniami na usługi w zależności od tego, czy usługi te wymienione są w załączniku II A, czy II B dyrektywy 2004/18, znajduje jednoznaczny wyraz już w motywach tej dyrektywy.
- 27 W osiemnastym motywie dyrektywy 2004/18 stwierdzono bowiem, że dla celów stosowania tej dyrektywy należy podzielić usługi według kategorii i przypisać je do dwóch załączników – II A i II B, w zależności od zasad, jakim podlegają.
- 28 Z kolei dziewiętnasty motyw dyrektywy 2004/18 odzwierciedla zamiar ustawodawcy ograniczenia pełnego zastosowania dyrektywy w okresie przejściowym do zamówień, w przypadku których zastosowanie jej przepisów pozwoli na pełne wykorzystanie możliwości zwiększenia obrotu transgranicznego, to jest do zamówień na usługi wymienione w załączniku II A, oraz na poddanie pozostałych zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku II B monitoringowi – przez ten sam okres przejściowy i do czasu podjęcia decyzji o pełnym stosowaniu do tych zamówień dyrektywy 2004/18.
- 29 Taki podział zamówień na usługi, zasygnalizowany w wyżej omówionych motywach, został skonkretyzowany w przepisach dyrektywy 2004/18.

- 30 Artykuł 20 przewiduje bowiem praktycznie pełne stosowanie przepisów dyrektywy do zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku II A, podczas gdy art. 21 odsyła jedynie do art. 23 i 35 ust. 4, nakładając tym samym na instytucje zamawiające, w odniesieniu do zamówień na usługi wymienione w załączniku II B, „wyłącznie” obowiązki w zakresie specyfikacji technicznych oraz obowiązek poinformowania Komisji o wynikach postępowań w sprawie udzielenia takich zamówień.
- 31 Wbrew twierdzeniu spółki Strong Segurança ani z brzmienia przepisów dyrektywy 2004/18, ani z jej logiki i systematyki nie wynika żadna wskazówka mówiąca, iż podział usług na dwie kategorie opiera się na rozróżnieniu między „normami materialnymi” a „normami procesowymi” tej dyrektywy. Jak zresztą słusznie zauważa Komisja, rozróżnienie takie groziłoby brakiem pewności prawa, jeśli chodzi o zakres zastosowania poszczególnych przepisów dyrektywy.
- 32 Wprowadzone na mocy właściwych przepisów prawa Unii Europejskiej rozróżnienie reżimów prawnych znajdujących zastosowanie do zamówień publicznych na usługi w zależności od klasyfikacji tych usług według dwóch oddzielnych kategorii znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału.
- 33 Trybunał orzekł, że klasyfikacja usług w załącznikach I A i I B do dyrektywy 92/50 (które odpowiadają załącznikom II A i II B do dyrektywy 2004/18) jest zbieżna z przewidzianym w tej dyrektywie systemem polegającym na dwustopniowym stosowaniu jej przepisów (zob. podobnie wyrok z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 Felix Swoboda, Rec. s. I-10567, pkt 55).
- 34 Ponadto Trybunał orzekł w kontekście dyrektywy 92/50, że gdy przedmiotem zamówienia, tak jak w niniejszym przypadku, są usługi wymienione w załączniku I B, instytucję zamawiającą obowiązuje jedynie wymóg określania specyfikacji technicznych poprzez odniesienie do norm krajowych wdrażających normy europejskie, które muszą znaleźć się w ogólnej dokumentacji lub w dokumentacji dotyczącej każdego zamówienia, oraz przesyłania informacji o wynikach przeprowadzonego postępowania do OPOCE (Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich) (zob. wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 24).
- 35 Trybunał wskazał bowiem, że ustawodawca wspólnotowy wyszedł z założenia, iż zamówienia dotyczące usług wymienionych w załączniku I B do dyrektywy 92/50 nie mają a priori, ze względu na swój szczególny charakter, takiej wagi w stosunkach transgranicznych, która by uzasadniała wymóg, żeby udzielano ich w wyniku postępowań, które umożliwią przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich zapoznanie się z ogłoszeniem o zamówieniu i złożenie oferty (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 25). Trybunał uznał jednak, że nawet tego rodzaju zamówienia, jeżeli mają określone znaczenie w stosunkach transgranicznych, podlegają ogólnym zasadom przejrzystości i równego traktowania wynikającym z art. 49 TFUE i art. 56 TFUE (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 26, 29–31).
- 36 Wobec powyższych rozważań należy stwierdzić, że system ustanowiony w dyrektywie 2004/18 nie nakłada bezpośrednio na państwa członkowskie obowiązku stosowania art. 47 ust. 2 tej dyrektywy także do zamówień publicznych na usługi wymienione w załączniku II B.
- 37 W odniesieniu do argumentu Komisji, zgodnie z którym ogólna zasada „skutecznej konkurencji” właściwa dyrektywie 2004/18 mogłaby prowadzić do powstania takiego obowiązku, należy stwierdzić, że o ile zapewnienie skutecznej konkurencji jest podstawowym

celem tej dyrektywy, o tyle cel ten, niezależnie od swojej wagi, nie może prowadzić do wykładni sprzecznej z wyraźnym brzmieniem dyrektywy. Ta zaś nie wymienia art. 47 ust. 2 wśród przepisów, które instytucje zamawiające są obowiązane stosować, udzielając zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku II B do dyrektywy.

- 38 Pozostaje jednak do zbadania zgodnie z omówionym powyżej orzecnictwem – w razie gdy tego rodzaju zamówienie ma określone znaczenie w stosunkach transgranicznych, co winien ustalić sąd odsyłający, szczególnie wobec okoliczności, iż w sprawie przed tym sądem ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* – czy zobowiązanie podobne do nałożonego na mocy art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18 może wynikać z zastosowania ogólnych zasad przejrzystości i równego traktowania.
- 39 Jeśli chodzi, po pierwsze, o zasadę przejrzystości, trzeba stwierdzić, że w przypadku zamówienia dotyczącego usług wymienionych w załączniku II B do dyrektywy 2004/18 brak po stronie instytucji zamawiającej tego rodzaju obowiązku, jak wynikający z art. 47 ust. 2 tej dyrektywy, nie stanowi naruszenia owej zasady. Brak możliwości powołania się przez wykonawcę na możliwości gospodarcze i finansowe innych podmiotów nie ma bowiem związku z przejrzystością postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia. Należy zresztą zauważyć, że zastosowanie art. 23 i art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18 przy postępowaniach o udzielenie zamówienia dotyczącego usług zwanych „niepriorytetowymi” również ma na celu zapewnienie przejrzystości w stopniu odpowiednim do specyficznego charakteru takich zamówień.
- 40 Po drugie, należy stwierdzić, że zasada równego traktowania także nie może prowadzić do nałożenia podobnego obowiązku jak wynikający z art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18 również przy udzielaniu zamówień na usługi wymienione w załączniku II B, niezależnie od rozróżnienia dokonanego w dyrektywie.
- 41 Brak takiego obowiązku nie powoduje bowiem żadnej dyskryminacji, bezpośredniej ani pośredniej, opartej na przynależności państwowej lub miejscu siedziby.
- 42 Trzeba podkreślić, że tak rozszerzające rozumienie zasady równego traktowania mogłoby prowadzić do objęcia zamówień na usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18 innymi istotnymi przepisami tej dyrektywy, na przykład, jak zauważa sąd krajowy, przepisami ustanawiającymi kryteria kwalifikacji podmiotowej oferentów (art. 45–52) czy kryteria udzielania zamówień (art. 53–55). Groziłoby to pozbawieniem wszelkiej skuteczności rozróżnienia na usługi z załącznika II A i II B dokonanego w dyrektywie 2004/18 oraz jej dwustopniowego zastosowania według nomenklatury przyjętej w orzecnictwie Trybunału.
- 43 Trzeba dodać, że zgodnie z orzecnictwem Trybunału zamówienia dotyczące usług wymienionych w załączniku II B do dyrektywy 2004/18 mają szczególny charakter (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 25). Co najmniej niektóre z tych usług mają bowiem specyficzne cechy, które uzasadniają wzięcie pod uwagę przez instytucję zamawiającą w sposób jednostkowy indywidualnych ofert. Ma to miejsce na przykład w odniesieniu do „usług prawniczych”, „usług rekrutacji i pozyskiwania personelu”, „usług edukacyjnych i szkoleniowych”, jak również „usług detektywistycznych i bezpieczeństwa”.
- 44 W związku z powyższym ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania nie nakładają na instytucje zamawiające podobnego obowiązku jak wynikający z art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18 w odniesieniu do zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku II B do tej dyrektywy.

- 45 Jednakże, jak wynika z dziewiętnastego motywu dyrektywy 2004/18, określenie zakresu jej zastosowania stanowi wyraz progresywnego podejścia ustawodawcy Unii, które jakkolwiek nie nakazuje stosowania w okresie przejściowym, o którym mowa w tym motywie, art. 47 ust. 2 do zamówień tego rodzaju, jak zamówienia będące przedmiotem sprawy przed sądem krajowym, to również nie zabrania państwom członkowskim lub ewentualnie instytucjom zamawiającym przewidzieć w ustawodawstwie wewnętrznym albo w dokumentacji zamówienia stosowania tego przepisu do takich zamówień.
- 46 Biorąc powyższe pod uwagę, należy na drugie pytanie udzielić odpowiedzi, iż dyrektywa 2004/18 nie nakłada na państwa członkowskie obowiązku stosowania art. 47 ust. 2, także do zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku II B do tej dyrektywy. Dyrektywa ta jednocześnie nie zakazuje jednak państwom członkowskim lub ewentualnie instytucjom zamawiającym przewidzieć w ustawodawstwie wewnętrznym lub w dokumentacji zamówienia, że przepis ten będzie miał zastosowanie.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 47 Mając na uwadze odpowiedź na pytanie drugie, nie ma konieczności udzielania odpowiedzi na pytanie pierwsze.

2.17. orzeczenie z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 *Norma-A SIA i Dekom SIA przeciwko Latgales plānošanas reģions*, ECLI:EU:C:2011:721

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 36 Tytułem wstępu należy zauważyć, że zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/17 ma ona zastosowanie do jednostek zamawiających, które są „podmiotami zamawiającymi” w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, wśród których znajdują się „jednostki samorządu terytorialnego”, i które „prowadzą działalność, o której mowa w art. 3–7” tej dyrektywy.
- 37 Zdaniem sądu odsyłającego sprawa w postępowaniu przed nim objęta jest dyrektywą 2004/17 w zakresie, w jakim odnośny podmiot zamawiający prowadzi działalność w dziedzinie transportu autobusowego w rozumieniu art. 5 ust. 1 tej dyrektywy.
- 38 Z kolei zdaniem łotewskiego rządu, ponieważ podmiot ten nie świadczy sam powszechnych usług transportowych na rzecz mieszkańców, do sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym ma zastosowanie dyrektywa 2004/18.
- 39 W tym zakresie wystarczy stwierdzić, że dyrektywa 2004/18 zawiera w art. 1 ust. 2 lit. a) i w art. 1 ust. 4 definicje „zamówienia publicznego na usługi” i „koncesji na [analogiczne] usługi”, co do zasady podobne do odpowiadających im definicji znajdujących się w art. 1 ust. 2 lit. a) i art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17. Podobieństwo to wymaga, aby te same rozważania zastosować w celu dokonania wykładni pojęć zamówienia na usługi i koncesji usług w zakresach zastosowania obu wspomnianych dyrektyw (wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Eurawasser*, Zb.Orz. s. I-8377, pkt 42, 43). W związku z tym wykładnię art. 1 ust. 2 lit. a) i art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17 można bezpośrednio przenieść na odpowiadające im przepisy dyrektywy 2004/18, co zresztą przyznaje rząd łotewski.
- 40 Kwestia, czy dana transakcja powinna zostać zakwalifikowana jako koncesja na usługi, czy jako zamówienie publiczne na usługi, musi być oceniana wyłącznie w świetle prawa Unii (zob. w szczególności wyrok z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 *Privater*

Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Zb.Orz. s. I-1335, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 41 Z pojęć zamówienia publicznego na usługi oraz koncesji na usługi, zdefiniowanych odpowiednio, w art. 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/17, wynika, że różnica pomiędzy zamówieniem na usługi a koncesją na usługi spoczywa w wynagrodzeniu za świadczenie usług. Zamówienie na usługi zawiera wynagrodzenie, które jest płacone bezpośrednio przez instytucję zamawiającą usługodawcy, podczas gdy w przypadku koncesji na usługi wynagrodzenie za świadczenie usług polega albo na samym prawie do gospodarczego wykorzystania usługi bądź na tym prawie wraz z ceną (zob. podobnie w szczególności ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 51).
- 42 Jeżeli chodzi o zamówienie dotyczące świadczenia usług, okoliczność, iż kontrahent nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od organu zamawiającego, lecz ma prawo do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, spełnia wymogi wynagrodzenia, o którym mowa w art. 1 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/17 (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 57).
- 43 Tak jest wówczas, gdy tak jak w niniejszej sprawie, świadczący usługi autobusowego transportu publicznego ma prawo gospodarczego wykorzystania usług, za które otrzymuje wynagrodzenie od osób trzecich według ustalonej taryfy.
- 44 O ile sposób wynagradzania jest jednym z elementów decydujących przy dokonywaniu 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 (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 26).
- 45 W związku z tym należy sprawdzić, czy usługodawca przejmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usług. Ryzyko to wprawdzie od początku może być bardzo ograniczone, jednakże dla zakwalifikowania jako koncesja na usługi wymaga się, aby instytucja zamawiająca przeniosła na koncesjonariusza całość lub przynajmniej znaczną część ponoszonego przez nią ryzyka (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 29).
- 46 W rzeczywistości bowiem wiadomo, że pewne sektory działalności, w szczególności sektor działalności użyteczności publicznej, taki jak sporny w postępowaniu przed sądem krajowym, są przedmiotem reglamentacji mogącej prowadzić do ograniczenia ponoszonego ryzyka gospodarczego. Po pierwsze warunki prawa publicznego, którym poddane jest gospodarcze i finansowe wykorzystanie usługi, ułatwia kontrolę jej prowadzenia i redukuje czynniki mogące naruszyć przejrzystość lub zniekształcić konkurencję. Po drugie, należy umożliwić działającym w dobrej wierze instytucjom zamawiającym zapewnienie dostawy usług przy pomocy koncesji, jeśli uznają, że jest to najlepszy sposób zagwarantowania danych usług publicznych nawet wówczas, gdy ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usług jest bardzo ograniczone (ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 72–74).
- 47 W takich okolicznościach, ponieważ instytucja zamawiająca nie ma żadnego wpływu na warunki prawa publicznego mające zastosowanie do organizacji usługi, niemożliwe jest, by wprowadziła ona a zatem i przeniosła czynniki ryzyka, które są wyłączone przez te przepisy. 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 (zob. ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 75, 76).

- 48 Ryzyko związane z prowadzeniem działalności należy rozumieć jako ryzyko narażenia na niebezpieczeństwa rynku (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Eurawasser, pkt 67), które może się przekładać 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 lub ryzyko odpowiedzialności za szkodę powstałą w wyniku uchybienia w świadczeniu usług (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 37).
- 49 Natomiast ryzyko takie jak ryzyko nieprawidłowego zarządzania przedsiębiorstwem lub ryzyko popełnienia przez wykonawcę błędów w ocenie nie ma decydującego znaczenia dla zakwalifikowania umowy jako zamówienia publicznego lub jako koncesji na usługi, albowiem te rodzaje ryzyka są związane z każdą umową, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne, czy też o koncesję na usługi (ww. wyrok w sprawie Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, pkt 38).
- 50 O ile, o czym mowa w pkt 45 niniejszego wyroku, ryzyko gospodarcze związane z prowadzeniem działalności może od samego już początku być ograniczone ze względu na warunki prawa publicznego organizacji usługi, to jednak dla zakwalifikowania jako koncesji na świadczenie usług wymaga się, aby organ zamawiający przeniósł na koncesjonariusza całe, lub przynajmniej znaczną część ponoszonego przezeń ryzyka związanego z działalnością.
- 51 Tymczasem zgodnie ze wskazówkami przekazanymi przez sąd odsyłający uregulowanie mające zastosowanie do sprawy przed sądem krajowym przewiduje, że podmiot zamawiający kompensuje usługodawcy straty związane z prowadzeniem działalności, a ponadto, na podstawie przepisów prawa publicznego i warunków umownych regulujących świadczenie tych usług, usługodawca nie ponosi „znaczącej części ryzyka związanego z działalnością”.
- 52 W tym zakresie sąd krajowy podnosi w szczególności, że poprzez warunki umowne zamawiający kompensuje w zakresie przeznaczonych na ten cel środków z budżetu państwa straty związane ze świadczeniem usług transportowych związane z tym świadczeniem, a także koszty związane po odliczeniu przychodów z gospodarczego wykorzystania usług transportowych.
- 53 Ponadto na podstawie art. 2 i 3 rozporządzenia nr 2009/1226 przewoźnik otrzymuje rekompensatę z tytułu strat związanych z wykonaniem zamówienia, w zakresie niezbędnych kosztów związanych z wykonywaniem umowy świadczenia usług transportu publicznego, które przekraczają uzyskane przychody, utraty przychodów, które wynikają z zastosowania przez stronę zamawiającą zniżek w cenie transportu dla określonych kategorii pasażerów, oraz kosztów poniesionych w związku ze spełnianiem wymogów dotyczących jakości ustanowionych po rozpoczęciu świadczenia usług transportu publicznego, jeżeli ich spełnianie wiąże się z dodatkowymi kosztami w porównaniu do wcześniejszych wymogów dotyczących jakości.
- 54 Do tego należy dodać, że art. 40 rozporządzenia nr 2009/1226 przewiduje wypłatę podmiotowi wykonującemu zamówienie kwoty tytułem zysku, która ustalana jest poprzez pomnożenie zysków przez procent zysku obliczony poprzez dodanie 2,5% do średniej

stopy procentowej kredytów w strefie EURO oferowanych przez jeden bank innemu bankowi (Euribor) przez 12 miesięcy roku referencyjnego.

- 55 Z uwagi na rzeczony warunki i przepisy prawa krajowego nie można stwierdzić, że znaczna część ryzyka narażania na niebezpieczeństwa rynku jest ponoszona przez podmiot wykonujący zamówienie. W związku z tym taka transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako „zamówienie na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/17, a nie jako „koncesja na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) tej dyrektywy.
- 56 W trakcie rozprawy przed Trybunałem strony nie były zgodne co do zakresu ryzyka rzeczywiście ponoszonego przez podmiot wykonujący usługi. I tak rząd łotewski oraz pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym, w przeciwieństwie do skarżących w tym postępowaniu i Komisji Europejskiej, stwierdziły, że różne czynniki, takie jak obniżenie środków publicznych przeznaczonych na pokrycie ewentualnych strat, brak pokrycia nieurodzajów kosztów i strat, w szczególności związanych ze zmianą rozkładu jazdy lub trasy, lub nawet niepewność co do zapotrzebowania użytkowników, zwiększają ryzyko w taki sposób, że znaczna jego część będzie w rzeczywistości ponoszona przez podmiot wykonujący zamówienie, tym bardziej że czas trwania umowy wynosi osiem lat. W związku z tym miałyby chodzić o koncesję na usługi.
- 57 Do Trybunału nie należy dokonywanie kwalifikacji prawnej transakcji będących przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, ponieważ taka kwalifikacja należy do wyłącznej kompetencji sądu krajowego. Rola Trybunału sprowadza się do dokonania na rzecz tego sądu wykładni prawa Unii, użytecznej dla orzeczenia, które sąd ten ma wydać w zawisłej przed nim sprawie (zob. w szczególności wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 32).
- 58 Tylko sąd krajowy jest w stanie, po pierwsze, dokonać wykładni przepisów prawa krajowego i, po drugie, ocenić część ryzyka, które rzeczywiście jest ponoszone przez kontrahenta na podstawie danego prawa i przepisów umownych. Niemniej jednak ocena spornej transakcji w świetle przepisów rozporządzenia i postanowień umownych, takich jak zostały przedstawione w postanowieniu odsyłającym, na pierwszy rzut oka prowadzi do wniosku, iż rzeczona transakcja ma cechy charakterystyczne zamówienia na usługi.
- 59 Z uwagi na powyższe na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, iż dyrektywa 2004/17 powinna być interpretowana w ten sposób, że „zamówieniem na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy jest umowa, przez którą kontrahent na podstawie przepisów prawa publicznego i klauzul umownych regulujących świadczenie usług nie przejmuje znacznej części ryzyka, które ponosi organ zamawiający. Do sądu krajowego należy ocena, czy sporna w postępowaniu przed nim transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako koncesja na usługi lub jako zamówienie publiczne na usługi z uwzględnieniem wszystkich charakterystycznych cech rzeczony transakcji.

W przedmiocie pytania drugiego i pytania trzeciego

- 60 Przez pytania te, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd krajowy usiłuje ustalić, czy w sytuacji, w której sporną w postępowaniu krajowym umowę należy zaklasyfikować jako „zamówienie publiczne na usługi” w rozumieniu dyrektywy 2004/17, art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13, który na podstawie art. 1 tej dyrektywy ma zastosowanie do tego zamówienia, nawet wówczas gdy zostało ono udzielone przed upływem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66, która wprowadziła rzeczony art. 2d ust. 1 lit. b) do dyrektywy 92/13, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy ostatni z wymienionych przepisów ma bezpośrednie zastosowanie.

- 61 Na wypadek gdyby, jak twierdzi rząd łotewski, dyrektywa 2004/18 była bezpośrednio stosowana, co należy do oceny sądu krajowego, należy podnieść, że art. 1 dyrektywy 2007/66 wprowadził do dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej przez dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. (Dz.U. L 209, s. 1) przepisy identyczne jak przepisy art. 2d i 2f dyrektywy 92/13, toteż interpretacja tych ostatnich przepisów może zostać bezpośrednio przeniesiona na odpowiednie przepisy dyrektywy 89/665.
- 62 Zgodnie z art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego między innymi, gdy została ona zawarta w sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia lub gdy została ona zawarta z naruszeniem okresu zawieszenia przewidzianego w art. 2a ust. 2 tej dyrektywy.
- 63 Bez konieczności rozstrzygania kwestii, czy po wygaśnięciu terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66 jednostka może powoływać się na art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 przed sądami krajowymi wobec organu zamawiającego takiego jak pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym, wystarczy wskazać, że rzeczony przepis nie ma w żadnym wypadku zastosowania do zamówień, które, tak jak w postępowaniu przed sądem krajowym, zostały zawarte przed upływem w dniu 20 grudnia 2009 r. terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66, ponieważ jego transpozycja nie została dokonana przed upływem tego terminu.
- 64 Wiadomo, że decyzja o udzieleniu spornego zamówienia została wydana w dniu 2 września 2009 r. oraz że sporna umowa została zawarta w dniu 9 października 2009 r.
- 65 Okoliczność, iż zgodnie z art. 2f) ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 państwa członkowskie mogą postanowić, że wniesienie odwołania zgodnie z art. 2d ust. 1 tej dyrektywy powinno nastąpić w każdym razie przed upływem „okresu co najmniej 6 miesięcy ze skutkiem od dnia następującego po dniu zawarcia umowy”, nie pozwala na stwierdzenie, że zamówienie, takie jak sporne w postępowaniu przed sądem krajowym, które zostało udzielone w terminie sześciu miesięcy poprzedzającego wygaśnięcie terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66, może być objęte zakresem zastosowania art. 2d ust. 1 lit. b).
- 66 W braku jakiegokolwiek wskazówki w dyrektywie 2007/66 dotyczącej mocy wstecznej odnośnego przepisu sprzeczne z zasadą pewności prawa byłoby twierdzenie, iż ów przepis ma zastosowanie do zamówień, które zostały udzielone przed datą upływu terminu na transpozycję rzeczony dyrektywy.
- 67 Z uwagi na powyższe rozważania na pytania drugie i trzecie należy odpowiedzieć, że art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13 nie ma zastosowania do zamówień publicznych udzielonych przed wygaśnięciem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66.

**2.18. orzeczenie z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*,
ECLI:EU:C:2012:324**

W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 25 Rząd fiński wskazuje w uwagach pisemnych, nie podnosząc zarzutu niedopuszczalności, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera wskazań dotyczących środków, które instytucja zamawiająca uważa za konieczne dla „ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa” Republiki Finlandii w rozumieniu art. 296 ust. 1 lit. b) WE, w związku z czym rząd ów uważa, że nie może odnieść się do tego warunku zastosowania wskazanego przepisu.
- 26 W tym względzie należy wskazać, iż okoliczność, że sąd krajowy nie wniósł o wykładnię wskazanego warunku zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b) WE, nie może sama w sobie podważyć dopuszczalności wniosku.
- 27 W ramach procedury ustanowionej na mocy art. 267 TFUE wyłącznie do sądu krajowego, przed który wytoczono powództwo i który musi wziąć odpowiedzialność za wydane w następstwie tego orzeczenie, należy bowiem ocena, w świetle okoliczności konkretnej sprawy, zarówno konieczności wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym w celu umożliwienia mu rozstrzygnięcia sprawy, jak i również zasadności pytań, które przedkłada on Trybunałowi. W konsekwencji, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (zob. w szczególności wyrok z dnia 24 kwietnia 2012 r. w sprawie C-571/10 Kamberaj, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 28 Jednakże w celu określenia swojej właściwości Trybunał powinien zweryfikować okoliczności, w jakich zwrócił się do niego sąd krajowy (zob. ww. wyrok w sprawie Kamberaj, pkt 41). Odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne postawione przez sąd krajowy jest możliwa, jedynie gdy żądana wykładnia prawa Unii w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, gdy problem ma charakter hipotetyczny lub gdy Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat okoliczności faktycznych i prawnych, aby odpowiedzieć w użyteczny sposób na postawione mu pytania (zob. w szczególności wyrok z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 Varec, Zb.Orz. s. I-581, pkt 24).
- 29 W tym względzie należy wskazać, że przedstawione w niniejszej sprawie pytanie mogłoby zostać uznane za hipotetyczne i w konsekwencji niedopuszczalne jedynie wówczas, gdyby w sposób oczywisty okazało się, że zastosowanie odstępstwa przewidzianego w art. 296 ust. 1 lit. b) WE, do którego odnosi się art. 10 dyrektywy 2004/18, nie mogłoby zostać w żadnym razie uzasadnione podstawowymi interesami bezpieczeństwa Republiki Finlandii.
- 30 W postanowieniu odwoławczym Korkein hallinto-oikeus – nie wskazując jednoznacznie, czy w niniejszej sprawie instytucja zamawiająca podniosła tego rodzaju podstawowe interesy – ogranicza się do stwierdzenia, że Puolustusvoimat nie sprecyzował w sposób zalecany przez Komisję Europejską w komunikacie wyjaśniającym w sprawie zastosowania artykułu 296 WE w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności [COM(2006) 779 wersja ostateczna] z dnia 7 grudnia 2006 r. owych podstawowych interesów bezpieczeństwa związanych z nabyciem stołu obrotowego ani powodów, dla których w tym konkretnym przypadku konieczne było odstąpienie od zastosowania przepisów przewidzianych w dyrektywie 2004/18.

- 31 W tych okolicznościach pytanie prejudycjalne nie ma oczywiście hipotetycznego charakteru.
- 32 Należy zatem uznać wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym za dopuszczalny.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 33 Poprzez pytanie prejudycjalne sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 10 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 296 ust. 1 lit. b) WE należy interpretować w ten sposób, że uprawnia on państwa członkowskie do odstąpienia od procedur przewidzianych we wskazanej dyrektywie w przypadku zamówienia publicznego udzielanego przez instytucję zamawiającą w dziedzinie obronności, dotyczącego nabycia sprzętu, który choć wprawdzie przeznaczony do wyłącznie wojskowych celów, może również zasadniczo znajdować podobne zastosowanie w sektorze cywilnym.
- 34 Z art. 10 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 296 ust. 1 lit. b) WE wynika, że w zakresie dotyczącym zamówień publicznych udzielanych w dziedzinie obronności państwa członkowskie mogą zastosować środki stanowiące odstępstwo od wskazanej dyrektywy, jeżeli po pierwsze, chodzi o „handel bronią, amunicją i materiałami wojennymi”, a po drugie, środki te są konieczne w celu „ochrony podstawowych interesów” bezpieczeństwa danego państwa członkowskiego.
- 35 W tym względzie należy przypomnieć, że wskazane przepisy muszą, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dotyczącym odstępstw od podstawowych swobód, podlegać ścisłej wykładni (zob. w szczególności w zakresie dotyczącym odstępstw przewidzianych w art. 296 WE wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-284/05 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. s. I-11705, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo). Chociaż art. 296 ust. 1 lit. b) WE odnosi się do środków, jakie państwo członkowskie może uznać za konieczne dla ochrony podstawowych interesów swego bezpieczeństwa, nie można interpretować go w ten sposób, że przyznaje on państwom członkowskim uprawnienie do odstąpienia od przepisów traktatu WE wyłącznie w wyniku powołania się na wskazane interesy (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, pkt 47).
- 36 Rodzaje produktów zawarte w wykazie Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r., do którego w sposób wyraźny odsyła art. 296 ust. 2 WE, są zasadniczo objęte możliwością zastosowania odstępstwa przewidzianego w art. 296 ust. 1 lit. b) WE.
- 37 Do sądu krajowego należy zbadanie, czy produkt tego rodzaju co stół obrotowy będący przedmiotem sporu w sprawie przed sądem krajowym może zostać zakwalifikowany do jednej z kategorii zawartych w owym wykazie.
- 38 Jednakże art. 296 ust. 1 lit. b) WE stanowi, że środki, do podjęcia których państwa członkowskie są uprawnione, nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.
- 39 W konsekwencji należy, po pierwsze, przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może powołać się na art. 296 ust. 1 lit. b) WE dla celów uzasadnienia środka stanowiącego odstępstwo przy nabyciu sprzętu, który niewątpliwie jest przeznaczony do celów cywilnych i ewentualnie przeznaczony do celów wojskowych (zob. podobnie wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-2173, pkt 48, 49).

- 40 Po drugie, nawet gdyby dany produkt był objęty zakresem jednej z kategorii sprzętu ujętego w wykazie Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r. – wówczas gdy istnieją dla niego zasadniczo podobne zastosowania techniczne w sektorze cywilnym – może on zostać uznany za przeznaczony wyłącznie do celów wojskowych w rozumieniu art. 296 WE jedynie wówczas, gdy owo przeznaczenie nie zostało mu przypisane jedynie przez instytucję zamawiającą, lecz również, jak podniosła rzecznik generalna w pkt 48 opinii, wynika ono z cech właściwych dla sprzętu zaprojektowanego, opracowanego i wyprodukowanego konkretnie do tych celów.
- 41 W tym względzie należy wskazać, że sformułowanie „wojskowy” użyte w pkt 11 wykazu oraz sformułowania „o charakterze wojskowym” i „zaprojektowane wyłącznie w celu” użyte w pkt 14 i 15 owego wykazu wskazują, że produkty wskazane w tych punktach powinny mieć obiektywnie charakter wyłącznie wojskowy.
- 42 Należy wreszcie przypomnieć, że w ostatnim czasie prawodawca Unii wskazał w motywie 10 dyrektywy 2009/81, że sformułowanie „sprzęt wojskowy” w rozumieniu tej dyrektywy powinno również obejmować produkty, które – choć pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego – zostają później zaadaptowane do celów wojskowych w charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych.
- 43 Zgodnie z informacjami przedstawionymi Trybunałowi sprzęt tego rodzaju co sporny w sprawie przed sądem krajowym stół obrotowy ma umożliwić wykonanie pomiarów elektromagnetycznych oraz symulację operacji wojskowych. Mógłby on zatem zostać zakwalifikowany jako część składowa sprzętu wojskowego przeznaczonego do testowania i kontroli uzbrojenia w rozumieniu pkt 15 wykazu Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r. w związku z pkt 11 i 14 owego wykazu, co należy do oceny sądu krajowego.
- 44 Jednakże tego rodzaju stół obrotowy, którego instytucja zamawiająca zamierza używać tylko do celów wojskowych, może zostać zakwalifikowany jako przeznaczony wyłącznie do takich celów w rozumieniu art. 296 ust. 1 lit. b) WE jedynie wówczas, gdy zostanie wykazane, że w odróżnieniu od podobnych sprzętów o przeznaczeniu cywilnym, które przywołała skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym, stół ten, ze względu na właściwe mu cechy – w tym wskutek istotnych modyfikacji – może zostać uznany za zaprojektowany i opracowany wyłącznie do tego rodzaju celów, co również podlega ocenie sądu krajowego.
- 45 Należy dodać, że gdyby na podstawie powyższych rozważań sąd krajowy miał stwierdzić, że produkt sporny w zawisłej przed nim sprawie jest objęty materialnym zakresem zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b) WE, do którego odnosi się art. 10 dyrektywy 2004/18, powinien on zweryfikować, czy państwo członkowskie, które powołuje się na to postanowienie traktatu, może wykazać konieczność zastosowania przewidzianego w nim odstępstwa w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, pkt 49) oraz czy potrzeba ochrony tych podstawowych interesów nie mogła zostać osiągnięta w ramach postępowania przetargowego przewidzianego w dyrektywie 2004/18 (zob. podobnie ww. wyrok Komisja przeciwko Włochom, pkt 53).
- 46 Mając na uwadze powyższe, na przedstawione pytanie należy odpowiedzieć, że art. 10 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 296 ust. 1 lit. b) WE powinien być interpretowany w ten sposób, że uprawnia on państwo członkowskie do odstąpienia od procedur przewidzianych we wskazanej dyrektywie w przypadku zamówienia publicznego udzielanego przez instytucję zamawiającą w dziedzinie obronności, dotyczącego nabycia sprzętu,

który choć wprawdzie przeznaczony do wyłącznie wojskowych celów, może również zasadniczo znajdować podobne zastosowanie w sektorze cywilnym, jedynie wówczas, gdy ów sprzęt, ze względu na właściwe mu cechy – w tym wskutek istotnych modyfikacji – może zostać uznany za zaprojektowany i opracowany wyłącznie do tego rodzaju celów, co podlega ocenie sądu krajowego.

2.19. orzeczenie z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarország Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe) przeciwko Közbeszerzés Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, ECLI:EU:C:2012:643

W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 20 Édukövízig utrzymuje na wstępie, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny z dwóch powodów. Po pierwsze, dotyczy on kwestii prawnych, które, jako że nie były przedmiotem debaty w toku postępowania poprzedzającego wniesienie sprawy przed sąd krajowy, są nieistotne w świetle sporu faktycznie poddanego pod rozstrzygnięcie tego sądu. Po drugie, wymóg ekonomiczny nie powoduje żadnych rzeczywistych trudności, ponieważ spółka Hochtief Węgry mogła albo powołać się na swój własny bilans, który pozwala spełnić omawiany wymóg, albo działać w imieniu Hochtief Solutions AG, która z uwagi na umowę o przekazaniu zysku łączącą ją ze spółką dominującą, Hochtief AG, mogła, zgodnie z przepisami, którym podlega, powołać się na sytuację ekonomiczną i finansową tej ostatniej spółki, prawnie odpowiedzialnej, co również wystarczyłoby do spełnienia wymogu ekonomicznego.
- 21 Jeśli chodzi o pierwszą z podniesionych podstaw niedopuszczalności, należy stwierdzić, że dotyczy ona zakresu odwołania do sądu krajowego w kształcie wynikającym z zastosowania krajowych norm procesowych, która to kwestia nie należy do właściwości Trybunału.
- 22 Co do drugiej podstawy niedopuszczalności, opiera się ona na rzekomych skutkach płynących z oceny okoliczności faktycznych związanych bądź to z prawem węgierskim, to jest możliwością spełnienia przez Hochtief Węgry wymogu ekonomicznego we własnym zakresie, bądź to z niemieckim prawem spółek, to jest możliwością spełnienia przez Hochtief Solutions AG tego wymogu z racji obowiązku powołania się na sytuację ekonomiczną jej spółki dominującej. Ocena tych okoliczności nie jest zadaniem Trybunału.
- 23 Ponadto należy przypomnieć, że w ramach ustanowionej na mocy art. 267 TFUE współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi jedynie do sądu krajowego należy ocena, na podstawie konkretnych okoliczności danej sprawy, zarówno tego, czy do wydania wyroku konieczne jest wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jak i znaczenia dla sprawy pytań przedstawionych Trybunałowi. Nieuwzględnienie przez Trybunał przedstawionego przez sąd krajowy wniosku jest możliwe jedynie wówczas, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o której dokonanie się zwrócono, nie pozostaje w jakimkolwiek związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu przed sądem krajowym lub że pytanie jest ogólne bądź hipotetyczne (zob. w szczególności wyrok z dnia 28 października 2010 r. w sprawie C-203/09 Volvo Car Germany, Zb.Orz. s. I-10721, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 24 Ponieważ nie zachodzi żadna z powyższych sytuacji, należy rozpatrzyć przedstawione przez sąd krajowy pytania prejudycjalne.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

- 25 W pytaniach pierwszym i drugim, które należy rozpatrywać łącznie, sąd krajowy pragnie w istocie ustalić, czy art. 44 ust. 2 i art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się przy tym określoną pozycją bilansu, nawet jeżeli mogą istnieć rozbieżności w odniesieniu do tej pozycji między uregulowaniami różnych państw członkowskich, a w związku z tym w bilansach spółek, w zależności od tego, jakiemu ustawodawstwu w zakresie sporządzania rocznych sprawozdań finansowych podlegają te spółki.
- 26 Na mocy art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnie z art. 47 omawianej dyrektywy. Artykuł 47 ust. 1 lit. b) stanowi, że instytucja zamawiająca może w szczególności żądać od kandydatów i oferentów poświadczenia tej sytuacji za pomocą przedstawienia bilansu.
- 27 Należy jednak stwierdzić, że minimalne wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej nie mogą być ustanowione poprzez odesłanie do bilansu w ogóle. Wynika z tego, że uprawnienie, o którym mowa w art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18, można wykonać, jeśli chodzi o omawiany art. 47 ust. 1 lit. b), jedynie poprzez odesłanie od jednego lub kilku konkretnych elementów bilansu.
- 28 Jeśli chodzi o dobór tych elementów, art. 47 dyrektywy 2004/18 pozostawia instytucjom zamawiającym dość dużą swobodę. Odwrotnie niż art. 48 omawianej dyrektywy, który w odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji, jakimi dysponują rzeczono instytucje, a tym samym możliwości redagowania przez nie wymogów (w odniesieniu do analogicznych przepisów dyrektyw poprzedzających dyrektywę 2004/18 zob. wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 *Transporoute et travaux*, Rec. s. 417, pkt 8–10, 15), art. 47 ust. 4 wprost zezwala bowiem instytucjom zamawiającym na dobieranie dokumentów poświadczających, które kandydaci lub oferenci powinni przedstawić w celu poświadczenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ponieważ zaś art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odsyła do art. 47, taka sama swoboda wyboru panuje w zakresie wymogów minimalnych dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej.
- 29 Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona. Zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 minimalny wymóg dotyczący zdolności musi być bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Co za tym idzie, element lub elementy bilansu wybrane przez instytucję zamawiającą w celu wyznaczenia minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej powinny być obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że ma obiektywnie stanowić pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu.
- 30 Ponieważ ustawodawstwa państw członkowskich w zakresie rocznych sprawozdań finansowych spółek nie stały się przedmiotem pełnej harmonizacji, nie można wykluczyć, że między ustawodawstwami tymi istnieją różnice co do konkretnego elementu bilansu, którym instytucja zamawiająca posługuje się przy ustalaniu minimalnych wymogów

dotyczących zdolności do wykonania zamówienia. Należy jednakże zauważyć, że – jak wynika z brzmienia art. 47 ust. 1 lit. b) i c) i z art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 – w zamyśle dyrektywy w odniesieniu do poświadczenia sytuacji ekonomicznej i finansowej kandydatów lub oferentów dany dokument może być zgodnie z prawem wymagany przez instytucję zamawiającą, nawet jeżeli obiektywnie nie każdy potencjalny kandydat lub oferent jest w stanie go przedstawić, choćby, w przypadku przytoczonego ust. 1 lit. b), ze względu na różnice w ustawodawstwach. Zatem nie można uznać, że tego rodzaju wymóg stanowi jako taki dyskryminację.

- 31 Z powyższego wynika, że zasadniczo nie można odmówić możliwości nakładania minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że ich spełnienie należy poświadczyć, posługując się przy tym elementem bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności w uregulowaniach różnych państw członkowskich.
- 32 W związku z tym na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć tak, iż art. 44 ust. 2 i art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu, pod warunkiem że są one obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że obiektywnie stanowi on pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykracza poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne. Zasadniczo nie można odmówić możliwości nakładania minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że ich spełnienie należy poświadczyć, posługując się przy tym elementem bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności między uregulowaniami różnych państw członkowskich.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 33 W trzecim pytaniu sąd krajowy pragnie w istocie ustalić, czy art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy dany wykonawca nie może spełnić minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej ze względu na występującą między ustawodawstwami państw członkowskich, w których odpowiednio znajdują się jego własna siedziba i siedziba instytucji zamawiającej, rozbieżność, dotyczącą pozycji bilansu, którą posłużono się, ustalając omawiane minimalne wymogi dotyczące zdolności do wykonania zamówienia, wystarczy, by wspomniany wykonawca mógł powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2, czy też należy zezwolić mu na udowodnienie jego sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą jakiegokolwiek innego odpowiedniego dokumentu, zgodnie z art. 47 ust. 5.
- 34 Należy jednak zauważyć, że, jak wynika z postanowienia odsyłającego, rozbieżność uregulowań, wokół której powstał spór w sprawie przed sądem krajowym, nie dotyczy zakresu pozycji bilansu, do której odnosi się wymóg ekonomiczny, to jest wyniku w bilansie. Obydwa ustawodawstwa, niemieckie i węgierskie, przewidują bowiem, że pozycja ta powinna wykazywać wynik za rok obrotowy i wypłatę dywidendy. Różnica w tych ustawodawstwach polega natomiast na tym, że prawo węgierskie zabrania, by wypłata dywidendy lub przekazanie zysku skutkowało tym, iż pozycja ta będzie ujemna, podczas gdy prawo niemieckie tego nie zabrania, przynajmniej nie w przypadku takiej spółki zależnej jak Hochtief Solutions AG, którą wiąże ze spółką dominującą umowa o przekazywaniu zysku.

- 35 Zatem omawiana rozbieżność uregulowań polega na tym, że w odróżnieniu od prawa węgierskiego prawo niemieckie nie ogranicza możliwości podjęcia przez spółkę dominującą decyzji o przekazywaniu jej przez spółkę zależną zysków, nawet jeżeli przekazanie to skutkuje ujemnym wynikiem w bilansie tej spółki zależnej, chociaż takiego przekazania zysku nie nakazuje.
- 36 W związku z tym należy uznać, iż poprzez swoje pytanie sąd krajowy dąży do ustalenia, czy art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, takiego jak wymóg ekonomiczny, ze względu na porozumienie, zgodnie z którym wykonawca ten regularnie przekazuje swoje zyski do spółki dominującej, to czy wystarczy, by wykonawca ten mógł powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2, czy też należy mu zezwolić na udowodnienie swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą jakiegokolwiek innego odpowiedniego dokumentu, zgodnie z art. 47 ust. 5, zważywszy na fakt, że ustawodawstwo państwa członkowskiego siedziby tego wykonawcy zezwala bez ograniczeń na takiego rodzaju porozumienia, podczas gdy zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego siedziby instytucji zamawiającej jest ono dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że przekazanie zysku nie spowoduje ujemnego wyniku w bilansie.
- 37 Oznacza to, że jeśli w takiej sytuacji spółka zależna nie może spełnić minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, które ustalono, posługując się konkretnym elementem bilansu, wynika to ostatecznie nie z rozbieżności ustawodawstw, lecz z decyzji jej spółki dominującej, która zobowiązuje tę spółkę zależną do regularnego przekazywania jej całości swoich zysków.
- 38 W takiej sytuacji wspomnianej spółce zależnej pozostaje jedynie możliwość przewidziana w art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18, pozwalająca jej na powołanie się na sytuację ekonomiczną i finansową innego podmiotu w drodze przedstawienia zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia jej wszelkich niezbędnych środków. Należy stwierdzić, że taka możliwość jest szczególnie dobrze dopasowana do tego rodzaju sytuacji, ponieważ spółka dominująca może w ten sposób sama zaradzić niemożności spełnienia minimalnych wymogów dotyczących zdolności do wykonania zamówienia przez jej spółkę zależną.
- 39 Na trzecie pytanie należy zatem odpowiedzieć tak, iż art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wynik podany w bilansie kandydatów lub oferentów nie może być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych, ze względu na porozumienie, zgodnie z którym wykonawca ten regularnie przekazuje swoje zyski do spółki dominującej, to aby spełnić omawiany minimalny wymóg dotyczący zdolności, nie ma on innej możliwości, niż powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2. Nie ma przy tym znaczenia, że ustawodawstwa państwa członkowskiego siedziby wspomnianego wykonawcy i państwa członkowskiego siedziby instytucji zamawiającej różnią się w ten sposób, iż ustawodawstwo pierwszego z tych państw członkowskich zezwala bez ograniczeń na takiego rodzaju porozumienia, podczas gdy zgodnie z ustawodawstwem drugiego państwa członkowskiego są one dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że przekazanie zysku nie spowoduje ujemnego wyniku w bilansie.

2.20. orzeczenie z dnia 8 maja 2013 r. w sprawach połączonych C-197/11 i C-203/11 *Eric Libert i in. przeciwko rządowi flamandzkiemu (C-197/11) i All Projects & Developments NV i in. przeciwko Vlaamse Regering (C-203/11)*, ECLI:EU:C:2013:288

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania skierowanego w sprawie C-197/11 i pytania dwunastego w sprawie C-203/11

- 31 Występując z tymi pytaniami, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 21 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE i 63 TFUE oraz art. 22 i 24 dyrektywy 2004/38 stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu tego rodzaju uregulowania jak wynikające z księgi 5 rozporządzenia władz flamandzkich, uzależniającego przeniesienie prawa do nieruchomości znajdującej się na terytorium gminy objętej uregulowaniem od sprawdzenia przez lokalną komisję „wystarczającego związku” potencjalnego nabywcy owego prawa z tą gminą.

Uwagi wstępne

- 32 Należy na wstępie wspomnieć, że zdaniem Gouvernement flamand udzielenie odpowiedzi na te pytania jest niedopuszczalne, jako że dotyczą one sytuacji czysto wewnętrznej, niemającej żadnego związku z prawem Unii. W sprawach głównych występują bowiem albo obywatele Belgii zamieszkali na jej terytorium, albo przedsiębiorstwa z siedzibą w Belgii, w związku z czym spór zamyka się w obrębie jednego państwa członkowskiego, a powołane przepisy prawa Unii nie znajdują zastosowania.
- 33 W tej kwestii należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału normy traktatu w dziedzinie swobodnego przemieszczania się osób i akty wydane w celu ich wykonania nie mogą mieć zastosowania do sytuacji, które nie mają żadnego łącznika z jakąkolwiek sytuacją uregulowaną przez prawo Unii i których wszystkie elementy o zasadniczym znaczeniu zamykają się w obrębie jednego państwa członkowskiego (zob. podobnie wyroki: z dnia 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-212/06 *Gouvernement de la Communauté française i gouvernement wallon*, Zb.Orz. s. I-1683, pkt 33; a także z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie C-434/09 *McCarthy*, Zb.Orz. s. I-3375, pkt 45).
- 34 Jest wprawdzie bezsporne, że skarżący w postępowaniach głównych mają obywatelstwo belgijskie i że wszystkie elementy sporu zamykają się w obrębie jednego państwa członkowskiego. Jednakże nie można w żaden sposób wykluczyć, że osoby fizyczne lub przedsiębiorstwa pochodzące z innych niż Królestwo Belgii państw członkowskich zechcą nabyć lub wynająć nieruchomości położone na terytorium gmin objętych uregulowaniem i zostaną z tego względu objęte działaniem przepisów spornego w postępowaniach głównych rozporządzenia władz flamandzkich (zob. podobnie wyrok z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-470/11 *Garkalns*, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 35 Ponadto, jak wskazuje rzecznik generalny w pkt 23 opinii, sąd odsyłający złożył wniosek do Trybunału w ramach postępowania w przedmiocie stwierdzenia nieważności owych przepisów, które obowiązują nie tylko wobec obywateli belgijskich, lecz również wobec podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich. W związku z tym orzeczenie sądu odsyłającego wydane w wyniku niniejszego wyroku wywrze skutki również wobec tych ostatnich podmiotów.
- 36 W związku z powyższym wydanie przez Trybunał rozstrzygnięcia w przedmiocie dwóch powyższych pytań jest dopuszczalne.

- 37 Należy ustalić, czy i w jaki sposób art. 21 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE i 63 TFUE oraz art. 22 i 24 dyrektywy 2004/38 stoją na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań tego rodzaju jak przepisy sporne w sprawach głównych.
- 38 Trzeba, po pierwsze, przypomnieć, że art. 21 TFUE, a w odpowiednich dziedzinach także art. 45 TFUE i 49 TFUE oraz art. 22 i 24 dyrektywy 2004/38 zakazują stosowania przepisów krajowych uniemożliwiających podmiotom z państwa członkowskiego opuszczenie jego terytorium w celu skorzystania z prawa do przemieszczania się na terytorium Unii lub zniechęcających owe podmioty do tego. Przepisy takie, nawet jeżeli znajdują zastosowanie niezależnie od przynależności państwowej zainteresowanych podmiotów, stanowią ograniczenie swobód podstawowych chronionych na mocy wymienionych artykułów (zob. podobnie wyroki: z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie C-152/05 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-39, pkt 21, 22; z dnia 1 grudnia 2011 r. w sprawie C-253/09 Komisja przeciwko Węgrom, Zb.Orz. s. I-12391, pkt 46, 47, 86; a także z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie C-46/12 N., pkt 28).
- 39 W niniejszym przypadku, jak zauważył Cour constitutionnelle w postanowieniach odsyłających, przepisy księgi 5 rozporządzenia władz flamandzkich uniemożliwiają osobom niemającym „wystarczającego związku” z gminą objętą uregulowaniem w rozumieniu art. 5.2.1 § 2 tego rozporządzenia nabycie na jej terytorium gruntów lub wybudowanych na nich budynków, ich wynajęcie na okres dłuższy niż dziewięć lat, ich dzierżawę lub użytkowanie prawa zabudowy.
- 40 Ponadto przepisy te zniechęcają obywateli Unii będących właścicielami lub najemcami nieruchomości w gminach objętych uregulowaniem do opuszczenia ich w celu zamieszkania na terytorium innego państwa członkowskiego lub wykonywania tam działalności zawodowej. Po zamieszkiwaniu poza terytorium tych gmin przez określony czas obywatele ci przestaną bowiem mieć „wystarczający związek” z właściwą gminą, co jest ustanowionym w art. 5.2.1 § 2 omawianego rozporządzenia warunkiem nabycia praw do nieruchomości wskazanych w punkcie poprzedzającym.
- 41 Zatem przepisy księgi 5 rozporządzenia władz flamandzkich stanowią niewątpliwie ograniczenie swobód podstawowych chronionych na mocy art. 21 TFUE, 45 TFUE i 49 TFUE oraz art. 22 i 24 dyrektywy 2004/38.
- 42 Następnie, jeśli chodzi o swobodę świadczenia usług ustanowioną w art. 56 TFUE, omawiane przepisy rozporządzenia władz flamandzkich mogą stanowić również ograniczenie działalności przedsiębiorstw z sektora nieruchomości, zarówno mających siedzibę w Belgii i świadczących usługi osobom zamieszkałym poza jej terytorium, jaki i mających siedzibę w innych państwach członkowskich.
- 43 Zgodnie bowiem z tymi przepisami nieruchomości położone na terytorium gmin objętych uregulowaniem nie mogą zostać sprzedane lub wynajęte każdemu obywatelowi Unii, lecz tylko tym, którzy mogą wykazać „wystarczający związek” z właściwą gminą, co ogranicza w sposób oczywisty swobodę świadczenia usług przez przedsiębiorstwa działające w sektorze obrotu nieruchomościami.
- 44 Wreszcie, jeśli chodzi o swobodę przepływu kapitału, warto przypomnieć, że działaniami zakazanymi na mocy art. 63 ust. 1 TFUE, jako że ograniczają swobodę przepływu kapitału, są między innymi takie, które mogą zniechęcać podmioty z jednego z państw członkowskich do dokonywania inwestycji w nieruchomości w innych państwach członkowskich

(zob. wyrok z dnia 1 października 2009 r. w sprawie C-567/07 Woningstichting Sint Servatius, Zb.Orz. s. I-9021, pkt 21).

- 45 Jest tak w szczególności w przypadku przepisów krajowych, które poddają inwestycje w nieruchomości procedurze uprzedniego zezwolenia, ograniczając w ten sposób poprzez swój cel swobodę przepływu kapitału (zob. ww. wyrok w sprawie Woningstichting Sint Servatius, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 46 W sprawach głównych jest zaś bezsporne, że przepisy księgi 5 rozporządzenia władz flamandzkich przewidują taką procedurę uprzedniego zezwolenia, służącą sprawdzeniu, czy istnieje „wystarczający związek” potencjalnego nabywcy praw do nieruchomości z właściwą gminą.
- 47 Należy więc uznać, że konieczność poddania się takiej procedurze może zniechęcać osoby niezamieszkujące w gminach Région flamande objętych uregulowaniem do dokonywania tam inwestycji w nieruchomości, w związku z czym obowiązek taki stanowi ograniczenie swobody przepływu kapitału ustanowionej w art. 63 TFUE.
- 48 Wobec powyższego należy stwierdzić, że przepisy księgi 5 rozporządzenia władz flamandzkich stanowią oczywiste ograniczenie swobód podstawowych chronionych na mocy art. 21 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE i 63 TFUE oraz art. 22 i 24 dyrektywy 2004/38.

W przedmiocie uzasadnienia środków przyjętych w rozporządzeniu władz flamandzkich

- 49 Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przepisy krajowe mogące utrudniać wykonywanie podstawowych swobód ustanowionych w traktacie FUE lub czynić je mniej atrakcyjnym mogą mimo to być dopuszczalne, pod warunkiem że służą osiągnięciu celu leżącego w interesie ogólnym, są właściwe dla zapewnienia realizacji tego celu oraz nie wykraczają poza zakres konieczny do jego osiągnięcia (zob. w szczególności ww. wyroki: w sprawie Woningstichting Sint Servatius, pkt 25; w sprawie Komisja przeciwko Węgrom, pkt 69).
- 50 Vlaamse Regering twierdzi w tej kwestii, że warunek „wystarczającego związku” potencjalnego nabywcy lub najemcy z właściwą gminą jest uzasadniony celem w postaci zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych mniej zamożnych mieszkańców, w szczególności osób w trudnej sytuacji i młodych małżeństw oraz osób samotnych, które nie są w stanie zgromadzić wystarczających środków pieniężnych w celu nabycia lub wynajęcia nieruchomości w gminach objętych uregulowaniem. Ta część miejscowej ludności jest bowiem wykluczona z rynku nieruchomości z powodu pojawienia się grupy osób dysponujących wyższymi dochodami, pochodzących z innych gmin, które to osoby są w stanie zapłacić wyższe ceny gruntów lub budynków w gminach objętych uregulowaniem.
- 51 Zasady ustanowione w księdze 5 rozporządzenia władz flamandzkich służą zatem celom z zakresu zagospodarowania przestrzennego poprzez zapewnienie wystarczającej oferty mieszkań osobom o niskich dochodach i innym mniej zamożnym kategoriom miejscowej ludności.
- 52 W tej mierze należy przypomnieć, że tego rodzaju wymagania związane z polityką mieszkalnictwa socjalnego prowadzoną przez państwo członkowskie mogą stanowić nadrzędne względy interesu ogólnego i uzasadniać wobec tego takie ograniczenia, jak ustanowione w rozporządzeniu władz flamandzkich (zob. ww. wyrok w sprawie Woningstichting Sint Servatius, pkt 29, 30; a także wyrok z dnia 24 marca 2011 r. w sprawie C-400/08 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-1915, pkt 74).

- 53 Trzeba jednak ustalić również, czy omawiany warunek „wystarczającego związku” z gminą objętą uregulowaniem stanowi środek niezbędny i właściwy do osiągnięcia celu, na jaki powołuje się Vlaamse Regering i o którym mowa w pkt 50 i 51 niniejszego wyroku.
- 54 Należy zwrócić uwagę, że art. 5.2.1 § 2 rozporządzenia władz flamandzkich przewiduje trzy alternatywne kryteria, których spełnienie bada lokalna komisja, przesądzające o spełnieniu warunku wystarczającego związku potencjalnego nabywcy prawa do nieruchomości z gminą objętą uregulowaniem. Pierwsze kryterium polega na wymogu miejsca zamieszkania we właściwej gminie przez osobę, na którą ma być przeniesione prawo do nieruchomości, przez przynajmniej sześć lat przed tym przeniesieniem. Zgodnie z kryterium drugim w dniu przeniesienia prawa do nieruchomości potencjalny nabywca lub najemca powinien wykonywać działalność w tej gminie przez okres co najmniej połowy tygodnia roboczego. Trzecie kryterium przewiduje istnienie związku zawodowego, rodzinnego, społecznego lub ekonomicznego z gminą ze względu na istotne i długoterminowe okoliczności.
- 55 Jak zaś rzecznik generalny stwierdził w pkt 37 opinii, żadne z tych kryteriów nie ma bezpośredniego związku z czynnikami społecznoekonomicznymi odpowiadającymi celowi, na jaki powołuje się Vlaamse Regering, w postaci ochrony miejscowej mniej zamożnej ludności na rynku nieruchomości. Wymienione kryteria mogą bowiem spełniać nie tylko osoby mniej zamożne, lecz również inne, dysponujące stosownymi zasobami finansowymi i niepotrzebujące w związku z tym szczególnej ochrony socjalnej na rynku nieruchomości. Zastosowane środki wykraczają zatem poza zakres niezbędny do osiągnięcia zamierzonego celu.
- 56 Ponadto należy stwierdzić, że inne, mniej restrykcyjne niż przewidziane w rozporządzeniu władz flamandzkich metody mogłyby prowadzić do osiągnięcia celów, jakim akt ten ma służyć. Metody te nie musiałyby przy tym powodować de facto zakazu nabywania lub wynajmowania nieruchomości przez osoby niespełniające powyższych kryteriów. Można na przykład wprowadzić dopłaty do nabycia nieruchomości lub inne formy subwencjonowania dla mniej zamożnych, pozwalające osobom mogącym wykazać niskie dochody na nabycie lub wynajem nieruchomości w gminach objętych uregulowaniem.
- 57 Trzeba na koniec przypomnieć, w odniesieniu do trzeciego kryterium omówionego w pkt 54 niniejszego wyroku, wymagającego istnienia związku zawodowego, rodzinnego, społecznego lub ekonomicznego z gminą ze względu na istotne i długoterminowe okoliczności, że system zezwoleń administracyjnych nie może uzasadniać dyskrecjonalnego postępowania organów krajowych, powodującego pozbawienie skuteczności przepisów prawa Unii, zwłaszcza dotyczących swobód podstawowych. Zatem system taki jest uzasadniony, nawet jeżeli stanowi odstępstwo od podstawowych swobód, tylko pod warunkiem, że opiera się na kryteriach obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych zawczasu, gwarantujących wystarczające ograniczenie swobody uznania organów krajowych (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie *Woningstichting Sint Servatius*, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 58 Biorąc zaś pod uwagę nieprecyzyjny charakter wymienionego kryterium i brak wskazania konkretnych sytuacji, w jakich należy je uznać za spełnione, przepisy art. 5.2.1 rozporządzenia władz flamandzkich nie odpowiadają omówionym powyżej wymaganiom.
- 59 Wobec tego systemu uprzednich zezwoleń administracyjnych tego rodzaju jak w sprawach głównych nie można uznać za oparty na zasadach ograniczających w wystarczającym stopniu swobodę działania lokalnej komisji, w związku z czym system ten nie może stanowić uzasadnienia dla odstępstwa od podstawowych swobód chronionych w prawie Unii.

- 60 Wobec całości powyższych rozważań na pytanie postawione w sprawie C-197/11 i na dwunaste pytanie w sprawie C-203/11 trzeba odpowiedzieć, iż art. 21 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE i 63 TFUE oraz art. 22 i 24 dyrektywy 2004/38 stoją na przeszkodzie obowiązywaniu tego rodzaju uregulowania jak wynikające z księgi 5 rozporządzenia władz flamandzkich, uzależniającego przeniesienie prawa do nieruchomości znajdującej się na terytorium gminy objętej uregulowaniem od sprawdzenia przez lokalną komisję „wystarczającego związku” potencjalnego nabywcy owego prawa z tą gminą.

W przedmiocie pytań drugiego, dziewiątego i dziesiątego w sprawie C-203/11

- 61 Występując z tymi pytaniami, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 49 TFUE, 56 TFUE i 63 TFUE stoją na przeszkodzie obowiązywaniu tego rodzaju uregulowań jak ustanowione w księdze 4 rozporządzenia władz flamandzkich, zgodnie z którymi na niektóre podmioty gospodarcze nakłada się „zobowiązanie socjalne” przy udzielaniu pozwolenia na budowę lub na parcelację.
- 62 Odpowiadając na te pytania, należy na wstępie stwierdzić, że jakkolwiek omawiane uregulowania mogą podlegać trzem swobodom podstawowym wskazanym przez sąd odsyłający, to jednak, jak podkreśla rzecznik generalny w pkt 68 opinii, ograniczenia swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług stanowią w sprawie głównej nieuchronną konsekwencję ograniczenia swobody przepływu kapitału, brak więc powodu do odrębnego rozpatrywania omawianych uregulowań w świetle art. 49 TFUE i 56 TFUE (zob. podobnie wyrok z dnia 17 września 2009 r. w sprawie C-182/08 Glaxo Wellcome, Zb.Orz. s. I-8591, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 63 Wobec tego zasady wynikające z księgi 4 rozporządzenia władz flamandzkich należy rozpatrywać wyłącznie w świetle swobody przepływu kapitału.
- 64 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału do środków zakazanych na mocy art. 63 ust. 1 TFUE zaliczają się te, które mogą zniechęcać osoby pochodzące z jednego z państw członkowskich do dokonywania inwestycji w nieruchomości w innym państwie członkowskim. Jest tak w szczególności w wypadku przepisów krajowych poddających inwestycje w nieruchomości konieczności uzyskania uprzedniego zezwolenia i ograniczających w ten sposób przez sam swój cel swobodę przepływu kapitału (zob. ww. wyrok w sprawie Woningstichting Sint Servatius, pkt 21, 22).
- 65 W sprawie głównej jest bezsporne, że na podstawie przepisów księgi 4 rozporządzenia władz flamandzkich niektórzy inwestorzy i deweloperzy mogą otrzymać pozwolenie na budowę lub parcelację dopiero po przeprowadzeniu procedury, w ramach której zmuszeni są wykonać zobowiązanie socjalne polegające na przeznaczeniu części realizowanego projektu na mieszkania socjalne lub zapłacie określonej kwoty na rzecz gminy, w której realizowany jest projekt.
- 66 Wobec tego należy stwierdzić, że ponieważ inwestorzy ci nie są w stanie, jak wskazuje to Cour constitutionnelle w postanowieniu odsyłającym, swobodnie dysponować gruntem w celu, w jakim zamierzają go nabyć, zasady ustanowione w księdze 4 rozporządzenia władz flamandzkich stanowią ograniczenie swobody przepływu kapitału.
- 67 Trzeba jednakże przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 52 niniejszego wyroku obowiązek wywiązania się przez te podmioty gospodarcze ze zobowiązania socjalnego przewidzianego w omawianym rozporządzeniu, które ma na celu zapewnienie osobom o niskich dochodach i innym niezamożnym kategoriom miejscowej ludności wystarczającej oferty mieszkaniowej, może być uzasadniony wymaganiami

związanymi z polityką mieszkaniową państwa członkowskiego, które stanowią nadrzędny wzgląd interesu ogólnego.

- 68 Do sądu odsyłającego należy jednakże ustalenie w świetle okoliczności sprawy głównej, czy obowiązek taki jest zgodny z kryterium proporcjonalności, to znaczy czy jest niezbędny i właściwy do osiągnięcia zamierzonego celu.
- 69 Na podstawie całości powyższych rozważań na pytania drugie, dziewiąte i dziesiąte w sprawie C-203/11 trzeba odpowiedzieć, iż art. 63 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu tego rodzaju uregulowań jak ustanowione w księdze 4 rozporządzenia władz flamandzkich, zgodnie z którymi na niektóre podmioty gospodarcze nakłada się „zobowiązanie socjalne” przy udzielaniu pozwoleń na budowę lub na parcelację, pod warunkiem stwierdzenia przez sąd odsyłający, iż uregulowanie to jest niezbędne i właściwe do osiągnięcia celu w postaci zapewnienia osobom o niskich dochodach i innym niezamożnym kategoriom miejscowej ludności wystarczającej oferty mieszkaniowej.

W przedmiocie pytania pierwszego w sprawie C-203/11

- 70 Występując z tym pytaniem, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy w świetle art. 107 TFUE i 108 TFUE w związku z decyzją 2005/842 zachęty podatkowe i mechanizmy subwencjonowania przewidziane w rozporządzeniu władz flamandzkich należy uznać za pomoc państwa podlegającą obowiązkowi zgłoszenia Komisji.
- 71 Niektóre z omawianych środków mają na celu rekompensatę z tytułu zobowiązania socjalnego spoczywającego na inwestorach i deweloperach i polegają, po pierwsze, na zastosowaniu obniżonej stawki podatku VAT do dostawy mieszkań oraz obniżonej stawki opłaty rejestracyjnej przy nabyciu gruntów budowlanych (art. 4.1.20 § 3 akapit drugi rozporządzenia władz flamandzkich), po drugie, na gwarancji odbioru wybudowanych mieszkań (art. 4.1.21 tego rozporządzenia), a po trzecie, na subwencjach infrastrukturalnych (art. 4.1.23 tego rozporządzenia).
- 72 Inne środki mają na celu „rewitalizację” gruntów i budynków i polegają na obniżeniu podatku dochodowego od osób fizycznych na podstawie umowy o renowację (art. 3.1.3 i nast. rozporządzenia władz flamandzkich) oraz na ryczałtowym obniżeniu podstawy wymiaru opłaty rejestracyjnej (art. 3.1.10 omawianego rozporządzenia). Jak wskazuje Cour constitutionnelle w postanowieniu odsyłającym, beneficjentami tych działań są bezpośrednio osoby fizyczne, jednakże przynoszą one również pośrednie korzyści przedsiębiorstwom działającym na rynku renowacji nieruchomości.
- 73 Odpowiadając na pierwsze pytanie w sprawie C-203/11, należy sądowi odsyłającemu udzielić wskazówek interpretacyjnych pozwalających mu ustalić, czy działania opisane w dwóch punktach poprzedzających można uznać za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (wyrok z dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie C-140/09 Fallimento Traghetti del Mediterraneo, Zb.Orz. s. I-5243, pkt 23, 24).
- 74 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału uznanie środka za pomoc państwa wymaga spełnienia wszystkich przesłanek zawartych w owym postanowieniu. Po pierwsze, musi mieć miejsce działanie państwa lub przy użyciu zasobów państwowych. Po drugie, środek musi być tego rodzaju, że może wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Po trzecie, musi dawać beneficjentowi korzyść. Po czwarte, musi zakłócać lub grozić zakłóceniem konkurencji (ww. wyrok w sprawie Fallimento Traghetti).

del Mediterraneo, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo; a także wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-417/10 3M Italia, pkt 37).

- 75 W sprawie głównej sąd odsyłający uznaje, że udogodnienia przewidziane w rozporządzeniu władz flamandzkich spełniają pierwszy i czwarty z warunków wymienionych w punkcie poprzedzającym, podnosi on jednak wątpliwość co do drugiego warunku, dotyczącego wpływu owych udogodnień na wymianę handlową między państwami członkowskimi, oraz trzeciego warunku, dotyczącego ich selektywnego charakteru.
- 76 W odniesieniu do drugiego warunku należy przypomnieć, że w celu zakwalifikowania środka krajowego jako pomocy państwa nie jest konieczne stwierdzenie faktycznego wpływu pomocy na wymianę handlową między państwami członkowskimi i wystarczającego zakłócenia konkurencji, lecz jedynie zbadanie, czy pomoc może mieć wpływ na tę wymianę handlową i zakłócać konkurencję (wyroki: z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie C-148/04 Unicredito Italiano, Zb.Orz. s. I-11137, pkt 54; a także z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze i in., Zb.Orz. s. I-289, pkt 140).
- 77 W szczególności, jeśli pomoc udzielona przez państwo członkowskie wzmacnia pozycję przedsiębiorstwa w stosunku do pozycji zajmowanej przez inne przedsiębiorstwa konkurencyjne w wewnątrzwspólnotowej wymianie handlowej, należy uznać, że ma ona wpływ na tę wymianę (zob. w szczególności ww. wyroki: w sprawie Unicredito Italiano, pkt 56 i przytoczone tam orzecznictwo; a także w sprawie Cassa di Risparmio di Firenze i in., pkt 141).
- 78 W tym zakresie nie jest konieczne, aby uprzywilejowane przedsiębiorstwo uczestniczyło w wewnątrzwspólnotowej wymianie handlowej. Jeżeli bowiem państwo członkowskie udziela pomocy przedsiębiorstwu, jego działalność krajowa może być dzięki temu utrzymana lub zwiększona z tym skutkiem, że zmniejszą się szanse wejścia na rynek przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Ponadto wzmocnienie przedsiębiorstwa, które dotychczas nie uczestniczyło w wewnątrzwspólnotowej wymianie handlowej, może postawić je w sytuacji umożliwiającej mu wejście na rynek innego państwa członkowskiego (zob. ww. wyroki: w sprawie Unicredito Italiano, pkt 58; a także w sprawie Cassa di Risparmio di Firenze i in., pkt 143).
- 79 W sprawie C-203/11 nie można wykluczyć, że udogodnienia przewidziane w rozporządzeniu władz flamandzkich wzmacniają pozycję korzystających z nich przedsiębiorstw w stosunku do innych konkurencyjnych przedsiębiorstw działających na rynku wewnątrzwspólnotowym. Ponadto korzyści w zakresie konkurencyjności wynikające z subwencji przyznanych owym przedsiębiorstwom mogą utrudniać wejście na rynek belgijski przedsiębiorstw z siedzibą w innych niż Królestwo Belgii państwach członkowskich, a nawet ułatwiać wejście wskazanych przedsiębiorstw belgijskich na inne rynki.
- 80 Należy ponadto przypomnieć, że Trybunał orzekł już, iż środek, w drodze którego władze publiczne przyznają niektórym przedsiębiorstwom zwolnienie podatkowe, co wprowadzie nie jest związane z przekazaniem zasobów państwowych, ale stawia beneficjentów w korzystniejszej sytuacji finansowej niż innych podatników, stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (zob. wyrok z dnia 15 czerwca 2006 r. w sprawach połączonych C-393/04 i C-41/05 Air Liquide Industries Belgium, Zb.Orz. s. I-5293, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 81 Trzeba jednakże przypomnieć, że zgodnie z motywem 8 i z art. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 1998/2006 z dnia 15 grudnia 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 [WE] i 88 [WE] do pomocy de minimis (Dz.U. L 379, s. 5) uznaje się, iż pomoc nieprzekraczająca 200 000 EUR w okresie trzech lat nie wpływa na wymianę handlową między państwami

członkowskimi oraz nie zakłóca i nie grozi zakłóceniem konkurencji. Działania takie są wyłączone z zakresu pojęcia pomocy państwa i nie podlegają obowiązkowi zgłoszenia przewidzianemu w art. 108 ust. 3 TFUE.

- 82 W sprawie głównej zadaniem sądu odsyłającego będzie ustalić, w świetle powyższych wskazówek interpretacyjnych i na podstawie wszelkich istotnych okoliczności sprawy, czy działania przewidziane w rozporządzeniu władz flamandzkich mogą wywierać wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi oraz czy rozporządzenie nr 1998/2006 znajduje zastosowanie w sprawie.
- 83 W odniesieniu do trzeciej przesłanki wymienionej w pkt 74 niniejszego wyroku, dotyczącej korzyści wynikających z analizowanych udogodnień, należy przypomnieć, że za pomoc uznaje się środki, które niezależnie od ich formy mogą uprzywilejowywać przedsiębiorstwa w sposób pośredni lub bezpośredni i które można uznać za korzyść, jakiej przedsiębiorstwo będące beneficjentem nie uzyskałoby w normalnych warunkach rynkowych (zob. w szczególności wyrok z dnia 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Zb.Orz. s. I-2941, pkt 59).
- 84 Natomiast jeżeli działanie państwa można uznać za wynagrodzenie stanowiące rekompensatę wypełniania przez korzystające z niego przedsiębiorstwa zobowiązań do świadczenia usług publicznych, z tym skutkiem, że podmioty te rzeczywiście nie czerpią z tego tytułu korzyści finansowych, a zatem działanie to nie powoduje ich uprzywilejowania względem przedsiębiorstw konkurujących, tego rodzaju działanie nie podlega art. 107 ust. 1 TFUE (wyrok z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00 *Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg*, Rec. s. I-7747, pkt 87).
- 85 Jednakże aby w konkretnym przypadku wynagrodzenie takie nie było uznawane za pomoc państwa, musi zostać spełniony szereg przesłanek (ww. wyrok w sprawie *Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg*, pkt 88).
- 86 Jak rzecznik generalny wskazał w pkt 50 opinii, przed rozważeniem spełnienia owych przesłanek trzeba dodać, że orzecznictwo przytoczone w punkcie poprzedzającym znajduje zastosowanie wyłącznie do środków przewidzianych w księdze 4 rozporządzenia władz flamandzkich, wymienionych w pkt 71 niniejszego wyroku, bo tylko one mają na celu rekompensatę z tytułu zobowiązania socjalnego nałożonego na inwestorów i deweloperów.
- 87 W odniesieniu do warunków, od jakich uzależnione jest wyłączenie omawianych działań z zakresu pojęcia pomocy państwa, należy przypomnieć, że po pierwsze, korzystające z takiej rekompensaty przedsiębiorstwo powinno być rzeczywiście obciążone wykonaniem jasno określonych zobowiązań w zakresie świadczenia usług publicznych (ww. wyrok w sprawie *Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg*, pkt 89).
- 88 W tej kwestii, zważywszy w szczególności na szeroki zakres uznania przysługujący państwom członkowskim, nie można wykluczyć uznania działań w dziedzinie mieszkalnictwa socjalnego za „usługi publiczne”. Podnoszona przez sąd odsyłający okoliczność, iż zobowiązanie socjalne działa bezpośrednio nie na rzecz osób poszukujących mieszkań socjalnych, lecz na rzecz instytucji mieszkalnictwa socjalnego, jest bez znaczenia z punktu widzenia kwalifikacji omawianych usług.
- 89 Po drugie, parametry, na podstawie których obliczana jest rekompensata, muszą być wcześniej ustalone w obiektywny i przejrzysty sposób, tak aby owa rekompensata nie powodowała powstania dodatkowej korzyści ekonomicznej, która mogłaby

powodować uprzywilejowanie przedsiębiorstw będących beneficjentami względem przedsiębiorstw konkurujących (ww. wyrok w sprawie Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, pkt 90).

- 90 Jak rzecznik generalny wskazał w pkt 53 opinii, okazuje się, że o ile przepisy rozporządzenia władz flamandzkich pozwalają zidentyfikować beneficjentów przewidzianych tam udogodnień, o tyle nie umożliwiają one określenia w sposób wystarczająco obiektywny i przejrzysty parametrów, na podstawie których rekompensata jest obliczana.
- 91 Po trzecie, rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w celu wykonania zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku z tytułu wypełniania tych zobowiązań (ww. wyrok w sprawie Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, pkt 92).
- 92 Po czwarte, rekompensata powinna zostać określona na podstawie analizy kosztów, jakie przeciętne przedsiębiorstwo, prawidłowo zarządzane i odpowiednio wyposażone w środki umożliwiające świadczenie żądanych usług publicznych, poniosłoby na wykonanie takich zobowiązań, przy uwzględnieniu związanych z nimi kosztów oraz rozsądnego zysku osiąganego przy wypełnianiu tych zobowiązań (ww. wyrok w sprawie Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, pkt 93).
- 93 Ocena spełnienia tych dwóch ostatnich przesłanek wymaga analizy okoliczności faktycznych sprawy głównej.
- 94 Nawet zaś gdyby Trybunał dysponował informacjami niezbędnymi do dokonania takiej analizy, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie, należy przypomnieć, że nie jest on właściwy do dokonywania oceny okoliczności faktycznych sprawy głównej ani do stosowania wobec działań lub sytuacji krajowych norm prawa Unii, których wykładnię ustalił, jako że należy to do wyłącznej właściwości sądów krajowych (zob. ww. wyrok w sprawie Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, pkt 69 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 95 Zadaniem Cour constitutionnelle będzie więc ustalenie, w świetle powyższych wskazówek interpretacyjnych, czy udogodnienia rozpatrywane w postępowaniu głównym należy uznać za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.
- 96 Na wypadek gdyby środki stanowiące rekompensatę z tytułu zobowiązania socjalnego ciążącego na inwestorach i deweloperach zostały uznane za pomoc państwa, sąd odsyłający zwraca się jeszcze do Trybunału z pytaniem, czy środki te można uznać za zwolnione na podstawie decyzji 2005/842 z obowiązku zgłoszenia przewidzianego w art. 108 ust. 3 TFUE.
- 97 W tej mierze należy przypomnieć, że zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. b) decyzji 2005/842 znajduje ona zastosowanie między innymi do pomocy państwa przyznawanej w formie rekompensaty z tytułu usług publicznych przedsiębiorstwom z sektora mieszkalnictwa socjalnego prowadzącym działalność uznawaną przez państwo członkowskie za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym.
- 98 Jak stwierdza motyw 7 tej decyzji, państwom członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania w kwestii określenia usług uznawanych za świadczone w ogólnym interesie gospodarczym.
- 99 Artykuł 3 decyzji 2005/842 dodaje, że pomoc państwa udzielana w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych przedsiębiorstwom świadczącym tego rodzaju

usługi w ogólnym interesie gospodarczym jest zgodna ze wspólnym rynkiem i nie podlega obowiązkowi uprzedniego zgłoszenia, jeżeli spełnia warunki określone w art. 4–6 tej decyzji.

- 100 Jak rzecznik generalny wskazał w pkt 61 opinii, warunki te wzorowane są na warunkach określonych w ww. wyroku w sprawie Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, w szczególności na pierwszych trzech z nich, których spełnienia Trybunał nie jest władny oceniać w niniejszym wyroku, jak to już zostało stwierdzone w jego pkt 94.
- 101 W związku z powyższym zadaniem sądu odsyłającego będzie ocenić, czy warunki te są spełnione w odniesieniu do udogodnień przewidzianych w księdze 4 rozporządzenia władz flamandzkich, a wymienionych w pkt 71 niniejszego wyroku, w celu ustalenia, czy w okolicznościach sprawy głównej znajduje zastosowanie wyłączenie obowiązku zgłoszenia Komisji ustanowione w decyzji 2005/842.
- 102 Na pierwsze pytanie w sprawie C-203/11 trzeba wobec tego odpowiedzieć, iż zachęty podatkowe i mechanizmy subwencjonowania przewidziane w rozporządzeniu władz flamandzkich mogą zostać uznane za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Zadaniem sądu odsyłającego jest ocena, czy spełnione zostały przesłanki istnienia pomocy państwa, a jeżeli tak, ustalenie w odniesieniu do udogodnień przewidzianych w księdze 4 rozporządzenia władz flamandzkich, mających na celu rekompensatę z tytułu zobowiązania socjalnego ciążącego na inwestorach i deweloperach, czy do środków tych znajduje zastosowanie decyzja 2005/842.

W przedmiocie pytań od trzeciego do ósmego w sprawie C-203/11

- 103 Występując z tymi pytaniami, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 2006/123 znajduje zastosowanie w okolicznościach takich jak w sprawie głównej, a w razie odpowiedzi twierdzącej wnosi o wykładnię szeregu jej przepisów.
- 104 Udzielając odpowiedzi na to pytanie, trzeba przypomnieć, jak stwierdza motyw 9 omawianej dyrektywy, że nie znajduje ona zastosowania między innymi „do wymogów, takich jak [...] przepisy dotyczące użytkowania lub zagospodarowania terenu, planowania przestrzennego w środowisku miejskim i wiejskim, normy budowlane [...]”.
- 105 Ponadto, zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. j) tej dyrektywy, nie ma ona zastosowania do usług budownictwa socjalnego ani do pomocy osobom wymagającym jej trwale lub czasowo udzielanej przez organy państwa lub upoważnione przez nie podmioty.
- 106 Jak zaś wynika z pkt 50 i 51 niniejszego wyroku, rozporządzenie władz flamandzkich dotyczy kwestii z zakresu zagospodarowania przestrzennego i mieszkalnictwa socjalnego.
- 107 Wobec powyższego należy stwierdzić, że dyrektywa 2006/123 nie znajduje zastosowania do uregulowań tego rodzaju jak rozporządzenie władz flamandzkich, w związku z czym nie ma potrzeby odpowiadać na pytania od trzeciego do ósmego w sprawie C-203/11.

W przedmiocie pytania jedenastego w sprawie C-203/11

- 108 Występując z tym pytaniem, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy budowa mieszkań socjalnych sprzedawanych następnie po ograniczonych z góry cenach instytucjom mieszkalnictwa socjalnego lub za pośrednictwem tej instytucji przez usługodawcę, który zbudował te mieszkania, mieści się w zakresie znaczeniowym pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane” zdefiniowanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18.
- 109 Udzielając odpowiedzi na to pytanie, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 w związku z art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy zamówienie publiczne

na roboty budowlane spełnia łącznie cztery kryteria, a mianowicie wymaga umowy sporządzonej na piśmie, przewidującej świadczenie odpłatne, zawartej między podmiotem gospodarczym a instytucją zamawiającą i mającej za przedmiot wykonanie lub zaprojektowanie wraz z wykonaniem robót związanych z jednym z rodzajów działalności wymienionych w załączniku I do dyrektywy lub obiektu budowlanego, albo wykonanie dowolnymi środkami obiektu budowlanego odpowiadającego wymaganiom zamawiającego.

- 110 Trybunał nie dysponuje wszystkimi informacjami niezbędnymi do oceny spełnienia tych kryteriów w sprawie głównej, ograniczy się więc w niniejszym wyroku do udzielenia sądowni odsyłającemu wskazówek, które mogą mu być przydatne przy dokonywaniu tej oceny.
- 111 W odniesieniu konkretnie do istnienia umowy zawartej w formie pisemnej z postanowienia odsyłającego wynika, iż Cour constitutionnelle zdaje się mieć wątpliwości co do spełnienia tego kryterium w niniejszym wypadku, z tego względu, że nałożone zobowiązanie socjalne, polegające na budowie mieszkań socjalnych, nie jest w rzeczywistości przedmiotem umowy między organami administracji a zainteresowanym przedsiębiorstwem. Zobowiązanie socjalne nakładają bowiem na inwestorów i deweloperów bezpośrednio przepisy rozporządzenia władz flamandzkich i ma ono do nich zastosowanie automatycznie, tylko z tego powodu, że są oni właścicielami gruntów, w odniesieniu do których występują o pozwolenie na budowę lub parcelację.
- 112 W tej kwestii należy przypomnieć, że ustalenie istnienia określonego stosunku umownego między podmiotem, który można uznać za instytucję zamawiającą, a inwestorem lub deweloperem wymaga zgodnie z orzecznictwem Trybunału, jak wskazuje rzecznik generalny w pkt 86 opinii, zawarcia umowy o parcelacji między organem administracji a zainteresowanym przedsiębiorstwem, określającej obiekty, jakie przedsiębiorstwo to ma wybudować, i stosowne warunki.
- 113 Jeżeli zawarta została tego typu umowa, okoliczność, że budowy mieszkań socjalnych wymaga bezpośrednio uregulowanie krajowe, a kontrahentem organu administracji może być tylko właściciel gruntów budowlanych, nie jest wystarczająca do wykluczenia umownego charakteru stosunku prawnego powstałego między organem administracji a zainteresowanym deweloperem (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 69, 71).
- 114 O ile zaś rozporządzenie władz flamandzkich wprost wymaga w art. 4.1.22 akapit pierwszy zawarcia umowy administracyjnej między inwestorem lub deweloperem a instytucją mieszkalnictwa socjalnego, o tyle jednak umowa ta, jak wynika z postanowienia odsyłającego, nie reguluje co do zasady stosunków między instytucją zamawiającą a zainteresowanym podmiotem gospodarczym. Ponadto taka umowa nie dotyczy, jak się wydaje, budowy mieszkań socjalnych, lecz tylko następnego etapu, to jest ich sprzedaży.
- 115 Zadaniem sądu odsyłającego będzie jednakże ustalenie, z uwzględnieniem całości obowiązujących przepisów oraz wszelkich istotnych okoliczności sprawy, czy budowa mieszkań socjalnych będących przedmiotem sprawy głównej następuje w ramach stosunku umownego między instytucją zamawiającą a podmiotem gospodarczym oraz czy spełnia pozostałe kryteria wymienione w pkt 109 niniejszego wyroku.
- 116 W tym kontekście warto także przypomnieć, po pierwsze, że zastosowanie dyrektywy 2004/18 do zamówienia publicznego na roboty budowlane jest jednak uzależnione od tego, czy szacunkowa wartość owego zamówienia osiąga próg określony w art. 7 lit. c) tej dyrektywy, a po drugie, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału dwa rodzaje

zamówień dokonywanych przez jednostki publiczne nie podlegają przepisom prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

- 117 Chodzi, po pierwsze, o umowy zawierane przez podmiot publiczny z odrębną pod względem prawnym osobą, jeżeli podmiot ten sprawuje nad ową osobą kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad swoimi własnymi jednostkami organizacyjnymi, a osoba ta realizuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz podmiotu lub podmiotów, które ją kontrolują (zob. wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 118 Po drugie, chodzi o umowy ustanawiające współpracę między podmiotami publicznymi, których celem jest wspólne świadczenie usług publicznych. W takim wypadku przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie mają zastosowania, jeżeli umowy te są zawierane wyłącznie przez podmioty publiczne bez udziału osób prywatnych, żaden świadczeniodawca prywatny nie znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do swoich konkurentów, a ustanowiona współpraca służy wyłącznie celom i wymogom interesu publicznego (zob. ww. wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 34, 35).
- 119 W świetle powyższych rozważań na jedenaste pytanie w sprawie C-203/11 trzeba odpowiedzieć, że budowa mieszkań socjalnych sprzedawanych następnie po ograniczonych z góry cenach instytucjom mieszkalnictwa socjalnego lub za pośrednictwem tej instytucji przez usługodawcę, który zbudował te mieszkania mieści się w zakresie znaczeniowym pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane” zdefiniowanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18, jeżeli spełnione są kryteria określone w tym przepisie, co ustalić powinien sąd odsyłający.

2.21. orzeczenie z dnia 5 grudnia 2013 r. w sprawie C-561/12 *Nordecon AS i Ramboll Eesti AS przeciwko Rahandusministeerium*, ECLI:EU:C:2013:793

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 33 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18 upoważnia instytucję zamawiającą do negocjowania z oferentami takich ofert, które nie odpowiadają wiążącym wymaganiom ustanowionym w specyfikacjach technicznych zamówienia.
- 34 W tym względzie należy przypomnieć, że art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18 w określonych wypadkach zezwala na skorzystanie z procedury negocjacyjnej w celu dostosowania ofert złożonych przez oferentów do wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacjach i, ewentualnie, dodatkowych dokumentach, w celu wyłonienia najlepszej oferty.
- 35 Na podstawie art. 2 tej dyrektywy instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.
- 36 Trybunał wyjaśnił, że obowiązek przejrzystości ma zasadniczo na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej (wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko i in., pkt 25).
- 37 Wprawdzie instytucja zamawiająca dysponuje uprawnieniami negocjacyjnymi w ramach procedury negocjacyjnej, jest ona jednak nadal zobowiązana do czuwania, aby wymagania zamówienia, którym przyznała charakter wiążący, były przestrzegane. Jeśli nie miało

to miejsca, zasada, według której instytucje zamawiające działają w sposób przejrzysty, zostałyby naruszona, a cel przywołany w poprzednim punkcie niniejszego wyroku nie zostałby osiągnięty.

- 38 Ponadto uznanie dopuszczalności oferty niezgodnej z wiążącymi wymaganiami w kontekście negocjacji pozbawiałoby wszelkiej użyteczności ustalenie wiążących warunków w zaproszeniu do składania ofert i nie pozwalałoby instytucji zamawiającej na negocjacje z oferentami na wspólnej dla nich podstawie, ustanowionej przez te warunki, a zatem na ich równe traktowanie.
- 39 W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie upoważnia instytucji zamawiającej do negocjowania z oferentami takich ofert, które nie odpowiadają wiążącym wymaganiom ustanowionym w specyfikacjach technicznych zamówienia.
- 40 Mając na względzie treść odpowiedzi na pytanie pierwsze, nie ma potrzeby udzielać odpowiedzi na pytania drugie, trzecie i czwarte.

2.22. orzeczenie z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-161/13 *Idrocinamica Spurgo Velox srl i in. przeciwko Acquedotto Pugliese SpA*, ECLI:EU:C:2014:307

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

- 27 Cooperativa Giovanni XXIII oraz rząd włoski wyrażają wątpliwości co do dopuszczalności pytań, z uwagi w szczególności na fakt, że zarzuty Idrocinamica są skierowane przeciwko decyzji podmiotu zamawiającego dotyczącej zezwolenia na zmianę składu wyłonionego zgrupowania, a żaden zarzut nie został podniesiony w odniesieniu do decyzji o ostatecznym udzieleniu zamówienia.
- 28 W rezultacie ewentualne stwierdzenie nieważności tej decyzji powodowałoby wyłącznie usunięcie umowy zawartej z wyłonionym zgrupowaniem w zmniejszonym składzie, przy czym zgrupowanie to nie utraciłoby statusu wybranego oferenta. Pytania przedłożone przez sąd odsyłający nie mają zatem konkretnego związku z przedmiotem postępowania głównego.
- 29 Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwrócił się sąd krajowy w ramach stanu prawnego i faktycznego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny, przy czym prawidłowość tych ustaleń nie podlega ocenie przez Trybunał, korzystając z domniemania, iż mają znaczenie dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o które wnioskował sąd krajowy, jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje danymi na temat stanu faktycznego i prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu przedstawione (wyrok Fish Legal i Shirley, C-279/12, EU:C:2013:853, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 30 Nie zachodzi to w niniejszym przypadku, a wątpliwości wyrażone przez Cooperativa Giovanni XXIII oraz rząd włoski co do dopuszczalności pytań nie są uzasadnione. Sąd odsyłający wnosi bowiem o dokonanie wykładni odpowiednich przepisów dyrektywy 92/13 w celu dokonania oceny dopuszczalności odwołania wniesionego przez Idrocinamica.

Jak wynika zatem z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi, odwołanie to dotyczy w istocie, po pierwsze, stwierdzenia nieważności decyzji zezwalającej na zmianę składu wyłonionego zgrupowania, a po drugie, faktu, że podmiot ten nie wykluczył z postępowania przetargowego kandydata zaklasyfikowanego przed Idrodynamicą.

- 31 Należy stwierdzić, że gdyby pierwszy zarzut podniesiony przez Idrodynamicę w postępowaniu głównym, oparty w istocie na fakcie, że podmiot zamawiający niezgodnie z prawem zezwolił na zmniejszenie liczby przedsiębiorstw tworzących wyłonione tymczasowe zrzeszeniem przedsiębiorstw, został uwzględniony, decyzja dotycząca zawarcia umowy z wyłonionym zgrupowaniem mogłaby zostać unieważniona. Jeżeli zarzut drugi, zgodnie z którym podmiot zamawiający powinien był wykluczyć tymczasowe zrzeszeniem przedsiębiorstw Tundo, zaklasyfikowane na drugiej pozycji, z uwagi na fakt, że przedstawiciel prawny jednego z członków tego zrzeszenia złożył nieprawdziwe oświadczenie, również zostałby uwzględniony, szanse na to, że Idrodynamicę zostanie udzielone zamówienie będące przedmiotem postępowania głównego zwiększyłyby się znacząco. W związku z tym można zasadnie uznać, iż Idrodynamicę jest podmiotem, „który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia”, w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13.

- 32 Pytania są zatem dopuszczalne.

Co do istoty

- 33 W swych pytaniach, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien biec od nowa, w sytuacji gdy podmiot zamawiający podjął po wygaśnięciu terminu na wniesienie skargi decyzję mogącą wpływać na zgodność z prawem tej decyzji o udzieleniu zamówienia. Sąd ten dąży również do ustalenia, czy w takiej sytuacji oferent może wnieść skargę o stwierdzenie nieważności na decyzję o udzieleniu zamówienia, jeżeli dowiedział się o okolicznościach poprzedzających tę decyzję o udzieleniu zamówienia, mogących mieć wpływ na zgodność z prawem odnośnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.
- 34 Zmiana wprowadzona w dyrektywie 92/13 dyrektywą 2007/66 oraz art. 49 dyrektywy 2004/17 przyczyniły się znacząco do tego, aby oferent, któremu nie zostało udzielone zamówienie, został poinformowany o wyniku postępowania w sprawie udzielenia tego zamówienia oraz powodach uzasadniających ten wynik. Na podstawie art. 49 ust. 2 dyrektywy 2004/17 oferent może zwrócić się o przekazanie mu szczegółowych informacji.
- 35 Zasada pewności prawa wymaga, aby uzyskane w ten sposób informacje oraz informacje, które mogłyby zostać uzyskane, nie mogły dłużej służyć jako podstawa wniesienia środka odwoławczego przez oferenta po wygaśnięciu terminu przewidzianego w prawie krajowym.
- 36 Natomiast w postępowaniu głównym decyzja dotycząca zezwolenia na zmianę składu wyłonionego zgrupowania dotyczy okoliczności, które wystąpiły po udzieleniu zamówienia i po wygaśnięciu 30-dniowego terminu na wniesienie środka odwoławczego przewidzianego w przepisach krajowych. W związku z tym powiadomienie o decyzji o udzieleniu zamówienia i uzasadnieniu tej decyzji oraz przekazanie odpowiedzi na ewentualny wniosek złożony przez oferenta do podmiotu zamawiającego dotyczący dodatkowych informacji nie mogły pozwolić na zapoznanie się z tymi okolicznościami.
- 37 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie udzielania zamówień

publicznych może mieć miejsce, wyłącznie jeżeli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów [zob. podobnie wyrok Uniplex (UK), EU:C:2010:45, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo].

- 38 Ponadto z postanowienia odsyłającego wynika, że decyzja dotycząca zezwolenia na zmianę składu wyłonionego zgrupowania, która może wpływać na zgodność z prawem decyzji o udzieleniu zamówienia, została przyjęta przed zawarciem umowy pomiędzy podmiotem zamawiającym a tym zgrupowaniem. W takich okolicznościach nie można uznać, że zasada pewności prawa sprzeciwia się temu, aby 30-dniowy termin rozpoczynał biec od nowa w odniesieniu do skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia.
- 39 W tym względzie należy uznać, że decyzja dotycząca zezwolenia na zmianę składu wyłonionego zgrupowania oznacza zmianę w stosunku do decyzji o udzieleniu zamówienia, która może być uznana za istotną, o ile w świetle szczególnych okoliczności odnośnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia dotyczy ona jednego z istotnych elementów wpływających na przyjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia. W tej sytuacji należy zastosować wszelkie niezbędne środki przewidziane w prawie krajowym w celu usunięcia takiej nieprawidłowości, włączając w to również zorganizowanie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia (zob. podobnie wyrok Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 38, 39, 42, 43).
- 40 Ponadto należy zauważyć, że możliwość przewidziana w art. 43 dekretu ustawodawczego nr 104/2010, obejmująca podniesienie „nowych zarzutów” w ramach początkowego środka odwoławczego wniesionego w terminie od decyzji o udzieleniu zamówienia, nie stanowi w każdym przypadku skutecznej alternatywy względem skutecznej ochrony sądowej. W sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym oferenci byłiby zobowiązani do zaskarżenia in abstracto decyzji o udzieleniu zamówienia, nie znając na tym etapie powodów uzasadniających ten środek odwoławczy.
- 41 W rezultacie termin 30 dni przewidziany w przepisach krajowych na wniesienie środka odwoławczego od decyzji o udzieleniu zamówienia powinien biec od nowa w celu umożliwienia zbadania zgodności z prawem decyzji podmiotu zamawiającego zezwalającej na zmianę składu wyłonionego zgrupowania, mogącej mieć wpływ na zgodność z prawem decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg tego terminu powinien rozpoczynać się od dnia, w którym oferent otrzymał zawiadomienie o decyzji dotyczącej zezwolenia na zmianę składu wyłonionego zgrupowania lub dowiedział się o niej.
- 42 Jeśli chodzi o zarzut Ildrodinamica dotyczący braku wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia zgrupowania zaklasyfikowanego na drugiej pozycji z uwagi na złożenie nieprawdziwego oświadczenia przedstawiciela prawnego spółki wchodzącej w skład tego zgrupowania, należy stwierdzić, że to podnoszone uchybienie musiało nastąpić przed decyzją o udzieleniu zamówienia.
- 43 W tej sytuacji należy stwierdzić, że oferent na podstawie informacji, które zostały mu przekazane zgodnie z art. 2a dyrektywy 92/13 i art. 49 dyrektywy 2004/17 oraz na podstawie informacji, które mógłby uzyskać, dokładając zwykłej staranności, mógł wnieść środek odwoławczy w związku z ewentualnym naruszeniem prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych i w rezultacie termin na wniesienie środka odwoławczego przewidziany w przepisach krajowych nie powinien biec od nowa.

- 44 Należy zauważyć, że w sytuacji będącej przedmiotem postępowania głównego w przypadku stwierdzenia nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia zgrupowaniu, które zajęło pierwsze miejsce w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, ponowna decyzja o udzieleniu zamówienia innemu oferentowi może być przedmiotem nowej skargi o stwierdzenie nieważności w terminie przewidzianym w przepisach krajowych.
- 45 W rezultacie należy uznać, że zgodnie z zasadą pewności prawa w przypadku uchybień, które miałyby nastąpić przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, oferent może wnieść skargę o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia wyłącznie w szczególnym terminie przewidzianym w tym celu w przepisach krajowych, chyba że wyraźny przepis prawa krajowego gwarantuje takie prawo wniesienia skargi zgodnie z prawem Unii.
- 46 Oferent może natomiast wnieść skargę o odszkodowanie w ogólnym terminie przewidzianym w tym celu w prawie krajowym.
- 47 Uwzględniając powyższe rozważania, na przedłożone pytania należy odpowiedzieć, iż art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2a ust. 2 akapit ostatni dyrektywy 92/13 należy interpretować w ten sposób, że termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien biec od nowa, w sytuacji gdy podmiot zamawiający przyjął nową decyzję, po przyjęciu tej decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz przed podpisaniem umowy, mogącą mieć wpływ na zgodność z prawem rzeczowej decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg tego terminu rozpoczyna się od chwili zawiadomienia oferentów o późniejszej decyzji lub w jego braku – od chwili, w której zapoznali się oni z tą decyzją.
- 48 W sytuacji gdy oferent po upływie terminu na wniesienie środka odwoławczego przewidzianego w przepisach krajowych dowiadyuje się o uchybieniu, które miałyby zostać popełnione przed przyjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, prawo wniesienia środka odwoławczego od tej decyzji przysługuje mu wyłącznie w tym terminie, chyba że wyraźny przepis prawa krajowego gwarantuje takie prawo zgodnie z prawem Unii.

2.23. orzeczenie z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-19/13 *Ministero dell'Interno przeciwko Fastweb SpA*, ECLI:EU:C:2014:2194

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 33 Poprzez pierwsze pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało udzielone bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a przewidziane w dyrektywie 2004/18 przesłanki zastosowania tej procedury nie zostały spełnione, przepis ten wyklucza uznanie tej umowy za nieskuteczną, jeśli instytucja zamawiająca opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie o przejrzystości ex ante i zachowała przed zawarciem umowy minimalny okres zawieszenia wynoszący dziesięć dni, liczonych od dnia następującego po opublikowaniu tego ogłoszenia.
- 34 Na wstępie należy przypomnieć, że przepisy dyrektywy 89/665, których celem jest ochrona oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, służą wzmocnieniu istniejących mechanizmów w celu zapewnienia skutecznego stosowania uregulowań unijnych w zakresie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane (wyrok Komisja/Austria, C-212/02, EU:C:2004:386, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 35 Poza tym, jak wynika z motywów 3 i 4 dyrektywy 2007/66, jej celem jest wzmocnienie gwarancji przejrzystości i niedyskryminacji, które miały być zapewnione przez dyrektywę 89/665, aby zwiększyć skuteczność procedur odwoławczych wszczynanych w państwach członkowskich przez osoby, które mają interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego.
- 36 Artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 nakłada na państwa członkowskie obowiązek podjęcia środków zapewniających możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f wspomnianej dyrektywy.
- 37 W tym celu art. 2 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”, w ust. 1 lit. b) stanowi, że państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia w ramach procedur odwoławczych prawa do uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji.
- 38 Artykuł 2d ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665 wymaga w tym zakresie, aby organ odwoławczy uznał umowę za nieskuteczną, jeśli instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, co nie było dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18.
- 39 Jednakże prawodawca Unii przewidział w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 wyjątek od tej zasady nieskuteczności umowy. Zgodnie z tym przepisem zasada ta nie znajduje zastosowania, jeśli, po pierwsze, instytucja zamawiająca uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18, po drugie, instytucja zamawiająca opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie opisane w art. 3a niniejszej dyrektywy, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy, oraz po trzecie, umowa nie została zawarta przed upływem co najmniej dziesięciu dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po opublikowaniu tego ogłoszenia.
- 40 Ponieważ art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 stanowi wyjątek od zasady nieskuteczności umowy w rozumieniu art. 2d ust. 1 wspomnianej dyrektywy, powinien podlegać ścisłej wykładni (zob. analogicznie wyrok Komisja/Niemcy, C-275/08, EU:C:2009:632, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo). Jednakże wykładnia tego wyjątku powinna być zgodna z celami, jakim on służy. Tym samym owa zasada wykładni ścisłej nie oznacza, że pojęcia użyte w celu opisanego wyjątku, o którym mowa w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, powinny być interpretowane w sposób, który czyniłby je bezskutecznymi (zob. analogicznie wyrok Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 Fastweb podnosi, że zgodnie z celami dyrektywy 89/665, a także zasadami dotyczącymi swobody przedsiębiorczości i konkurencji, które prawo Unii w zakresie udzielania zamówień publicznych ma realizować, wyjątek ten ma charakter wyłącznie fakultatywny. W tym względzie Fastweb utrzymuje, że z motywów 20–22 dyrektywy 2007/66 wynika, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 nie wyklucza stosowania surowszych sankcji zgodnie z prawem krajowym, a zatem możliwości zadecydowania przez sąd krajowy, po wyważeniu istniejących interesów ogólnych i indywidualnych, czy należy stwierdzić nieskuteczność umowy.
- 42 W tym zakresie należy podnieść, że na mocy art. 2 ust. 7 dyrektywy 89/665, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 2d–2f tej dyrektywy, skutki korzystania z uprawnień, o których mowa w art. 2 ust. 1, w odniesieniu do umowy zawartej po udzieleniu zamówienia określone są w prawie krajowym. Z powyższego wynika, że w przypadku

sytuacji, o których mowa w art. 2d wspomnianej dyrektywy, środki, jakie mogą być podjęte w odniesieniu do odwołań od decyzji instytucji zamawiających, są określone wyłącznie zgodnie z zasadami przewidzianymi w tej dyrektywie. W tym zakresie należy podnieść, że zgodnie z art. 2 ust. 7 dyrektywy 89/665 przypadki przewidziane w art. 2d–2f tej dyrektywy nie są objęte zasadą ogólną, na mocy której skutki naruszenia prawa Unii w zakresie udzielenia zamówień publicznych określone są w prawie krajowym. W konsekwencji państwa członkowskie nie są uprawnione do ustanawiania w swym prawie krajowym przepisów dotyczących skutków naruszeń prawa Unii w zakresie udzielenia zamówień publicznych w okolicznościach takich jak przewidziane w art. 2d ust. 4 tej dyrektywy.

- 43 Nawet jeśli z motywów 13 i 14 dyrektywy 2007/66 wynika, że bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówień stanowi najpoważniejsze naruszenie prawa Unii w zakresie zamówień publicznych, w przypadku którego należy przewidzieć co do zasady jako sankcję nieskuteczność umowy, motyw 26 tej dyrektywy podkreśla konieczność uniknięcia braku pewności prawa, który może wynikać z tej nieskuteczności w przypadku art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.
- 44 Jak podniósł rzecznik generalny w pkt 57 opinii, poprzez wprowadzenie w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 tego wyjątku od zasady nieskuteczności umowy prawodawca Unii zmierza do pogodzenia różnych interesów, mianowicie interesów przedsiębiorstwa, które doznało uszczerbku i które musi mieć możliwość wprowadzenia środka tymczasowego przed podpisaniem umowy i unieważnienia bezprawnie zawartej umowy, a także interesów instytucji zamawiającej i wybranego przedsiębiorstwa, których ochrona wymaga uniknięcia niepewności prawnej mogącej wynikać z nieskuteczności umowy.
- 45 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że byłoby sprzeczne zarówno z treścią, jak i celem art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 umożliwienie sądom krajowym orzeczenia, że umowa jest nieskuteczna w przypadku, gdy spełnione są trzy przesłanki określone w tym przepisie.
- 46 Jednakże aby osiągnąć cele określone w art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665, a w szczególności ustanowienie skutecznych środków odwoławczych od decyzji wydanych przez instytucje zamawiające z naruszeniem prawa zamówień publicznych, organ odwoławczy musi przeprowadzać rzeczywistą kontrolę, kiedy bada, czy spełnione są przesłanki, o których mowa w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.
- 47 W szczególności przesłanka przewidziana we wspomnianym art. 2d ust. 4 tiret pierwsze dotyczy faktu, że instytucja zamawiająca uważa, iż udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18. Poza tym przesłanka znajdująca się w art. 2d ust. 4 tiret drugie dyrektywy 89/665 przewiduje, że instytucja zamawiająca opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie opisane w art. 3a wspomnianej dyrektywy, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy. Zgodnie ze wspomnianym art. 3a lit. c) ogłoszenie powinno zawierać uzasadnienie decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.
- 48 W tym zakresie ze wspomnianego uzasadnienia powinny wynikać w sposób wyraźny i jednoznaczny przyczyny, w oparciu o które instytucja zamawiająca uznała, że może udzielić zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, aby umożliwić zainteresowanym podmiotom podjęcie z pełną znajomością rzeczy decyzji, czy użyteczne będzie wniesienie odwołania do organu odwoławczego, a organowi odwoławczemu przeprowadzenie rzeczywistej kontroli.

- 49 Jak wynika z postanowienia odsyłającego, w sprawie w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca zastosowała procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, opierając się na art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18. W tym zakresie należy przypomnieć, że procedurę negocjacyjną można zastosować tylko w okolicznościach wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 30 i 31 dyrektywy 2004/18 oraz że w stosunku do procedur otwartej i ograniczonej procedura negocjacyjna posiada charakter wyjątkowy (wyrok Komisji/Belgia, C-292/07, EU:C:2009:246, pkt 106 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 50 W ramach przeprowadzanej kontroli organ odwoławczy jest zobowiązany ocenić, czy instytucja zamawiająca, podejmując decyzję o zastosowaniu procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, działała z należytą starannością i czy mogła uznać, że rzeczywiście spełnione są przesłanki ustanowione w art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18.
- 51 W tym zakresie organ odwoławczy musi uwzględnić między innymi okoliczności i przychyny wymienione w art. 2d ust. 4 tiret drugie dyrektywy 89/665, w oparciu o które instytucja zamawiająca zastosowała procedurę negocjacyjną przewidzianą w art. 31 dyrektywy 2004/18.
- 52 Jeśli w wyniku kontroli organ odwoławczy stwierdzi, że przesłanki przewidziane w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 nie są spełnione, ma on obowiązek uznania umowy za nieskuteczną zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 2d ust. 1 lit. a) tej dyrektywy. Określa on konsekwencje uznania umowy za nieskuteczną na mocy art. 2d ust. 2 dyrektywy 89/665 zgodnie z prawem krajowym.
- 53 Natomiast jeśli wspomniany organ stwierdzi, że przesłanki te są spełnione, jest on wówczas zobowiązany do utrzymania w mocy skutków umowy zgodnie z art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.
- 54 Na pierwsze pytanie należy zatem odpowiedzieć, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 należy interpretować z ten sposób, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało udzielone bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, co nie było dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18, przepis ten wyklucza uznanie tego zamówienia za nieskuteczne, jeśli zostały spełnione przesłanki przewidziane w tym przepisie, czego ocena należy do sądu odsyłającego.

W przedmiocie pytania drugiego

- 55 Poprzez drugie pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 jest ważny w świetle zasady niedyskryminacji i prawa do skutecznego środka prawnego w rozumieniu art. 47 karty.
- 56 W tym względzie Fastweb utrzymuje, że opublikowanie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* oraz zachowanie wynoszącego co najmniej dziesięć dni minimalnego okresu zawieszenia pomiędzy tą publikacją a zawarciem umowy nie zapewnia przestrzegania zasady skutecznej ochrony sądowej. Taka publikacja nie gwarantuje bowiem, że potencjalni konkurenci zostaną poinformowani o udzieleniu zamówienia określonego wykonawcy, w szczególności jeśli publikacja następuje w okresie ograniczenia lub przerwania działalności.
- 57 W odniesieniu do podstawowego prawa do skutecznej ochrony sądowej art. 47 akapit pierwszy karty przewiduje, że każdy, czyje prawa i wolności zagwarantowane przez

prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w tym artykule.

- 58 Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że zgodnie z podstawowym prawem do skutecznej ochrony sądowej jest ustalenie rozsądnych terminów wniesienia skargi pod rygorem prekluzji, w interesie pewności prawa, które chroni jednocześnie jednostkę, jak i dany organ. Terminy takie nie powinny czynić praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym wykonywanie praw nadanych w porządku prawnym Unii (zob. podobnie wyrok Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 59 Poza tym przepisy dyrektywy 89/665, których celem jest ochrona oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, służą wzmocnieniu istniejących mechanizmów w celu zapewnienia skutecznego stosowania uregulowań unijnych w zakresie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane. Ochrona taka jest nieskuteczna, jeżeli zainteresowany nie może powołać się na te uregulowania wobec instytucji zamawiającej (zob. podobnie wyrok Komisja/Austria, EU:C:2004:386, pkt 20).
- 60 A zatem skuteczna ochrona sądowa wymaga, aby zainteresowani byli poinformowani o decyzji o udzieleniu zamówienia na pewien czas przed zawarciem umowy, by mieli rzeczywistą możliwość wniesienia odwołania, w tym między innymi wniosku o zastosowanie środków tymczasowych do momentu zawarcia wspomnianej umowy (zob. podobnie wyroki: Komisja/Hiszpania, C-444/06, EU:C:2008:190, pkt 38, 39; a także Komisja/Irlandia, C-456/08, EU:C:2010:46, pkt 33).
- 61 Artykuł 2d ust. 4 tiret drugie dyrektywy 89/665, przewidując opublikowanie w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia opisanego w art. 3a dyrektywy 89/665, wyrażającego zamiar zawarcia umowy, gwarantuje przejrzystość udzielenia zamówienia. Celem tego przepisu jest zapewnienie, aby wszyscy potencjalnie zainteresowani kandydaci mieli możliwość zapoznania się z decyzją instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Poza tym zgodnie z tiret trzecim tego przepisu instytucja zamawiająca jest zobowiązana do przestrzegania dziesięciodniowego terminu zawieszenia. Tak więc zainteresowani są w stanie podważyć przed sądem udzielenie zamówienia przed zawarciem umowy.
- 62 Poza tym należy także podkreślić, że nawet jeśli upłynie przewidziany w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 wynoszący co najmniej dziesięć dni termin zawieszenia, podmioty, które doznały uszczerbku, mogą wnieść skargę odszkodowawczą na mocy art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665.
- 63 W tym względzie, jak wynika z pkt 44 niniejszego wyroku, należy uwzględnić fakt, że poprzez wyjątek przewidziany w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 prawodawca Unii zmierza do pogodzenia różnych interesów, a mianowicie interesów przedsiębiorstwa, które doznało uszczerbku, umożliwiając mu wprowadzenie środka tymczasowego przed podpisaniem umowy i uzyskanie unieważnienia bezprawnie zawartej umowy, a także interesów instytucji zamawiającej i wybranego przedsiębiorstwa poprzez ograniczenie niepewności prawnej mogącej wynikać z nieskuteczności umowy.
- 64 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, w zakresie, w jakim przewiduje utrzymanie skutków umowy, nie jest sprzeczny z wymogami wynikającymi z art. 47 karty.

- 65 Podobnie jest w przypadku zasady niedyskryminacji, która w dziedzinie zamówień publicznych dąży do zapewnienia osiągnięcia tych samych celów, polegających na zapewnieniu między innymi swobody świadczenia usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. w szczególności wyroki: Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 48; Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 28). Jak już bowiem stwierdzono w pkt 61 niniejszego wyroku, celem art. 2d ust. 4 tiret drugie dyrektywy 89/665 jest zapewnienie, aby wszyscy potencjalnie zainteresowani kandydaci mieli możliwość zapoznania się z decyzją instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a co za tym idzie, wniesienia odwołania od takiej decyzji mającego na celu przeprowadzenie kontroli jej zgodności z prawem.
- 66 Mając na względzie powyższe uwagi, na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że jego analiza nie ujawniła żadnej okoliczności, która mogłaby mieć wpływ na ważność art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.

2.24. orzeczenie 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

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 32 Poprzez swe dwa pytania prejudycjalne, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający stara się w istocie ustalić, czy przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych i zasady konkurencji zapisane w traktacie należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie krajowym uregulowaniom, które, tak jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, przewidują, iż organy lokalne muszą powierzyć świadczenie usług transportu sanitarnego i ratownictwa medycznego w pierwszej kolejności i w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez jakiegokolwiek ogłoszenia o zamówieniu, objętym umowami organizacjom wolontariackim, które otrzymują w zamian za świadczenie tych usług jedynie zwrot faktycznie poniesionych kosztów oraz części kosztów stałych i kosztów długookresowych.
- 33 Jeżeli chodzi o interpretację przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, na wstępie należy przypomnieć, że dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do zamówień publicznych na usługi zdefiniowanych w art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy jako zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II do wspomnianej dyrektywy.
- 34 Ów załącznik dzieli się na dwie części, a mianowicie część A i część B. Usługi transportu sanitarnego i ratownictwa medycznego zaliczają się jednocześnie do kategorii 2 znajdującej się w załączniku IIA do dyrektywy 2004/18, ze względu na aspekty transportowe tych usług oraz do kategorii 25 znajdującej się w załączniku IIB do tej dyrektywy ze względu na ich aspekty sanitarne [zob., w odniesieniu do odpowiadających im kategorii w załącznikach I A i I B 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 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 322, s. 1), wyrok Tögel, C-76/97, EU:C:1998:432, pkt 39].
- 35 Z postanowienia odsyłającego wynika, że mające znaczenie krajowe uregulowania zostały wdrożone przede wszystkim poprzez regionalne porozumienie ramowe zawarte z organizacjami reprezentującymi stowarzyszenia wolontariackie, określające zasady

szczególnych umów podlegających zawarciu pomiędzy lokalnymi organami służby zdrowia i tymi stowarzyszeniami, a następnie poprzez takie szczególne umowy.

- 36 Tymczasem takie porozumienie ramowe stanowi umowę ramową w rozumieniu art. 1 ust. 5, z uwagi na to zasadniczo mieści się w pojęciu zamówienia publicznego (zob. podobnie wyrok Komisja/Włochy, EU:C:2007:729, pkt 43, 44), zaś okoliczność, że zostało zawarte na rachunek podmiotów niemających celu zarobkowego, nie może spowodować wyłączenia z tej kwalifikacji (zob. podobnie wyrok Komisja/Włochy, EU:C:2007:729, pkt 41).
- 37 Należy również zaznaczyć, że okoliczność, iż porozumienie ramowe i wynikające z niego umowy szczególne nie przewidują innych, poza zwrotem kosztów, transferów finansowych na rzecz stowarzyszeń wolontariackich, nie stanowi decydującego czynnika. Umowa nie może bowiem 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 (wyrok Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 29). W konsekwencji, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 27 swej opinii, niewielkie znaczenie ma, czy koszty podlegające zwrotowi przez władze publiczne pokrywają wyłącznie koszty określone przez strony jako koszty bezpośrednio związane z realizacją danych świadczeń lub też ponadto część kosztów ogólnych.
- 38 W konsekwencji należy stwierdzić, że umowa ramowa taka jak regionalne porozumienie ramowe i wynikające z niego umowy zasadniczo są objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18.
- 39 W tym względzie z postanowienia odsyłającego, a zwłaszcza z drugiego pytania prejudycjalnego wynika, że sąd odsyłający wychodzi z założenia, iż dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania do regionalnego porozumienia ramowego ani do wynikających z niego umów, z uwagi na co zastosowanie mają jedynie zasady traktatowe i będąca ich następstwem zasada przejrzystości.
- 40 Należy jednak przypomnieć, że konsekwencją mieszanego charakteru usług, które, jak usługi rozpatrywane w postępowaniu głównym, są objęte załącznikami IIA i IIB do dyrektywy 2004/18, jest to, iż art. 22 tej dyrektywy ma zastosowanie. Tymczasem zgodnie z tym przepisem, zamówienia publiczne lub, w zależności od przypadku, umowy ramowe, których wartość przekracza prawnie istotny próg określony w art. 7 rzeczonyj dyrektywy i które dotyczą takich usług, muszą być udzielane w sposób zgodny z przepisami art. 23–55 tejże dyrektywy, jeżeli wartość usług transportowych uwzględnionych w załączniku IIA jest większa niż wartość usług zdrowotnych uwzględnionych w załączniku IIB.
- 41 Jako że wartość usług uwzględnionych w załączniku IIB przewyższa wartość usług uwzględnionych w załączniku IIA, zamówienia należy udzielić zgodnie jedynie z art. 23 i art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18. Natomiast pozostałe przepisy dotyczące koordynacji postępowań przewidzianych przez dyrektywę 2004/18, w szczególności zaś obowiązek dotyczący organizacji przetargu z uprzednim ogłoszeniem oraz przewidziane w niej obowiązki dotyczące kryteriów udzielenia zamówienia, nie mają zastosowania do rzeczonych zamówień (wyroki: Komisja/Irlandia, C-507/03, EU:C:2007:676, pkt 24; Komisja/Irlandia, C-226/09, EU:C:2010:697, pkt 27).
- 42 Ustawodawca wspólnotowy wyszedł bowiem z założenia, iż zamówienia dotyczące usług wymienionych w załączniku IIB do dyrektywy 2004/18 nie mają a priori, ze względu na swój szczególny charakter, takiej wagi w stosunkach transgranicznych, która by uzasadniała wymóg, żeby udzielano ich w wyniku postępowań, które umożliwią przedsiębiorstwom

z innych państw członkowskich zapoznanie się z ogłoszeniem o zamówieniu i złożenie oferty (zob. wyroki: Komisja/Irlandia, EU:C:2010:697, pkt 25; Strong Segurança, C-95/10, EU:C:2011:161, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 43 Z pkt 40 i 41 niniejszego wyroku wynika zatem, że jeżeli wartość regionalnego porozumienia ramowego przewyższa prawnie istotny próg określony w art. 7 dyrektywy 2004/18, zastosowanie mają wszystkie przepisy proceduralne przewidziane w tej dyrektywie lub jedynie w jej art. 23 i art. 35 ust. 4, w zależności od tego, czy wartość usług transportowych przewyższa wartość usług zdrowotnych lub odwrotnie. Do sądu odsyłającego należy sprawdzenie, czy wartość tego porozumienia przewyższa próg stosowania i ustalenie wartości odpowiednio usług transportowych i usług zdrowotnych.
- 44 W wypadku gdyby wartość regionalnego porozumienia ramowego przewyższała prawnie istotny próg określony w art. 7, a wartość usług transportowych przewyższała wartość usług zdrowotnych, należy uznać, że dyrektywa 2004/18 stoi na przeszkodzie uregulowaniu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które przewiduje, iż organy lokalne muszą powierzyć świadczenie usług transportu sanitarnego i ratownictwa medycznego w pierwszej kolejności i w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez jakiegokolwiek ogłoszenia o zamówieniu, organizacjom wolontariackim objętym umowami.
- 45 Natomiast, w wypadku gdyby sąd odsyłający stwierdził, że wspomniany próg nie został osiągnięty lub wartość usług zdrowotnych przewyższa wartość usług transportowych, zastosowane mogłyby zostać jedynie – poza, w tym drugim przypadku, art. 23 i art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18 – ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania wynikające z art. 49 TFUE i 56 TFUE (zob. podobnie wyroki: Komisja/Irlandia, EU:C:2007:676, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo; Strong Segurança, EU:C:2011:161, pkt 35).
- 46 Aby jednak zasady te mogły zostać zastosowane w dziedzinie zamówień publicznych do działalności, której wszystkie istotne elementy mieszczą się w obrębie jednego państwa członkowskiego, zamówienie rozpatrywane w postępowaniu głównym musi mieć niewątpliwe znaczenie transgraniczne (zob. podobnie wyroki: Komisja/Irlandia, EU:C:2007:676, pkt 29; Komisja/Włochy, C-412/04, EU:C:2008:102, pkt 66, 81; SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, pkt 21; Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 24; Komisja/Irlandia, C-226/09, EU:C:2010:697, pkt 31).
- 47 Niemniej jednak sąd odsyłający nie ustalił okoliczności potrzebnych w celu umożliwienia Trybunałowi zbadania, czy w sprawie w postępowaniu głównym istnieje niewątpliwe znaczenie transgraniczne. Tymczasem, jak wynika z art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 listopada 2012 r., 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.
- 48 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 prowadzi do niedopuszczalności wniosku, jeśli pomimo

tych braków Trybunał uzna, że jest w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu w świetle okoliczności wynikających z akt sprawy. 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. wyroki: SECAP i Santorso, EU:C:2008:277, pkt 34; Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 25).

- 49 Jeżeli chodzi o obiektywne kryteria mogące wskazywać na 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 (zob. wyroki: SECAP i Santorso, EU:C:2008:277, pkt 31; Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, pkt 29). 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. W odniesieniu dokładniej do transportu sanitarnego Trybunał stwierdził w ramach skargi o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego, że niewątpliwe znaczenie transgraniczne nie zostało wykazane na podstawie samej okoliczności, iż podmioty z innych państw członkowskich wniosły skargę do Komisji Europejskiej i że dane zamówienia miały dużą wartość gospodarczą (zob. podobnie wyrok Komisja/Niemcy C-160/08, EU:C:2010:230, pkt 18, 27 i nast., 54, 123).
- 50 Przyjmując to zastrzeżenie, należy więc uznać, że ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania wynikające z art. 49 TFUE i 56 TFUE mogą zasadniczo być stosowane do umowy ramowej takiej jak regionalne porozumienie ramowe i do umów takich jak te, które wynikają z tegoż porozumienia ramowego.
- 51 Tymczasem prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych w zakresie, w jakim dotyczy w szczególności zamówień publicznych na usługi ma na celu zapewnienie swobodnego przepływu usług oraz otwarcia na niezakłóconą i jak najszerszą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. wyrok Bayerischer Rundfunk i in., C-337/06, EU:C:2007:786, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 52 Należy więc stwierdzić, że system umów, taki jak ustanowiony w art. 75b LR nr 41/2006, prowadzi do rezultatów sprzecznych z tymi celami. Przewidując bowiem, że właściwe organy publiczne wykorzystują w drodze bezpośredniego udzielania zamówień w pierwszej kolejności organizacje wolontariackie objęte umowami w celu zaspokojenia potrzeb w tej dziedzinie, uregulowanie to wyklucza podmioty, które nie mają celów wolontariackich z zasadniczej części danego zamówienia. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Trybunału udzielenie zamówienia, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi przejaw różnego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, dla których zamówienie to mogłoby być interesujące, a które znajdują się w innym państwie członkowskim. O ile takie zróżnicowanie traktowania, które poprzez wykluczenie wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim działa głównie na ich niekorzyść, nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy art. 49 TFUE i 56 TFUE (zob. podobnie wyroki Komisja/Irlandia, EU:C:2007:676, pkt 30, 31; Komisja/Włochy, EU:C:2007:729, pkt 64, oraz Komisja/Włochy, EU:C:2008:102, pkt 66).

- 53 Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 75a ust. 1 i art. 75a ust. 2 lit. a) LR nr 41/2006 sposób organizacji rozpatrywanego w postępowaniu głównym transportu sanitarnego uzasadniony jest zasadami powszechności, solidarności, efektywności gospodarczej i odpowiedniości, ponieważ wykorzystywanie w pierwszej kolejności organizacji wolontariackich objętych umowami ma na celu w szczególności zagwarantowanie, aby owa usługa świadczona w interesie ogólnym była zapewniana w warunkach równowagi gospodarczej pod względem budżetowym. Jako że rzeczony art. 75a przewiduje uczestnictwo organizacji wolontariackich w świadczeniu usług w interesie ogólnym i odwołuje się do zasady solidarności, przepis ten jest zbliżony do postanowień konstytucji i przepisów ustaw dotyczących działalności wolontariackiej obywateli wspomnianych w pkt 9–11 niniejszego wyroku.
- 54 Tymczasem prawo Unii uwzględnia powyższe cele.
- 55 W tym względzie należy, po pierwsze, przypomnieć, że prawo Unii nie narusza kompetencji państw członkowskich w zakresie organizacji systemów zdrowia publicznego i zabezpieczenia społecznego (zob. w szczególności wyroki: *Sodemare i in.*, C-70/95, EU:C:1997:301, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo; *Blanco Pérez i Chao Gómez*, C-570/07 i C-571/07, EU:C:2010:300, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 56 Państwa członkowskie w ramach wykonywania tej kompetencji nie mogą oczywiście wprowadzać lub utrzymywać nieuzasadnionych ograniczeń wykonywania podstawowych wolności w dziedzinie zabiegów zdrowotnych. Niemniej jednak przy dokonywaniu oceny tego zakazu należy uwzględnić okoliczność, że zdrowie i życie ludzi ma pierwszorzędne znaczenie pośród dóbr i interesów chronionych traktatem, i że do państw członkowskich, którym przysługuje swoboda uznania, należy decyzja o poziomie, na którym chcą zapewnić ochronę zdrowia publicznego, oraz o sposobie osiągnięcia tego poziomu (zob. podobnie w szczególności wyroki: *Komisja/Niemcy*, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 46, 51 i przytoczone tam orzecznictwo; *Blanco Pérez i Chao Gómez*, EU:C:2010:300, pkt 43, 44, 68, 90 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 57 Ponadto samo ryzyko poważnego naruszenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego może nie tylko stanowić nadrzędną przesłankę interesu ogólnego, zdolną usprawiedliwić przeszkodę w swobodnym świadczeniu usług, lecz ponadto cel utrzymania, ze względów zdrowia publicznego, zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich służby medycznej i szpitalnej może również wchodzić w zakres jednego z odstępstw uzasadnionych względami zdrowia publicznego, o ile przyczynia się do osiągnięcia wysokiego poziomu ochrony zdrowia (zob. podobnie wyrok *Stamatelaki*, C-444/05, EU:C:2007:231, pkt 30, 31 i przytoczone tam orzecznictwo). Dotyczy to, po pierwsze, środków, które odpowiadają ogólnemu celowi zapewnienia na terytorium danego państwa wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonej gamy usług szpitalnych dobrej jakości i po drugie przyczyniają się do kontroli nad kosztami i uniknięcia, w największym możliwym zakresie, jakiegokolwiek marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich (zob. podobnie wyrok *Komisja/Niemcy*, EU:C:2008:492, pkt 61).
- 58 Po drugie, należy przypomnieć, że w pkt 32 wyroku *Sodemare i in.* (EU:C:1997:301) Trybunał orzekł, że państwo członkowskie może, w ramach kompetencji w zakresie organizacji systemu zabezpieczenia społecznego, uznać że system pomocy społecznej dla osób starszych, których stan powoduje konieczność świadczeń zdrowotnych, musi prowadzić do tego, że w celu osiągnięcia jego celów, a mianowicie poszanowania wyłącznie społecznego celu tego systemu, dopuszczenie do niego podmiotów prywatnych jako

usługodawców świadczących pomoc społeczną jest uzależnione od warunku, iż nie mają oni celu zarobkowego.

- 59 W konsekwencji państwo członkowskie może przyjąć, w ramach zakresu uznania przyśługującego mu w celu zadecydowania o poziomie ochrony zdrowia publicznego i organizacji jego systemu bezpieczeństwa społecznego, że wykorzystywanie stowarzyszeń wolontariackich odpowiada celowi społecznemu usług transportu sanitarnego i może przyczyniać się do kontroli nad kosztami tych usług.
- 60 Należy jednak zaznaczyć, że system organizacji usług transportu sanitarnego taki jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, polegający na wykorzystywaniu przez właściwe organy w pierwszej kolejności stowarzyszeń wolontariackich musi w rzeczywistości przyczyniać się do celu społecznego i do realizacji celów solidarności i efektywności budżetowej, na których system ten się opiera.
- 61 W tym względzie wymagane jest, aby stowarzyszenia wolontariackie, gdy działają w tych ramach, nie realizowały celów innych aniżeli cele wspomniane w poprzednim punkcie niniejszego wyroku, aby nie czerpały żadnych zysków z ich usług, niezależnie od zwrotu kosztów zmiennych, stałych i długookresowych koniecznych do ich świadczenia ani nie zapewniały żadnego zysku swym członkom. Co więcej, jakkolwiek dopuszczalne jest korzystanie z pracowników, gdyż w ich braku stowarzyszenia te byłyby niemalże pozbawione faktycznej możliwości działania w licznych dziedzinach, w których zasada solidarności może być naturalnie wdrożona, rzeczony stowarzyszenia muszą rygorystycznie przestrzegać wymogów ustanowionych w odniesieniu do nich w ustawodawstwie krajowym.
- 62 W świetle ogólnej zasady prawa Unii zabraniającej nadużywania prawa (zob. analogicznie wyrok 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, pkt 33) stosowanie tego ustawodawstwa nie może być rozszerzone tak, aby obejmowało nadużycia stowarzyszeń wolontariackich lub ich członków. Tym samym działalność stowarzyszeń wolontariackich może być wykonywana przez pracowników jedynie w granicach koniecznych dla ich prawidłowego funkcjonowania. Jeżeli chodzi o zwrot kosztów, należy czuwać nad tym, aby pod przykryciem działalności wolontariackiej nie był realizowany żaden cel zarobkowy, chociażby nawet pośredni i aby wolontariusz mógł uzyskać jedynie zwrot kosztów faktycznie poniesionych w ramach wykonywanej działalności, w granicach uprzednio ustalonych przez same stowarzyszenia.
- 63 Do sądu odsyłającego należy przeprowadzenie wszystkich wymaganych ocen w celu ustalenia, czy system organizacji usług transportu sanitarnego rozpatrywany w postępowaniu głównym, uregulowany w mającym zastosowanie ustawodawstwie i wdrożony poprzez regionalne porozumienia ramowe i szczególne umowy z niego wynikające, w rzeczywistości przyczynia się do celu społecznego i do realizacji celów solidarności i efektywności budżetowej, na których system ten się opiera.
- 64 Jeżeli chodzi o interpretację postanowień traktatu w dziedzinie konkurencji, to z uwag dotyczących interpretacji prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych wynika, że nie ma potrzeby badania uregulowań takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym w świetle wspomnianych postanowień dotyczących konkurencji.
- 65 W świetle ogółu powyższych uwag na zadane pytania należy odpowiedzieć, iż art. 49 TFUE i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że postanowienia te nie stoją na przeszkodzie uregulowaniom krajowym, które, tak jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, przewidują, iż świadczenie usług transportu sanitarnego i ratownictwa medycznego musi być powierzane w pierwszej kolejności i w drodze bezpośredniego udzielenia

zamówienia, bez jakiegokolwiek ogłoszenia o zamówieniu, organizacjom wolontariackim objętym umowami, o ile ramy prawne i umowne, w których prowadzona jest działalność tychże organizacji, faktycznie przyczyniają się do celu społecznego i do realizacji celów solidarności oraz efektywności budżetowej, na których opierają się te uregulowania.

**2.25. orzeczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-568/13 Azienda Ospedaliero-
-Universitaria di Careggi-Firenze przeciwko Data Medical Service srl,
ECLI:EU:C:2014:2466**

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 30 Pytanie to wynika z wątpliwości wyrażonych przez sąd odsyłający w zakresie kwestii, czy obowiązujące włoskie przepisy, interpretowane w ten sposób, że zawierają ogólny zakaz uniemożliwiający wszystkim podmiotom publicznym, a w rezultacie także publicznym uniwersyteckim placówkom szpitalnym, takim jak Azienda, udział w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych, mogą być uznane za zgodne z odnośnym orzecznictwem Trybunału w dziedzinie zamówień publicznych.
- 31 W swym pierwszym pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 lit. c) dyrektywy 92/50 sprzeciwia się przepisom krajowym, które wykluczają udział publicznej placówki szpitalnej, takiej jak będąca przedmiotem postępowania głównego, w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych z uwagi na jej status publicznej jednostki gospodarczej.
- 32 Należy podkreślić na wstępie, że o ile pytanie przedłożone przez sąd odsyłający odnosi się zarówno do art. 1 lit. c) dyrektywy 92/50, jak i do art. 1 ust. 8 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18, o tyle zamówienie będące przedmiotem postępowania głównego objęte jest ratione temporis przepisami dyrektywy 92/50. Z pkt 19 niniejszego wyroku wynika bowiem, że Regione Lombardia wszczął przetarg będący przedmiotem postępowania głównego w drodze ogłoszenia opublikowanego w dniu 5 października 2005 r. Tymczasem na mocy art. 80 i 82 dyrektywy 2004/18 akt ten ta uchylił dyrektywę 92/50 wyłącznie z dniem 31 stycznia 2006 r. Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego będące przedmiotem postępowania głównego jest zatem objęte przepisami prawa obowiązującymi w dniu publikacji ogłoszenia o przetargu.
- 33 Należy następnie zauważyć, że możliwość uczestniczenia podmiotów publicznych w zamówieniach publicznych wraz z prywatnymi wykonawcami wynika wyraźnie z samej treści art. 1 lit. c) dyrektywy 92/50, zgodnie z którym „usługodawca” oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, która oferuje usługi, włączając w to podmiot publiczny. Ponadto możliwość taka została uznana przez Trybunał w wyroku Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 51) oraz potwierdzona w późniejszych wyrokach: ARGE (EU:C:2000:677, pkt 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, pkt 38) i Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. (EU:C:2012:817, pkt 26).
- 34 Trybunał podkreślił również w tym względzie, że jednym z celów przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję (zob. podobnie wyrok Bayerischer Rundfunk i in., C-337/06, EU:C:2007:786, pkt 39), które to otwarcie leży również we własnym interesie zainteresowanej instytucji zamawiającej, dysponującej szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej

do potrzeb danych odbiorców publicznych. Wykładnia zawężająca pojęcia „wykonawcy” spowodowałaby, że umowy zawarte pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami organizacyjnymi, które nie działają zasadniczo w celu osiągnięcia zysku, nie mogłyby być uznane za „zamówienia publiczne”, wobec czego umowy te mogłyby być zawierane w sposób nieformalny, co spowodowałoby ich wyłączenie spod przepisów Unii dotyczących równego traktowania i przejrzystości, wbrew celowi tych przepisów (zob. podobnie wyrok CoNISMa, EU:C:2009:807, pkt 37, 43).

- 35 Trybunał orzekł zatem, że zarówno z przepisów Unii, jak i z orzecznictwa wynika, że dopuszcza się do złożenia oferty lub zgłoszenia kandydatury każdą osobę lub każdy podmiot, które – zważywszy na wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym – uważają, że mogą być uznane za odpowiednie w celu zapewnienia realizacji tego zamówienia, niezależnie od tego, czy posiadają status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy działalność na rynku tej osoby lub tego podmiotu ma charakter systematyczny, czy też wyłącznie okazjonalny (zob. podobnie wyrok CoNISMa, EU:C:2009:807, pkt 42).
- 36 Ponadto, jak wynika z treści art. 26 ust. 2 dyrektywy 92/50, państwa członkowskie mają bez wątpienia możliwość udzielenia bądź nieudzielenia określonym kategoriom wykonawców zezwoleń na świadczenie określonych usług. Mogą one regulować działalność podmiotów takich jak uniwersytety i instytuty badawcze, które nie mają celu zarobkowego, lecz których podstawowym zadaniem jest prowadzenie działalności naukowodzydaktycznej. Państwa członkowskie mogą w szczególności zezwolić albo też nie zezwolić takim podmiotom na prowadzenie działalności na rynku, zależnie od tego, czy działalność ta jest do pogodzenia z ich celami instytucjonalnymi i statutowymi. Niemniej jednak, jeżeli i w zakresie, w jakim podmioty takie mają prawo do oferowania, chociażby sporadycznie, odpłatnie określonych usług na rynku, państwa członkowskie nie mogą zabraniać im uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi. Taki zakaz nie byłby bowiem zgodny z art. 1 lit. a) i c) dyrektywy 92/50 (w odniesieniu do odpowiednich przepisów dyrektywy 2004/18 zob. wyroki: CoNISMa, EU:C:2009:807, pkt 47–49; a także Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., EU:C:2012:817, pkt 27).
- 37 Jak zauważył pełnomocnik rządu włoskiego na rozprawie przed Trybunałem, uniwersyteckie publiczne placówki szpitalne takie jak ta będąca przedmiotem postępowania głównego, jako „publiczna jednostka gospodarcza” – zgodnie z ich kwalifikacją na szczeblu krajowym – są upoważnione do prowadzenia odpłatnej działalności na rynku w sektorach zgodnych z ich instytucjonalnymi i statutowymi zadaniami. W postępowaniu głównym usługi, których dotyczy odnośne zamówienie publiczne, nie są ponadto – jak się zdaje – niezgodne z instytucjonalnymi i statutowymi celami Aziendy. W takich okolicznościach, których zbadanie należy do sądu odsyłającego, Azienda, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, o którym mowa w pkt 36 niniejszego wyroku, nie może być wykluczona z uczestnictwa w tym zamówieniu.
- 38 W rezultacie na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 1 lit. c) dyrektywy 92/50 sprzeciwia się przepisom krajowym, które wykluczają udział publicznej placówki szpitalnej, takiej jak będąca przedmiotem postępowania głównego, w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych z uwagi na jej status publicznej jednostki gospodarczej, jeżeli i w zakresie w jakim placówka ta może działać na rynku zgodnie ze swoimi instytucjonalnymi i statutowymi celami.

W przedmiocie pytania drugiego

- 39 W swym pytaniu drugim sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 92/50, a w szczególności ogólne zasady wolnej konkurencji, niedyskryminacji i proporcjonalności, które leżą u podstaw tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym zezwalającym na to, by publiczna placówka szpitalna, taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego, uczestniczyła w przetargu i przedłożyła ofertę, z którą nie można konkurować z uwagi na finansowanie ze środków publicznych, z którego placówka ta korzysta, bez jednoczesnego wprowadzenia środków korygujących, mających na celu uniknięcie podobnego efektu zakłócającego konkurencję.
- 40 W uzasadnieniu tego pytania Consiglio di Stato wyraża wątpliwości w kwestii, czy procedura badania ofert rażąco niskich, o której mowa w art. 37 dyrektywy 92/50, może być uznana za wystarczający środek w celu zapobiegania takim zakłóceniom konkurencji.
- 41 W tym względzie, mimo iż sąd odsyłający uważa za pożądane znalezienie mechanizmów korygujących w celu wyrównania sytuacji wyjściowej pomiędzy różnymi wykonawcami, które to mechanizmy powinny wykraczać poza kontrolę ewentualnie rażąco niskiej ceny ofert, należy stwierdzić, że prawodawca Unii, świadomy różnego charakteru konkurentów uczestniczących w zamówieniach publicznych, nie przewidział innych mechanizmów niż mechanizm obejmujący badanie i ewentualne odrzucenie rażąco niskich ofert.
- 42 Ponadto należy przypomnieć, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.
- 43 Jednakże przepisy dyrektywy 92/50 i orzecznictwo Trybunału nie pozwalają na wykluczenie, z góry i bez dodatkowego badania, z udziału w postępowaniu w sprawie udzielania zamówień publicznych oferenta wyłącznie z tego powodu, że dzięki subwencjom publicznym, z których korzysta, może on przedstawiać oferty znacząco niższe niż oferenci, którzy nie są subwencjonowani (zob. podobnie wyroki: ARGE, EU:C:2000:677, pkt 25–27; a także CoNISMa, EU:C:2009:807, pkt 34, 40).
- 44 Jednakże w pewnych szczególnych okolicznościach instytucja zamawiająca ma obowiązek albo przynajmniej możliwość wzięcia pod uwagę istnienia subwencji, a w szczególności pomocy niezgodnej z traktatem, aby – jeżeli zajdzie taka potrzeba – wykluczyć oferentów, którzy z niej skorzystali (zob. podobnie wyroki: ARGE, EU:C:2000:677, pkt 29; a także CoNISMa, EU:C:2009:807, pkt 33).
- 45 W tym względzie, jak zauważyła Komisja na rozprawie przed Trybunałem, okoliczność, że dana publiczna placówka posiada odrębną rachunkowość w odniesieniu do działalności prowadzonej na rynku i pozostałej działalności, może umożliwić zbadanie, czy oferta jest rażąco niska w wyniku przyznanej pomocy państwa. Jednakże instytucja zamawiająca nie może stwierdzić na podstawie braku takiej odrębnej rachunkowości, że oferta była możliwa dzięki uzyskaniu subwencji lub pomocy państwa niezgodnej z traktatem.
- 46 Należy ponadto podkreślić, że z treści art. 37 ust. 1 i 3 dyrektywy 92/50 wynika, iż możliwość odrzucenia oferty rażąco niskiej nie ogranicza się wyłącznie do przypadku, w którym niska cena zaproponowana w tej ofercie wynika z uzyskania pomocy państwa niezgodnej z prawem lub z wewnętrznym rynkiem. Możliwość ta ma bowiem bardziej ogólny charakter.
- 47 Po pierwsze, z treści tego przepisu wynika, że instytucja zamawiająca ma obowiązek, w ramach badania rażąco niskiej ceny oferty, zażądania od kandydata przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że jego oferta jest poważna (zob. podobnie wyrok SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 28).

- 48 W związku z tym zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontrydiktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby ten mógł wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 92/50 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach (zob. podobnie wyrok SAG ELV Slovensko i in., EU:C:2012:191, pkt 29).
- 49 Po drugie, należy zauważyć, że art. 37 dyrektywy 92/50 nie zawiera definicji pojęcia „rażąco niskiej oferty”. Do państw członkowskich, a w szczególności do instytucji zamawiających należy zatem określenie metody obliczenia progu świadczącego o wystąpieniu „rażąco niskiej oferty” w rozumieniu tego artykułu (zob. podobnie wyrok Lombardini i Mantovani, C-285/99 i C-286/99, EU:C:2001:640, pkt 67).
- 50 Prawodawca Unii uznał przy tym w tym przepisie, że rażąco niska cena oferty powinna być oceniana „w stosunku do usługi”. Instytucja zamawiająca może zatem, w ramach badania rażąco niskiej oferty, w celu zapewnienia zdrowej konkurencji, uwzględnić nie tylko okoliczności wymienione w art. 37 ust. 2 dyrektywy 92/50, lecz również wszystkie istotne elementy w związku z odnośną usługą (zob. podobnie wyrok SAG ELV Slovensko i in., EU:C:2012:191, pkt 29, 30).
- 51 W rezultacie na pytanie drugie należy odpowiedzieć, iż przepisy dyrektywy 92/50, a w szczególności ogólne zasady wolnej konkurencji, niedyskryminacji i proporcjonalności, które leżą u podstaw tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym zezwalającym na to, by publiczna placówka szpitalna, taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego, uczestniczyła w przetargu i przedłożyła ofertę, z którą nie można konkurować z uwagi na finansowanie ze środków publicznych, z którego placówka ta korzysta. Jednakże w ramach badania rażąco niskiej ceny oferty na podstawie art. 37 tej dyrektywy instytucja zamawiająca może uwzględnić finansowanie ze środków publicznych, z którego korzysta taka placówka w związku z możliwością odrzucenia tej oferty.

2.26. orzeczenie z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 *eVigilo Ltd przeciwko Priėšgaisrinėš apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, ECLI:EU:C:2015:166

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego lit. a), b)

- 31 W pytaniu pierwszym lit. a), b), sąd odsyłający zasadniczo zwraca się o wyjaśnienie, czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 oraz art. 2, art. 44 ust. 1 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by niezgodność z prawem oceny ofert złożonych przez oferentów była stwierdzana jedynie w oparciu o znaczące powiązania zwycięskiego oferenta z biegłymi powołanymi przez instytucję zamawiającą do oceny ofert, bez zbadania innych elementów postępowania, w tym okoliczności, że ewentualna stronniczość wspomnianych biegłych nie miała wpływu na decyzję w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, i nie wymagając, by oferent, którego oferta została odrzucona, wykazał w konkretny sposób, że biegli byli stronniczy.

- 32 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 zatytułowany „Zasady udzielania zamówień” stanowi, że „[i]nstytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.
- 33 Zasada równego traktowania oferentów mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (zob. podobnie wyroki: Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 110; Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44).
- 34 Obowiązek przejrzystości, który jest dopełnieniem powyższej zasady, ma zasadniczo na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania niektórych oferentów lub ofert przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie wyroki: Komisja/CAS Succhi di Frutta, EU:C:2004:236, pkt 111; Cartiera dell’Adda, EU:C:2014:2345, pkt 44).
- 35 Konflikt interesów obejmuje ryzyko, że publiczna instytucja zamawiająca zacznie się kierować względami niezwiązanymi z danym zamówieniem i że będzie sprzyjać przez sam ten fakt danemu oferentowi. Taki konflikt interesów może zatem stanowić naruszenie art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 36 W powyższym względzie okoliczność, że instytucja zamawiająca powołała biegłych działających z jej upoważnienia w celu oceny złożonych ofert nie zwalnia owej instytucji z odpowiedzialności w zakresie poszanowania wymogów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 23).
- 37 Stwierdzenie stronniczości biegłego wymaga w szczególności oceny faktów i dowodów, co leży w kompetencji instytucji zamawiających oraz organów nadzoru administracyjnego lub organów kontroli sądowej.
- 38 Należy zauważyć, że ani dyrektywa 89/665, ani dyrektywa 2004/18 nie zawierają konkretnych przepisów w powyższym względzie.
- 39 Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem w braku uregulowań Unii w tej dziedzinie zadaniem państw członkowskich jest określenie zasad postępowania administracyjnego i sądowego, aby zapewnić ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (zob. wyrok Club Hotel Loutraki i in., C-145/08, C-149/08, EU:C:2010:247, pkt 74 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 W szczególności tryb sądowych postępowań odwoławczych, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinien stanowić zagrożenia dla skuteczności dyrektywy 89/665 [zob. wyrok Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 41 Powyższe zasady nie stoją zazwyczaj na przeszkodzie temu, by w państwach członkowskich można było wykazać stronniczość biegłego na podstawie samej tylko obiektywnej sytuacji po to, by zapobiec ryzyku, że publiczna instytucja zamawiająca zacznie się kierować względami niezwiązanymi z danym zamówieniem i przez sam ten fakt może doprowadzić do sprzyjania określonemu oferentowi.

- 42 Co się tyczy reguł dowodowych w powyższym względzie, należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające powinny zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działać w sposób przejrzysty. Z powyższego wynika, że instytucjom tym przydzielono aktywną rolę w stosowaniu zasad udzielania zamówień publicznych.
- 43 Ponieważ wspomniany obowiązek odpowiada podstawowym założeniom tychże dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych (zob. wyrok *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45), wynika z niego, że instytucja zamawiająca jest, w każdym wypadku, zobowiązana sprawdzić, czy istnieje ewentualny konflikt interesów i podjąć odpowiednie działania celem zapobieżenia powstania takiego konfliktu, wykrycia go lub zaradzenia mu. Tymczasem nie byłoby w zgodzie ze wspomnianą aktywną rolą, by w ramach postępowania odwoławczego nakładać na skarżącą ciężar dowodu na zaistnienie konkretnego przypadku stronniczości biegłych powołanych przez instytucję zamawiającą. Rozwiązanie takie byłoby również sprzeczne z zasadą skuteczności oraz z przewidzianym w art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 wymogiem zapewnienia skutecznego odwołania, ponieważ w szczególności oferent nie ma zazwyczaj dostępu do informacji i dowodów, które pozwoliłyby mu wykazać taką stronniczość.
- 44 Tak więc, jeśli oferent, którego oferta została odrzucona, przedstawi obiektywne okoliczności podające w wątpliwość bezstronność biegłego powołanego przez instytucję zamawiającą, na tej instytucji spoczywa obowiązek zbadania wszelkich istotnych okoliczności poprzedzających wydanie decyzji dotyczącej zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia celem zapobieżenia powstaniu konfliktu interesów, wykrycia go lub zaradzenia mu, w tym, w stosownym wypadku, żądając, by strony dostarczyły określone informacje i dowody.
- 45 W przypadku ustalenia, że zaistniały okoliczności takie jak opisane w twierdzeniach przedstawionych w postępowaniu głównym dotyczące powiązań między biegłymi powołanymi przez instytucję zamawiającą a ekspertami zwycięskich przedsiębiorstw, w szczególności okoliczność, że wspomniane osoby pracują razem na tym samym uniwersytecie, należą do tej samej grupy badawczej lub istnieje między nimi stosunek podległości służbowej w ramach tego uniwersytetu – stanowią one obiektywne podstawy, które powinny dać początek szczegółowemu zbadaniu sprawy przez instytucję zamawiającą albo, w stosownym przypadku, przez organy nadzoru administracyjnego lub organy kontroli sądowej.
- 46 Z zastrzeżeniem poszanowania obowiązków wynikających z prawa Unii, a w szczególności obowiązków wymienionych w pkt 43 niniejszego wyroku, pojęcie „stronniczości” i jego kryteria należy określić na gruncie prawa krajowego. Powyższe odnosi się również do skutków prawnych ewentualnej stronniczości. Tak więc na gruncie prawa krajowego należy określić, czy i w jakim zakresie właściwe organy nadzoru administracyjnego i właściwe organy kontroli sądowej powinny wziąć pod uwagę okoliczność, że ewentualna stronniczość wspomnianych biegłych nie miała wpływu na decyzję w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.
- 47 W świetle powyższych rozważań należy odpowiedzieć na pytanie pierwsze lit. a), b), że art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 oraz art. 2, art. 44 ust. 1 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 powinny być interpretowane w ten sposób, iż co do zasady nie stoją one na przeszkodzie temu, by niezgodność z prawem oceny ofert złożonych przez oferentów była stwierdzana jedynie w oparciu o znaczące powiązania zwycięskiego oferenta z biegłymi powołanymi przez instytucję zamawiającą do oceny ofert. Instytucja zamawiająca

jest, w każdym wypadku, zobowiązana sprawdzić, czy istnieje ewentualny konflikt interesów, i podjąć odpowiednie działania celem zapobieżenia powstaniu takiego konfliktu, wykrycia go lub zaradzenia mu. W ramach badania odwołania w przedmiocie unieważnienia decyzji dotyczącej zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z powodu stronniczości biegłych nie można wymagać, by oferent, którego oferta została odrzucona, wykazał w konkretny sposób, że biegli byli stronniczy. Na gruncie prawa krajowego należy, co do zasady, określić, czy i w jakim zakresie właściwe organy nadzoru administracyjnego i właściwe organy kontroli sądowej powinny rozważyć wpływ ewentualnej stronniczości biegłych na decyzję dotyczącą zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. c)

- 48 W pytaniu pierwszym lit. c) sąd odsyłający zasadniczo zwraca się o wyjaśnienie, czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 oraz art. 2, art. 44 ust. 1 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że wymagają one, by prawo do wniesienia odwołania w przedmiocie zgodności z prawem postępowania przetargowego przysługiwało, po upływie terminu przewidzianego w prawie krajowym, oferentowi, który był w stanie zrozumieć warunki zamówienia dopiero w chwili, gdy instytucja zamawiająca, oceniwszy oferty, przedstawiła wyczerpujące informacje na temat podstaw swojej decyzji.
- 49 Pytanie to dotyczy terminu zawitego do wniesienia przewidzianego w prawie krajowym odwołania w przedmiocie zgodności z prawem postępowania przetargowego. Powyższe pytanie jest oparte na przesłance, zgodnie z którą zainteresowanemu oferentowi przysługuje środek zaskarżenia, na etapie postępowania przetargowego, umożliwiający podważenie zgodności z prawem tego postępowania. Omawiane pytanie dotyczy ustalenia, czy upływ terminu zawitego uniemożliwia zainteresowanemu oferentowi wniesienie skutecznego odwołania w przedmiocie zgodności z prawem postępowania przetargowego, które to odwołanie oferent wniósł przed otrzymaniem informacji na temat zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia.
- 50 W powyższym względzie należy stwierdzić, że przepisy dyrektywy 89/665, których celem jest ochrona oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, służą wzmocnieniu istniejących mechanizmów w celu zapewnienia skutecznego stosowania uregulowań Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane (wyrok *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo). Artykuł 1 ust. 1, 3 dyrektywy 89/665 wymaga, by możliwe było wniesienie skutecznego odwołania, „w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić”, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f rzeczzonej dyrektywy.
- 51 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału ustalanie rozsądnych terminów do wniesienia środków zaskarżenia pod rygorem upływu terminu zawitego co do zasady spełnia wymóg wynikający z zasady skuteczności, ponieważ stanowi zastosowanie fundamentalnej zasady pewności prawa. Pełna realizacja celu dyrektywy 89/665 byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie postępowania przetargowego, zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtórzenia całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń (wyroki: *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 75, 76 i przytoczone tam orzecznictwo; *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, pkt 50, 51; a także *Komisja/Irlandia*, C-456/08, EU:C:2010:46, pkt 51, 52).

- 52 Wedle orzecznictwa Trybunału cel wyznaczony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 dotyczący zagwarantowania skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w dziedzinie udzielania zamówień publicznych może zostać osiągnięty wyłącznie wtedy, gdy bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów [zob. wyroki: Uniplex (UK), EU:C:2010:45, pkt 32; a także Ildrodinamica Spurgo Velox i in., C-161/13, EU:C:2014:307, pkt 37].
- 53 Należy stwierdzić, że kryteria zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia powinny zostać zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a okoliczność, że kryteria te są niezrozumiałe lub niejasne może stanowić naruszenie dyrektywy 2004/18.
- 54 Trybunał orzekł w pkt 42 wyroku SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), że kryteria zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia powinny być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, tak aby umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zinterpretowanie ich w taki sam sposób.
- 55 Z powyższego wynika, że sąd odsyłający powinien ustalić, czy dany oferent rzeczywiście nie był zdolny zrozumieć kryteriów zawarcia umowy w sprawie udzielenia spornego zamówienia, czy też powinien był je zrozumieć, stosując, jako punkt odniesienia wzorzec rozsądnie poinformowanego i wykazującego zwykłą staranność oferenta.
- 56 W ramach powyższego badania należy uwzględnić okoliczność, że oferent, o którym mowa, oraz pozostali oferenci byli zdolni złożyć oferty i że oferent ten, przed złożeniem oferty, nie zwrócił się do instytucji zamawiającej o wyjaśnienia.
- 57 Jeśli powyższe badanie wykaże, że warunki przetargu były rzeczywiście niezrozumiałe dla oferenta i że nie miał on możliwości wniesienia odwołania w terminie przewidzianym w prawie krajowym, oferent może wnieść skuteczne odwołanie przed upływem przewidzianego terminu odnoszącego się do decyzji dotyczącej zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia.
- 58 W konsekwencji należy odpowiedzieć na pytanie pierwsze lit. c), że art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 oraz art. 2, art. 44 ust. 1 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 powinny być interpretowane w ten sposób, iż wymagają one, by prawo do wniesienia odwołania w przedmiocie zgodności z prawem postępowania przetargowego przysługiwało, po upływie terminu przewidzianego w prawie krajowym, rozsądnie poinformowanemu i wykazującemu zwykłą staranność oferentowi, który był zdolny zrozumieć warunki zamówienia dopiero w chwili, gdy instytucja zamawiająca, oceniwszy oferty, przedstawiła wyczerpujące informacje na temat podstaw swojej decyzji. Takie prawo do wniesienia odwołania przysługuje przed upływem terminu do zaskarżenia decyzji dotyczącej zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia.

W przedmiocie pytania drugiego

- 59 W pytaniu drugim sąd odsyłający zasadniczo zwraca się o wyjaśnienie, czy art. 2 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że umożliwiają one instytucji zamawiającej przyjęcie – jako kryterium oceny ofert złożonych przez oferentów w odpowiedzi na zamówienie publiczne – stopnia zgodności tych ofert z wymogami zawartymi w dokumentacji przetargowej.

- 60 Zgodnie z art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18, przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej brane są pod uwagę różne kryteria odnoszące się do przedmiotu danego zamówienia publicznego, przykładowo, jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji.
- 61 Zgodnie z orzecnictwem wyliczenie to, jak wynika z użycia słowa „przykładowo”, jest niewyczerpujące (zob. wyrok Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 84).
- 62 Tak więc instytucja zamawiająca ma prawo ustalić inne kryteria udzielania zamówienia, o ile odnoszą się one do przedmiotu zamówienia i są zgodne z zasadami określonymi w art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 63 Instytucji zamawiającej powinna przysługiwać tym bardziej wspomniana swoboda, gdyż wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dokonuje się „z punktu widzenia instytucji zamawiającej”.
- 64 Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający wydaje się, że, w postępowaniu głównym, stopień zgodności oferty z wymogami dokumentacji przetargowej jest związany z przedmiotem zamówienia i nic nie wskazuje na to, by wspomniane kryterium oceny było niezgodne z zasadami określonymi w art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 65 W konsekwencji należy odpowiedzieć na pytanie drugie, że art. 2 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18 powinny być interpretowane w ten sposób, iż umożliwiają one, co do zasady, instytucji zamawiającej przyjęcie – jako kryterium oceny ofert złożonych przez oferentów w odpowiedzi na zamówienie publiczne – stopnia zgodności tych ofert z wymogami zawartymi w dokumentacji przetargowej.

2.27. orzeczenie z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-61/14 *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato przeciwko Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino – Città di Levico Terme i in.*, ECLI:EU:C:2015:655

W przedmiocie dopuszczalności uwag na piśmie skierowanych do Trybunału przez interwenientów w postępowaniu głównym

- 29 Do postępowania głównego jako interwenienci popierający Orizzonte Salute przystąpili i złożyli uwagi na piśmie przed Trybunałem Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell’ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori (Codacons) (koordynacja stowarzyszeń i komitetów ochrony środowiska oraz praw użytkowników i konsumentów), Camera Amministrativa Roma (izba administracyjna w Rzymie), Associazione dei Consumatori Cittadini Europei (stowarzyszenie konsumentów europejskich), Ordine degli Avvocati di Roma (izba adwokacka w Rzymie), Associazione dei giovani amministrativisti (administracyjne stowarzyszenie młodzieży), Società italiana degli avvocati amministrativisti (włoska spółka adwokatów prawa administracyjnego) (łącznie zwani dalej „interwenientami w postępowaniu głównym”).
- 30 Rząd włoski podnosi niedopuszczalność uwag na piśmie złożonych przez strony, które przystąpiły do postępowania po ogłoszeniu postanowienia odsyłającego i zawieszeniu postępowania głównego. Ta niedopuszczalność wynika z art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a sąd krajowy po zawieszeniu postępowania nie ma uprawnienia do oceny dopuszczalności interwencji złożonej po skierowaniu

odesłania prejudycjalnego. Rząd ten jest zdania, że należy wyłączyć z akt sprawy uwagi na piśmie złożone przez osoby fizyczne i prawne inne niż będące uczestnikami postępowania w dniu złożenia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, aby uniknąć przekształcenia postępowania w *actio popularis*.

- 31 W tym względzie należy przypomnieć, że w odniesieniu do udziału w postępowaniu prejudycjalnym, zgodnie z art. 96 § 1 regulaminu postępowania w związku z art. 23 statutu Trybunału, uwagi przed Trybunałem mogą przedstawiać strony w postępowaniu głównym, państwa członkowskie, Komisja, oraz w danym wypadku instytucja, organ lub jednostka organizacyjna Unii, która przyjęła akt, którego ważności lub wykładni dotyczy spór, państwa będące stronami Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym, a niebędące państwami członkowskimi, Urząd Nadzoru EFTA i zainteresowane państwa trzecie. Ponieważ wykaz zawarty w tych przepisach jest wyczerpujący, prawo to nie może być rozszerzone na osoby fizyczne lub prawne, które nie są tam wyraźnie wymienione.
- 32 Zgodnie z art. 97 § 1 regulaminu postępowania „stronami w postępowaniu głównym” są strony wskazane jako takie przez sąd odsyłający zgodnie z krajowymi uregulowaniami proceduralnymi. W konsekwencji do sądu odsyłającego należy ustalenie, zgodnie z krajowymi uregulowaniami proceduralnymi, stron w zawisłym przed nim postępowaniu głównym.
- 33 Zadaniem Trybunału nie jest zbadanie, czy postanowienie sądu odsyłającego dopuszczające interwencję przed nim zostało wydane zgodnie z tymi uregulowaniami. Trybunał powinien oprzeć się na takim postanowieniu, o ile nie zostało ono uchylone na skutek złożenia środków zaskarżenia przewidzianych przez prawo krajowe (zob. analogicznie wyroki: *Radlberger Getränkegesellschaft i S. Spitz*, C-309/02, EU:C:2004:799, pkt 26, a także *Burtscher*, C-213/04, EU:C:2005:731, pkt 32).
- 34 W niniejszej sprawie nie twierdzi się, że postanowienie dotyczące dopuszczenia interwenientów w postępowaniu głównym nie jest zgodne z krajowymi uregulowaniami proceduralnymi regulującymi postępowanie zawisłe przed sądem krajowym ani że postanowienie to zostało zaskarżone.
- 35 Nie można przyznać statusu „strony w postępowaniu głównym” w rozumieniu art. 96 § 1 regulaminu postępowania w związku z art. 23 statutu Trybunału osobie, i nie może ona zostać dopuszczona do postępowania przed Trybunałem przewidzianego w art. 267 TFUE, jeżeli osoba ta składa do sądu krajowego wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta nie w celu odgrywania aktywnej roli w postępowaniu przed sądem krajowym, lecz wyłącznie aby uczestniczyć w postępowaniu przed Trybunałem (zobacz podobnie postanowienie *Football Association Premier League i in.*, C-403/08 i C-429/08, EU:C:2009:789, pkt 9).
- 36 Należy jednak stwierdzić, że żaden element akt sprawy nie wskazuje na to, aby interwenienci w postępowaniu głównym nie zamierzali odgrywać aktywnej roli w postępowaniu przed sądem odsyłającym i zamierzali się wypowiedzieć wyłącznie w ramach postępowania przed Trybunałem.
- 37 Wreszcie byłoby niezgodne z zasadą prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości i wymogiem rozstrzygania spraw prejudycjalnych w rozsądnym terminie, gdyby pisemny etap postępowania przed Trybunałem, ze względu na kolejne dopuszczanie interwenientów i przewidziany w art. 23 akapit drugi statutu Trybunału dwumiesięczny termin na przedłożenie uwag na piśmie przez tych interwenientów, nie mógł zostać zakończony lub gdyby należało ponownie otworzyć postępowanie.

- 38 W tych okolicznościach art. 97 § 2 regulaminu postępowania przed Trybunałem przewiduje, że jeżeli sąd krajowy poinformuje Trybunał o dopuszczeniu do postępowania głównego nowej strony, w czasie gdy postępowanie przed Trybunałem jest już w toku, strona ta akceptuje stan sprawy, w jakim się ona znajduje w chwili przekazania tej informacji.
- 39 Trybunał może zatem uznać za konieczne zezwolenie interwenientowi dopuszczonemu do postępowania głównego na przedłożenie uwag na piśmie tylko w terminie, jakim dysponują w tym celu zainteresowane strony w rozumieniu art. 23 statutu Trybunału, którym pierwotnie doręczono wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.
- 40 Należy stwierdzić, że w ramach niniejszego postępowania przedłożenie uwag na piśmie przez interwenientów dopuszczonych do postępowania głównego przez sąd odsyłający nie stanowiło ryzyka dla prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości czy wymogu rozstrzygnięcia spraw prejudycjalnych w rozsądnym terminie. Trybunał uznał zatem, że nie ma potrzeby skorzystania z uprawnienia wymienionego w poprzednim punkcie wyroku.
- 41 W świetle powyższych rozważań należy odrzucić argumenty rządu włoskiego dotyczące uznania za niedopuszczalne uwag na piśmie przedłożonych przez interwenientów w postępowaniu głównym. Te uwagi na piśmie przedłożone Trybunałowi są dopuszczalne.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 42 Poprzez swoje pytanie sąd odsyłający w istocie dąży do ustalenia, czy art. 1 dyrektywy 89/665 oraz zasady równoważności i skuteczności należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, takiemu jak będące przedmiotem postępowania głównego, które przy wnoszeniu skarg w postępowaniach sędowo-administracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych zobowiązuje do uiszczenia opłat sądowych wyższych niż w innych dziedzinach.
- 43 Artykuł 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 zobowiązuje państwa członkowskie do przedsięwzięcia niezbędnych środków, aby zapewnić istnienie skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, niezgodnych z prawem Unii i zapewnić szeroką dostępność procedur odwoławczych dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.
- 44 Dyrektywa ta pozostawia państwom członkowskim swobodę uznania w zakresie wyboru gwarancji proceduralnych, które określa, jak również związanych z nimi formalności (zob. wyrok *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie i in.*, C-568/08, EU:C:2010:751, pkt 57).
- 45 W szczególności dyrektywa 89/665 nie zawiera żadnego przepisu dotyczącego konkretnie opłat sądowych uiszczanych przez podmioty prawa, gdy wnoszą one, na podstawie art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, skargę o stwierdzenie nieważności na decyzję uważaną za bezprawną, dotyczącą procedury udzielania zamówień publicznych.
- 46 Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, w braku uregulowań Unii w tej dziedzinie zadaniem państw członkowskich, zgodnie z zasadą autonomii procesowej państw członkowskich, jest określenie zasad postępowania administracyjnego i sądowego, aby zapewnić ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień

wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (wyroki: Club Hotel Loutraki i in., C-145/08 i C-149/08, EU:C:2010:247, pkt 74; a także eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 39).

- 47 Ponadto, jako że takie opłaty sądowe stanowią tryb sądowych postępowań odwoławczych, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny stanowić zagrożenia dla skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665 (zobacz podobnie wyroki: Universale-Bau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 72, a także eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 40).
- 48 W odniesieniu do zasady skuteczności Trybunał orzekł, że wiąże się ona z wymogiem zapewnienia ochrony sądowej, ustanowionym w art. 47 karty, jakiego sąd krajowy musi przestrzegać (zobacz podobnie wyrok Sánchez Morcillo i Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, pkt 35, a także przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Artykuł 1 dyrektywy 89/665 należy zatem bezwzględnie interpretować w świetle praw podstawowych, które zostały zawarte w wyżej wskazanej karcie, a w szczególności prawa do skutecznej skargi do sądu, przewidzianego w art. 47 karty (zobacz podobnie wyrok Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428, pkt 29).
- 50 Należy zatem zbadać, czy przepisy takie jak będące przedmiotem postępowania głównego można uważać za zgodne z zasadami równoważności i skuteczności, a także z effet utile dyrektywy 89/665.
- 51 Dwie składowe tego badania dotyczą, po pierwsze, kwot opłaty standardowej uiszczanej za wniesienie skargi w postępowaniach sądowo-administracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych, a po drugie, wypadku kumulacji takich opłat wniesionych w ramach tego samego postępowania sądowo-administracyjnego w dziedzinie zamówień publicznych.

W przedmiocie jednolitej opłaty uiszczanej za wniesienie skargi w postępowaniach sądowo-administracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych

- 52 Na wstępie należy przypomnieć, że rzędem austriackim, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 ma ona zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18, chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej ostatniej dyrektywy.
- 53 Zgodnie z art. 7 znajdującym się w rozdziale II dyrektywy 2004/18, zatytułowanym „Zakres obowiązywania”, stosuje się ją tylko wobec zamówień publicznych, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej, jest równa lub wyższa od progów ustanowionych w tym przepisie.
- 54 Wynika z tego, że zamówienia publiczne na usługi, udzielane przez instytucje zamawiające inne niż centralne organy rządowe, których wartość jest niższa niż 193 000 EUR, nie są objęte dyrektywą 2004/18, a w konsekwencji nie są też objęte dyrektywą 89/665.
- 55 W odniesieniu do zasady skuteczności należy przypomnieć, że system opłat sądowych będący przedmiotem postępowania głównego obejmuje trzy stałe kwoty opłaty standardowej wynoszące 2000, 4000 i 6000 EUR dla trzech kategorii zamówień publicznych, czyli tych o wartości równej lub niższej od 200 000 EUR, tych, których wartość mieści się w przedziale od 200 000 do 1 000 000 EUR i tych o wartości przekraczającej 1 000 000 EUR.
- 56 Z akt sprawy przedstawionych Trybunałowi wynika, że system stałych kwot opłaty standardowej jest proporcjonalny do wartości zamówień publicznych wchodzących w zakres tych trzech różnych kategorii i w całości ma charakter regresywny.

- 57 W istocie opłata standardowa podlegająca uiszczeniu, wyrażona jako procent wartości „progowych” trzech kategorii zamówień publicznych, waha się od 1,0% do 1,036% wartości zamówienia, jeżeli wynosi ona od 193 000 do 200 000 EUR, od 0,4 do 2,0%, jeżeli wartość ta wynosi od 200 000 do 1 000 000 EUR, i odpowiada 0,6% wartości zamówienia, jeśli przekracza ona 1 000 000 EUR.
- 58 Opłaty sądowe uiszczane za wniesienie skargi w postępowaniach sądowo-administracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych, które nie przekraczają 2% wartości danego zamówienia, nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień przyznanych przez porządek prawny Unii w dziedzinie zamówień publicznych stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.
- 59 Żadna z okoliczności podniesionych przez sąd odsyłający lub przez zainteresowanych, którzy przedstawili uwagi Trybunałowi, nie podważa tego stwierdzenia.
- 60 W szczególności jeśli chodzi o ustalenie opłaty standardowej w zależności od wartości zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, a nie w zależności od zysku, jakiego przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu ma prawo oczekiwać z tego zamówienia, należy, po pierwsze, wskazać, że wiele państw członkowskich uznaje możliwość obliczania kosztów postępowania podlegających zapłacie w oparciu o wartość przedmiotu sporu.
- 61 Po drugie, jak stwierdził rzecznik generalny w pkt 40 opinii, w dziedzinie zamówień publicznych zasada wymagająca osobnych obliczeń dla każdego przetargu i przedsiębiorstwa, których wynik można byłoby zakwestionować, byłaby skomplikowana i nieprzewidywalna.
- 62 Co do zastosowania włoskiej opłaty standardowej na niekorzyść podmiotów gospodarczych o słabszej sytuacji finansowej należy stwierdzić, podobnie jak Komisja, że opłata ta jest nakładana bez rozróżnienia co do formy i wysokości, na wszystkie podmioty prawa zamierzające wnieść skargę na decyzję wydaną przez instytucje zamawiające.
- 63 Należy stwierdzić, że taki system nie ustanawia dyskryminacji pomiędzy podmiotami działającymi w tej samej branży.
- 64 Ponadto zgodnie z przepisami dyrektyw Unii w dziedzinie zamówień publicznych, takimi jak art. 47 dyrektywy 2004/18, udział przedsiębiorstwa w zamówieniu publicznym zakłada odpowiednią sytuację ekonomiczną i finansową.
- 65 Wreszcie, mimo że strona skarżąca ma obowiązek uiszczenia opłaty standardowej przy wniesieniu skargi sądowej na decyzję w dziedzinie zamówień publicznych, strona przegrywająca sprawę jest co do zasady zobowiązana do zwrotu kosztów sądowych poniesionych przez stronę wygrywającą.
- 66 W odniesieniu do zasady równoważności okoliczność, zgodnie z którą w dziedzinie udzielania zamówień publicznych opłata standardowa podlegająca uiszczeniu jest znacznie wyższa niż, z jednej strony, kwoty podlegające wpłacie w sporach administracyjnych objętych zwykłą procedurą, a z drugiej strony, opłaty sądowe pobierane w postępowaniach cywilnych, sama w sobie nie może wykazać naruszenia rzeczonej zasady.
- 67 Zasada równoważności, jak przypomniano w pkt 46 niniejszego wyroku, oznacza bowiem równe traktowanie skarg opartych na naruszeniu prawa krajowego i podobnych skarg opartych na naruszeniu prawa Unii, a nie równoważność krajowych zasad proceduralnych mających zastosowanie do sporów o charakterze innym niż cywilne z jednej strony

i spory administracyjne z drugiej strony, lub do sporów należących do dwóch różnych dziedzin prawa (zob. wyrok ÖBB Personenverkehr, C-417/13, EU:C:2015:38, pkt 74).

- 68 W niniejszej sprawie żadna okoliczność podniesiona przed Trybunałem nie może wesprzeć argumentu, zgodnie z którym system włoskiej opłaty standardowej ma inne zastosowanie do skarg opartych na uprawnieniach, jakie podmioty prawa wywodzą z prawa Unii dotyczącego zamówień publicznych, niż do skarg opartych na naruszeniu prawa wewnętrznego o tym samym przedmiocie.
- 69 Należy z tego wywnioskować, że opłaty sądowe uiszczane przy wniesieniu skargi w postępowaniach sądowo-administracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych, takie jak opłata standardowa w postępowaniu głównym, nie naruszają ani skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665, ani zasad równoważności i skuteczności.

W przedmiocie kumulacji opłat standardowych wniesionych w ramach tego samego postępowania sądowo-administracyjnego w dziedzinie zamówień publicznych

- 70 Zgodnie z uregulowaniem krajowym opłata standardowa jest uiszczana nie tylko przy wpisie do rejestru skargi wszczynającej postępowanie, wniesionej na decyzję wydaną przez instytucję zamawiającą w dziedzinie zamówień publicznych, lecz taka sama kwota podlega zapłacie także z tytułu skargi wzajemnej i zarzutów uzupełniających, w których podniesione zostają nowe żądania.
- 71 Z postanowienia odsyłającego wynika, że na podstawie okólnika Segretario Generale della Giustizia Amministrativa z dnia 18 października 2001 r., samo złożenie dokumentów procesowych niezależnych od skargi wszczynającej postępowanie, które mają na celu znaczne rozszerzenie przedmiotu sporu, skutkuje wniesieniem dodatkowych opłat.
- 72 Pobór wielokrotnych skumulowanych w ramach tego samego postępowania sądowo-administracyjnego opłat sądowych co do zasady nie jest sprzeczny ani z art. 1 dyrektywy 89/665 w świetle art. 47 karty, ani z zasadami równoważności i skuteczności.
- 73 Taki pobór przyczynia się bowiem co do zasady do dobrego funkcjonowania systemu sądowego, ponieważ stanowi źródło finansowania działalności sądowej państw członkowskich i zniechęca do składania wniosków, które są oczywiście bezzasadne lub mają na celu wyłącznie opóźnienie postępowania.
- 74 Cele te mogą uzasadnić wielokrotne stosowanie opłat sądowych takich jak będące przedmiotem postępowania głównego tylko wtedy, gdy przedmioty skarg lub dodatkowe zarzuty są faktycznie odrębne i stanowią znaczące rozszerzenie przedmiotu już zawisłego sporu.
- 75 Jeśli natomiast nie ma to miejsca, obowiązek dodatkowego uiszczenia takich opłat sądowych ze względu na przedstawienie takich skarg lub zarzutów jest sprzeczny z dostępnością środków zaskarżenia zagwarantowaną przez dyrektywę 89/665 i z zasadą skuteczności.
- 76 Jeżeli dana osoba wnosi kilka skarg sądowych lub zgłasza kilka zarzutów uzupełniających w ramach tego samego postępowania sądowego, sama okoliczność, że ostatecznym celem tej osoby jest uzyskanie danego zamówienia, nie musi koniecznie oznaczać tożsamości przedmiotów jej skarg lub jej zarzutów.
- 77 W wypadku zaskarżenia przez zainteresowaną stronę, do sądu krajowego należy zbadanie przedmiotów skarg wniesionych przez podmiot prawa lub zarzutów podniesionych przez niego w ramach tego samego postępowania. Jeżeli sąd krajowy stwierdzi, że przedmioty te w rzeczywistości nie są odrębne lub nie stanowią znaczącego rozszerzenia przedmiotu

już zawisłego sporu, jest on zobowiązany do zwolnienia tego podmiotu prawa z obowiązku zapłaty kumulatywnych opłat sądowych.

- 78 Ponadto, przed Trybunałem nie została podniesiona żadna okoliczność mogąca podważyć zgodność skumulowania opłat standardowych z zasadą równoważności.
- 79 Mając na uwadze powyższe rozważania, na zadane pytanie należy udzielić następującej odpowiedzi:
- Artykuł 1 dyrektywy 89/665, a także zasady równoważności i skuteczności należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, które zobowiązuje do uiszczenia opłat sądowych takich jak opłata standardowa będąca przedmiotem postępowania głównego, przy wnoszeniu do sądów administracyjnych skarg z dziedziny zamówień publicznych.
 - Artykuł 1 dyrektywy 89/665, a także zasady równoważności i skuteczności nie sprzeciwiają się ani wielokrotnemu pobieraniu opłat sądowych od podmiotu prawa, który wnosi kilka skarg sądowych dotyczących tego samego zamówienia publicznego, ani temu, aby ten podmiot prawa był zobowiązany do uiszczenia dodatkowych opłat sądowych, by móc podnieść dodatkowe zarzuty dotyczące tego samego zamówienia publicznego w ramach toczącego się postępowania sądowego. Jednakże w wypadku zaskarżenia przez zainteresowaną stronę, do sądu krajowego należy zbadanie przedmiotów skarg wniesionych przez podmiot prawa lub zarzutów podniesionych przez niego w ramach tego samego postępowania. Jeżeli sąd krajowy stwierdzi, że przedmioty te w rzeczywistości nie są odrębne lub nie stanowią znaczącego rozszerzenia przedmiotu już zawisłego sporu, jest on zobowiązany do zwolnienia tego podmiotu prawa z obowiązku zapłaty kumulatywnych opłat sądowych.

2.28. orzeczenie z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-203/14 *Consorti Sanitari del Maresme przeciwko Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, ECLI:EU:C:2015:664

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie właściwości Trybunału

- 16 Przed udzieleniem odpowiedzi na przedstawione pytania należy zbadać właściwość Trybunału do ich udzielenia.
- 17 W pierwszej kolejności, w odniesieniu do oceny, czy organ odsyłający stanowi sąd w rozumieniu art. 267 TFUE, co jest kwestią regulowaną wyłącznie prawem Unii, Trybunał bierze pod uwagę zespół przesłanek, takich jak: podstawa prawna istnienia organu, jego stały lub tymczasowy charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontrydiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (zob. w szczególności wyroki: Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39; a także Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08, EU:C:2009:767, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo). Należy zatem zauważyć, że nawet jeżeli, jak wynika z postanowienia odsyłającego, Tribunal Català de Contractes del Sector Públic jest postrzegany na gruncie prawa hiszpańskiego jako organ administracyjny, fakt ten, sam w sobie, nie jest decydujący w ramach dokonywania tej oceny.
- 18 W pierwszym rzędzie, w odniesieniu do kryteriów dotyczących podstawy prawnej istnienia organu odsyłającego jego stałego lub tymczasowego charakteru, kontrydiktoryjności postępowania, a także stosowania przez ten organ przepisów prawa, akta sprawy, jakimi

dysponuje Trybunał, nie zawierają żadnej informacji podważającej to, że Tribunal Català de Contractes del Sector Públic jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE.

- 19 Następnie, co się tyczy kryterium niezawisłości, z akt sprawy, jakimi dysponuje Trybunał, wynika, że Tribunal Català de Contractes del Sector Públic jest podmiotem trzecim w stosunku do organu, który wydał decyzję zaskarżoną w postępowaniu głównym (zob. wyroki: *Corbiau*, C-24/92, EU:C:1993:118, pkt 15; *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, pkt 49). W tym kontekście widoczne jest, że wspomniany sąd wykonuje swe funkcje całkowicie niezależnie, bez podlegania żadnej hierarchii służbowej lub podporządkowania komukolwiek, i nie otrzymuje nakazów czy wskazówek z jakiegokolwiek źródła (zob. wyrok *Torresi*, C-58/13 i C-59/13, EU:C:2014:2088, pkt 22), przez co jest chroniony przed ingerencją i naciskami zewnętrznymi mogącymi zagrozić niezależności osądu jego członków (wyroki: *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, pkt 51; *TDC*, C-222/13, EU:2014:2265, pkt 30).
- 20 Ponadto bezsporne jest, że omawiany sąd wykonuje swoje zadania przy pełnym poszanowaniu obiektywności i bezstronności w stosunku do stron sporu i ich odpowiednich interesów z uwzględnieniem przedmiotu sporu. Dodatkowo na mocy art. 8 ust. 4 dekretu Generalitat de Catalunya 221/2013 członkowie tego organu są nieusuwalni i mogą zostać odsunięci od pełnienia funkcji jedynie z przyczyn wyraźnie tam wyliczonych (zob. wyroki: *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, pkt 52, 53; a także *TDC*, C-222/13, EU:2014:2265, pkt 31, 32).
- 21 Organ odsyłający spełnia zatem kryterium niezawisłości.
- 22 Odnosząc się wreszcie do obligatoryjnego charakteru jurysdykcji organu odsyłającego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego art. 267 TFUE, należy faktycznie stwierdzić, że właściwość organu odsyłającego na mocy art. 40 ust. 6 dekretu z mocą ustawy 3/2011 ma charakter fakultatywny. W konsekwencji wnoszący środek zaskarżenia w zakresie zamówień publicznych może wybrać pomiędzy szczególnym środkiem zaskarżenia składanym do organu odsyłającego a skargą sądowoadministracyjną.
- 23 W tym względzie należy jednak przypomnieć, że po pierwsze, orzeczenia organu odsyłającego, którego właściwość nie zależała od umowy pomiędzy stronami, są dla stron wiążące (zob. postanowienie *Merck Canada*, C-555/13, EU:C:2014:92, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo; a także wyrok *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754, pkt 28).
- 24 Po drugie, podczas rozprawy rząd hiszpański wyjaśnił, że w praktyce oferenci w postępowaniach o udzielenie zamówienia co do zasady nie wykorzystują danej im możliwości wniesienia skargi bezpośrednio w trybie sądowoadministracyjnym bez uprzedniego wniesienia do Tribunal Català de Contractes del Sector Públic szczególnego środka zaskarżenia będącego przedmiotem postępowania głównego. W istocie sądy administracyjne działają zatem co do zasady jako sądy drugiej instancji, stąd też do organu odsyłającego należy w pierwszym rzędzie zapewnienie przestrzegania w autonomicznej wspólnocie Katalonii prawa Unii w zakresie zamówień publicznych.
- 25 W tych okolicznościach Tribunal Català de Contractes del Sector Públic spełnia również kryterium charakteru obligatoryjnego swojej jurysdykcji.
- 26 Wreszcie należy przypomnieć, że Trybunał w kwestii oceny statusu prawnego wymienionych w art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665 organów krajowych odpowiedzialnych za rozpoznawanie środków zaskarżenia w zakresie udzielenia zamówienia publicznego potwierdził już status „sądu” wielu innych organów krajowych, zasadniczo porównywalnych z organem odsyłającym w niniejszej sprawie (zob. w szczególności wyroki: *Dorsch Consult*, C-54/96,

EU:C:1997:413, pkt 22–38; Köllensperger i Atzwanger, C-103/97, EU:C:1999:52, pkt 16–25; a także Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 27 W związku z tym Tribunal Català de Contractes del Sector Públic stanowi „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE.
- 28 W drugiej kolejności – rząd hiszpański zauważa, że przewidziany w prawie hiszpańskim obowiązek „klasyfikacji” nie ma zastosowania do przedsiębiorstw z siedzibą w państwie członkowskim innym niż Królestwo Hiszpanii. Pytania prejudycjalne mają więc charakter czysto wewnętrzny i rozstrzygnięcie w ich przedmiocie nie wymaga ani zastosowania prawa Unii, ani jego wykładni.
- 29 W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał nie jest co do zasady właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytanie zadane w trybie prejudycjalnym, gdy oczywiste jest, że norma prawa Unii przedłożona do jego interpretacji nie może znaleźć zastosowania (wyroki: Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona, C-139/12, EU:C:2014:174, pkt 41; a także Wojciechowski, C-408/14, EU:C:2015:591, pkt 26; zob. również postanowienia: Parva Investition Banka i in., C-488/13, EU:C:2014:2191, pkt 26; a także De Bellis i in., C-246/14, EU:C:2014:2291, pkt 14).
- 30 Jednakże fakt, iż obowiązek klasyfikacji będący przedmiotem postępowania głównego nie ma zastosowania do przedsiębiorstw z siedzibą w państwie członkowskim innym niż Królestwo Hiszpanii, nie ma wpływu na właściwość Trybunału. Trybunał orzekł już bowiem, że dyrektywy 89/665 i 2004/18 w żaden sposób nie pozwalają na przyjęcie, iż zastosowanie ich przepisów zależy od wystąpienia rzeczywistego związku ze swobodą przepływu towarów lub świadczenia usług pomiędzy państwami członkowskimi. Wskazane dyrektywy nie uzależniają objęcia zakresem swego zastosowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego od jakiegokolwiek warunku dotyczącego przynależności państwowej lub siedziby oferentów (zob. podobnie wyrok *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 29).
- 31 W świetle wszystkich powyższych rozważań Trybunał jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na przedstawione mu pytania.

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

- 32 Poprzez pytania pierwsze i drugie, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 8 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „wykonawcy” użyte w akapicie drugim tego przepisu obejmuje organy administracji publicznej i czy w związku z tym organy te mogą uczestniczyć w przetargach publicznych.
- 33 W tym względzie z motywu 4 dyrektywy 2004/18, który wyraźnie wskazuje na możliwość udziału „podmiotu prawa publicznego” jako oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także z art. 1 ust. 8 omawianej dyrektywy, który zakresem „wykonawcy” wyraźnie objął wszystkie „podmioty publiczne”, wynika, że dyrektywa 2004/18 nie wyklucza organów administracji publicznej z udziału w przetargach.
- 34 Dodatkowo z orzecznictwa Trybunału wynika, że dopuszcza się do złożenia oferty lub zgłoszenia kandydatury każdą osobą lub każdy podmiot, które – zważywszy na wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym – mogą być uznane za odpowiednie w celu zapewnienia realizacji tego zamówienia, czy to bezpośrednio, czy to z udziałem podwykonawcy, niezależnie od tego, czy posiadają status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy działalność na rynku

tej osoby lub tego podmiotu ma charakter regularny, czy wyłącznie okazjonalny, lub też czy ta osoba lub podmiot jest subwencionowana ze środków publicznych, czy też nie (zob. wyrok CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 42; a także podobnie wyrok Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, pkt 35).

- 35 Jeżeli pewne podmioty mają prawo do oferowania, chociażby sporadycznie, odpłatnie usług na rynku, państwa członkowskie nie mogą zabraniać im uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi w zakresie, w jakim to prawo im przysługuje [zob. podobnie wyroki: CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 47–49; Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 27; zob. również podobnie w odniesieniu do przepisów dotyczących 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) wyrok Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, pkt 36].
- 36 W konsekwencji na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 8 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „wykonawcy” użyte w akapicie drugim tego przepisu obejmuje organy administracji publicznej, które mogą zatem uczestniczyć w przetargach publicznych, o ile – i w takim zakresie, w jakim ma to miejsce – mają one prawo do oferowania odpłatnie usług na rynku.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 37 Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 52 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że krajowe organy administracji publicznej mogą zostać wpisane do krajowego wykazu urzędowego zatwierdzonych przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców albo uzyskać certyfikaty nadawane przez publiczne lub prywatne jednostki certyfikujące.
- 38 W odniesieniu do państw członkowskich, które wybrały wprowadzenie bądź urzędowych wykazów zatwierdzonych przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców, bądź certyfikacji przez publiczne lub prywatne jednostki certyfikujące, należy stwierdzić, że mimo iż art. 52 ust. 1 i 5 dyrektywy 2004/18 zawiera pewne wymogi w zakresie określania warunków wpisu do tych wykazów i owej certyfikacji, dyrektywa ta nie określa ani w jakim zakresie podmioty publiczne mogą zostać wpisane do odnośnych urzędowych wykazów lub korzystać ze wspomnianej certyfikacji, ani czy przedmiotowy wpis lub przedmiotowa certyfikacja są obligatoryjne, czy też nie.
- 39 Niemniej należy przypomnieć, że jak zasadniczo wynika z pkt 36 niniejszego wyroku, podmioty publiczne, które na podstawie prawa krajowego są uprawnione do oferowania robót budowlanych, produktów lub usług określonych w odnośnym ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, mają również prawo do uczestnictwa w przetargach publicznych.
- 40 Natomiast uregulowanie krajowe, które odmawia organom administracji publicznej uprawnionym, jako wykonawcy, do oferowania robót budowlanych, produktów lub usług określonych w odnośnym ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia wpisu do przedmiotowych wykazów lub uzyskania przedmiotowej certyfikacji, zastrzegając przy tym prawo do uczestnictwa w przetargu dla innych wykonawców, którzy są wpisani do tych wykazów lub posiadają certyfikację, pozbawiałoby prawo takich podmiotów publicznych do uczestnictwa w tym przetargu wszelkiej skuteczności i nie mogłoby w związku z tym zostać uznane za zgodne z prawem Unii.
- 41 W tych okolicznościach na pytanie trzecie należy odpowiedzieć, że art. 52 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nawet jeśli zawiera on pewne wymogi

w zakresie określania warunków wpisu wykonawców do krajowych wykazów urzędowych i certyfikacji, to nie określa on w sposób wyczerpujący ani warunków wpisu tych wykonawców do krajowych wykazów urzędowych czy też warunków ich dopuszczenia do certyfikacji, ani praw i obowiązków podmiotów publicznych w tym zakresie. W każdym wypadku dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego z jednej strony krajowe organy administracji publicznej uprawnione do oferowania robót budowlanych, produktów lub usług określonych w odnośnym ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia nie mogą zostać wpisane do tych wykazów lub nie mogą korzystać z owej certyfikacji, a z drugiej strony prawo do uczestnictwa w danym przetargu jest zarezerwowane tylko dla wykonawców znajdujących się we wspomnianych wykazach lub dysponujących wspomnianą certyfikacją.

W przedmiocie pytania czwartego

- 42 Poprzez pytanie czwarte sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy doszło do właściwej transpozycji dyrektywy 2004/18 do prawa hiszpańskiego w drodze dekretu z mocą ustawy 3/2011 i czy, w takim przypadku, hiszpański prawodawca ograniczył w drodze art. 62 i 65 tego dekretu z mocą ustawy dostęp organów administracji publicznej do rejestrów klasyfikacji działalności gospodarczej.
- 43 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach postępowania prejudycjalnego Trybunał nie ma obowiązku oceniania zgodności ustawodawstwa krajowego z prawem Unii ani dokonywania wykładni krajowych przepisów ustawowych i wykonawczych (zob. w szczególności wyrok Ascafor i Asidac, C-484/10, EU:C:2012:113, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 44 W konsekwencji Trybunał nie jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytanie czwarte.

W przedmiocie pytania piątego

- 45 Poprzez pytanie piąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia – na wypadek gdyby organy administracji publicznej mogły uczestniczyć w przetargach publicznych, lecz nie mogły zostać wpisane do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub korzystać z certyfikacji udzielanej przez instytucję certyfikującą – za pomocą jakich środków organy administracji publicznej mogą wykazać swoją zdolność do zawarcia danej umowy zgodnie z dyrektywą 2004/18.
- 46 Poprzez to pytanie sąd odsyłający wnioskuje jedynie – na wypadek gdyby prawo hiszpańskie miało być interpretowane w sposób zgodny z prawem Unii – o ogólną wykładnię dyrektywy 2004/18, bez wskazania, czy – i w stosownym przypadku z jakich przyczyn – prawo hiszpańskie nie może zostać zinterpretowane w sposób pozostający w zgodności z prawem Unii. Ponadto sąd odsyłający nie odnosi się do konkretnych przepisów tej dyrektywy, których wykładnia Trybunału byłaby konieczna do rozstrzygnięcia zawisłego przed tym sądem sporu.
- 47 W konsekwencji pytanie to nie spełnia przesłanek przewidzianych w art. 94 lit. c) regulaminu postępowania przed Trybunałem, na mocy którego wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powinien zawierać omówienie powodów, dla których sąd odsyłający rozpatruje kwestię wykładni określonych przepisów prawa Unii, jak również związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a uregulowaniami krajowymi, które znajdują zastosowanie w postępowaniu głównym.
- 48 W tych okolicznościach pytanie piąte należy uznać za niedopuszczalne.

2.29. orzeczenie z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-552/13 *Grupo Hospitalario Quirón SA przeciwko Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco i Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad*, ECLI:EU:C:2015:713

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 24 W pierwszej kolejności należy wskazać, że jak wynika z przedłożonych Trybunałowi akt sprawy, oba przetargi, nr 21/2011 i nr 50/2011, stanowią zamówienia publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i d) dyrektywy 2004/18, których wartość przekracza próg określony w art. 7 tej dyrektywy, nie zaś koncesje na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 tejże dyrektywy, gdyż wynagrodzenie dla wykonawcy pochodzi w całości od instytucji zamawiającej, która ponosi także ryzyko gospodarcze.
- 25 Należy także zauważyć, że jak wynika z pkt 7 i 8 niniejszego wyroku, przetargi te, dotyczące świadczeń opieki zdrowotnej, podlegają jedynie przepisom art. 23 i art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18.
- 26 W drugiej kolejności należy podkreślić, po pierwsze, że art. 23 ust. 2 dyrektywy 2004/18, będący przepisem, któremu podlegają omawiane przetargi i który daje wyraz zasadzie równego traktowania, stanowi, iż specyfikacje techniczne powinny umożliwiać oferentom równy dostęp.
- 27 Po drugie, jak wynika z pkt 15 niniejszego wyroku, specyfikacje techniczne obu przetargów będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym dotyczą konieczności zapewnienia wyboru bliskiej i dostępnej wspomagającej prywatnej placówki szpitalnej, w interesie pacjentów, ich bliskich oraz personelu medycznego, który musi udać się do tej placówki; kryteria te są nierozdzielnie związane z charakterem poszukiwanych usług.
- 28 Natomiast wymóg, że tego rodzaju placówka koniecznie musi leżeć w danej gminie mającej stanowić miejsce wyłącznego udzielania danych świadczeń opieki zdrowotnej, przewidziany w szczególnych warunkach administracyjnych i specyfikacjach technicznych przetargów nr 21/2011 i nr 50/2011, stanowi, zważywszy na rozpatrywaną w postępowaniu głównym sytuację geograficzną, terytorialne ograniczenie wykonania zamówienia, które nie pozwala osiągnąć określonego w poprzednim punkcie niniejszego wyroku celu, czyli zapewnienia bliskości i dostępności wspomagającej prywatnej placówki szpitalnej, w interesie pacjentów, ich bliskich oraz personelu medycznego, który musi udać się na miejsce do tej placówki, przy jednoczesnym zagwarantowaniu równych i niedyskryminacyjnych warunków dostępu do przetargów wszystkim oferentom.
- 29 W sytuacji związanej z położeniem geograficznym będącej przedmiotem sporu w postępowaniu głównym wymóg umiejscowienia, taki jak ten zawarty w szczególnych warunkach administracyjnych i specyfikacjach technicznych przetargów nr 21/2011 i nr 50/2011, skutkuje automatycznym wykluczeniem oferentów, którzy nie mogą udzielać rozpatrywanych świadczeń w placówce położonej w danej gminie, niezależnie od tego, czy spełniają pozostałe wymogi specyfikacji warunków zamówienia oraz specyfikacji technicznych tych przetargów.
- 30 Sąd odsyłający wskazuje, że jest tak w przypadku skarżącej w postępowaniu głównym, której placówka spełnia wszystkie wymogi, w tym bliskości i dostępności, z wyjątkiem wymogu lokalizacji na terytorium gminy Bilbao, gdyż jest położona w gminie graniczącej z Bilbao.
- 31 Należy też podkreślić w tym względzie, że jak podnosi sąd odsyłający, liczni pacjenci, którzy mają korzystać ze świadczeń udzielanych w prywatnej placówce szpitalnej

wykonawcy, mają miejsce zamieszkania poza gminą, na której terytorium musi mieścić się ta placówka zgodnie z rozpatrywanym warunkiem lokalizacji.

- 32 Zatem wymóg ten nie gwarantuje wszystkim oferentom, którzy mogliby zapewnić bliskość i dostępność prywatnej wspierającej placówki szpitalnej, równego i niedyskryminacyjnego dostępu do obu przetargów będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, gdyż daje on dostęp do tych przetargów wyłącznie oferentom, którzy mogą udzielać danych świadczeń w placówce położonej w wyznaczonej w ogłoszeniach o zamówieniu gminie. Wymóg ten jest zatem niezgodny z art. 23 ust. 2 dyrektywy 2004/18.
- 33 W świetle powyższego na przedstawione pytanie należy odpowiedzieć, że art. 23 ust. 2 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się ustanowieniu wymogu takiego jak ten będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, w postaci specyfikacji technicznej zawartej w ogłoszeniach o zamówieniu publicznym dotyczących udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, zgodnie z którym świadczenia opieki zdrowotnej będące przedmiotem przetargów muszą być udzielane wyłącznie przez placówki szpitalne położone w określonej gminie, która to gmina może nie być gminą zamieszkania pacjentów, których dotyczą te świadczenia, ponieważ wymóg ów powoduje automatyczne wykluczenie oferentów, którzy nie mogą udzielać omawianych świadczeń w tego rodzaju placówce położonej w tej gminie, ale spełniają wszystkie pozostałe warunki tego zamówienia.

2.30. orzeczenie z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-166/14 *MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*, ECLI:EU:C:2015:779

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 26 Poprzez swoje pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, prawo Unii, a w szczególności zasady równoważności i skuteczności, stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, które uzależniają wniesienie skargi o odszkodowanie w związku z naruszeniem normy prawa zamówień publicznych od uprzedniego stwierdzenia niezgodności z prawem procedury w sprawie przyznania danego zamówienia z uwagi na brak uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu w wypadku, gdy w ten wniosek o stwierdzenie niezgodności z prawem jest obwarowany terminem zawitym sześciu miesięcy, którego bieg rozpoczyna się w dniu następującym po dniu udzielenia analizowanego zamówienia publicznego, i to niezależnie od kwestii, czy występujący wnioskiem mógł mieć wiedzę o istnieniu niezgodności z prawem, jaką była obarczona ta decyzja instytucji zamawiającej.
- 27 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 akapity pierwszy i drugi dyrektywy 89/665, w świetle motywu 2 dyrektywy 2007/66, dyrektywa 89/665 podlega stosowaniu w kontekście takim, jak w postępowaniu głównym wyłącznie do zamówień podlegających zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/18, z wyjątkiem jednak wypadków, gdy te zamówienia są wyłączone na podstawie art. 10–18 tej ostatniej dyrektywy. Poniższe rozważania oparte są zatem na przesłance, że dyrektywę 2004/18 stosuje się względem zamówienia analizowanego w postępowaniu głównym, a zatem dyrektywa 89/665 również podlega stosowaniu do postępowania głównego, czego zbadanie stanowi jednak obowiązek sądu odsyłającego.
- 28 Należy przypomnieć, że art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 zobowiązuje państwa członkowskie do przedsięwzięcia niezbędnych środków, aby zapewnić istnienie skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od podjętych przez instytucje

zamawiające decyzji niezgodnych z prawem Unii i zapewnić szeroką dostępność procedur odwoławczych dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia (wyrok Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 43).

- 29 W tym celu dyrektywa 89/665 stanowi w art. 2 ust. 1, że państwa członkowskie mają obowiązek wprowadzenia do swojego prawa krajowego trzech rodzajów środków odwoławczych pozwalających podmiotowi poszkodowanemu w ramach procedury udzielania zamówień publicznych wystąpić do organów właściwych w przedmiocie procedur odwoławczych, po pierwsze, o zastosowanie „środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą”, po drugie, o stwierdzenie nieważności decyzji niezgodnych z prawem, i po trzecie, o odszkodowanie.
- 30 Jeśli chodzi terminy do wniesienia odwołań, art. 2f ust. 1 dyrektywy 89/665, włączony do niej mocą dyrektywy 2007/66, uściśla, że państwa członkowskie mogą przewidzieć terminy obowiązujące w stosunku do wniesienia odwołania zgodnie z jej art. 2d w celu stwierdzenia nieskuteczności umowy, a w szczególności minimalny termin zawity sześciu miesięcy, ze skutkiem od dnia następującego po dniu zawarcia umowy.
- 31 W tym względzie motywy 25 i 27 dyrektywy 2007/66 wskazują, że ograniczenie w czasie możliwości uznania umowy za nieskuteczną jest uzasadnione przez „konieczność zapewnienia trwałej pewności prawnej [prawa w zakresie] decyzji podjętych przez instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające”, dla osiągnięcia czego „należy przestrzegać skuteczności tych terminów”.
- 32 Odnosnie do wszystkich innych powództw dotyczących zamówień publicznych, w tym powództw mających na celu uzyskanie odszkodowania, art. 2f ust. 1 dyrektywy 89/665 uściśla, że z zastrzeżeniem art. 2c tej dyrektywy, pozostającego jednak bez znaczenia z punktu widzenia zadanego pytania, „terminy wnoszenia odwołań ustalane są w prawie krajowym”. Tak więc określenie terminów proceduralnych należy do każdego państwa członkowskiego.
- 33 Okoliczność, że prawodawca Unii Europejskiej postanowił, po pierwsze, w sposób dosłowny uregulować terminy dotyczące środków odwoławczych mających na celu stwierdzenie nieskuteczności umów, i po drugie, odesłać do prawa państw członkowskich, jeśli chodzi o terminy odnoszące się do powództw o innym charakterze, ukazuje, iż prawodawca ten z punktu widzenia skuteczności systemu środków odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych przyznał szczególne znaczenie pierwszej kategorii powództw.
- 34 Artykuł 2f ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 nie sprzeciwia się zatem przepisom prawa krajowego takim jak te będące przedmiotem postępowania głównego, które przewidują, iż powództwo mające na celu pozbawienie skuteczności umowy o udzielenia zamówienia publicznego zawartej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub bez zaproszenia do składania ofert musi zostać wniesione w terminie sześciu miesięcy, ze skutkiem od dnia następującego po dniu udzielenia tego zamówienia, w zakresie, w jakim data udzielenia zamówienia odpowiada dacie zawarcia umowy. Takie przepisy odpowiadają również celowi realizowanemu przez art. 2f ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665, wyrażonemu w szczególności w motywie 27 dyrektywy 2007/66, zgodnie z którym należy przestrzegać ograniczenia w czasie możliwości uznania umowy za nieskuteczną.

- 35 Odnosnie do powództw o odszkodowanie należy stwierdzić, że dyrektywa 89/665 przewiduje w art. 2 ust. 6, że państwa członkowskie mogą uzależnić wystąpienie z takim roszczeniem od uprzedniego uchylenia kwestionowanej decyzji „przez organ mający niezbędne uprawnienia”, jednakże bez konieczności ustanowienia normy dotyczącej terminu do wystąpienia z powództwem lub innych przesłanek dopuszczalności takich powództw.
- 36 W niniejszej sprawie zasadniczo wydaje się, że art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 nie sprzeciwia się przepisowi prawa krajowego takiemu jak § 341 ust. 2 Bundesvergabegesetz 2006, zgodnie z którym stwierdzenie wskazanego tam naruszenia prawa zamówień publicznych stanowi przesłankę wystąpienia z powództwem o odszkodowanie. Niemniej jednak zastosowanie § 341 ust. 2 w zw. z § 332 ust. 3 Bundesvergabegesetz 2006 ma taki skutek, że skarga o odszkodowanie jest niedopuszczalna w wypadku braku uprzedniego uzyskania decyzji stwierdzającej niezgodności z prawem danego udzielenia zamówienia publicznego, którą wydaje się w oparciu o postępowanie obwarowane terminem zawitym sześciu miesięcy, ze skutkiem od dnia następującego po dniu udzielania danego zamówienia publicznego, i to niezależnie od kwestii, czy występujący wnioskiem mógł mieć wiedzę o istnieniu niezgodności z prawem, jaką była obarczona decyzja instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia.
- 37 Z uwagi na wnioski znajdujące się w pkt 32–35 niniejszego wyroku to do państw członkowskich należy uregulowanie zasad postępowania w przypadku powództw o odszkodowanie. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (zob. podobnie wyroki: eVgilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 39; a także Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 46).
- 38 Należy zatem zbadać, czy zasady równoważności i skuteczności stoją na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak opisane w pkt 36 niniejszego wyroku.
- 39 Jeśli chodzi o zasadę skuteczności, to należy podkreślić, że wymóg pewności prawa odnośnie do przesłanek dopuszczalności skargi nie jest identyczny w przypadku powództw o odszkodowanie i powództw mających na celu uznanie umowy za nieskuteczną.
- 40 Uznanie za nieskuteczną umowy zawartej w następstwie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest bowiem końcem istnienia i ewentualnie wykonania tej umowy, co stanowi zasadniczą interwencję organu administracyjnego lub sądowego w stosunki umowne zachodzące między podmiotami prywatnymi a organami państwa. Taka decyzja może więc wywołać poważne perturbacje i straty ekonomiczne nie tylko dla wybranego wykonawcy zamówienia publicznego, lecz również podmiotu zamawiającego i w konsekwencji dla społeczeństwa będącego beneficjentem finalnym dostawy robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot danego zamówienia publicznego. Jak zatem wynika z motywów 25 i 27 dyrektywy 2007/66, prawodawca Unii przyznał większe znaczenie wymogowi pewności prawa w odniesieniu do środków mających na celu pozabawienie skutków umowy aniżeli w odniesieniu do skarg o odszkodowanie.
- 41 Uzależnienie dopuszczalności powództw o odszkodowanie od wcześniejszego stwierdzenia niezgodności z prawem danego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia w związku z brakiem uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, w wypadku gdy ten wniosek o stwierdzenie jest obwarowany terminem zawitym sześciu miesięcy, bez uwzględnienia tego, czy podmiot poszkodowany mógł mieć wiedzę o istnieniu

naruszenia normy, może uczynić wykonanie prawa do wystąpienia ze skargą o odszkodowanie praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym.

- 42 W wypadku bowiem braku uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu istnieje ryzyko, że termin sześciu miesięcy nie pozwoli podmiotowi poszkodowanemu na zebranie informacji koniecznych dla ewentualnej skargi, co stanowi zatem przeszkodę we wniesieniu skargi.
- 43 Przyznanie odszkodowania podmiotom poszkodowanym wskutek naruszenia norm regulujących udzielanie zamówień publicznych stanowi jeden ze środków zaradczych, jaki gwarantuje prawo Unii. Zatem w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym podmiot poszkodowany byłby pozbawiony nie tylko możliwości stwierdzenia nieważności decyzji instytucji zamawiającej, lecz również wszelkich środków zaradczych przewidzianych w art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665.
- 44 Zasada skuteczności zatem stoi na przeszkodzie systemowi takiemu jak ten będący przedmiotem postępowania głównego.
- 45 W tych okolicznościach nie ma konieczności badania, czy zasada równoważności stoi na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak przepisy analizowane w postępowaniu głównym.
- 46 W świetle powyższych rozważań na postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi, że prawo Unii, a w szczególności zasada skuteczności, sprzeciwia się przepisom krajowym, które uzależniają wystąpienie ze skargą o odszkodowanie w związku z naruszeniem normy prawa zamówień publicznych od wcześniejszego stwierdzenia niezgodności z prawem procedury w sprawie udzielenia danego zamówienia w związku z brakiem uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, w wypadku gdy ten wniosek o stwierdzenie niezgodności z prawem jest obwarowany terminem zawitym sześciu miesięcy, którego bieg rozpoczyna się od dnia następującego po dniu udzielenia analizowanego zamówienia publicznego, i to niezależnie od kwestii, czy występujący wnioskiem mógł mieć wiedzę o istnieniu niezgodności z prawem, jaką była obarczona decyzja instytucji zamawiającej.

2.31. orzeczenie z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie C-234/14 „*Ostas celtnieks*” SIA przeciwko *Talsu novada pašvaldība i Iepirkumu uzraudzības birojs*, ECLI:EU:C:2016:6

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

Uwagi wstępne

- 17 Na wstępie należy zauważyć, iż wychodząc z założenia, że dyrektywa 2004/18 znajduje zastosowanie w ramach sporu w postępowaniu głównym, w postanowieniu odsyłającym nie zawarto żadnej informacji, która pozwalałaby zweryfikować, czy wartość omawianego zamówienia osiąga odpowiedni próg stosowania ustalony w art. 7 lit. c) wspomnianej dyrektywy.
- 18 W odpowiedzi na zadane przez Trybunał podczas rozprawy pytanie rząd łotewski wyjaśnił jednak, że omawiane zamówienie stanowiło zamówienie na roboty budowlane o wartości ok. 3 mln EUR, czyli kwoty niższej od wspomnianego progu stosowania.
- 19 Ponadto według tego rządu przepisy ustawy o zamówieniach publicznych mają również zastosowanie do zamówień na roboty budowlane, takich jak omawiane zamówienie, na kwotę niższą od progu ustalonego przez dyrektywę 2004/18.

- 20 W tym względzie należy przypomnieć, o czym Trybunał już orzekł, że 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 (wyrok Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 21 Z powyższego wynika, że, z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji przez sąd odsyłający i w celu udzielenia mu użytecznej odpowiedzi dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym, należy zbadać pytanie prejudycjalne.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 22 Poprzez pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza co do zasady do ustalenia, czy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one temu, aby instytucja zamawiająca mogła w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nałożyć na oferenta, który polega na zdolności innych podmiotów, obowiązek zawarcia z tymi podmiotami umowy o partnerstwie lub utworzenia z nimi spółki jawnej przed udzieleniem wspomnianego zamówienia.
- 23 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału 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 oferent będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33).
- 24 Taka wykładnia, jak już orzekł Trybunał, 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 Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 25 Tymczasem, w przypadku gdy – dla przedstawienia swojej sytuacji finansowej i ekonomicznej, a także dla wykazania zdolności technicznych lub zawodowych, mając na celu dopuszczenie do uczestnictwa w postępowaniu przetargowym – spółka powołuje się na zdolności instytucji i przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru prawnego tych powiązań, musi ona udowodnić, że „rzeczywiście” dysponuje ona zasobami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które to zasoby nie stanowią jej własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 26 W tym względzie należy zauważyć, że zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18 do instytucji zamawiającej należy przeprowadzenie weryfikacji zdolności oferenta do wykonania określonego zamówienia. Celem tej weryfikacji jest w szczególności uzyskanie przez instytucję zamawiającą pewności, że oferent będzie rzeczywiście mógł korzystać z wszelkiego rodzaju zasobów, na których polega, w okresie objętym zamówieniem (zob. analogicznie wyrok Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 28).

- 27 W ramach tej kontroli art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie pozwalają ani na domniemanie, że taki oferent dysponuje albo nie dysponuje zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, ani tym bardziej na wykluczenie a priori pewnych środków dowodowych (zob. analogicznie wyrok *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 30).
- 28 Wynika z tego, że oferent ma swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania określonego zamówienia, i po drugie, środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań.
- 29 Dodatkowo, jak podniósł rzecznik generalny w pkt 43 opinii, art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 stanowią wyraźnie, iż przedstawienie zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia oferentowi zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia tylko wyjątkowo stanowi akceptowalny dowód, że oferent rzeczywiście dysponuje tymi zasobami. W związku z tym przepisy te nie wykluczają w żaden sposób tego, aby oferent inaczej wykazał istnienie powiązań łączących go z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu prawidłowego wykonania zamówienia objętego jego ofertą.
- 30 W niniejszym przypadku organ administracji lokalnej departamentu Talsi, działając jako instytucja zamawiająca, nakłada na oferenta, czyli spółkę *Ostas celtnieks*, która polega na zdolnościach innych podmiotów w celu wykonania omawianego zamówienia, obowiązek ustanowienia z tymi podmiotami powiązań o określonym charakterze prawnym, tak że jedynie te szczególne powiązania dowodzą w oczach instytucji zamawiającej, iż wybrany oferent rzeczywiście dysponuje zasobami niezbędnymi do wykonania tego zamówienia.
- 31 Zgodnie bowiem z pkt 9.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia instytucja zamawiająca wymaga, aby oferent zawarł umowę o partnerstwie z tymi podmiotami lub utworzył z nimi spółkę jawną przed udzieleniem zamówienia publicznego.
- 32 Punkt 9.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewiduje zatem jedynie dwa sposoby pozwalające oferentowi na wykazanie, że dysponuje on zasobami niezbędnymi do wykonania omawianego zamówienia, z wyłączeniem innych środków dowodowych na istnienie powiązań prawnych między tym oferentem a podmiotami, na których zdolnościach on polega.
- 33 W tych okolicznościach zasada taka jak ta ustanowiona w pkt 9.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie prowadzi do pozbawienia wszelkiej skuteczności art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18.
- 34 W świetle powyższego na zadane pytanie należy odpowiedzieć, iż art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one temu, aby instytucja zamawiająca mogła w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nałożyć na oferenta, który polega na zdolnościach innych podmiotów, obowiązek zawarcia z tymi podmiotami umowy o partnerstwie lub utworzenia z nimi spółki jawnej przed udzieleniem zamówienia.

2.32. orzeczenie z dnia 28 stycznia 2016 r. w sprawie C-50/14 *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) i in. przeciwko Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL T04) i Regione Piemonte*, ECLI:EU:C:2016:56

W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 30 Rząd włoski kwestionuje dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym z powodu braku wystarczających informacji w postanowieniu odsyłającym w odniesieniu do charakteru rozpatrywanych w postępowaniu głównym usług lub istnienia znaczenia transgranicznego, przez co nie jest możliwe ustalenie, czy prawo Unii rzeczywiście znajduje w tej sprawie zastosowanie.
- 31 Ten zarzut niedopuszczalności należy oddalić.
- 32 Otóż, po pierwsze, zawarte w postanowieniu odsyłającym informacje dotyczące charakteru usług będących przedmiotem rozpatrywanych w postępowaniu głównym umów, czyli usług transportu sanitarnego, a w szczególności usług transportu niesamodzielnych osób poddawanych dializom, na potrzeby ich leczenia, a także kontekst, w jakim umowy te zostały zawarte, są wystarczające, aby umożliwić zainteresowanym skuteczne przedstawienie ich uwag w zakresie zadanych pytań i pozwolić Trybunałowi na udzielenie na nie odpowiedzi.
- 33 Po drugie, należy stwierdzić, iż w istocie, jak wynika z treści pierwszego zadanego pytania, sąd odsyłający wychodzi z założenia, że w niniejszym przypadku dyrektywa 2004/18 nie może znaleźć zastosowania, z uwagi na co zastosowanie mają jedynie odpowiednie zasady traktatowe i będąca ich następstwem zasada przejrzystości.
- 34 Niemniej nie tylko to założenie należy wziąć pod uwagę.
- 35 W pierwszej kolejności trzeba bowiem przypomnieć, że dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do zamówień publicznych na usługi zdefiniowane w art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy jako zamówienia publiczne inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem są usługi, o których mowa w załączniku II do wspomnianej dyrektywy.
- 36 Załącznik ów dzieli się na dwie części, część A i część B. Usługi transportu sanitarnego takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, zgodnie z udzielonymi przez sąd odsyłający informacjami, mogą zostać objęte jednocześnie kategorią 2, znajdującą się w załączniku II część A do dyrektywy 2004/18, ze względu na aspekty transportowe tych usług, oraz kategorią 25, znajdującą się w załączniku II część B do tej dyrektywy, ze względu na ich aspekty medyczne (zob. w odniesieniu do usług transportu sanitarnego w sytuacji zagrożenia wyrok *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in.*, C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 37 Jeśli chodzi o usługi o charakterze mieszanym, które są jednocześnie objęte załącznikiem II część A do dyrektywy 2004/18 i załącznikiem II część B do tejże dyrektywy, zastosowanie znajduje art. 22 tej dyrektywy. Zgodnie z tym przepisem zamówienia publiczne, których wartość przekracza odnośny próg określony w art. 7 tejże dyrektywy i które dotyczą takich usług, muszą być udzielane w sposób zgodny z przepisami art. 23–55 wspomnianej dyrektywy, o ile wartość usług transportowych uwzględnionych w tym załączniku II część A jest większa niż wartość usług zdrowotnych uwzględnionych w tym załączniku II część B (wyrok *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in.*, C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 40).

- 38 W przeciwnym razie, czyli w przypadku gdy wartość usług medycznych przewyższa wartość usług transportu, zamówienia należy udzielić zgodnie jedynie z art. 23 i art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18. Natomiast pozostałe przepisy dotyczące koordynacji postępowań przewidzianych w tej dyrektywie, w szczególności zaś obowiązek dotyczący organizacji przetargu z uprzednim ogłoszeniem oraz obowiązki dotyczące kryteriów udzielenia zamówienia, nie mają zastosowania do wspomnianych zamówień (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 39 Prawodawca Unii wyszedł bowiem z założenia, że zamówienia dotyczące usług wymienionych w załączniku II część B do dyrektywy 2004/18 nie mają a priori, ze względu na swój szczególny charakter, takiej wagi w stosunkach transgranicznych, która by uzasadniała wymóg, żeby udzielano ich w wyniku postępowań, które umożliwią przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich zapoznanie się z ogłoszeniem o zamówieniu i złożenie oferty (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 Z pkt 38 i 39 niniejszego wyroku wynika, że jeżeli wartość rozpatrywanej w postępowaniu głównym umowy przewyższa odnośny próg określony w art. 7 dyrektywy 2004/18, procedura udzielenia zamówienia powinna zostać przeprowadzona zgodnie z zasadami określonymi w tej dyrektywie. W związku z tym w zależności od tego, czy wartość usług transportu przewyższa wartość usług medycznych lub jej nie przewyższa, zastosowanie mają bądź wszystkie przepisy proceduralne przewidziane w tej dyrektywie, bądź jedynie te przewidziane w jej art. 23 i art. 35 ust. 4. Do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy umowa ta jest objęta jednocześnie załącznikiem II część A do dyrektywy 2004/18 i załącznikiem II część B do tejże dyrektywy oraz czy jej wartość przekracza próg stosowania. Ponadto do sądu tego należy ustalenie wartości, odpowiednio, przedmiotowych usług transportowych i usług medycznych (zob. podobnie wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 43).
- 41 W wypadku gdyby wartość rozpatrywanej w postępowaniu głównym umowy przewyższała odnośny próg określony w art. 7, a wartość usług transportowych przewyższała wartość usług medycznych, dyrektywa 2004/18 miałaby w pełni zastosowanie. Natomiast w wypadku gdyby sąd odsyłający stwierdził, że wspomniany próg nie został osiągnięty lub wartość usług zdrowotnych przewyższa wartość usług transportowych, zastosowane mogłyby zostać jedynie – poza, w tym drugim przypadku, art. 23 i art. 35 ust. 4 dyrektywy 2004/18 – ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania wynikające z art. 49 TFUE i 56 TFUE (zob. podobnie wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 44, 45 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 42 Aby jednak zasady te mogły zostać zastosowane w dziedzinie zamówień publicznych do działalności, której wszystkie istotne elementy mieszczą się w obrębie jednego państwa członkowskiego, zamówienie rozpatrywane w postępowaniu głównym musi mieć niewątpliwe znaczenie transgraniczne (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 43 Dodatkowo nie można wykluczyć, że rozpatrywana w postępowaniu głównym umowa została zawarta na podstawie porozumienia między organem wykonawczym regionu Piemont i ANPAS – Comitato regionale Piemonte, działającym jako terytorialna organizacja ds. koordynacji, które to porozumienie miało na celu uregulowanie stosunków między miejscowymi zakładami służby zdrowia tego regionu a należącymi do tej organizacji stowarzyszeniami wolontariackimi w zakresie usług transportu sanitarnego.

- 44 Porozumienie takie należy traktować jako umowę ramową w rozumieniu dyrektywy 2004/18, jeśli odpowiada ono definicji zawartej w art. 1 ust. 5 tej dyrektywy, która to definicja obejmuje każdą umowę zawartą pomiędzy jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym lub kilkoma wykonawcami, mającą na celu określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości, przy założeniu, że umowa ramowa nie musi określać wszystkich warunków kolejnych zamówień, jak wynika to z art. 32 ust. 4 akapit drugi tiret drugie tejże dyrektywy. Do sądu odsyłającego należy dokonanie niezbędnej oceny w odniesieniu do umowy, o której mowa w powyższym punkcie niniejszego wyroku, i zbadanie, czy umowa ta stanowi umowę ramową w rozumieniu dyrektywy 2004/18 oraz – jeśli tak jest – czy rozpatrywana w postępowaniu głównym umowa została zawarta na podstawie tej umowy ramowej.
- 45 W tym względzie należy przypomnieć, po pierwsze, że zgodnie z art. 9 ust. 9 dyrektywy 2004/18 w odniesieniu do umów ramowych uwzględnieniu podlega maksymalna szacunkowa wartość wszystkich zamówień, których udzielenia przewiduje się przez cały okres obowiązywania umowy ramowej.
- 46 Po drugie, co się tyczy zastosowania dyrektywy 2004/18 lub ogólnych zasad przejrzystości i równego traktowania wynikających z art. 49 TFUE i 56 TFUE do takiej umowy ramowej, zastosowanie znajdują ustalenia zawarte w szczególności w pkt 37, 38, 41 i 42 niniejszego wyroku. W sytuacji gdy sąd odsyłający stwierdzi, że dyrektywa 2004/18 ma w pełni zastosowanie do tej umowy ramowej, należy zauważyć, że zgodnie z art. 32 ust. 2 tejże dyrektywy zawarcie umowy ramowej wymaga, by instytucje zamawiające przestrzegały reguł proceduralnych ustanowionych we wspomnianej dyrektywie na wszystkich etapach wykonywania tej umowy ramowej aż do udzielenia zamówienia na jej podstawie. Przepis ten wymaga ponadto, aby udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej następowało zgodnie z warunkami określonymi w owej umowie ramowej i zgodnie z zasadami przewidzianymi w art. 32 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/18.
- 47 Niemniej sąd odsyłający – mimo że wychodzi z założenia, iż zastosowanie mają ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania wynikające z art. 49 TFUE i 56 TFUE – nie ustalił niezbędnych okoliczności pozwalających Trybunałowi na zbadanie, czy w postępowaniu głównym istnieje niewątpliwe transgraniczne znaczenie. Tymczasem, jak wynika z art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem, instytucja ta musi 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 niezbędnych okoliczności pozwalających na 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 (wyrok *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino”* i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 47).
- 48 Ze względu na ducha współpracy charakteryzującego stosunki pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem w ramach postępowania prejudycjalnego brak takich uprzednich ustaleń sądu odsyłającego w przedmiocie ewentualnego istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie prowadzi jednak do niedopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jeśli pomimo tych braków Trybunał uzna, że jest w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu w świetle okoliczności wynikających z akt sprawy. Jest tak zwłaszcza w wypadku, gdy postanowienie odsyłające

zawiera wystarczająco wiele informacji istotnych dla dokonania oceny ewentualnego istnienia takiego znaczenia. Niemniej odpowiedź udzielona przez Trybunał nastąpi jedynie z zastrzeżeniem, że niewątpliwe znaczenie transgraniczne w sprawie głównej będzie mogło zostać ustalone na podstawie oceny wszystkich odpowiednich okoliczności faktycznych dotyczących sprawy w postępowaniu głównym, dokonanej przez sąd odsyłający (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 49 Przyjmując to zastrzeżenie, należy więc uznać, że ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania wynikające z art. 49 TFUE i 56 TFUE mogą zasadniczo być stosowane do rozpatrywanych w postępowaniu głównym umów i, w razie potrzeby, do regulującej je umowy ramowej.
- 50 W konsekwencji wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za dopuszczalny.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 51 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, które, tak jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, pozwala organom władzy lokalnej powierzyć świadczenie usług transportu sanitarnego w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez jakiegokolwiek ogłoszenia o zamówieniu, stowarzyszeniom wolontariackim, które otrzymują w zamian za świadczenie tych usług jedynie zwrot faktycznie w tym celu poniesionych kosztów.
- 52 Należy najpierw przypomnieć, iż 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 lub że umowa ta została zawarta z podmiotem nienastawionym na osiągnięcie zysku (zob. podobnie wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 36, 37 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 53 Wobec powyższego odpowiedź na zadane pytanie różni się w zależności od tego, czy dyrektywa 2004/18 ma w pełni zastosowanie lub, przeciwnie, czy należy uwzględnić ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania wynikające z art. 49 TFUE i 56 TFUE.
- 54 W pierwszym przypadku należy uznać, że dyrektywa 2004/18 sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, które, tak jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, pozwala organom władzy lokalnej powierzyć świadczenie usług transportu sanitarnego w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez jakiegokolwiek ogłoszenia o zamówieniu, organizacjom wolontariackim (zob. podobnie wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 44).
- 55 W drugim przypadku należy, po pierwsze, przypomnieć, że prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych, w zakresie, w jakim dotyczy w szczególności zamówień publicznych na usługi, ma na celu zapewnienie swobodnego przepływu usług oraz otwarcia na niezakłóconą i jak najszerszą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, oraz po drugie, stwierdzić, że zastosowanie uregulowania krajowego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym prowadzi do rezultatów sprzecznych z tymi celami, ponieważ uregulowanie to wyklucza z danych zamówień podmioty, które nie mają

celów wolontariackich (zob. podobnie wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 51, 52).

- 56 Tymczasem udzielenie zamówienia, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi przejaw odmiennego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, dla których wspomniane zamówienie mogłoby być interesujące, a których siedziba znajduje się w innym państwie członkowskim. O ile takie zróżnicowanie traktowania, które poprzez wykluczenie wszystkich przedsiębiorstw z siedzibą w innym państwie członkowskim działa głównie na ich niekorzyść, nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, o tyle stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy art. 49 TFUE i 56 TFUE (zob. podobnie wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 57 Niemniej ze wszystkich informacji, czyli krajowych ram prawnych, charakteru danych świadczeń, które wpisują się w kontekst krajowej służby zdrowia, ustaleń sądu odsyłającego w zakresie pozytywnego wpływu umów takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym na budżet i przede wszystkim wolontariackiego charakteru stowarzyszeń będących stroną takich umów, wynika, że korzystanie z tych stowarzyszeń do organizacji usługi transportu sanitarnego może być uzasadnione zasadami powszechności i solidarności, a także względami efektywności gospodarczej i stosowności, z uwagi na to, że pozwala ono, aby usługa świadczona w interesie ogólnym była wykonywana w warunkach równowagi gospodarczej w odniesieniu do budżetu przez podmioty ustanowione w celu działania na rzecz interesu ogólnego.
- 58 Prawo Unii uwzględnia zaś takie cele.
- 59 W tym względzie należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że prawo Unii nie narusza kompetencji państw członkowskich w zakresie organizacji systemów zdrowia publicznego i zabezpieczenia społecznego (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 60 Państwa członkowskie w ramach wykonywania tej kompetencji nie mogą oczywiście wprowadzać lub utrzymywać nieuzasadnionych ograniczeń wykonywania podstawowych swobód w dziedzinie świadczeń opieki zdrowotnej. Niemniej jednak przy dokonywaniu oceny tego zakazu należy uwzględnić okoliczność, że zdrowie i życie ludzi mają pierwszorzędne znaczenie pośród dóbr i interesów chronionych traktatem i że do państw członkowskich, którym przysługuje swoboda uznania, należy decyzja o poziomie, na którym chcą zapewnić ochronę zdrowia publicznego, oraz o sposobie osiągnięcia tego poziomu (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 56 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 61 Ponadto nie tylko samo ryzyko poważnego naruszenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego może stanowić nadrzędną przesłankę interesu ogólnego, zdolną usprawiedliwić przeszkodę w swobodnym świadczeniu usług, lecz ponadto cel utrzymania, ze względów zdrowia publicznego, zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich służby medycznej i szpitalnej może również wchodzić w zakres jednego z odstępstw uzasadnionych względami zdrowia publicznego, o ile przyczynia się do osiągnięcia wysokiego poziomu ochrony zdrowia. Dotyczy to środków, które, po pierwsze, odpowiadają ogólnemu celowi zapewnienia na terytorium danego państwa wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonej gamy usług medycznych wysokiej jakości, i po drugie, przyczyniają się do kontroli nad kosztami i do uniknięcia, w możliwie największym zakresie,

jakiegokolwiek marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 57 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 62 W drugiej kolejności państwo członkowskie może przyjąć, w ramach zakresu uznania przysługującego mu w stosunku do decyzji o poziomie ochrony zdrowia publicznego i organizacji jego systemu bezpieczeństwa społecznego, że wykorzystywanie stowarzyszeń wolontariackich odpowiada celowi społecznemu usług transportu sanitarnego i może przyczyniać się do kontroli nad kosztami tych usług (zob. podobnie wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 59).
- 63 Jednak system organizacji usługi transportu sanitarnego taki jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, pozwalający na wykorzystanie przez właściwe organy stowarzyszeń wolontariackich, musi faktycznie przyczyniać się do celu społecznego i do realizacji celów solidarności i efektywności budżetowej, na których system ten się opiera (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 60).
- 64 W tym względzie wymagane jest, aby stowarzyszenia wolontariackie, gdy działają w tych ramach, nie realizowały celów innych aniżeli te wspomniane w poprzednim punkcie niniejszego wyroku, aby nie czerpały żadnych zysków ze swoich usług, niezależnie od zwrotu zmiennych, stałych i długookresowych kosztów koniecznych do ich świadczenia, ani by nie przynosiły żadnego zysku swym członkom. Co więcej, jakkolwiek dopuszczalne jest korzystanie z pracowników, gdyż w ich braku stowarzyszenia te byłyby niemalże pozbawione faktycznej możliwości działania w licznych dziedzinach, w których zasada solidarności może być naturalnie wdrożona, rzeczony stowarzyszenia muszą rygorystycznie przestrzegać wymogów ustanowionych w odniesieniu do nich w ustawodawstwie krajowym (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 61).
- 65 W świetle ogólnej zasady prawa Unii zabraniającej nadużywania prawa stosowanie tego ustawodawstwa nie może być rozszerzone tak, aby obejmowało nadużycia stowarzyszeń wolontariackich lub ich członków. Tym samym działalność stowarzyszeń wolontariackich może być wykonywana przez pracowników jedynie w granicach koniecznych dla ich prawidłowego funkcjonowania. W odniesieniu do zwrotu kosztów należy czuwać nad tym, aby pod przykryciem działalności wolontariackiej nie był realizowany żaden cel zarobkowy, chociażby nawet pośredni, i aby wolontariusz mógł uzyskać jedynie zwrot kosztów faktycznie poniesionych w ramach wykonywanej działalności, w granicach uprzednio ustalonych przez same stowarzyszenia (wyrok Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 62).
- 66 W przypadku, o którym mowa w pkt 55 niniejszego wyroku, do sądu odsyłającego należy przeprowadzenie wszystkich niezbędnych ocen w celu ustalenia, czy rozpatrywane w postępowaniu głównym umowa oraz, w stosownych wypadkach, umowa ramowa, uregulowane w mającym zastosowanie ustawodawstwie, w rzeczywistości przyczyniają się do realizacji celu społecznego oraz celu solidarności i efektywności budżetowej.
- 67 W świetle ogółu powyższych uwag na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, iż art. 49 TFUE i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, które, tak jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, pozwala organom władzy lokalnej powierzyć stowarzyszeniom wolontariackim świadczenie usług transportu sanitarnego w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez jakiegokolwiek ogłoszenia o zamówieniu, o ile ramy prawne i umowne, w których prowadzona

jest działalność tychże organizacji, faktycznie przyczyniają się do realizacji celu społecznego, a także celów solidarności oraz efektywności budżetowej.

W przedmiocie pytania drugiego

- 68 Poprzez pytanie drugie, oparte na założeniu, że dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania do umowy takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy w przypadku gdy państwo członkowskie pozwala organom władzy publicznej korzystać bezpośrednio ze stowarzyszeń wolontariackich w celu wykonywania pewnych zadań zgodnie z wymogami nałożonymi w tym zakresie przez prawo Unii, organ władzy publicznej, który zamierza zawrzeć umowę z takimi stowarzyszeniami, jest zobowiązany do uprzedniego porównania propozycji różnych stowarzyszeń w celu uniknięcia ewentualnych zbędnych kosztów.
- 69 W tym względzie należy zauważyć, że zgodnie z sentencją wyroku Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440), jak również z pkt 67 niniejszego wyroku, jeśli spełnione są wszystkie przesłanki, które w świetle prawa Unii pozwalają państwu członkowskiemu przewidywać korzystanie ze stowarzyszeń wolontariackich, świadczenie usług transportu sanitarnego może zostać powierzone tym stowarzyszeniom w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, bez jakiegokolwiek ogłoszenia o zamówieniu.
- 70 Brak wymogu opublikowania ogłoszenia oznacza, że organy władzy publicznej, które korzystają w takich sytuacjach ze stowarzyszeń wolontariackich, nie są zobowiązane na mocy prawa Unii do porównania organizacji wolontariackich.
- 71 Niemniej należy przypomnieć, że jak zauważono w pkt 60 wyroku Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440) oraz w pkt 63 niniejszego wyroku, prawidłowość korzystania ze stowarzyszeń wolontariackich podlega w szczególności wymogowi, by korzystanie to faktycznie przyczyniało się do realizacji celu efektywności budżetowej. W związku z tym zasady omawianego korzystania, które zostały ustanowione w umowach zawartych z tymi stowarzyszeniami, a także ewentualna umowa ramowa muszą też przyczyniać się do realizacji tego celu. Ponadto, jak zostało to stwierdzone w pkt 62 wyroku Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440), a także w pkt 65 niniejszego wyroku, ogólna zasada zabraniająca nadużywania prawa ma zastosowanie do zwrotu poniesionych przez stowarzyszenia wolontariackie kosztów.
- 72 Na pytanie drugie należy zatem odpowiedzieć, że w przypadku gdy państwo członkowskie pozwala organom władzy publicznej korzystać bezpośrednio ze stowarzyszeń wolontariackich w celu wykonywania pewnych zadań, organ władzy publicznej, który zamierza zawrzeć umowę z takimi stowarzyszeniami, nie jest zobowiązany na mocy prawa Unii do uprzedniego porównania ofert różnych stowarzyszeń.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 73 Poprzez pytanie trzecie, oparte na założeniu, że dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania do umowy takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy w przypadku gdy państwo członkowskie, które pozwala organom władzy publicznej korzystać bezpośrednio ze stowarzyszeń wolontariackich w celu wykonywania pewnych zadań zgodnie z wymogami nałożonymi w tym zakresie przez prawo Unii, upoważnia takie stowarzyszenia do wykonywania działalności gospodarczej w pewnym zakresie, owo państwo członkowskie musi ustalić w tym względzie szczególne ograniczenia wyrażone procentowo wobec działalności lub zasobów wspomnianych stowarzyszeń.

- 74 Tytułem wstępu – w odniesieniu do zasady wykonywania przez podmioty nienastawione na osiąganie zysku z działalności rynkowej – z pkt 48 wyroku CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) wynika, że kwestia ta należy do kompetencji krajowych prawodawców.
- 75 Ponadto zgodnie z pkt 61 wyroku Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440) oraz z pkt 64 niniejszego wyroku stowarzyszenia wolontariackie muszą prowadzić działalność, ściśle spełniając mające do nich zastosowanie wymogi ustanowione przez ustawodawcę krajowego. Trybunał uznał zatem, że określenie ram działalności tych stowarzyszeń, przy uwzględnieniu ustanowionych przez ten wyrok ograniczeń, należy do kompetencji państw członkowskich.
- 76 W konsekwencji do ustawodawcy krajowego, który, pozwalając przy tym organom władzy publicznej korzystać ze stowarzyszeń wolontariackich w celu wykonania pewnych zadań, zdecydował się na umożliwienie tym stowarzyszeniom prowadzenia działalności gospodarczej na rynku, należy podjęcie decyzji w kwestii, czy lepiej jest wyznaczyć ramy tej działalności poprzez ustanowienie ograniczenia ilościowego, czy też poprzez określenie ich w inny sposób.
- 77 Uznanie ograniczeń ustanowionych w pkt 60–62 wyroku Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440), przywołanych w pkt 63–65 niniejszego wyroku, wymaga jednak zasadniczo poszanowania samej natury tych stowarzyszeń wolontariackich.
- 78 Z powyższego wynika, że wszelka działalność gospodarcza prowadzona przez takie stowarzyszenia na rynku musi mieć charakter uboczny i musi być prowadzona w celu wsparcia ich działalności wolontariackiej.
- 79 W konsekwencji na pytanie trzecie należy odpowiedzieć, że w przypadku gdy państwo członkowskie, które pozwala organom władzy publicznej korzystać bezpośrednio ze stowarzyszeń wolontariackich w celu wykonywania pewnych zadań, upoważnia takie stowarzyszenia do wykonywania działalności gospodarczej w pewnym zakresie, w gestii tego państwa członkowskiego pozostaje ustanowienie ograniczeń, w ramach których ta działalność może być prowadzona. Ograniczenia te muszą niemniej gwarantować, że omawiana działalność gospodarcza będzie miała charakter uboczny w stosunku do całej działalności takich stowarzyszeń i że będzie prowadzona w celu wsparcia ich działalności wolontariackiej.

2.33. orzeczenie z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 MT Højgaard A/S i Züblin A/S przeciwko Banedanmark, ECLI:EU:C:2016:347

W przedmiocie właściwości Trybunału

- 22 W pkt 15 wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., Unitron Scandinavia i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), Trybunał uznał, że Klagensævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) ma status „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE. Rząd duński zauważa jednak, że w wyroku z dnia 9 października 2014 r., TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), Trybunał odmówił natomiast wspomnianego statusu Teleklagenævnet (komisji odwoławczej ds. telekomunikacji, Dania), w związku z czym zwraca się on do Trybunału o szersze wyjaśnienie kryteriów znajdujących zastosowanie w tym względzie oraz o potwierdzenie, w stosownym wypadku, statusu Klagensævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) jako „sądu”.
- 23 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w celu oceny, czy organ odsyłający ma status sądu, co jest kwestią objętą wyłącznie zakresem

prawa Unii, Trybunał bierze pod uwagę wszystkie okoliczności, takie jak podstawa prawna istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjność jego jurysdykcji, kontryktoryjność postępowania, stosowanie przez wspomniany organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (wyrok z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 24 W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym z żadnej z informacji zawartych w aktach sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wynika, że organ odsyłający nie spełnia kryteriów związanych z jego podstawą prawną, ze stałym charakterem, z obligatoryjnością jego jurysdykcji, kontryktoryjnością prowadzonych przed nim postępowań oraz ze stosowaniem przez ten organ przepisów prawa.
- 25 Co się tyczy kryterium niezawisłości, którego to kryterium Teleklagenævnet (komisja odwoławcza ds. telekomunikacji) nie spełniała, jak Trybunał orzekł w przywołanym przez rząd duński wyroku z dnia 9 października 2014 r., TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), należy stwierdzić przede wszystkim, że w odróżnieniu od tego organu odwoławczego Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) nie występuje w charakterze strony w postępowaniach odwoławczych wszczętych przeciwko jej decyzjom przed sądami powszechnymi. Z powyższego wynika, że ma ona status osoby trzeciej w stosunku do stron sporu, w szczególności w stosunku do organu, który wydał zaskarżoną przed nią decyzję.
- 26 Następnie należy zaznaczyć, że – jak zauważył rzecznik generalny w pkt 44 opinii – z akt sprawy wynika, iż Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) nie ma żadnego powiązania funkcjonalnego z ministerstwem ds. przedsiębiorczości i wzrostu. Okoliczność, że sekretariat tego organu jest połączony ze wspomnianym ministerstwem, nie może podważyć tego stwierdzenia. Poza tym wspomniany organ wykonuje swoje funkcje w pełni niezawisłe, nie podlega stosunkom hierarchicznym i nie otrzymuje poleceń z jakiegokolwiek źródła (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Co się tyczy niezależności członków wchodzących w skład organu odsyłającego, należy podkreślić, że w myśl § 1 ust. 4 bekendtgørelse nr. 887 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer (rozporządzenia nr 887 w sprawie komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych, ze zmianami) z dnia 11 sierpnia 2011 r. wspomniani członkowie są zobowiązani wykonywać swoje funkcje w sposób niezależny.
- 28 Z akt sprawy wynika, że organ odsyłający składa się, zgodnie z § 9 ust. 1 lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (ustawy nr 492 o wdrożeniu przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, ze zmianami) z dnia 12 maja 2010 r. (zwanej dalej „ustawą nr 492”), z prezesa i z określonej liczby wiceprezesów, którzy tworzą prezydium, oraz z określonej liczby członków będących ekspertami. W skład prezydium wchodzi, zgodnie z § 9 ust. 2 akapit drugi ustawy nr 492, sędziowie sądów pierwszej instancji i sądów regionalnych wyższej instancji.
- 29 Skład Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) ma charakter parytetowy. W jej zwykły skład wchodzi członek prezydium działający w charakterze prezesa oraz jeden członek będący ekspertem. Ponadto na mocy § 10 ust. 5 ustawy nr 492 organ ten podejmuje decyzje zwykłą większością głosów, a w przypadku równego rozkładu głosów rozstrzygający jest głos prezesa. W konsekwencji członkowie tego organu wywodzący się z korpusu sędziów duńskich posiadają w każdych okolicznościach większość głosów i mają zatem przewagę przy podejmowaniu decyzji przez wspomniany organ.

- 30 Członkowie organu odsyłającego mający status sędziów wymiaru sprawiedliwości korzystają z tego tytułu ze szczególnej ochrony przed odwołaniem przewidzianej w § 64 duńskiej konstytucji, która to ochrona obejmuje także pełnienie funkcji członka prezydium organu odsyłającego.
- 31 Mając na uwadze przewagę głosów przysługujących członkom organu odsyłającego, którzy ze względu na status sędziów korzystają z tej szczególnej ochrony, okoliczność, że członkowie tego organu będący ekspertami nie korzystają z takiej samej ochrony, nie może w żadnym razie prowadzić do podważenia niezawisłości wspomnianego organu.
- 32 W świetle wszystkich powyższych rozważań należy potwierdzić, że Klagensvnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych) spełnia także kryterium niezawisłości i powinna w związku tym zostać uznana za „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE.
- 33 Trybunał jest zatem właściwy do udzielenia odpowiedzi na postawione mu pytanie.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 34 Poprzez postawione pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona temu, by podmiot zamawiający zezwolił wykonawcy, który wchodził w skład wybranej w ramach preselekcji grupy dwu przedsiębiorstw, która złożyła pierwszą ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, na dalszy udział w tym postępowaniu we własnym imieniu, w następstwie rozwiązania wspomnianej grupy.
- 35 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy zauważyć, że dyrektywa 2004/17 nie przewiduje norm dotyczących konkretnie zmian, które nastąpiły w odniesieniu do składu grupy wykonawców wybranej w ramach preselekcji jako oferent ubiegający się o zamówienie publiczne, wobec czego unormowanie takiej sytuacji należy do właściwości państw członkowskich (zob. podobnie wyrok z dnia 23 stycznia 2003 r., Makedoniko Metro i Michaniki, C-57/01, EU:C:2003:47, pkt 61).
- 36 Ani duńskie przepisy prawa krajowego, ani ogłoszenie o zamówieniu rozpatrywane w postępowaniu głównym nie zawierają konkretnych zasad w tym względzie. Po tym wyjaśnieniu możliwość zezwolenia przez podmiot zamawiający na taką zmianę należy zbadać w oparciu o ogólne zasady prawa Unii, zwłaszcza zasadę równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości, który z tej zasady wynika, a także cele tego prawa w dziedzinie zamówień publicznych.
- 37 W tym względzie należy przypomnieć, iż 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, i że owe zasada i obowiązek stanowią podwalinę norm Unii odnoszących się do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Zasada równego traktowania oferentów mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu treści swych ofert, i oznacza zatem, że oferty wszystkich konkurentów podlegają tym samym warunkom (zob. 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).

- 39 Ścisłe stosowanie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy doprowadziłoby do wniosku, że jedynie wykonawcy wybrani w ramach preselekcji jako tacy mogą złożyć oferty i stać się zwyczajnymi oferentami.
- 40 Podejście to znajduje swoją podstawę w art. 51 ust. 3 dyrektywy 2004/17, zgodnie z którym instytucje zamawiające „powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom”, co zakłada, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 63 opinii, że wykonawcy wybrani w ramach preselekcji oraz wykonawcy, którzy składają oferty, powinni być prawnie i materialnie tożsami.
- 41 Niemniej jednak wspomniany w punkcie poprzednim niniejszego wyroku wymóg tożsamości prawnej i materialnej może zostać złagodzony w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, czego wymaga art. 54 ust. 3 dyrektywy 2004/17.
- 42 W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, jak wynika z pkt 10 niniejszego wyroku, podmiot zamawiający uznał, że, aby konkurencja taka była zapewniona potrzebni są co najmniej czterej kandydaci.
- 43 Konieczne jest jednak jeszcze, by dalszy udział w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej wykonawcy we własnym imieniu, w następstwie rozwiązania grupy, w której skład wykonawca ten wchodził i która została wybrana w ramach preselekcji przez podmiot zamawiający, odbywał się w warunkach nienaruszających zasady równego traktowania wszystkich oferentów.
- 44 W tym względzie podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodziłi w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.
- 45 W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym należy przede wszystkim zauważyć, że z postanowienia odsyłającego wynika, iż gdyby spółka Per Aarsleff samodzielnie przedłożyła kandydaturę, zostałaby wybrana w ramach preselekcji (zob. pkt 18 niniejszego wyroku).
- 46 Po tym wyjaśnieniu, mając na względzie informacje zawarte w aktach sprawy, zgodnie z którymi, po pierwsze, umowa założycielska grupy Aarsleff i Pihl została zawarta w dniu wydania wyroku stwierdzającego upadłość spółki E. Pihl og Søn, i po drugie, pierwsza oferta tej grupy została złożona następnego dnia i nie została opatrzona podpisem syndyka masy upadłościowej spółki E. Pihl og Søn, sąd odsyłający powinien ponadto ustalić, czy złożenie tej pierwszej oferty nie było obarczone uchybieniem mogącym stanowić przeszkodę dla dalszego udziału spółki Per Aarsleff, we własnym imieniu, w rozpatrywanym postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej.
- 47 Wreszcie jeśli chodzi o okoliczność, że po rozwiązaniu grupy Aarsleff i Pihl spółka Per Aarsleff przejęła 50 pracowników spółki E. Pihl og Søn, w tym osób kluczowych dla realizacji

rozpatrywanego projektu, sąd odsyłający powinien ustalić, czy w związku z powyższym spółka Per Aarsleff skorzystała z przewagi konkurencyjnej ze szkodą dla innych oferentów.

- 48 W świetle powyższych rozważań na postawione pytanie należy odpowiedzieć, że zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

2.34. orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-410/14 Dr. Falk Pharma GmbH przeciwko DAK-Gesundheit, ECLI:EU:C:2016:399

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 32 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że należy uznać za zamówienie publiczne w rozumieniu tej dyrektywy system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności.
- 33 Co prawda, jak zaznaczają niektórzy zainteresowani, którzy przedstawili Trybunałowi uwagi na piśmie, taki system skutkuje zawarciem umów o charakterze odpłatnym między podmiotem publicznym mogącym działać w charakterze instytucji zamawiającej w rozumieniu dyrektywy 2004/18 oraz wykonawcami dostarczającymi produkty, co odpowiada definicji pojęcia „zamówienia publicznego” zawartej w art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy.
- 34 Należy jednak zaznaczyć, po pierwsze, że zgodnie z motywem 2 wspomnianej dyrektywy ustanowione przez tę dyrektywę przepisy służące koordynacji należy interpretować zgodnie z zasadami traktatu FUE, w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług oraz zgodnie z zasadami z nich się wywodzącymi, jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości, którym podlega udzielanie zamówień publicznych w państwach członkowskich.
- 35 Po drugie, w związku z tym, że koordynacja na poziomie Unii procedur udzielania zamówień publicznych na usługi zmierza tym samym do ochrony interesów wykonawców z siedzibą w jednym państwie członkowskim chcących oferować produkty lub świadczyć usługi na rzecz instytucji zamawiających z siedzibą w innym państwie członkowskim, celem dyrektywy 2004/18 jest wykluczenie ryzyka, iż przy udzielaniu zamówienia przez instytucje zamawiające preferowani będą oferenci albo kandydaci krajowi (zob. podobnie, jeśli chodzi o dyrektywę w sprawie zamówień publicznych na usługi obowiązującą

wcześniej, wyrok z dnia 10 listopada 1998 r., BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, pkt 41, 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 36 Otóż zasadniczo ryzyko preferowania wykonawców krajowych, któremu wspomniana dyrektywa stara się zapobiec, jest ściśle związane z wyborem dokonywanym przez instytucję zamawiającą spośród dopuszczalnych ofert oraz z wyłączością wynikającą z udzielenia danego zamówienia zwycięskiemu wykonawcy albo zwycięskiemu wykonawcom w ramach umowy ramowej, co jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 37 W konsekwencji kiedy podmiot publiczny zamierza zawrzeć umowy na dostawę ze wszystkimi wykonawcami chcącymi dostarczać omawiane produkty na warunkach wskazanych przez ten podmiot, brak wyznaczenia wykonawcy, któremu przyznana zostałaby wyłączność w zakresie zamówienia, skutkuje tym, że nie istnieje konieczność ujęcia działania tej instytucji zamawiającej w konkretne ramy określone w dyrektywie 2004/18, po to, by nie udzieliła ona zamówienia preferującego wykonawców krajowych.
- 38 Wybór oferty, a zatem zwycięskiego wykonawcy wydaje się być tym samym elementem nieodłącznie związanym z ujęciem zamówień publicznych w ramy tej dyrektywy i w konsekwencji z pojęciem „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy.
- 39 Stwierdzenie to znajduje potwierdzenie w art. 43 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2004/18, w myśl którego w odniesieniu do każdego zamówienia, umowy ramowej oraz dynamicznego systemu zakupów instytucja zamawiająca sporządza pisemne sprawozdanie, zawierające nazwę wybranego oferenta oraz powody wyboru jego oferty.
- 40 Należy zresztą zaznaczyć, że zasada ta jest wyraźnie wyrażona w definicji pojęcia „udzielenia zamówienia” zapisanej obecnie w art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24, której elementem jest wybór przez instytucję zamawiającą wykonawcy, od którego nabędzie ona, w drodze zamówienia publicznego, roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem tego zamówienia.
- 41 Wreszcie należy zaznaczyć, że szczególny charakter systemu umów takiego jak system sporny w postępowaniu głównym, polegający na jego stałym otwarciu w całym okresie ważności dla zainteresowanych operatorów, bez ograniczenia go zatem do wstępnego okresu, w którym przedsiębiorstwa zapraszane są do wyrażenia zainteresowania wobec danego podmiotu publicznego, wystarczy, aby odróżnić ten system od umowy ramowej. Zgodnie bowiem z art. 32 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 zamówień opartych na umowach ramowych udziela się wyłącznie wykonawcom, którzy byli początkowo stronami umowy ramowej.
- 42 Należy zatem odpowiedzieć na pytanie pierwsze, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności.

W przedmiocie pytania drugiego

- 43 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, jakie są przesłanki prawidłowości, w świetle prawa Unii, postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym.

- 44 Należy zaznaczyć, że postępowanie takie, w zakresie, w jakim jego przedmiot posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, podlega podstawowym zasadom traktatu FUE, w szczególności zasadom niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz obowiązowi przejrzystości, który z niej się wywodzi, przy czym na podstawie tego ostatniego obowiązku wymagane jest dokonanie odpowiedniego ogłoszenia. W tym względzie państwa członkowskie posiadają w sytuacji takiej jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym pewien zakres uznania w celu przyjęcia środków służących zagwarantowaniu poszanowania zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości.
- 45 Niemniej jednak wymóg przejrzystości wiąże się z ogłoszeniem pozwalającym potencjalnie zainteresowanym wykonawcom na należyte zapoznanie się z przebiegiem i z istotnymi cechami charakteryzującymi postępowanie dopuszczające, takie jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym.
- 46 Sąd odsyłający powinien ocenić, czy sporne w postępowaniu głównym postępowanie dopuszczające odpowiada tym wymogom.
- 47 Na drugie postawione pytanie należy zatem odpowiedzieć, że w zakresie, w jakim przedmiot postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, postępowanie to powinno być zaplanowane i przeprowadzone zgodnie z podstawowymi zasadami traktatu FUE, w szczególności z zasadami niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz z obowiązkiem przejrzystości, który się z nich wywodzi.

2.35. orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl, ECLI:EU:C:2016:404

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 21 W pierwszym pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych zezwalających wykonawcy na powołanie się na zdolności innego podmiotu lub szeregu innych podmiotów w celu spełniania minimalnych wymogów dotyczących uczestnictwa w przetargu, które sam ten wykonawca spełnia jedynie w części.
- 22 Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w sposób wyraźny i niemal identyczny stanowią, że „[w]ykonawca może [...] polegać na zdolnościach innych podmiotów” w celu wykazania, że ich sytuacja ekonomiczna, finansowa, kwalifikacje techniczne i zawodowe odpowiadają wymogom danego przetargu.
- 23 Trybunał uznał, że prawo Unii nie wymaga do uznania wykonawcy za spełniającego warunki udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, by podmiot zamierzający uzyskać zamówienie od instytucji zamawiającej był w stanie spełnić umówione świadczenie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 41).
- 24 W tym kontekście Trybunał uznał, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie wprowadzają żadnego zakazu co do zasady dotyczącego polegania przez kandydata lub oferenta na zdolności jednego lub szeregu podmiotów trzecich w połączeniu z własnymi zdolnościami w celu spełnienia kryteriów określonych przez instytucję zamawiającą

(zob. wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 30).

- 25 Zgodnie z tym orzecnictwem wskazane przepisy 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 oferent będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r., *Ostas celnieks*, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 23).
- 26 Należy zatem uznać, że dyrektywa 2004/18 umożliwia łączenie zdolności wielu wykonawców w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile tej instytucji zamawiającej zostanie wykazane, że kandydat lub oferent powołujący się na zdolność jednego lub szeregu innych podmiotów będzie faktycznie mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do realizacji zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 33).
- 27 Taka interpretacja jest zgodna z celem w postaci otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego realizacji zmierzają dyrektywy z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto wykładnia ta sprzyja także ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co również jest zamierzaniem dyrektywy 2004/18, jak wskazuje na to jej motyw 32 (zob. wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34).
- 28 Trybunał wskazał jednakże, że nie można wykluczyć, iż istnieją szczególne roboty budowlane, których specyfika wymaga zdolności niemożliwej do uzyskania poprzez połączenie zdolności o węższym zakresie szeregu podmiotów. Trybunał przyznał także, że w takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom zdolności został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub przez poleganie na ograniczonej liczbie wykonawców, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny. Trybunał zastrzegł jednak, że taki przypadek stanowi nadzwyczajną sytuację, a dany wymóg nie może stać się ogólną zasadą na mocy prawa krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35, 36).
- 29 Z postanowienia odsyłającego wynika, że CRGT nie mogło, zdaniem Pizzo, polegać na zdolności innego wykonawcy w celu spełnienia kryteriów udzielenia zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym. Tymczasem z art. 47 ust. 2 i z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wynika, że przewidują one wyraźnie możliwość polegania przez oferenta na zdolności innych podmiotów. Jednak sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy rozpatrywane przetarg i specyfikacja warunków zamówienia przewidywały wyraźnie, że ze względu na specyfikę usług będących przedmiotem zamówienia zdolność na minimalnym poziomie posiadać musi samodzielnie jeden wykonawca.
- 30 W odniesieniu do argumentu Pizzo opartego na tym, że CRGT powinno było wykazać swoją zdolność ekonomiczną i finansową poprzez przedstawienie zaświadczeń od co najmniej dwóch instytucji bankowych, należy zauważyć, że wykluczenie możliwości, by przedsiębiorstwo polegające na zdolności innego podmiotu posłużyło się zaświadczeniem z banku tego ostatniego, w oczywisty sposób skutkowałoby pozbawieniem

wszelkiej skuteczności (effet utile) oferowanej w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 możliwości skorzystania ze zdolności innych podmiotów. W związku z tym przepisy te należy interpretować w ten sposób, że wykonawcy mogą powołać się w danym przetargu na zdolność innych podmiotów, co obejmuje również posługiwanie się ich zaświadczeniami bankowymi.

- 31 Sąd odsyłający zastanawia się również, czy art. 63 ust. 1 akapit trzeci oraz art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24 wprowadzają ograniczenia możliwości polegania na zdolności innych przedsiębiorstw. Należy jednak wyjaśnić, że na podstawie art. 90 omawianej dyrektywy państwa członkowskie powinny dostosować się do jej przepisów najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2016 r. W związku z tym przepisy tej dyrektywy nie znajdują zastosowania *ratione temporis* do sprawy w postępowaniu głównym.
- 32 Choć orzecznictwo Trybunału nakazuje, by państwa członkowskie powstrzymały się od przyjmowania w okresie wyznaczonym na transpozycję dyrektywy przepisów mogących poważnie zagrozić osiągnięciu przepisanego w niej rezultatu (zob. wyrok z dnia 18 grudnia 1997 r., *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, pkt 45), orzecznictwo to nie zezwala jednak na nałożenie na oferenta przed upływem tego terminu ograniczeń niewynikających z prawa Unii w wykładni dokonanej w orzecznictwie Trybunału.
- 33 Należy ponadto podkreślić, że konkretne przepisy, do których odnosi się sąd odsyłający, przewidują możliwość wymagania przez instytucję zamawiającą, aby podmiot, na którym się polega w celu spełnienia wskazanych warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, ponosił odpowiedzialność solidarną (art. 63 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/24) lub aby, dla niektórych rodzajów zamówień, określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta (art. 63 ust. 2 tej dyrektywy). Przepisy te nie ustalają więc konkretnych ograniczeń możliwości polegania na zdolności innych podmiotów w częściach, a w każdym razie takie ograniczenia powinny być zostać wyraźnie przewidziane w danym przetargu, co w sprawie w postępowaniu głównym nie miało jednak miejsca.
- 34 Wobec powyższego odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć tak, że art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż nie stoją one na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych zezwalających wykonawcy na powołanie się na zdolność jednego lub szeregu innych podmiotów w celu spełnienia minimalnych wymogów udziału w przetargu, które wykonawca ten spełnia jedynie w części.

W przedmiocie pytania drugiego

- 35 W drugim pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku wynikającego nie wyrażnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującego krajowego ustawodawstwa, lecz z wykładni tego ustawodawstwa, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk.
- 36 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 zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów poddane były tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który z niej wprost wypływa, 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 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 (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).

- 37 Trybunał orzekł już 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 wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32).
- 38 Ze znajdującego się w części „Ogłoszenia o zamówieniach” pkt 17 załącznika VIIA do dyrektywy 2004/18, który to załącznik dotyczy informacji, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, wynika, że „[k]ryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia” z danego przetargu, muszą zostać wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu.
- 39 Tym samym, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła (zob. w szczególności 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, 43).
- 40 Z przedłożonych Trybunałowi akt sprawy wynika, że dokumentacja z przetargu rozpatrywanego w postępowaniu głównym nie przewidywała wyraźnie obowiązku uiszczenia przez oferentów składki do AVCP pod groźbą wykluczenia z przetargu.
- 41 Jak podkreśla sąd odsyłający, istnienie tego obowiązku można wyprowadzić z szerokiej wykładni ustawy nr 266/2005 dokonywanej przez AVCP oraz z krajowego orzecznictwa administracyjnego. Sąd wyjaśnia, że AVCP uważa, iż brak uiszczenia składki powoduje wykluczenie oferenta z przetargu o publicznym charakterze, bez względu na rodzaj zamówienia, które stanowi przedmiot tego przetargu. Sąd ten wskazuje również, że z krajowego orzecznictwa administracyjnego wynika, iż przedsiębiorstwo może zostać wykluczone z przetargu publicznego, jeżeli nie udowodni ono, że spełnia warunek nieokreślony wyraźnie w uregulowaniach przetargu, o ile konieczność spełnienia tego warunku wynika z „mechanizmu automatycznego uzupełniania luk w aktach administracyjnych”.
- 42 Tymczasem, jak już przypomniano w pkt 39 niniejszego wyroku, instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustali. Ma to tym większe znaczenie, gdy stawką jest wykluczenie z przetargu.
- 43 Należy bowiem wskazać, że choć art. 27 ust. 1 dyrektywy 2004/18 nie wymaga, by specyfikacje warunków zamówienia wyszczególniały wszystkie wymogi związane z podatkami, ochroną środowiska, przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkami pracy obowiązującymi w państwie członkowskim, to obowiązki te, w odróżnieniu od rozpatrywanej w postępowaniu głównym składki, nie powodują automatycznego wykluczenia z przetargu na etapie dopuszczalności oferty.

- 44 Wskazanego art. 27 nie można interpretować w ten sposób, że zezwala on instytucjom zamawiającym na odejście od ścisłego obowiązku przestrzegania kryteriów, które instytucje te same ustaliły, zważywszy na zasadę równego traktowania i wpływający z niej obowiązek przejrzystości, którym podlegają one na podstawie art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 45 Tymczasem w postępowaniu głównym domniemany obowiązek uiszczenia składki do AVCP można zidentyfikować wyłącznie na podstawie współoddziaływania między ustawą finansową z 2006 r., praktyką decyzyjną AVCP a praktyką włoskiego orzecznictwa administracyjnego przy stosowaniu ustawy nr 266/2005.
- 46 Jak podnosi w istocie rzecznik generalny w pkt 65 opinii, warunek uzależniający prawo do wzięcia udziału w przetargu publicznym wynikający z wykładni prawa krajowego i praktyki jednego z organów, taki jak ten w postępowaniu głównym, 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 mogą być porównywane z poziomem oferentów krajowych.
- 47 Co do argumentu, że CRGT świadczyło już wcześniej usługi będące przedmiotem przetargu, a więc powinno wiedzieć o istnieniu spornej w postępowaniu głównym składki, wystarczy stwierdzić, że zasada równego traktowania i wpływający z niej obowiązek przejrzystości byłyby w oczywisty sposób nieprzestrzegane, gdyby taki wykonawca podlegał kryteriom nieustalonym w przetargu i niemającym zastosowania do nowych wykonawców.
- 48 Ponadto z postanowienia odsyłającego wynika, że w odniesieniu do tego warunku uiszczenia składki nie istnieje możliwość usunięcia uchybienia.
- 49 Zgodnie z pkt 46 wyroku Trybunału z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345), podmiot zamawiający nie może dopuścić jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferty. W tej sprawie Trybunał podkreślił w pkt 48 wyroku, że rozpatrywany tam obowiązek jest jasno nałożony w dokumentacji przetargowej pod rygorem wykluczenia.
- 50 Tymczasem jeżeli, jak w postępowaniu głównym, warunek udziału w przetargu, pod rygorem wykluczenia, nie jest wyraźnie przewidziany w dokumentacji przetargowej i da się go zidentyfikować wyłącznie w drodze dokonywanej w orzecznictwie wykładni prawa krajowego, instytucja zamawiająca może wyznaczyć wykluczonemu oferentowi termin wystarczający na naprawienie tego braku.
- 51 Wobec całości powyższego odpowiedź na pytanie drugie powinna brzmieć tak, 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 z obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. W tych okolicznościach zasady równego traktowania i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by umożliwić wykonawcy zaradzenie tej sytuacji i spełnienie omawianego obowiązku w terminie wyznaczonym przez instytucję zamawiającą.

2.36. orzeczenie z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie C-46/15 *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal*, ECLI:EU:C:2016:530

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 15 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w braku przepisu transponującego w prawie krajowym przepis ten może przyznawać jednostkom prawo, które mogą one podnieść przeciwko jednostkom zamawiającym w ramach sporów toczących się przed sądami krajowymi.
- 16 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, jeśli państwo nie transponowało dyrektywy do prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub jeśli dokonało niewłaściwej transpozycji, jednostki mogą powoływać się przed sądami krajowymi przeciwko temu państwu wyłącznie na te przepisy dyrektywy, które z punktu widzenia swej treści są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2013 r., *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 14 stycznia 2014 r., *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, pkt 31; a także z dnia 15 maja 2014 r., *Almos Agrárkülkereskedelmi*, C-337/13, EU:C:2014:328, pkt 31).
- 17 Należy zaś stwierdzić, że jak wskazał rzecznik generalny w pkt 25 opinii, art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 spełnia te kryteria, gdyż ustanawia zobowiązanie nieobwarowane żadnymi dodatkowymi warunkami ani nieuzależnione od wydania przez instytucje Unii lub państwa członkowskie jakiegokolwiek aktu oraz w jasny i wyczerpujący sposób określa dokumenty, jakich można żądać w przetargach publicznych od wykonawców w celu wykazania ich zdolności technicznych.
- 18 Trybunał orzekł już ponadto w ten sposób w odniesieniu do dyrektywy 92/50, uchylonej i zastąpionej dyrektywą 2004/18.
- 19 I tak, w pkt 46 i 47 wyroku z dnia 24 września 1998 r., *Tögel* (C-76/97, EU:C:1998:432), Trybunał uznał, że bezpośrednią skuteczność mogą mieć przepisy tytułu VI dyrektywy 92/50, wśród których znajdował się w szczególności art. 32 ust. 2, którego treść w praktycznie identycznym brzmieniu została przeniesiona do art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18.
- 20 Przy tym jednak, aby udzielić użytecznej odpowiedzi na pytanie pierwsze, należy jeszcze wyjaśnić, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 może zostać podniesiony wobec dowolnego podmiotu kwalifikującego się do miana „instytucji zamawiającej” w rozumieniu art. 1 ust. 9 tej dyrektywy.
- 21 W tej kwestii należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, o ile dyrektywa nie może sama z siebie nakładać obowiązków na jednostkę, wobec czego nie można powoływać się na nią wobec jednostki (zob. w szczególności wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 15 stycznia 2015 r., *Ryanair*, C-30/14, EU:C:2015:10, pkt 30), o tyle gdy jednostki mogą powoływać się na taką dyrektywę względem nie jednostki, ale państwa, mogą to czynić niezależnie od charakteru, w jakim to państwo występuje. Należy bowiem unikać sytuacji, w której państwo mogłoby odnieść korzyść z naruszenia przez

siebie prawa Unii (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 23).

- 22 Tym samym podmiotem, przeciwko któremu dopuszczalne jest powołanie się na dyrektywę, która może być bezpośrednio skuteczna, jest nie tylko organ publiczny, lecz również jednostka, której – niezależnie od jej formy prawnej – na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono wykonywanie usług użyteczności publicznej i która w tym celu dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami (wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 23 W niniejszym przypadku w odniesieniu do AICP z wyjaśnień udzielonych przez rząd portugalski na rozprawie przed Trybunałem zdaje się wynikać, że podmiot ten, choć objęty jest zakresem pojęcia „instytucji zamawiającej” w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18, stanowi zrzeszenie przedsiębiorstw prawa prywatnego, niespełniające wspomnianych przesłanek do tego, by można było wobec niego podnieść przepisy tej dyrektywy, ponieważ nie świadczy żadnych usług użyteczności publicznej pod kontrolą państwowych organów władzy i nie dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami, co jednakże powinien jeszcze zweryfikować sąd odsyłający.
- 24 W takiej sytuacji sąd ten powinien jednak interpretować prawo wewnętrzne tak dalece, jak jest to możliwe, w świetle brzmienia i celu dyrektywy 2004/18, by osiągnąć zamierzony w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie rezultat, a zatem zastosować się do art. 288 akapit trzeci TFUE (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 31).
- 25 W tym względzie należy przypomnieć, że spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest jednak ograniczony przez ogólne zasady prawa i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem* (zob. podobnie wyroki: dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 32).
- 26 Tym samym, w przypadkach gdy wykładnia prawa krajowego zgodna z dyrektywą 2004/18 nie byłaby możliwa, strona poszkodowana z tytułu braku zgodności tego prawa z prawem Unii mogłaby powołać się na orzecznictwo powstałe w oparciu o wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428), w celu ewentualnego uzyskania naprawienia poniesionej szkody (zob. podobnie wyrok z dnia 26 marca 2015 r., Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Zważywszy na całość powyższych rozważań, odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć tak, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że spełnia on przesłanki do tego, by nadawać jednostkom, w braku transpozycji do prawa krajowego, prawa, na które mogą się one powołać przed sądami krajowymi wobec instytucji zamawiającej, o ile ta jest organem publicznym lub na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono jej wykonywanie usług użyteczności publicznej i o ile w tym celu dysponuje ona uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.

W przedmiocie pytania drugiego

- 28 W pytaniu drugim sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie swoich możliwości technicznych za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.
- 29 W tym względzie należy przypomnieć na wstępie, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) dyrektywy 2004/18 stanowi, iż dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu trzech lat poprzedzających publikację ogłoszenia o zamówieniu.
- 30 W przypadku gdy odbiorcą tych dostaw lub usług jest nabywca prywatny, tiret drugie tego przepisu stanowi, że dowód tych czynności może zostać dostarczony na dwa sposoby, a mianowicie „w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy”.
- 31 Kwestia podniesiona przez sąd odsyłający dotyczy właśnie relacji między tymi dwoma środkami dowodowymi, gdyż chodzi tu o ustalenie, czy są one równorzędne, a wykonawca może wedle własnego uznania wykazać swoje możliwości techniczne w obojętnie jaki sposób albo w drodze zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, albo w postaci zwykłego oświadczenia sporządzonego samodzielnie, czy też, przeciwnie, prawodawca Unii wprowadził hierarchię tych środków dowodowych i użycie przez wykonawcę takiego jednostronnego oświadczenia ograniczone jest wyłącznie do sytuacji, w których nie jest on w stanie uzyskać wspomnianego zaświadczenia.
- 32 W tym względzie należy stwierdzić, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 jest tak zredagowany, że zgodnie ze swoim zwykłym znaczeniem w języku potocznym nie pozostawia żadnych dających się rozsądnie uzasadnić wątpliwości.
- 33 Jak bowiem podkreślił rzecznik generalny w pkt 43 opinii, użyte w tym przepisie wyrażenie „w razie braku” w potocznym znaczeniu wskazuje na stosunek pomocniczości, a nie równoważności między środkami dowodowymi, o których mowa.
- 34 Wynika z tego, że zgodnie z dosłowną wykładnią art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy rozumieć w ten sposób, iż instytucje zamawiające mogą zezwolić wykonawcy na wykazanie jego możliwości technicznych przy pomocy własnego oświadczenia, jedynie gdy nie jest on w stanie uzyskać zaświadczenia od prywatnego nabywcy.
- 35 Wykładnię taką potwierdza ponadto kontekst, w którym w taki sposób sformułowano ten artykuł, oraz cele, do których realizacji dyrektywa 2004/18 zmierza (zob. podobnie wyrok z dnia 22 marca 2012 r., *Génesis*, C-190/10, EU:C:2012:157, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 36 W odniesieniu w pierwszej kolejności do kontekstu art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 z orzecznictwa Trybunału wynika, że rozpatrywany przepis ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji możliwości technicznych dostępne dla instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., *Édukövízig i Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 28). Wynika z tego, że o ile instytucje zamawiające nie mogą wprowadzać nowych środków dowodowych w tej dziedzinie, o tyle nie mogą one także ograniczać zakresu przewidzianych już środków dowodowych.

- 37 Zaś dosłowna wykładnia art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, wynikająca z pkt 34 niniejszego wyroku, jest jedyną wykładnią zgodną z tym kontekstem. Jest bowiem bezsporne, że odmienne rozumienie tego przepisu, zgodnie z którym instytucje zamawiające powinny zezwalać wszystkim wykonawcom na swobodny wybór któregośkolwiek z omawianych środków dowodowych, wiązałoby się naruszeniem skuteczności (*effet utile*), a zatem samego zakresu środka opartego na zaświadczeniu od prywatnego nabywcy, ponieważ istnieje prawdopodobieństwo, że każdy z wykonawców poprzestałby na przedstawieniu za każdym razem własnego oświadczenia, aby uczynić zadość temu przepisowi.
- 38 Odnosząc się w drugiej kolejności do celów zamierzonych w dyrektywie 2004/18, należy wskazać, że ustanowiony w niej system ma w szczególności na celu, jak wynika z motywów 2, 4 i 46, uniknięcie zakłócenia konkurencji w stosunku do oferentów prywatnych i zapewnienie poszanowania zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania.
- 39 Tymczasem dosłowna wykładnia art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 wynikająca z pkt 34 niniejszego wyroku, zgodnie z którą preferowany jest środek dowodowy polegający na zaświadczeniu od prywatnego nabywcy danego wykonawcy, okazuje się również spójna z realizacją celów, o których mowa w poprzednim punkcie niniejszego wyroku, ponieważ, po pierwsze, gwarantuje większą przejrzystość i pewność prawną co do realnego charakteru zdolności technicznych tego wykonawcy, a po drugie, pozwala zapobiec kolejnym kontrolom oświadczeń przedstawionych przez wykonawców, które instytucja zamawiająca ma obowiązek przeprowadzić na podstawie art. 44 ust. 1 i art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18.
- 40 Zgodnie z zasadą proporcjonalności, stanowiącą ogólną zasadę prawa Unii, zasady ustanawiane przez instytucje zamawiające dotyczące stosowania dwóch środków dowodowych, o których mowa w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, nie powinny wykraczać poza to, co niezbędne do osiągnięcia zamierzonych w tej dyrektywie celów (zob. podobnie wyrok z dnia 22 października 2015 r., *Impresa Edilux i SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 Wynika z tego, że jak podnieśli rzecznik generalny w pkt 50 opinii oraz Komisja w uwagach na piśmie, reguły zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu zezwalające na przedstawienie przez wykonawcę własnego oświadczenia w celu wykazania swoich możliwości technicznych, wyłącznie gdy wykaże on, iż absolutnie nie ma możliwości uzyskania zaświadczenia od prywatnego nabywcy, byłyby nieproporcjonalne. Tego rodzaju reguły nakładałyby na niego ciężar zbyt duży w stosunku do tego, co jest niezbędne, by konkurencja nie została zakłócona, oraz do zapewnienia poszanowania zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania w dziedzinie zamówień publicznych.
- 42 Natomiast zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu reguły, zgodnie z którymi wykonawca ma prawo posłużyć się takim własnym oświadczeniem również wtedy, gdy wykaże przy pomocy obiektywnych elementów, podlegających sprawdzeniu dla każdego przypadku oddzielnie, że istnieją poważne trudności uniemożliwiające mu uzyskanie takiego zaświadczenia, wynikające na przykład ze złej woli prywatnego nabywcy, są zgodne z zasadą proporcjonalności, ponieważ zasady te nie obarczają wykonawcy ciężarem dowodu nadmiernym w stosunku do realizacji tychże celów.
- 43 Tak zdaje się być w przypadku, z zastrzeżeniem konieczności zweryfikowania tego przez sąd odsyłający, reguł zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu sporządzonym przez AICP, kwestionowanych w ramach sporu w postępowaniu głównym.

- 44 W świetle powyższych rozważań na pytanie drugie odpowiedź powinna brzmieć tak, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się stosowaniu reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą, takich jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie swoich zdolności technicznych za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że przedstawi on dowód na to, że uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 45 W pytaniu trzecim sąd odsyłający zwraca się w istocie o udzielenie odpowiedzi, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia kandydatury wykonawcy wymagają, aby zaświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.
- 46 W tym względzie należy wskazać, że w portugalskiej wersji językowej wyrażenie „zaświadczenie wystawione przez nabywcę”, zawarte w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, brzmi „*declaração reconhecida do adquirente*” („poświadczony oświadczenie nabywcy”), co może sugerować, że aby zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę było ważne, podpis na nim musi być poświadczony.
- 47 Jak jednak podkreślają wszystkie strony, które złożyły uwagi na piśmie, w większości innych wersji językowych przepis ten jest sformułowany w inny sposób, zdający się prowadzić do innej, mniej restrykcyjnej wykładni zakresu takiego środka dowodowego. Z niemieckiej („*vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung*”), hiszpańskiej („*certificado del comprador*”), włoskiej („*attestazione dell’acquirente*”) i angielskiej („*purchaser’s certification*”) wersji wynika w szczególności, że wyrażenie „zaświadczenie wystawione przez nabywcę” należy rozumieć w ten sposób, iż dozwolone jest, by wykonawca dowiódł swoich zdolności technicznych za pomocą dokumentu sporządzonego bez zachowania żadnej szczególnej formy przez wykonawcę lub wykonawców prywatnych, potwierdzającego fakt realizacji głównych dostaw lub usług z ostatnich trzech lat i wskazującego kwotę, na jaką były one zrealizowane, oraz datę ich realizacji.
- 48 W związku z tymi różnicami językowymi należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału sformułowania użytego w jednej z wersji językowych przepisu prawa Unii nie można traktować jako jedynej podstawy jego wykładni, nie można też przyznawać mu w tym zakresie pierwszeństwa względem innych wersji językowych. Przepisy prawa Unii należy bowiem interpretować i stosować w sposób jednolity w świetle wersji sporządzonych we wszystkich językach Unii. W razie rozbieżności pomiędzy różnymi wersjami językowymi tekstu prawa Unii dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego stanowi on część (wyrok z dnia 15 października 2015 r., Grupo Itevelesa i in., C-168/14, EU:C:2015:685, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Jak przypomniano w pkt 36 niniejszego wyroku w odniesieniu do ogólnego kontekstu systemowego, art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 ustanawia zamknięty system ograniczający możliwość wprowadzania przez instytucje zamawiające nowych środków dowodowych lub stawiania dodatkowych wymogów wprowadzających istotne zmiany dotyczące charakteru i warunków dostarczania już przewidzianych środków dowodowych.
- 50 Tymczasem należy stwierdzić, że wymaganie, by podpis zamieszczony na zaświadczeniu od prywatnego nabywcy był poświadczony, wprowadzałoby wymóg formalny

stanowiący taką istotną zmianę pierwszego z dwóch środków dowodowych z art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, utrudniający wymagane czynności, które wykonawca musi przeprowadzić w celu spełnienia ciężących na nim wymogów dowodowych, co by było niezgodne z ogólną systematyką tego przepisu.

- 51 W odniesieniu do celu dyrektywy 2004/18 należy przypomnieć, że jak wynika z jej motywów 1 i 2, ustanawia ona przepisy koordynujące, mające w szczególności na celu uproszczenie i zmodernizowanie krajowych procedur udzielania zamówień publicznych, w celu ułatwienia swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług oraz wprowadzenia konkurencji w tych zamówieniach.
- 52 Jak w szczególności wynika z orzecznictwa Trybunału, dyrektywa ta ma na celu ułatwienie małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, jak stanowi jej motyw 32 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34; z dnia 7 kwietnia 2016 r., *PARTNER Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 34).
- 53 Tymczasem, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 80 i 81 opinii, uzależnienie waloru dowodowego zaświadczenia wystawionego przez prywatnego nabywcę od poświadczenia jego podpisu przez inny organ wprowadzałoby wymóg formalny, który służyłby nie otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, tylko ograniczeniu udziału wykonawców, w szczególności zagranicznych, w przetargach publicznych.
- 54 Z racji bowiem krótkich terminów wyznaczanych zazwyczaj na złożenie kandydatur w ogłoszeniach o zamówieniu oraz rozbieżności pomiędzy różnymi krajowymi ustawodawstwami w zakresie poświadczania podpisów na dokumentach nie można wykluczyć, że wielu wykonawców, zwłaszcza zagranicznych, mogłoby się zniechęcić do składania ofert z uwagi na praktyczne trudności wiążące się z przedstawieniem w państwie członkowskim danego przetargu zaświadczenia z prawidłowo poświadczonym podpisem.
- 55 W związku z tym ogólny kontekst systemowy i cel dyrektywy 2004/18 prowadzą do przyjęcia wykładni, zgodnie z którą wymóg „zaświadczenia” wystawionego przez prywatnego nabywcę, podobnie jak „poświadczonego oświadczenia”, o którym mowa w portugalskiej wersji językowej art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie tej dyrektywy, wymaga jedynie przedstawienia zaświadczenia sporządzonego przez tego nabywcę, a instytucje zamawiające nie mogą go obwarować żadnymi innymi wymogami formalnymi, takimi jak wymóg poświadczania podpisu tego nabywcy przez jakikolwiek właściwy organ.
- 56 Z uwagi na powyższe odpowiedź na pytanie trzecie powinna brzmieć, iż art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, takim jak te w postępowaniu głównym, które pod sankcją wykluczenia kandydatury oferenta wymagają, aby zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

2.37. orzeczenie z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14 *Finn Frogne A/S przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, ECLI:EU:C:2016:634

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 27 Zadając swe pytanie, sąd odsyłający podnosi w istocie kwestię tego, czy art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w taki sposób, że nie można do udzielonego już

zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany bez wszczynania przy tym nowej procedury udzielania zamówień nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia.

- 28 Z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie temu, aby po udzieleniu zamówienia publicznego instytucja zamawiająca i oferent wprowadziły do postanowień umownych zmiany takiego rodzaju, iż postanowienia te będą charakteryzować się cechami odbiegającymi w sposób istotny od postanowień pierwotnego zamówienia. Ma to miejsce wówczas, gdy zamierzona zmiany bądź to skutkują poszerzeniem zamówienia w sposób znaczący o świadczenia, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, bądź modyfikują równowagę ekonomiczną umowy na korzyść oferenta, bądź też są tego rodzaju, że można ze względu na nie zakwestionować udzielenie zamówienia, w tym sensie, iż gdyby warunki te zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, przyjęto by inną ofertę bądź też można by było dopuścić innych oferentów (zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34–37).
- 29 Odnośnie do tego ostatniego przypadku należy podnieść, że zmiana elementów zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych. Skoro bowiem ze względu na to, iż początkowe zamówienie miało taki zakres, że tylko niektóre przedsiębiorstwa mogły przedstawić swój wniosek o dopuszczenie do przetargu czy też swoją ofertę, znaczne ograniczenie przedmiotu tego zamówienia może skutkować tym, że zainteresuje ono również mniejsze podmioty gospodarcze. Ponadto, ze względu na to, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą, zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego, ograniczenie jego przedmiotu może spowodować proporcjonalne ograniczenie wymogów stawianych zainteresowanym oferentom i kandydatom.
- 30 Co do zasady do wprowadzenia istotnej zmiany do udzielonego już zamówienia nie wystarcza obopólna zgoda instytucji zamawiającej i oferenta, lecz wymaga ono przeprowadzenia nowej procedury udzielenia zmienionego w ten sposób zamówienia (zobacz analogicznie wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 42). Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby ta zmiana została przewidziana już w warunkach zamówienia pierwotnego (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 37, 40, 60, 68, 69).
- 31 Z postanowienia odsyłającego wynika jednak, że zgodnie z przeprowadzoną przez Østre Landsret (sąd apelacyjny dla regionu Østre) analizą, na którą powołuje się Højesteret (sąd najwyższy), szczególny charakter sytuacji rozpatrywanej w postępowaniu głównym polega na tym, iż uznana za istotną zmiana zamówienia nie wynika z żywionego przez strony zamiaru ponownego negocjowania najistotniejszych jego elementów w rozumieniu ww. orzecznictwa Trybunału, ale z obiektywnych trudności oraz ich nieprzewidywalnych konsekwencji, jakie zaistniały w ramach wykonywania zamówienia; chodzi tu o trudności, których podkreślony przez zainteresowane strony w przedstawionych Trybunałowi pismach nieprzewidywalny charakter wynikał też ze złożoności zamówień takich jak rozpatrywane w niniejszym przypadku zamówienia na opracowanie systemów informatycznych.

- 32 Niemniej jednak należy stwierdzić, że ani okoliczność polegająca na tym, iż istotna zmiana warunków zamówienia nie wynikała z żywionego przez strony świadomego zamiaru ponownego negocjowania jego warunków, ale z ich woli zawarcia ugody w celu zaradzenia obiektywnym trudnościom napotkanym, ani – obiektywnie rzecz biorąc – losowy charakter wykonania niektórych elementów zamówienia nie mogą uzasadniać wprowadzenia tej zmiany z pominięciem zasady równego traktowania, która winna obejmować wszystkie podmioty, które mogłyby być zainteresowane tym zamówieniem.
- 33 W odniesieniu do, w pierwszej kolejności, powodów, dla których po stronie instytucji zamawiającej i oferenta mógł powstać zamiar wprowadzenia do zamówienia istotnej zmiany wiążącego się z koniecznością wszczęcia nowej procedury udzielenia zamówienia, należy stwierdzić, po pierwsze, że żywiony przez strony zamiar ponownego negocjowania warunków tego zamówienia nie jest czynnikiem o decydującym znaczeniu. Niewątpliwie zamiar taki został wspomniany w pkt 44 wyroku z dnia 5 października 2000 r., Komisja/Francja (C-337/98, EU:C:2000:543), w którym to wyroku Trybunał po raz pierwszy pochylił się nad tą problematyką. Niemniej jednak, jak wynika z pkt 42–44 tego wyroku, sformułowanie to zostało użyte ze względu na szczególne okoliczności sprawy, w której wydano ten wyrok. Analizę kwalifikacji istotnej zmiany umowy należy zaś przeprowadzać z obiektywnego punktu widzenia na podstawie kryteriów przypomnianych w pkt 28 niniejszego wyroku.
- 34 Po drugie, z pkt 40 wyroku z dnia 14 listopada 2013 r., Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736) wynika, że dany podmiot nie może uchybić traktatowym zasadom równego traktowania i niedyskryminacji oraz wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości, w sytuacji gdy nosi się on z zamiarem wprowadzenia istotnej zmiany do umowy w przedmiocie koncesji na usługi lub wyłącznego prawa wykonywania danej działalności, której to zmiany wprowadzenie ma na celu zakończenie sporu, jaki powstał między podmiotami publicznymi i podmiotem gospodarczym z powodów całkowicie niezależnych od ich woli, w przypadku gdy zmiana ta dotyczy zakresu umowy wiążącej strony. Skoro więc te zasady i ten obowiązek stanowią, jak wynika to z motywu 2 dyrektywy 2004/18, podstawę przepisów zawartych w art. 2 tej dyrektywy, wniosek ten należy mieć na względzie przy ich stosowaniu.
- 35 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o obiektywnie losowy charakter wykonania niektórych elementów mogących stanowić przedmiot zamówienia publicznego, należy niewątpliwie przypomnieć, że zgodnie z art. 31 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające mogą udzielać zamówienia publicznego za obopólną zgodą, czyli negocjując warunki umowy z podmiotem gospodarczym wybranym bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w pewnych przypadkach, z których większość charakteryzuje się nieprzewidywalnością pewnych okoliczności. Niemniej jednak, jak wynika z brzmienia ostatniego zdania art. 28 akapit drugi tej dyrektywy, może być on stosowany tylko w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których wyrażnie mowa w art. 31, efektem czego zawarty w nim wykaz wyjątków należy uznać za zamknięty. Nie sposób zaś uznać, że sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym odpowiada któremuś z nich.
- 36 Ponadto już sama okoliczność polegająca na tym, że ze względu na ich przedmiot niektóre zamówienia można uznać od razu za takie, których wykonanie ma losowy charakter, sprawia, iż wystąpienie trudności na etapie ich wykonania jest prawdopodobne. Tak więc w przypadku takiego zamówienia instytucja zamawiająca nie tylko powinna przeprowadzić możliwie najlepiej opracowane procedury udzielania zamówień, lecz także – starannie określić zakres tego zamówienia. Ponadto, jak wynika z pkt 30 niniejszego wyroku, instytucja zamawiająca może zapewnić sobie możliwość wprowadzenia pewnych zmian,

nawet istotnych, do już udzielonego zamówienia, jeśli tylko zawrze odpowiednie postanowienie w dokumentacji regulującej procedurę jego udzielenia.

- 37 Choć bowiem poszanowanie zasady równości traktowania i obowiązku przejrzystości winno być zapewnione również w przypadkach dotyczących szczególnych zamówień publicznych, jednak nie może to odbierać możliwości uwzględnienia ich cech szczególnych. Pogożenie tego wymogu prawnego i tej związanej z konkretnymi okolicznościami konieczności wymaga, po pierwsze, ścisłego przestrzegania warunków zamówienia w postaci, w jakiej zostały one określone w jego dokumentacji, aż do momentu zakończenia jego wykonania, lecz również, po drugie, przewidzenia możliwości zawarcia w tych dokumentach wyraźnego uprawnienia instytucji zamawiającej do dostosowania pewnych, nawet istotnych, warunków tego udzielonego już zamówienia. Przewidując wyraźnie w tej dokumentacji to uprawnienie i ustalając szczegółowe warunki jego wykonania, instytucja zamawiająca zapewnia, że wszystkie zainteresowane danym zamówieniem podmioty gospodarcze będą od początku o nim wiedziały i w ten sposób w momencie formułowania swej oferty zostaną potraktowane na równi z innymi (zobacz analogicznie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 112, 115, 117, 118).
- 38 W przypadku natomiast gdy dokumentacja zamówienia publicznego nie zawiera takich postanowień, konieczność stosowania w przypadku takiego zamówienia takich samych warunków w odniesieniu do wszystkich podmiotów wymaga, aby w przypadku istotnej zmiany warunków zamówienia wszcząć nową procedurę jego udzielenia (zobacz analogicznie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 127).
- 39 Należy wreszcie wyjaśnić, że wszystkie te rozważania pozostają bez uszczerbku dla ewentualnych konsekwencji opublikowanego w ramach rozpatrywanego w postępowaniu głównym ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (tzw. ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*).
- 40 Uwzględniając powyższe, na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie można do udzielonego już zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany, nie wszczynając przy tym nowej procedury udzielania zamówień, nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostało uprawnienie do dostosowania, już po udzieleniu zamówienia, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także – szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia.

2.38. orzeczenie z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie C-171/15 *Connexion Taxi Services BV przeciwko Staat der Nederlanden i in.*, ECLI:EU:C:2016:948

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 27 Na wstępie należy stwierdzić, że okoliczności faktyczne rozpatrywane w postępowaniu głównym, które zostały przypomniane w pkt 12–17 niniejszego wyroku, nastąpiły przed upływem w dniu 18 kwietnia 2016 r. terminu transpozycji przez państwa członkowskie dyrektywy 2014/24. Wynika z tego, że pytania prejudycjalne należy oceniać *ratione temporis* jedynie w świetle dyrektywy 2004/18 zgodnie z jej wykładnią udzieloną w orzecznictwie Trybunału.

- 28 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, w odniesieniu do zamówień publicznych objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18 jej art. 45 ust. 2 pozostawia stosowanie wskazanych w nim siedmiu przypadków wykluczenia dotyczących uczciwości zawodowej, wypłacalności lub wiarygodności kandydatów w przetargu uznaniu państw członkowskich, o czym świadczy zwrot „z udziału w zamówieniu można wykluczyć”, który zawarty jest na początku tego przepisu [zob. w odniesieniu do art. 29 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 322) wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., La Cascina i in., C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 21]. Ponadto na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi państwa członkowskie powinny określić warunki wykonania przepisów tego ustępu zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz z poszanowaniem prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 35).
- 29 W rezultacie art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie ma na celu jednolitego stosowania na szczeblu Unii wymienionych tam podstaw wykluczenia, ponieważ państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od sprawy, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego. W ramach tego państwa członkowskie mają prawo do złagodzenia lub do uelastycznienia kryteriów ustanowionych w tym przepisie (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 30 W niniejszym przypadku należy wskazać, że w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy za poważne wykroczenie zawodowe Królestwo Niderlandów nie zawarło warunków zastosowania art. 45 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy w swoich przepisach, tylko powierzyło stosowanie tego uprawnienia instytucjom zamawiającym w rozporządzeniu. Rozpatrywane w postępowaniu głównym niderlandzkie przepisy uprawniają bowiem instytucje zamawiające do ogłoszenia, że do danego zamówienia publicznego będą mieć zastosowanie fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 45 ust. 2 tej dyrektywy.
- 31 W przypadku podstawy wykluczenia oferenta za poważne wykroczenie zawodowe z postanowienia odsyłającego wynika, że wspomniane przepisy zobowiązują instytucję zamawiającą, która stwierdziła popełnienie przez oferenta takiego wykroczenia, do zbadania na podstawie zasady proporcjonalności, czy faktycznie należy go wykluczyć.
- 32 Widać więc, że to badanie proporcjonalności wykluczenia uelastycznia stosowanie podstawy wykluczenia dotyczącej poważnego wykroczenia zawodowego, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18, zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 29 niniejszego wyroku. Ponadto z motywu 2 dyrektywy wynika, że zasada proporcjonalności ogólnie ma zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówień publicznych.
- 33 Odpowiedź na pierwsze pytanie lit. a) powinna więc brzmieć, iż prawo Unii, a w szczególności art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, nie stoi na przeszkodzie temu, by krajowe przepisy takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym zobowiązywały instytucję zamawiającą do zbadania z zastosowaniem zasady proporcjonalności, czy faktycznie należy wykluczyć kandydata w przetargu publicznym, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe.

- 34 W pierwszym pytaniu lit. b) sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 w świetle zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego oferentowi, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, ze względu na to, że wykluczenie tego oferenta z postępowania byłoby wbrew zasadzie proporcjonalności, mimo że zgodnie z warunkami zamówienia oferent, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, musi obowiązkowo zostać wykluczony bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji.
- 35 Z przepisów krajowych będących przedmiotem postępowania głównego wynika, że instytucje zamawiające mają szeroki zakres uznania co do wprowadzenia w dokumentację przetargową warunków stosowania art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, który określa przypadki fakultatywnego wykluczenia za popełnienie przez wykonawcę poważnego wykroczenia zawodowego, oraz ich faktycznego stosowania.
- 36 Nie można wykluczyć, że w trakcie sporządzania dokumentacji przetargowej instytucja zamawiająca uzna, z racji charakteru zamówienia i wrażliwego charakteru świadczeń będących jego przedmiotem, a także wynikających z tego wymogów uczciwości zawodowej i wiarygodności wykonawców, że popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego powinno skutkować automatycznym odrzuceniem oferty i wykluczeniem winnego mu oferenta, pod warunkiem że przy ocenie, czy wykroczenie jest poważne, zapewnione jest przestrzeganie zasady proporcjonalności.
- 37 Umieszczenie takiej klauzuli, o jednoznacznym brzmieniu, w dokumentacji przetargowej, jak to się stało w rozpatrywanym w postępowaniu głównym przetargu, umożliwia wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zapoznanie się z wymogami instytucji zamawiającej i warunkami zamówienia, aby postąpić zgodnie z nimi.
- 38 W kwestii, czy instytucja zamawiająca ma obowiązek, czy też możliwość, na podstawie właściwych krajowych przepisów, zbadania po złożeniu ofert, a wręcz po wyborze oferentów, czy wykluczenie dokonane na podstawie klauzuli wykluczenia za poważne wykroczenie zawodowe jest zgodne z zasadą proporcjonalności, mimo że zgodnie z warunkami zamówienia w tym przetargu oferent, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, powinien zostać obowiązkowo wykluczony bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji, należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustalonych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo) w świetle, w szczególności, pkt 17 załącznika VIIA do dyrektywy 2004/18.
- 39 Ponadto zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy zainteresowani danym zamówieniem wykonawcy mieli te same szanse przy redagowaniu ofert i mogli dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).
- 40 Podobnie obowiązek przejrzystości wymaga, 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 umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam

sposób (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 41 Jeśli chodzi o badanie proporcjonalności wykluczenia rozpatrywanego w postępowaniu głównym, należy wskazać, że niektórzy z zainteresowanych wykonawców, mimo świadomości istnienia klauzuli o wykluczeniu zawartej w dokumentacji przetargowej oraz tego, że popełnili wykroczenie zawodowe, które może zostać uznane za poważne, mogliby ulec pokusie złożenia oferty w nadziei, że unikną wykluczenia dzięki późniejszemu zbadaniu ich sytuacji zgodnie z zasadą proporcjonalności na podstawie rozpatrywanych w postępowaniu głównym przepisów krajowych, natomiast inni wykonawcy będący w podobnej sytuacji poniechaliby składania oferty, polegając na brzmieniu tej klauzuli o wykluczeniu, w którym nie ma mowy o takim badaniu proporcjonalności.
- 42 Ta ostatnia sytuacja może w szczególności stać się udziałem wykonawców z innych państw członkowskich, gorzej zaznajomionych z brzmieniem i zasadami stosowania właściwych przepisów krajowych. Jeszcze bardziej odnosi się to do sytuacji takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której obowiązek dokonania przez instytucję zamawiającą badania proporcjonalności wykluczenia za poważne wykroczenie zawodowe nie wynika z samego brzmienia art. 45 ust. 3 rozporządzenia, lecz tylko z uzasadnienia tego przepisu. Tymczasem zgodnie z informacjami udzielonymi przez rząd niderlandzki w ramach postępowania przed Trybunałem uzasadnienie to nie jest jako takie wiążące, tylko powinno być brane pod uwagę przy interpretacji tego przepisu.
- 43 Tym samym rozpatrywane badanie wykluczenia w świetle zasady proporcjonalności, mimo że warunki zamówienia w danym przetargu przewidują odrzucenie bez badania w świetle tej zasady ofert objętych zakresem takiej klauzuli o wykluczeniu, może sprawić, że zainteresowani wykonawcy będą pozostawać w niepewności i może naruszać zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości.
- 44 W świetle powyższego odpowiedź na pytanie pierwsze lit. b) powinna być następująca: przepisy dyrektywy 2004/18, w szczególności zaś przepisy jej art. 2 oraz pkt 17 załącznika VIIA do tej dyrektywy w świetle zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego oferentowi, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, ze względu na to, że wykluczenie tego oferenta z postępowania byłoby wbrew zasadzie proporcjonalności, mimo że zgodnie z warunkami zamówienia oferent, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, musi obowiązkowo zostać wykluczony, bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji.

W przedmiocie pytania drugiego

- 45 Odpowiedź udzielona na pytanie pierwsze lit. b) zawiera elementy niezbędne do tego, by sąd krajowy mógł rozstrzygnąć zawisły przed nim spór. W związku z tym nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.

2.39. orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 UAB „Borta” przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija, ECLI:EU:C:2017:266

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

- 25 Rząd litewski stwierdził w uwagach na piśmie oraz podczas rozprawy przed Trybunałem, że w celu udzielenia odpowiedzi na zadane pytania należy uwzględnić nie tylko dyrektywę 2004/17, ale także dyrektywę 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, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243), ponieważ ustawodawca litewski zdecydował wprowadzić do prawa krajowego pewne przepisy dyrektywy 2014/25, jeszcze przed jej przyjęciem, w szczególności art. 79 ust. 3 dotyczący podwykonawstwa.
- 26 Przeciwnie stanowisko zajęła Komisja Europejska, która zauważyła, że nie należy interpretować ani dyrektywy 2004/17, ani dyrektywy 2014/25, a odpowiedzi na zadane pytania należy udzielić w świetle podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE.
- 27 W pierwszej kolejności, w odniesieniu do dyrektywy 2014/25 należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału, co do zasady, zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy podmiot zamawiający wybiera tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygał kwestię, czy musi uprzednio ogłosić przetarg w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 28 Otóż w niniejszym przypadku rozpatrywany w postępowaniu głównym przetarg został ogłoszony w dniu 2 kwietnia 2014 r., a dyrektywa 2014/25 weszła w życie w dniu 17 kwietnia 2014 r. i uchyliła dyrektywę 2004/17 ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r., czyli dnia, w którym upłynął termin na transpozycję dyrektywy 2014/25. Ponadto, o ile rząd litewski twierdzi, że wprowadził do prawa krajowego pewne przepisy dyrektywy 2014/25 jeszcze przed jej przyjęciem, o tyle rząd ów przyznaje także w uwagach na piśmie, że dyrektywa ta nie została jeszcze transponowana w momencie wystąpienia relewantnych okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym.
- 29 W tych okolicznościach nie można uwzględnić dyrektywy 2014/25 do celów udzielenia odpowiedzi na zadane pytania.
- 30 W drugiej kolejności, w odniesieniu do dyrektywy 2004/17, z postanowienia odsyłającego wynika, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie ma wartość leżącą poniżej progu 5 186 000 EUR przewidzianego w art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17. W związku z tym dyrektywa ta nie ma zastosowania do tego zamówienia (zob. analogicznie wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 15 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 31 Sąd odsyłający uważa jednak, że Trybunał jest właściwy do orzekania w przedmiocie zadanych pytań i że wykładnia przepisów rzeczony dyrektywy jest uzasadniona względami przedstawionymi w pkt 23 niniejszego wyroku.

- 32 Na rozprawie przed Trybunałem rząd litewski, który zgadza się z analizą sądu odsyłającego, sprecyzował, iż zgodnie z ustawodawstwem litewskim podmiot zamawiający może zdecydować o poddaniu procedury udzielenia zamówienia, którego wartość jest niższa niż wskazany powyżej próg, bądź to przepisom dyrektywy 2004/17, bądź uproszczonej procedurze przewidzianej przez prawo krajowe dla tego typu zamówień. Jeżeli, tak jak w tym przypadku, rzeczony podmiot wybierze pierwszą opcję, jest on zobowiązany, według tego rządu, do stosowania całokształtu przepisów owej dyrektywy.
- 33 W tym względzie należy przypomnieć, że jeżeli ustawodawstwo krajowe dostosowuje się w zakresie rozwiązań sytuacji nieobjętych zakresem danego aktu Unii do rozwiązań przyjętych przez ten akt, istnieje określony interes Unii w tym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni przepisy przejęte ze wspomnianego aktu były interpretowane w sposób jednolity (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 października 2012 r., Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, pkt 46; z dnia 7 listopada 2013 r., Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, pkt 22).
- 34 Wykładnia przepisów danego aktu Unii dokonana w sytuacjach nieobjętych zakresem stosowania tego aktu jest zatem 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 wyroki: z dnia 18 października 2012 r., Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, pkt 47; z dnia 7 listopada 2013 r., Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, pkt 22, 23, a także z dnia 14 stycznia 2016 r., Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 20).
- 35 Jednocześnie z utrwalonego orzecznictwa wynika również, iż gdy wymogi wskazane w dwóch poprzednich punktach niniejszego wyroku nie są spełnione, Trybunał może – w celu udzielenia użytecznej odpowiedzi sądowi, który zwrócił się do niego z pytaniem prejudycjalnym – uznać, że należy wziąć pod rozagę normy prawa Unii, na które sąd ów nie powołał się w swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 36 W odniesieniu w szczególności do udzielania zamówienia, które ze względu na swoją wartość nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17, Trybunał może uwzględnić podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, zwłaszcza jego art. 49 i 56 oraz wynikające z nich zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości, pod warunkiem że dane zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne. Zamówienia takie, mimo że nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/17, nadal podlegają bowiem wymogowi poszanowania owych zasad (zob. podobnie wyroki: z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 22–24; z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 27; z dnia 6 października 2016 r., Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, pkt 19).
- 37 To w świetle powyższych rozważań należy zbadać, w odniesieniu do każdego zadanego pytania, czy wykładnia przepisów dyrektywy 2004/17 jest uzasadniona w niniejszej sprawie z uwagi na rozważania przedstawione w pkt 33 i 34 niniejszego wyroku, względnie czy należy udzielić odpowiedzi na te pytania w świetle wskazanych powyżej podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE, uwzględniając rozważania znajdujące się w pkt 35 i 36 niniejszego wyroku.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. a)

- 38 Poprzez pytanie pierwsze lit. a) sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu

krajowemu takiemu jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, który przewiduje, że w przypadku korzystania z podwykonawców w celu wykonania zamówienia na roboty budowlane wybrany oferent jest zobowiązany do wykonania we własnym zakresie prac głównych, określonych jako takie przez podmiot zamawiający.

- 39 Tytułem wstępu należy zauważyć, że w odniesieniu do korzystania z podwykonawstwa dyrektywa 2004/17 ogranicza się do ustanowienia, w jej art. 37 i załączniku XVI do niej, pewnych obowiązków informacyjnych i dotyczących odpowiedzialności ponoszonej przez oferenta. Dyrektywa ta dodaje w jej art. 38, iż podmioty zamawiające mogą określić szczególne warunki odnoszące się do realizacji danego zamówienia, o ile w szczególności są one zgodne z prawem Unii.
- 40 Natomiast, jak zauważył sąd odsyłający, dyrektywa ta nie zawiera żadnego przepisu, którego brzmienie byłoby analogiczne do brzmienia art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych. Ponadto – według tego sądu – ustawodawca litewski nie wskazał, że uwzględnił rzeczoną dyrektywę, gdy przyjmował ten ostatni przepis.
- 41 W tych okolicznościach nie można uznać, że art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, w przypadku gdy znajduje on zastosowanie do zamówień nieobjętych zakresem stosowania dyrektywy 2004/17, dokonuje bezpośredniego i bezwarunkowego odesłania do tej dyrektywy w rozumieniu wskazanego w pkt 34 niniejszego wyroku orzecznictwa (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 lipca 2011 r., Agafitei i in., C-310/10, EU:C:2011:467, pkt 45).
- 42 Wynika z tego, że dokonanie wykładni owej dyrektywy nie jest uzasadnione dla potrzeb udzielenia odpowiedzi na pytanie pierwsze lit. a).
- 43 Jednak, jak wskazano w pkt 35 i 36 niniejszego wyroku, w celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi Trybunał może uznać, że należy uwzględnić podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, zwłaszcza jego art. 49 i 56 oraz wynikające z nich zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości, pod warunkiem że dane zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne.
- 44 Dane zamówienie może mieć takie znaczenie z uwagi na między innymi jego znaczną wartość w związku z jego szczególnymi cechami lub też z miejscem wykonania robót. Można również uwzględnić zainteresowanie podmiotów z innych państw członkowskich udziałem w procedurze udzielania tego zamówienia, pod warunkiem że zainteresowanie to jest prawdziwe, a nie fikcyjne (zob. podobnie wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 45 W niniejszym przypadku sąd odsyłający ustalił, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne. Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 37 opinii, wartość tego zamówienia, chociaż leży poniżej progów określonych w art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17, jest relatywnie wysoka. Ponadto, jak podkreślił rząd litewski, rzeczone zamówienie dotyczy budowy kei portu morskiego o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwowego. Dodatkowo z postanowienia odsyłającego wynika, że dwa przedsiębiorstwa zagraniczne, wśród których znajduje się wybrany oferent, wzięły udział w postępowaniu przetargowym.
- 46 Z powyższego wynika, że na pytanie pierwsze lit. a) należy odpowiedzieć w świetle podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE, zwłaszcza jego art. 49 i 56. W szczególności, w celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi należy zbadać, czy uregulowanie krajowe takie jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych może stanowić nieuzasadnioną przeszkodę dla swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.

- 47 W tym celu warto przypomnieć, że art. 49 i 56 TFUE stoją na przeszkodzie wszelkim krajowym środkom, które – nawet stosowane bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową – są tej natury, że zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług (wyroki: z dnia 27 października 2005 r., *Contse i in.*, C-234/03, EU:C:2005:644, pkt 25; z dnia 23 grudnia 2009 r., *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 41; z dnia 8 września 2016 r., *Politanò*, C-225/15, EU:C:2016:645, pkt 37).
- 48 Co się tyczy zamówień publicznych, w interesie Unii leży otwarcie przetargów na jak najszerszą konkurencję, również jeżeli chodzi o zamówienia nieobjęte zakresem dyrektywy 2004/17 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29; a także z dnia 28 stycznia 2016 r., *CASTA i in.*, C-50/14, EU:C:2016:56, pkt 55). Korzystanie z podwykonawstwa, które może zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu.
- 49 Tymczasem przepis prawa krajowego, taki jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, może uniemożliwiać, utrudniać lub czynić mniej atrakcyjnym udział podmiotów gospodarczych z innych państw członkowskich w procedurze udzielania zamówienia publicznego takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym lub w wykonaniu tego zamówienia, ponieważ uniemożliwia on tym podmiotom bądź zlecanie podmiotom trzecim całości lub części robót uznanych przez podmiot zamawiający za „główne”, bądź oferowanie swoich usług w charakterze podwykonawców w odniesieniu do tej części robót.
- 50 Wspomniany przepis stanowi zatem ograniczenie swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług.
- 51 Jednakże ograniczenie takie może być uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel interesu ogólnego oraz o ile następuje z poszanowaniem zasady proporcjonalności, to znaczy jest właściwe dla zagwarantowania realizacji tego celu i nie wykracza poza to co konieczne dla jego osiągnięcia (zob. podobnie wyroki: z dnia 27 października 2005 r., *Contse i in.*, C-234/03, EU:C:2005:644, pkt 25; a także z dnia 23 grudnia 2009 r., *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 44).
- 52 W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, po pierwsze, że art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych ma na celu zapewnienie prawidłowego wykonania robót. Przepis ów został zatem przyjęty zwłaszcza w celu zapobieżenia stosowaniu istniejącej praktyki polegającej na tym, że oferent powołuje się na swoje zdolności zawodowe tylko po to, aby uzyskać udzielenie danego zamówienia, bez zamiaru samodzielnego wykonania robót, a z zamiarem powierzenia większości lub prawie całości robót podwykonawcom, która to praktyka wpływa na jakość robót i ich prawidłowe wykonanie. Po drugie, ograniczając korzystanie z podwykonawstwa do robót uznanych za „inne niż główne”, art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych ma na celu zachęcenie małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych w charakterze współoferentów w ramach grupy podmiotów gospodarczych, a nie w charakterze podwykonawców.
- 53 W odniesieniu, w pierwszej kolejności, do celu polegającego na prawidłowym wykonaniu robót, należy stwierdzić, że jest on zgodny z prawem.
- 54 Niemniej, o ile nie jest wykluczone, że cel taki może uzasadniać pewne ograniczenia korzystania z podwykonawstwa (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 marca 2004 r., *Siemens*

- i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 45; z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 34), o tyle należy stwierdzić, że uregulowanie krajowe, takie jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, wykracza poza to, co konieczne dla osiągnięcia tego celu, jako że zakazuje ono w sposób ogólny takiego korzystania w odniesieniu do robót uznanych przez podmiot zamawiający za „główne”.
- 55 Zakaz ów ma bowiem zastosowanie niezależnie od sektora gospodarki, którego dotyczy dane zamówienie, charakteru robót oraz kwalifikacji podwykonawców. Ponadto taki ogólny zakaz nie pozostawia miejsca na ocenę każdego konkretnego przypadku z osobna przez wskazany podmiot.
- 56 Co prawda podmiot zamawiający może zdefiniować roboty mające być uznane za „główne”. Niemniej musi wciąż określić w stosunku do wszystkich zamówień, że roboty te w całości musi wykonać samodzielnie oferent. W konsekwencji art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych zakazuje podwykonawstwa wskazanych robót, w tym w przypadkach, w których podmiot zamawiający jest w stanie zweryfikować zdolności danych podwykonawców i uznać po tym badaniu, że zakaz taki nie jest niezbędny dla prawidłowego wykonania robót z uwagi w szczególności na charakter zadań, które oferent zamierza zlecić rzeczonym podwykonawcom.
- 57 Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 51 swojej opinii, alternatywne środki mniej restrykcyjne i gwarantujące osiągnięcie zamierzonego celu mogłyby polegać na zobowiązaniu oferentów do wskazania w ich ofertach części zamówienia i robót, które mają zamiar zlecić podwykonawcom, proponowanych podwykonawców oraz ich zdolności. Można by także przewidzieć między innymi możliwość zakazania przez podmiot zamawiający dokonywania przez oferentów zmian podwykonawców, jeśli podmiot ów nie miał możliwości uprzedniego zweryfikowania tożsamości i zdolności tych podwykonawców.
- 58 Ponadto w zakresie, w jakim sąd odsyłający i rząd litewski utrzymują, że art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych został przyjęty w celu zapobieżeniu stosowaniu istniejącej praktyki polegającej na tym, że oferenci powołują się na swoje zdolności zawodowe tylko po to, aby uzyskać udzielenie danego zamówienia z zamiarem powierzenia większości lub prawie całości robót podwykonawcom, należy zauważyć, że przepis ów nie dotyczy w szczególności takiej praktyki. Zakazuje on bowiem oferentowi zlecenia wykonania robót uznanych przez podmiot zamawiający za „główne”, w tym zadań stanowiących proporcjonalnie jedynie małą część tych robót. W konsekwencji wskazany przepis wykracza poza to, co niezbędne do zapobieżenia stosowaniu powyżej wspomnianej praktyki.
- 59 W drugiej kolejności, w odniesieniu do uzasadnienia nawiązującego do zachęcania małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w charakterze współoferentów, a nie jako podwykonawców, nie jest oczywiście wykluczone, że w pewnych okolicznościach i pod pewnymi warunkami cel taki może stanowić cel zgodny z prawem (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 października 2007 r., Geurts i Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, pkt 26).
- 60 Niemniej i w każdym razie żadna spośród informacji, którymi dysponuje Trybunał, nie wskazuje, w jaki sposób uregulowanie krajowe takie jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych byłoby niezbędne do osiągnięcia tego celu.
- 61 W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze lit. a) należy odpowiedzieć, że w odniesieniu do zamówienia publicznego, które nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17, lecz które ma niewątpliwie znaczenie transgraniczne, art. 49 i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu

jak art. 24 ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych, który przewiduje, że w przypadku korzystania z podwykonawców w celu wykonania zamówienia na roboty budowlane wybrany oferent jest zobowiązany do wykonania we własnym zakresie prac głównych, określonych jako takie przez podmiot zamawiający.

W przedmiocie pytania drugiego

- 62 Poprzez drugie pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 2004/17, a w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikający z tej dyrektywy obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że pozwalają one podmiotom zamawiającym zmienić, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takie jak rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3, skoro podmiot ten – z powodu dokonanych zmian, które zostały ogłoszone w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* – przedłużył termin na składanie ofert.
- 63 Tytułem wstępu należy zaznaczyć, że taka możliwość dokonania zmian w dokumentacji przetargowej jest przewidziana w art. 27 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych.
- 64 Tymczasem, jak zaznaczył sąd odsyłający we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, dyrektywa 2004/17 nie zawiera żadnych przepisów w tym zakresie.
- 65 W tych okolicznościach nie można uznać, że art. 27 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych, w przypadku gdy ma on zastosowanie do zamówień nieobjętych zakresem stosowania owej dyrektywy, dokonuje bezpośredniego i bezwarunkowego odesłania do tej dyrektywy w rozumieniu orzecznictwa przywołanego w pkt 34 niniejszego wyroku (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 lipca 2011 r., Agafitei i in., C-310/10, EU:C:2011:467, pkt 45).
- 66 Wynika z tego, że dokonanie wykładni rzeczony dyrektywy nie jest uzasadnione na potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.
- 67 Jednak w celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi, z przyczyn wskazanych w pkt 43–45 niniejszego wyroku, na to pytanie należy odpowiedzieć w świetle podstawowych i ogólnych zasad traktatu FUE, wśród których znajdują się zasady niedyskryminacji i równego traktowania, a także obowiązek przejrzystości, które wynikają między innymi z art. 49 i 56 TFUE i co do których, w szczególności, ma wątpliwość ów sąd.
- 68 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału owe zasady i ów obowiązek wymagają w szczególności, aby oferenci byli traktowani jednakowo na etapie przygotowywania przez nich ofert. Obowiązek przejrzystości ma na celu w szczególności zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony podmiotu zamawiającego (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44; z dnia 14 lipca 2016 r., TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, pkt 22).
- 69 Wspomniane zasady i obowiązek wymagają w szczególności, by przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia publicznego były jasno określone już z chwilą wszczęcia procedury udzielania tego zamówienia oraz by warunki i zasady postępowania w sprawie udzielania zamówienia były 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 podmiotowi zamawiającemu faktyczne sprawdzenie, czy złożone oferty odpowiadają kryteriom obowiązującym w ramach wskazanego zamówienia (zob. podobnie wyroki:

z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 56, 88 i 109; z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44; a także z dnia 14 lipca 2016 r., TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, pkt 23). Obowiązek przejrzystości oznacza także, iż przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia muszą zostać w odpowiedni sposób ogłoszone przez podmiot zamawiający (zob. podobnie wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 40).

- 70 Z orzecznictwa Trybunału wynika również, że podmiot zamawiający nie może, co do zasady, zmienić w trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia zakresu zasadniczych warunków zamówienia, do których należą specyfikacje techniczne i kryteria udzielenia zamówienia, na których zasadnie oparły się zainteresowane podmioty gospodarcze celem podjęcia decyzji w przedmiocie przedstawienia oferty lub, przeciwnie, w przedmiocie odstąpienia od udziału w procedurze udzielania danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 55; z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 27–29).
- 71 Jednak nie wynika z tego, że każda zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu jest z zasady i w każdych okolicznościach zakazana.
- 72 Podmiot zamawiający dysponuje mianowicie wyjątkowo możliwością poprawienia lub uzupełnienia danych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wymagają zwykłego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych, pod warunkiem powiadomienia o tym wszystkich oferentów (zob. analogicznie wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40).
- 73 Podmiot ów powinien być również upoważniony do dokonania pewnych zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie warunków i zasad łączenia zdolności zawodowych, pod warunkiem że są przestrzegane zasady niedyskryminacji i równego traktowania, a także obowiązek przejrzystości.
- 74 Wymóg ów oznacza, po pierwsze, że dane zmiany, mimo że mogą być znaczne, nie powinny być na tyle znaczące, by przyciągnąć potencjalnych oferentów, którzy wobec braku tych zmian nie mogliby złożyć oferty. Mogłoby się tak zdarzyć zwłaszcza w sytuacji, gdy wprowadzane zmiany istotnie modyfikują charakter zamówienia w porównaniu z jego pierwotnie określonym charakterem.
- 75 Po drugie, wspomniany wymóg oznacza, że zmiany te powinny zostać odpowiednio ogłoszone, w sposób pozwalający wszystkim potencjalnym, rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na uzyskanie informacji w tych samych warunkach i w tym samym momencie.
- 76 Po trzecie, wymóg ten zakłada ponadto, że rzeczne zmiany są dokonywane przed składaniem ofert przez oferentów, a również, że termin na składanie tych ofert jest przedłużany, w przypadku gdy zmiany te są znaczne, że przedłużenie to jest dostosowane do znaczenia rzeczonych zmian oraz że przedłużenie to jest wystarczająco długie, aby pozwolić zainteresowanym podmiotom gospodarczym na będące konsekwencją tych zmian dostosowanie ich ofert.
- 77 W świetle powyższych rozważań na drugie pytanie należy odpowiedzieć, iż w odniesieniu do zamówienia publicznego, które nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/17, lecz ma niewątpliwie znaczenie transgraniczne, wynikające w szczególności z art. 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek

przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nie stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający zmieniał po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące warunków i zasad łączenia zdolności zawodowych, takie jak rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3, pod warunkiem, po pierwsze, że dokonane zmiany nie są na tyle znaczące, by przyciągnąć potencjalnych oferentów, którzy wobec braku tych zmian nie mogliby złożyć oferty, po drugie, że rzezone zmiany są odpowiednio ogłoszone, po trzecie, że zmiany te są dokonywane przed składaniem ofert przez oferentów, że termin na składanie tych ofert jest przedłużany, w przypadku gdy zmiany te są znaczne, że przedłużenie to jest dostosowane do znaczenia owych zmian oraz że przedłużenie to jest wystarczająco długie, aby pozwolić zainteresowanym podmiotom gospodarczym na będące konsekwencją tych zmian dostosowanie ich ofert, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. b)

- 78 Poprzez pytanie pierwsze lit. b) sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takiemu jak rozpatrywana klauzula 4.3, która w przypadku złożenia przez kilku oferentów wspólnej oferty wymaga, aby udział każdego z nich w spełnianiu odpowiednich wymogów w zakresie zdolności zawodowych odpowiadał proporcjonalnie części robót, którą każdy z nich rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia zamówienia.
- 79 Tytułem wstępu zarząd portu sprecyzował, na rozprawie przed Trybunałem, w istocie, że rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być czytana w związku z klauzulą 4.2.3 tej specyfikacji. Zgodnie z tą ostatnią klauzulą oferenci, którzy chcą złożyć wspólną ofertę, muszą wskazać w umowie konsorcjum część robót, którą każdy z nich zobowiązuje się wykonać, przy czym podział ten jest dowolnie ustalany przez tych oferentów. Klauzula 4.3 pozwala rzezonemu zarządowi zweryfikować przy badaniu ofert, czy każdy z danych oferentów ma zdolności zawodowe odpowiadające proporcjonalnie części robót, które zobowiązał się zrealizować zgodnie z tą umową i które rzeczywiście wykona w przypadku udzielenia zamówienia.
- 80 Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 56 swojej opinii, rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy udzielenia zamówienia, a zwłaszcza możliwości łączenia przez oferentów, poprzez złożenie wspólnej oferty, ich zdolności zawodowych w celu spełnienia wymogów tej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 81 Możliwość taka została przewidziana w art. 32 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych.
- 82 Z postanowienia odsyłającego wynika jednak, że przepis ów, który ma zastosowanie do wszystkich zamówień na roboty budowlane niezależnie od ich wartości, powtarza wiernie brzmienie art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17. Ponadto sąd odsyłający wskazał, że przy dokonywaniu transpozycji tej dyrektywy do prawa litewskiego ustawodawca krajowy zdecydował się objąć zakresem pewnych przepisów teje dyrektywy zamówienia o wartości niższej niż progi ustanowione w art. 16 lit. b) rzezonej dyrektywy, w szczególności przewidując przepisy wyraźnie analogiczne do przepisów tej dyrektywy.
- 83 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że art. 32 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych spowodował bezpośrednie i bezwarunkowe stosowanie art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17 do zamówień wyłączonych z zakresu stosowania tej dyrektywy.

- 84 W konsekwencji, przy uwzględnieniu orzecznictwa przywołanego w pkt 33 i 34 niniejszego wyroku pytanie pierwsze lit. b) należy zbadać w świetle art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17.
- 85 Przepis ów, w przypadku gdy podmiot zamawiający ustala jakościowe kryterium wyboru obejmujące wymogi odnoszące się do zdolności technicznych lub zawodowych, przyznaje każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane podmiotowi zamawiającemu, że oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo). Zgodnie z tym przepisem prawo to przysługuje grupom podmiotów gospodarczych składające wspólną ofertę, które mogą na tych samych warunkach powoływać się na zdolności ich członków i innych podmiotów.
- 86 Niemniej dyrektywa 2004/17 nie stoi na przeszkodzie temu, aby korzystanie z prawa ustanowionego w jej art. 54 ust. 6 było ograniczane w wyjątkowych okolicznościach (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 39).
- 87 Nie można zwłaszcza wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia oraz określonych robót dany oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że oferent ów może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy wspomniany podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu rzeczowego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 41).
- 88 W takich okolicznościach podmiot zamawiający może – do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia – wskazać wyraźnie w dokumentacji przetargowej szczegółowe zasady, zgodnie z którymi podmiot gospodarczy może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami rzeczzonego 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 54–56).
- 89 Podobnie nie można z góry wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach, z uwagi na charakter danych robót, jak i przedmiot oraz cele zamówienia niezbędne do prawidłowego wykonania wskazanego zamówienia, zdolności poszczególnych członków grupy podmiotów gospodarczych, która składa wspólną ofertę, nie mogą być przekazywane pomiędzy tymi członkami. W takiej sytuacji podmiot zamawiający może zatem zasadnie wymagać, aby każdy z rzeczonych członków wykonał roboty odpowiadające ich własnym zdolnościom.
- 90 W niniejszym przypadku zarząd portu i rząd litewski utrzymują zasadniczo, że rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma na celu uniknięcie sytuacji, w której w celu wygrania przetargu dany oferent powołuje się na zdolności, z których nie ma zamiaru skorzystać, i odwrotnie – sytuacji, w której dany oferent uzyskuje dostęp do zamówienia i wykonuje część robót, nie dysponując jednak zdolnościami i środkami niezbędnymi do prawidłowego wykonania tych robót.
- 91 W tym względzie nie można co prawda wykluczyć, że uwzględniając charakter techniczny i znaczenie rozpatrywanych w postępowaniu głównym robót, ich prawidłowe wykonanie wymaga, aby w przypadku złożenia przez kilku oferentów wspólnej oferty każdy z nich wykonał szczególne zadania odpowiadające pod względem przedmiotu i charakteru tych robót lub zadań ich własnym zdolnościom zawodowym.

- 92 Niemniej nie wydaje się, by taki był zakres rozpatrywanej w postępowaniu głównym klauzuli 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak w istocie zauważyła rzecznik generalna w pkt 63 i 64 swojej opinii, postanowienie to wymaga czysto arytmetycznej korelacji między udziałem każdego z danych oferentów w spełnieniu wymogów dotyczących zdolności zawodowych a częścią robót, jaką oferent ten zobowiązuje się wykonać i którą rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia zamówienia. Natomiast postanowienie to nie uwzględnia ani charakteru zadań, jakie ma zrealizować każdy oferent, ani umiejętności technicznych posiadanych przez każdego oferenta. W tej sytuacji wspomniana klauzula 4.3 nie stoi na przeszkodzie temu, aby jeden z danych oferentów realizował szczególne zadania, wobec których nie posiada w rzeczywistości doświadczenia czy wymaganych zdolności.
- 93 Dodatkowo zarząd portu i rząd litewski podkreślili, że rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uniemożliwia danym oferentom korzystania z podwykonawstwa w celu wykonania robót uznanych za „inne niż główne” i że zgodnie z klauzulą 4.4 tej specyfikacji zdolności zawodowe podwykonawców nie są weryfikowane. Jeśli tak jest, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego, należałoby stwierdzić, że wskazana klauzula 4.3, po pierwsze, nie zapewnia, że oferenci będą rzeczywiście wykorzystywać zdolności, które zadeklarowali przy udzielaniu zamówienia i które zostały wzięte pod uwagę przez zarząd portu w ramach badania ofert. Po drugie, postanowienie to nie wyklucza, że roboty uznane za „inne niż główne” są realizowane przez podwykonawców nieposiadających wymaganych zdolności zawodowych.
- 94 Wynika z tego, że rozpatrywana w postępowaniu głównym klauzula 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest właściwa dla zagwarantowania osiągnięcia zamierzonego celu.
- 95 W konsekwencji należy stwierdzić, że wynikające z tego postanowienia specyfikacji ograniczenie prawa przewidzianego w art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17 nie jest uzasadnione w świetle przedmiotu i celów rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia.
- 96 W tych okolicznościach na pytanie pierwsze lit. b) należy odpowiedzieć, że art. 54 ust. 6 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takiemu jak rozpatrywana klauzula 4.3, która w przypadku złożenia przez kilku oferentów wspólnej oferty wymaga, aby udział każdego z nich w spełnianiu odpowiednich wymogów w zakresie zdolności zawodowych odpowiadał proporcjonalnie części robót, którą każdy z nich rzeczywiście zrealizuje w wypadku udzielenia danego zamówienia.

2.40. orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterráneo SL i in. przeciwko Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, ECLI:EU:C:2017:268

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

- 23 Na wstępie należy przypomnieć, w odniesieniu do wątpliwości podnoszonych przez rząd hiszpański w kwestii dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że zgodnie z art. 1 ust. 1 akapity pierwszy i drugi dyrektywy 89/665, w świetle motywu 2 dyrektywy 2007/66, w kontekście takim jak w postępowaniu głównym dyrektywa 89/665 podlega stosowaniu wyłącznie do zamówień podlegających zakresowi przedmiotowemu

dyrektywy 2004/18, z wyjątkiem jednak wypadków, gdy te zamówienia są wyłączone na podstawie art. 10–18 tej ostatniej dyrektywy. Poniższe rozważania oparte są zatem na przesłance, że dyrektywę 2004/18 stosuje się względem zamówienia analizowanego w postępowaniu głównym, a zatem dyrektywa 89/665 również ma zastosowanie do postępowania głównego, czego zbadanie stanowi jednak obowiązek sądu odsyłającego.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 24 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, na mocy których decyzja o dopuszczeniu oferenta do przetargu, której zarzuca się naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub transponujących je uregulowań krajowych, nie należy do czynności przygotowawczych instytucji zamawiającej, które mogą podlegać autonomicznemu zaskarżeniu do sądu.
- 25 O ile art. 310 ust. 2 lit. b) ustawy 30/2007 dopuszcza wniesienie autonomicznego środka odwoławczego od czynności przygotowawczych, które rozstrzygają bezpośrednio lub pośrednio w przedmiocie udzielenia zamówienia, uniemożliwiają dalszy bieg postępowania lub powodują brak możliwości obrony lub nieodwracalną szkodę dla uprawnień lub uzasadnionych interesów, pozostałe czynności przygotowawcze, takie jak decyzja o dopuszczaniu oferenta do udziału w przetargu, można, jak wynika z przedłożonych Trybunałowi akt, zakwestionować wyłącznie w ramach środka odwoławczego od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego.
- 26 Należy przypomnieć, że brzmienie art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 wymaga, z racji użycia zwrotu „w odniesieniu do zamówień”, by każda decyzja instytucji zamawiającej podlegająca normom wywodzącym się z prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, która może je naruszać, podlegała kontroli sądowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) i b) tej dyrektywy. Przepis ten odnosi się więc ogólnie do decyzji instytucji zamawiających, bez ich rozróżnienia ze względu na treść lub chwilę przyjęcia (zob. wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 To szerokie rozumienie pojęcia „decyzji” instytucji zamawiającej znajduje potwierdzenie w fakcie, że przepis art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 nie przewiduje żadnych ograniczeń co do charakteru i treści decyzji, których dotyczy. Ponadto zawężająca wykładnia tego pojęcia byłaby niezgodna z przepisem art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, który zobowiązuje państwa członkowskie do ustanowienia postępowań w przedmiocie środków tymczasowych w odniesieniu do wszelkich decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 28 Wynika z tego, że decyzja o dopuszczeniu oferenta do przetargu takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym stanowi decyzję w rozumieniu de art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665.
- 29 Takiej wykładni pojęcia „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” podlegających zaskarżeniu nie zmienia fakt, że Trybunał orzekł w pkt 35 wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), iż działania, które odbywają się w ramach wewnętrznych przygotowań instytucji zamawiającej, mające na celu udzielenie zamówienia publicznego, nie podlegają zaskarżeniu. Jeśli bowiem chodzi o dopuszczenie oferty jednego z oferentów rozpatrywane w postępowaniu głównym, należy uznać, że taka

decyzja wykracza z samej swej natury poza ramy wewnętrznych przygotowań instytucji zamawiającej. Ponadto decyzja ta została doręczona Marina del Méditerranée i in.

- 30 Jeśli chodzi o chwilę, od której powinien przysługiwać środek odwoławczy, należy przypomnieć, że jak wynika z motywu drugiego dyrektywy 89/665, ma ona na celu wzmocnienie istniejących mechanizmów, zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym, mających zapewniać skuteczne stosowanie dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenie tych przepisów można jeszcze skorygować. W tym celu art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy zobowiązuje państwa członkowskie do „zapewnienia możliwości skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” (zob. wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 74).
- 31 Zaś jak już Trybunał orzekł, o ile dyrektywa 89/665 formalnie nie określa chwili, od której przysługuje środek odwoławczy, o którym mowa w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy, o tyle cel tej dyrektywy, o którym mowa w poprzednim punkcie, nie upoważnia państw członkowskich do uzależnienia skorzystania z tego prawa od formalnego osiągnięcia przez dane postępowanie w sprawie udzielania zamówienia publicznego określonego etapu (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., *Stadt Halle i RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 38).
- 32 W braku uregulowań Unii określających chwilę, od której powinien przysługiwać środek odwoławczy, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem to prawo krajowe powinno uregulować zasady postępowania sądowego mającego zapewnić ochronę praw przysługujących jednostkom na podstawie prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (wyroki: z dnia 30 września 2010 r., *Strabag i in.*, C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 34; z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 46; z dnia 26 listopada 2015 r., *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 32, 35, 37).
- 33 W szczególności normy proceduralne dotyczące skarg sądowych, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny stanowić zagrożenia dla skuteczności (*effet utile*) dyrektywy 89/665 (zob. podobnie wyroki: z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 42; z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 47; z dnia 15 września 2016 r., *Star Storage i in.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 43).
- 34 Co się tyczy konkretnie decyzji o dopuszczeniu oferenta do przetargu, takiej jak decyzja rozpatrywana w postępowaniu głównym, fakt, że sporne w postępowaniu głównym przepisy krajowe wymagają w każdym wypadku, by oferent zaczął na decyzję o udzieleniu spornego zamówienia, zanim będzie mógł wnieść środek odwoławczy na dopuszczenie innego oferenta, narusza przepisy dyrektywy 89/665.
- 35 Wykładni tej nie podważa stwierdzenie, że pełna realizacja celu dyrektywy 89/665 byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie postępowania przetargowego, zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtórzenia całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń (wyrok z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo). Stwierdzenie to dotyczy bowiem

uzasadnienia rozsądnych terminów przedawnienia dotyczących skarg na decyzje podlegające zaskarżeniu, a nie wykluczenia autonomicznej skargi na decyzję dopuszczającą oferenta do przetargu, takiego jak to wynikające z przepisów rozpatrywanych w postępowaniu głównym.

- 36 Ponadto sąd odsyłający powinien ustalić, czy spełnione są pozostałe warunki dotyczące dostępności postępowań odwoławczych określone w dyrektywie 89/665. W tym względzie należy wskazać, że zgodnie z przepisami 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 (zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 23). Zatem, dokładniej, sąd krajowy powinien ustalić w ramach sporu w postępowaniu głównym, czy Marina del Mediterráneo i in. mają lub mieli interes w uzyskaniu spornego zamówienia i ponieśli szkodę lub byli narażeni na jej poniesienie w związku z decyzją urzędu dopuszczającej ofertę drugiego konsorcjum.
- 37 Z całości powyższych wywodów wynika, że odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć tak, iż art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, na mocy których decyzja o dopuszczeniu oferenta do przetargu, której zarzuca się naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub transponujących je uregulowań krajowych, nie należy do czynności przygotowawczych instytucji zamawiającej, które mogą podlegać autonomicznemu zaskarżeniu do sądu.

W przedmiocie pytania drugiego

- 38 W pytaniu drugim sąd odsyłający zwraca się o wyjaśnienie, czy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 mają bezpośrednią skuteczność.
- 39 W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał orzekł już, iż przepisy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, aby wynikało z nich prawo, na które jednostka może się w razie potrzeby powołać przeciwko instytucji zamawiającej (zob. wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r., Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, pkt 38).
- 40 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 70 opinii, ocena ta ma również zastosowanie do art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, ze względu na jasne i precyzyjne brzmienie tego przepisu oraz jego cel, zbliżony do art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy.
- 41 Z całości powyższych wywodów wynika, że odpowiedź na drugie pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 mają bezpośrednią skuteczność.

2.41. orzeczenie z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie C-296/15 *Medisanus d.o.o. przeciwko Splošna Bolnišnica Murska Sobota*, ECLI:EU:C:2017:431

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

W przedmiocie dopuszczalności

- 32 Na wstępie należy zbadać, czy Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowa komisja odwoławcza w zakresie zamówień publicznych) spełnia kryteria, by uznać ją za „sąd krajowy” w rozumieniu art. 267 TFUE.
- 33 O tym, czy organ odsyłający ma status „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, decyduje zespół przesłanek, takich jak podstawa prawna istnienia organu, jego stały lub tymczasowy charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontrydiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (zob. w szczególności wyrok z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 34 W niniejszym przypadku, na podstawie informacji, których dostarczyła Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowa komisja odwoławcza w zakresie zamówień publicznych) w załączniku do postanowienia odsyłającego, widoczne jest, że komisja ta nie ma związków z organami władzy publicznej, których decyzje podlegają jej kontroli. Jej członkom przysługują również gwarancje określone w ustawie o urzędzie sędziego (Zakon o sodniški službi) w zakresie nominacji, czasu trwania kadencji i podstaw odwołania z urzędu, więc mają zagwarantowaną niezawisłość.
- 35 Ponadto komisja ta ustanowiona jest w ustawie o środkach odwoławczych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na mocy której ma stały charakter i obowiązkową właściwość.
- 36 Co więcej, owa komisja nie tylko orzeka na podstawie przywołanej ustawy, lecz także stosuje *Zakon o pravdnem postopku* (kodeks postępowania cywilnego) oraz własny regulamin postępowania, ogłoszony w *Uradni list Republike Slovenije* (dzienniku urzędowym Republiki Słowenii). Rozpoznaje ona sprawy na podstawie skargi, a jej orzeczenia mają powagę rzeczy osądzonej.
- 37 Wreszcie, strony oraz, w odpowiednim razie, wybrany w przetargu oferent mają prawo przedstawić w ramach postępowania swój punkt widzenia oraz zająć stanowisko w przedmiocie materiałów przedstawianych przez inne strony i przez przedstawiciela interesu publicznego. Postępowanie przed sądem odsyłającym ma także charakter kontrydiktoryjny.
- 38 Z powyższego wynika, że Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowa komisja odwoławcza w zakresie zamówień publicznych) spełnia kryteria, aby uznać ją za „sąd krajowy” w rozumieniu art. 267 TFUE, a pytanie, z którym zwraca się do Trybunału, jest dopuszczalne.

Co do istoty

Uwagi wstępne

- 39 Przedłożone pytanie służy w istocie ustaleniu, czy wymóg, by produkty lecznicze były wytwarzane z osocza uzyskanego w Słowenii, jest zgodny, po pierwsze, z art. 2 i art. 23 ust. 2 i 8 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 83 dyrektywy 2001/83 i art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98, a po drugie, z art. 18 TFUE.

- 40 Z postanowienia odsyłającego wynika, że dla produktów leczniczych wytwarzanych drogą przemysłową z osocza ludzkiego słoweński ustawodawca wprowadził system oparty na opisanych poniżej elementach.
- 41 W pierwszej kolejności art. 3 ust. 18 ustawy dotyczącej krwi ustanawia zasadę samowystarczalności w zakresie krwi ludzkiej oraz jej składników i produktów leczniczych wytwarzanych z ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza, zgodnie z którą państwo słoweńskie ma zaspokajać zapotrzebowanie leczonych na jego terytorium pacjentów na krew i produkty lecznicze wytwarzane z krwi lub osocza z własnych zasobów (zwaną dalej „zasadą samowystarczalności krajowej”).
- 42 Zgodnie z art. 2 tej ustawy zasady samowystarczalności krajowej należy przestrzegać w całej działalności związanej z przetaczaniem krwi, czyli w szczególności przy pobieraniu, przetwarzaniu, dystrybucji i zaopatrywaniu ludności w krew oraz jej części składowe lub produkty lecznicze wytwarzane z krwi lub osocza, oraz obrocie handlowym tymi składnikami i produktami leczniczymi.
- 43 Omawiany art. 2 ustanawia zasadę dobrowolnego nieodpłatnego krwiodawstwa. Stanowi on, że łączne wprowadzanie w życie zasad samowystarczalności krajowej i dobrowolnego nieodpłatnego krwiodawstwa powinno zmierzać do zagwarantowania wystarczającej liczby krwiodawców oraz bezpieczeństwa transfuzji krwi.
- 44 W drugiej kolejności art. 10 ustawy o zaopatrzeniu w krew stanowi, że instytut, będący organem administracji publicznej, odpowiada w szczególności, na szczeblu krajowym, za zaopatrzenie w krew oraz w części składowe krwi lub w produkty lecznicze wytwarzane z krwi lub osocza. Instytut koordynuje ponadto działalność związaną w szczególności z pobieraniem, przetwarzaniem i dystrybucją tych składników i produktów leczniczych.
- 45 W trzeciej kolejności art. 6 ust. 71 ustawy o produktach leczniczych ustanawia zasadę priorytetowej dostawy produktów leczniczych wytwarzanych przemysłowo z osocza uzyskanego w Słowenii (zwanego dalej „słoweńskim osoczem”). Zasada ta oznacza, że wprowadzanie do obrotu produktów leczniczych wytworzonych z osocza pobranego gdzie indziej niż w Słowenii jest dozwolone co do zasady jedynie wówczas, gdy produkty lecznicze wytworzone ze słoweńskiego osocza nie pokrywają całego zapotrzebowania (zwana dalej „zasadą priorytetowej dostawy”).
- 46 Z zasady tej wynika więc, że zapotrzebowanie słoweńskich szpitali na produkty lecznicze wytworzone z osocza powinno być w pierwszej kolejności zaspokajane przy pomocy produktów leczniczych wytworzonych ze słoweńskiego osocza (wymóg zwany dalej „wymogiem pochodzenia krajowego”), a gdy produktów leczniczych słoweńskiego pochodzenia nie wystarczy, w razie potrzeby przy pomocy produktów leczniczych wytworzonych z osocza pobranego w innych państwach członkowskich.
- 47 W praktyce do produkcji produktów leczniczych instytut przeznacza takie ilości słoweńskiego osocza, które nie zostaną wykorzystane do transfuzji. W związku z tym prowadzi on przetargi publiczne na usługi w celu wyłonienia wykonawcy, który zajmie się tą produkcją, przy czym instytut pozostaje właścicielem osocza i zostaje właścicielem wytworzonych z niego produktów leczniczych. Wskazany organ publiczny dostarcza te produkty lecznicze do szpitali za cenę równoważną kosztom związanym z ich produkcją.
- 48 Ponadto w celu zaspokojenia zapotrzebowania na produkty lecznicze wytworzone z osocza, którego to zapotrzebowania nie pokrywają produkty lecznicze wytworzone ze słoweńskiego osocza, instytut urzędu, wspólnie ze słoweńskimi szpitalami, przetargi publiczne na dostawy.

- 49 Taki jest właśnie kontekst rozpatrywanego w postępowaniu głównym postępowania przetargowego, w którym szpitalowi chodzi o zakup produktów leczniczych wytworzonych z osocza, które zgodnie z zasadą priorytetowej dostawy powinno być słoweńskiego pochodzenia i które może zostać dostarczone jedynie przez instytut.

W przedmiocie kwalifikacji ludzkiej krwi i jej składników

- 50 Zarówno w uwagach na piśmie, jak i podczas rozprawy rząd słoweński powoływał się na art. 168 ust. 7 TFUE, by utrzymywać, że krew ludzka i jej składniki stanowią „zasób”, a nie towar w rozumieniu art. 34 TFUE.
- 51 Artykuł 168 ust. 7 TFUE rzeczywiście zalicza podział zasobów do obowiązków państw członkowskich w zakresie określania ich polityki dotyczącej zdrowia, jak również organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej.
- 52 Jednak z brzmienia art. 168 ust. 7 TFUE nie można wyciągać wniosku, że wolą autorów traktatów było, aby przez użycie ogólnego pojęcia „zasobów” odnieść się właśnie do krwi lub jej składników.
- 53 Ponadto nic nie stoi na przeszkodzie temu, by produkty lecznicze z ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza mieściły się w zakresie pojęcia „towarów” w rozumieniu postanowień traktatu FUE dotyczących swobodnego przepływu towarów, mając na względzie szczególnie szeroką wykładnię tego pojęcia przyjętą w orzecznictwie Trybunału dotyczącym w szczególności produktów leczniczych oraz krwi i składników krwi (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 27–32; z dnia 9 grudnia 2010 r., Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, pkt 27–30). Wynika z tego, że produkty lecznicze pochodzące z ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza stanowią „towary” w rozumieniu art. 34 TFUE.
- 54 Ponadto, jak podkreślił rzecznik generalny w pkt 62–66 opinii, produkty lecznicze rozpatrywane w postępowaniu głównym stanowią „produkty” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i c) dyrektywy 2004/18, które można wycenić w pieniądzu i które jako takie mogą stanowić przedmiot transakcji handlowych.

W przedmiocie znajdujących zastosowanie przepisów

- 55 Należy przypomnieć, że pytanie prejudycjalne należy badać w świetle wszystkich postanowień traktatów i przepisów prawa pochodnego, które mogą być istotne w odniesieniu do przedstawionego problemu (zob. podobnie wyrok z dnia 11 lipca 1985 r., Mutsch, 137/84, EU:C:1985:335, pkt 10). Okoliczność, iż sąd odsyłający zadał pytanie, powołując się na określone przepisy prawa Unii, nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał udzielił temu sądowi wszelkich wskazówek dotyczących wykładni, które mogą być pomocne w rozstrzygnięciu rozpatrywanej przezeń sprawy, niezależnie od tego, czy sąd ten powołał się na nie w treści pytań (zob. podobnie wyrok z dnia 12 grudnia 1990 r., SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, pkt 8).
- 56 Tymczasem jeśli chodzi o przepisy prawa Unii, o których wykładnię zwrócił się do Trybunału sąd odsyłający, na wstępie należy ocenić, czy do sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym znajdują zastosowanie art. 83 dyrektywy 2001/83, art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98 i art. 18 TFUE.
- 57 W pierwszej kolejności art. 83 dyrektywy 2001/83 upoważnia państwa członkowskie do stosowania w dystrybucji hurtowej produktów leczniczych z krwi bardziej rygorystycznych wymagań niż te, które obowiązują, po pierwsze, w przypadku dystrybucji hurtowej innych produktów leczniczych, a po drugie, innych sposobów dystrybucji, których ten przepis nie dotyczy.

- 58 Pojęcie „dystrybucji hurtowej produktów leczniczych” jest zdefiniowane w art. 1 pkt 17 dyrektywy 2001/83 jako „jakakolwiek działalność obejmująca zaopatrzenie, przechowywanie, dostawę lub wywóz produktów leczniczych, oprócz dostaw dla ludności. Obszar takiej działalności obejmuje producentów lub ich składnice hurtowe, importerów, innych hurtowników czy też farmaceutów i osoby uprawnione do dostaw produktów leczniczych dla ludności w danym państwie członkowskim”.
- 59 W oczywisty sposób nie jest to jednak przedmiot działalności szpitala. Z powyższego wynika, że art. 83 dyrektywy 2001/83 nie ma zastosowania w okolicznościach takich jak te w postępowaniu głównym.
- 60 W drugiej kolejności art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98 zezwala na to, by państwo członkowskie zakazało przywozu krwi i składników krwi lub je ograniczyło w celu zachęcania do dobrowolnego nieodpłatnego oddawania krwi i składników krwi.
- 61 W tym względzie należy wskazać, że art. 2 ust. 1 dyrektywy 2002/98 reguluje dystrybucję ludzkiej krwi i składników krwi, wyłącznie „jeśli przeznaczona jest do przetaczania”. Tymczasem produkty lecznicze z osocza nie mają takiego przeznaczenia, więc art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98 nie ma zastosowania w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym.
- 62 W trzeciej kolejności, jak też wskazał rzecznik generalny w pkt 37 i 38 opinii, należy przypomnieć, że art. 18 TFUE może być stosowany samodzielnie wyłącznie w sytuacjach podlegających prawu Unii, w odniesieniu do których traktat nie zawiera szczególnych postanowień o zakazie dyskryminacji (zob. w szczególności podobnie wyroki: z dnia 21 czerwca 1974 r., *Reyners*, 2/74, EU:C:1974:68, pkt 15, 16; z dnia 30 maja 1989 r., *Komisja/Grecja*, 305/87, EU:C:1989:218, pkt 12, 13; z dnia 18 grudnia 2014 r., *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 31).
- 63 Tymczasem w okolicznościach sprawy w postępowaniu głównym i w zakresie, w jakim sprawa dotyczy swobodnego przepływu towarów, należy uznać, że wymóg pochodzenia krajowego wchodzi w zakres zastosowania art. 34 TFUE, który zakazuje przeszkód w swobodnym przepływie towarów.
- 64 W tym względzie należy przypomnieć utrwalone orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym ustanowiony w art. 34 TFUE zakaz środków o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi obejmuje wszelkie przepisy państw członkowskich mogące bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie utrudnić przywóz pomiędzy państwami członkowskimi (wyrok z dnia 19 października 2016 r., *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C-148/15, EU:C:2016:776, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 65 Zaś art. 34 TFUE w związku z art. 36 tego traktatu zakazuje w szczególności wszystkich dyskryminacyjnych przeszkód w swobodnym przepływie towarów i tym samym ustanawia szczególne w stosunku do art. 18 TFUE zasady zakazujące dyskryminacji.
- 66 Wynika z tego, że w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym art. 83 dyrektywy 2001/83, art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98 i art. 18 TFUE nie znajdują zastosowania w sporze w postępowaniu głównym.

W przedmiocie zgodności wymogu krajowego pochodzenia produktów leczniczych z osocza, takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, z art. 2 i 23 dyrektywy 2004/18 oraz art. 34 TFUE

- 67 W świetle powyższych rozważań należy rozumieć, że zadane pytanie ma na celu ustalenie, czy art. 2 i art. 23 ust. 2 i 8 dyrektywy 2004/18 oraz art. 34 TFUE w związku z art. 36 TFUE

należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu takiego warunku specyfikacji warunków zamówienia publicznego, który zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego instytucji zamawiającej wymaga, by produkty lecznicze z osocza będące przedmiotem tego zamówienia publicznego były wytworzone z osocza pozyskanego w tym państwie członkowskim.

- 68 Należy stwierdzić, że w niniejszym przypadku wymóg pochodzenia krajowego jest ze swej natury dyskryminujący. Obowiązek zaopatrywania się priorytetowo w produkty lecznicze wytworzone ze słoweńskiego osocza uniemożliwia wszystkim przedsiębiorstwom dysponującym produktami leczniczymi wytworzonymi z osocza uzyskanego w innym państwie członkowskim Unii skuteczne składanie ofert w przetargach takich jak ten ogłoszony przez szpital.
- 69 W tym względzie należy wskazać, że jak przypomniał rzecznik generalny w pkt 94 opinii, dyrektywa 2004/18 nie dokonuje wyczerpującej harmonizacji aspektów związanych ze swobodą przepływu towarów. Stwierdzenie to wynika w szczególności z brzmienia art. 23 ust. 8 tej dyrektywy, który dopuszcza, żeby specyfikacje techniczne mogły być uzasadnione przedmiotem zamówienia.
- 70 Ponadto z jednej strony instytucja zamawiająca w postępowaniu głównym podlega wymogom dotyczącym udzielania zamówień publicznych, czyli wymogom wynikającym z art. 2 i art. 23 ust. 2 i 8 dyrektywy 2004/18, a z drugiej strony musi mieć na uwadze art. 110 dyrektywy 2001/83, zgodnie z którym państwa członkowskie powinny podejmować wszelkie konieczne środki w celu wspierania samowystarczalności Unii w zakresie ludzkiej krwi i ludzkiego osocza. Ten ostatni przepis stanowi jednak, że w tym celu państwa członkowskie powinny zachęcać do dobrowolnego nieodpłatnego oddawania krwi lub osocza i podejmować konieczne środki w celu rozwijania produkcji i wykorzystania produktów uzyskiwanych z ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza pochodzących z dobrowolnego nieodpłatnego krwiodawstwa.
- 71 Jeśli chodzi o kompetencje i obowiązki państw członkowskich względem w szczególności krwiodawstwa, określone w art. 168 ust. 7 TFUE, w dziedzinie polityki dotyczącej zdrowia, organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej oraz rozdziału przeznaczanych na nie zasobów, należy stwierdzić, że przy wykonywaniu tych kompetencji, zwłaszcza w dziedzinie zamówień publicznych, państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa Unii, w szczególności zaś postanowień dotyczących swobodnego przepływu towarów (zob. podobnie wyrok z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 22–25 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 72 Wynika z tego, że w odniesieniu do zarówno przeszkód o charakterze dyskryminacyjnym w swobodnym przepływie towarów, jak i uzasadniających je względów badanie wymogu pochodzenia krajowego rozpatrywanego w postępowaniu głównym, zgodnie z którym produkty lecznicze z osocza powinny być wytworzone z osocza uzyskanego w Słowenii, nie może ograniczać się do oceny w świetle dyrektywy 2004/18, lecz powinno też uwzględniać postanowienia prawa pierwotnego.
- 73 Co do dyrektywy 2004/18, stwierdzenie poczynione w pkt 68 niniejszego wyroku wystarczy, by ustalić brak przestrzegania art. 2 tej dyrektywy, wymagającego w szczególności, by instytucja zamawiająca traktowała wykonawców na równi z innymi i w sposób niedyskryminujący.
- 74 Należy ponadto wskazać, że zgodnie z art. 23 ust. 2 dyrektywy 2004/18 specyfikacja techniczna zawarta w dokumentacji przetargu publicznego powinna umożliwiać oferentom

jednakowy dostęp i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.

- 75 Widoczne jest jednak, że określone w art. 23 ust. 8 rzeczonej dyrektywy warunki nie są spełnione w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym.
- 76 Z brzmienia tego ostatniego przepisu dyrektywy 2004/18 jasno bowiem wynika, że specyfikacja techniczna może zawierać wymóg określonego pochodzenia, wyłącznie jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia, oraz że może być to dozwolone tylko wyjątkowo. W każdym razie odniesienie do specyfikacji technicznej takiej jak określone pochodzenie powinno być opatrzone zwrotem „lub równoważne” (zob. podobnie wyrok z dnia 22 września 1988 r., Komisja/Irlandia, 45/87, EU:C:1988:435, pkt 22).
- 77 Tymczasem w postępowaniu głównym, przez to, że nie dodano zwrotu „lub równoważne” po wymogu pochodzenia krajowego, szpital mógł nie tylko odwiedzić wykonawców dysponujących analogicznymi produktami leczniczymi od złożenia oferty w przetargu, lecz także zakłócić przebieg importu w ramach handlu między państwami członkowskimi, zastrzegając rynek produktów leczniczych wytworzonych ze słoweńskiego osocza dla tylko jednego instytutu. W ten sposób szpital postąpił niezgodnie zarówno z art. 2 dyrektywy 2004/18, jak i z art. 23 ust. 2 i 8 tej dyrektywy oraz z art. 34 TFUE (zob. analogicznie wyrok z dnia 24 stycznia 1995 r., Komisja/Niderlandy, C-359/93, EU:C:1995:14, pkt 27).

W przedmiocie uzasadnienia przeszkody w swobodnym przepływie towarów

- 78 W celu ustalenia, czy dany warunek specyfikacji warunków zamówienia w przetargu publicznym zawierający wymóg krajowego pochodzenia produktów leczniczych z osocza, taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, stanowi zabronione ograniczenie w rozumieniu art. 34 TFUE, należy zbadać, czy, jak to w szczególności podnosiły rząd słoweński i Komisja, może on być uzasadniony ochroną zdrowia publicznego (zob. analogicznie wyrok z dnia 9 grudnia 2010 r., Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, pkt 31).
- 79 Na wstępie należy wskazać, że w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca podlega, jak to już przypomniano w pkt 70 niniejszego wyroku, dwóm potencjalnie sprzecznym wymogom. Musi ona bowiem przestrzegać art. 6 ustawy o produktach leczniczych, ustanawiającego zasady priorytetowej dostawy i samowystarczalności krajowej, przy czym ta ostatnia wynika z art. 2 ustawy o zaopatrzeniu w krew. Jednocześnie ta instytucja zamawiająca powinna, zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18, przestrzegać równości dostępu do zamówień publicznych, a w związku z tym zapewniać niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców dysponujących produktami leczniczymi z osocza.
- 80 W niniejszym przypadku wymóg pochodzenia krajowego jest dyskryminujący, jak zostało to stwierdzone w pkt 68 niniejszego wyroku, więc słoweńskie ustawodawstwo może być uzasadnione jedynie jednym ze względów wymienionych w art. 36 TFUE (zob. w szczególności analogicznie wyroki: z dnia 17 czerwca 1981 r., Komisja/Irlandia, 113/80, EU:C:1981:139, pkt 7, 8, 10, 11; z dnia 30 listopada 1995 r., Gebhard, C-55/94, EU:C:1995:411, pkt 37).
- 81 W tym względzie rząd słoweński uważa, że rozpatrywany w postępowaniu głównym system pobierania ludzkiej krwi i ludzkiego osocza jest uzasadniony względami zdrowia publicznego.
- 82 Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem przy ocenie poszanowania przez państwo członkowskie zasady proporcjonalności w obszarze zdrowia publicznego należy uwzględnić okoliczność, że zdrowie i życie osób mają pierwszorzędne znaczenie pośród dóbr

i interesów chronionych traktatem FUE i że do państw członkowskich należy decyzja o poziomie, na którym chcą one zapewnić ochronę zdrowia publicznego, i o sposobie osiągnięcia tego poziomu. Jako że poziom ten może być odmienny w różnych państwach członkowskich, należy uznać, że państwu członkowskiemu przysługuje pewien zakres swobodnego uznania (zob. w szczególności wyroki: z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 51; z dnia 19 maja 2009 r., Apothekerkammer des Saarlandes i in., C-171/07 i C-172/07, EU:C:2009:316, pkt 19; z dnia 21 czerwca 2012 r., Susisalo i in., C-84/11, EU:C:2012:374, pkt 28; z dnia 5 grudnia 2013 r., Venturini i in., od C-159/12 do C-161/12, EU:C:2013:791, pkt 59; z dnia 19 października 2016 r., Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, pkt 30).

- 83 Jednakże z orzecznictwa Trybunału wynika również, że uregulowanie ograniczające swobodę podstawową zagwarantowaną przez traktat FUE, taką jak swobodny przepływ towarów, może być uzasadnione jedynie wówczas, gdy jest odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu i nie wykracza poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia (zob. podobnie, w dziedzinie zdrowia publicznego, wyroki: z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 48; z dnia 9 grudnia 2010 r., Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, pkt 34).
- 84 Na początku należy więc zbadać, czy wymóg pochodzenia krajowego rozpatrywany w postępowaniu głównym ma uzasadniony cel.
- 85 Według rządu słoweńskiego ten wymóg pochodzenia krajowego ma na celu, po pierwsze, skłonienie ludzi do dobrowolnego nieodpłatnego krwiodawstwa, a po drugie, zapewnienie przestrzegania zasady samowystarczalności krajowej. Rząd ten podkreśla, że zakresy tych dwóch celów pokrywają się częściowo i że ściśle wymogi obowiązujące w stosunku do dobrowolnego nieodpłatnego krwiodawstwa mają bardzo istotny wpływ na ilość pobranej ludzkiej krwi i jej składników, co z kolei ma wpływ na samowystarczalność dostaw krwi, a w konsekwencji na dostawy składników krwi.
- 86 Na wstępie należy zauważyć, że powiązanie zakresów obu wskazywanych przez rząd słoweński celów wynika z samego brzmienia art. 110 dyrektywy 2001/83. Należy bowiem przypomnieć, że zgodnie z tym przepisem „[p]aństwa członkowskie podejmują konieczne środki w celu wspierania samowystarczalności Wspólnoty w zakresie ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza. W tym celu będą zachęcać do dobrowolnego nieodpłatnego oddawania krwi lub osocza [...]”.
- 87 Zachęcanie do dobrowolnego nieodpłatnego krwiodawstwa stanowi wyraz troski o względy zdrowia publicznego, o których mowa w art. 36 TFUE. Cel ten może więc co do zasady uzasadniać przeszkodę w swobodnym przepływie towarów (zob. podobnie wyrok z dnia 9 grudnia 2010 r., Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, pkt 33).
- 88 Drugi z podnoszonych przez rząd słoweński celów polega na zapewnieniu poszanowania zasady samowystarczalności krajowej, należy więc ocenić, czy krajowe ustawodawstwo takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, realizujące taki cel, przyczynia się do wspierania samowystarczalności Unii w zakresie ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza, o której mowa w art. 110 dyrektywy 2001/83.
- 89 W pierwszej kolejności, skoro prawodawca Unii nie sprecyzował sposobów osiągnięcia samowystarczalności Unii w zakresie ludzkiej krwi i osocza, można, jak to czyni Komisja, dopuścić, że w obecnym stanie rozwoju prawa Unii samowystarczalność Unii znajduje konkretny wyraz poprzez realizowanie celu krajowej samowystarczalności przez poszczególne państwa członkowskie.

- 90 W drugiej kolejności należy stwierdzić, że prawodawca Unii stosuje płynną terminologię dla ustalenia wytyczonego dla samowystarczalności Unii zakresu. Podczas gdy w art. 110 dyrektywy 2001/83 mowa jest bowiem jedynie o ludzkiej krwi i o ludzkim osoczu, art. 20 ust. 1 dyrektywy 2002/98 w związku z jej motywem 4 wzywa państwa członkowskie do podejmowania wszelkich niezbędnych środków w celu zachęcania do dobrowolnego nieodpłatnego oddawania krwi, aby zapewnić, żeby w jak największym stopniu krew i jej składniki pochodziły z tego krwiodawstwa.
- 91 Zakres stosowania zasady samowystarczalności Unii jest jeszcze szerszy w motywie 19 dyrektywy 2001/83, który odnosi się do „samowystarczalności [w całej Wspólnocie] w zakresie produktów z krwi”.
- 92 Dążenie do zapewnienia samowystarczalności Unii w zakresie zaopatrzenia w produkty z krwi ma na celu ochronę zdrowia publicznego, więc jego zakres stosowania należy rozumieć szeroko.
- 93 W związku z tym przepisy krajowe takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym realizują uzasadnione cele ochrony zdrowia publicznego.
- 94 W drugiej kolejności należy ocenić proporcjonalność tych przepisów do celów osiągnięcia wskazanego celu ochrony zdrowia publicznego.
- 95 Artykuł 36 TFUE jest podlegającym ścisłej wykładni wyjątkiem od zasady swobodnego przepływu towarów w Unii, w związku z czym przepisy krajowe muszą być niezbędne do realizacji podnoszonego celu i cel ów nie może zostać osiągnięty w drodze zakazów i ograniczeń mających mniejszy zakres lub wywierających mniejszy wpływ na handel w Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 50).
- 96 W tym względzie można dostrzec, że żaden z elementów znajdujących się w posiadaniu Komisji nie pozwala na uznanie, że zasada priorytetowej dostawy produktów leczniczych uzyskiwanych drogą przemysłową ze słoweńskiej plazmy pozyskanej w słoweńskich szpitalach przyczynia się w decydujący sposób do zachęcania słoweńskiej ludności do dobrowolnego i nieodpłatnego krwiodawstwa.
- 97 Rzeczywiście, motyw 19 i art. 110 dyrektywy 2001/83 wpisują się w pojęcie solidarności. Żadni krwiodawcy nie otrzymują bowiem wynagrodzenia, dzięki czemu działają w interesie wszystkich jednostek, z którymi łączy ich wspólny interes, w ten sposób, że pozwalają w szczególności zabezpieczyć się przed ryzykiem niedoboru produktów leczniczych z krwi lub osocza. Jednakże rozpatrywana w postępowaniu głównym zasada priorytetowej dostawy, przez to, że wyklucza wykonawców pragnących importować do Słowenii również pochodzące z dobrowolnego i nieodpłatnego krwiodawstwa produkty lecznicze wytworzone z osocza, uzyskane w innych państwach członkowskich, stoi w oczywistej sprzeczności z pojęciem leżącym u podstaw celu samowystarczalności Unii. Tym samym, skoro, po pierwsze, krwiodawcy w innych państwach członkowskich kierują się tą samą motywacją co ci w Słowenii, a po drugie, istnieje obiektywna zbieżność interesów wszystkich krwiodawców w państwach członkowskich w zakresie produkcji i wykorzystania produktów wytworzonych z ludzkiej krwi i ludzkiego osocza pochodzących z tego dobrowolnego nieodpłatnego krwiodawstwa, nie ma żadnego powodu, by uznać, że – jak twierdzi rząd słoweński – tylko warunki oparte na pojęciu wyłącznie krajowej solidarności mogą wywierać w Słowenii bardzo znaczący wpływ na uzyskaną ilość ludzkiej krwi i jej składników, a w związku z tym na ilość pochodzących od dawców produktów z krwi.

- 98 Nie jest więc tak, że cel polegający na zachęcaniu do dobrowolnego nieodpłatnego krwiodawstwa i utrzymywaniu go na wysokim poziomie koniecznie wymaga stosowania rozpatrywanego w postępowaniu głównym wymogu krajowego pochodzenia. W tych okolicznościach zasadę priorytetowej dostawy należy uznać za nieproporcjonalną.
- 99 Wniosku tego nie podważa argument, że system priorytetowej dostawy opisany w pkt 41–48 niniejszego wyroku można uznać za rozwiązanie naruszające w najmniejszym stopniu swobodny przepływ towarów, w szczególności zważywszy na to, że szpitale są zaopatrywane w produkty lecznicze za cenę równą tylko kosztom związanym z ich produkcją.
- 100 Prawdą jest bowiem, że system pobierania osocza taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym został wprowadzony w panującej na świecie sytuacji trwałego i niekwestionowanego niedoboru dobrej jakości krwi i osocza, a także znacznej koncentracji sektora przemysłowego przetwórstwa krwi i osocza na produkty lecznicze. Ponadto, jak Komisja podkreślała w swoich uwagach na piśmie, ta utrzymująca się sytuacja skłania nieliczne działające w tej branży przedsiębiorstwa do priorytetowej sprzedaży produktów leczniczych z osocza w krajach mogących płacić wyższe ceny lub kupujących większe ilości, a niewielkie państwa narażone są w ten sposób na znaczną drożyznę w zakresie cen produktów leczniczych z osocza.
- 101 Interesy o charakterze ekonomicznym mające na celu zapewnienie utrzymania wysokiej jakości, pewności i dostępności usług szpitalnych mogą wchodzić w zakres przewidzianego w art. 36 TFUE wyjątku dopuszczalnego ze względów zdrowia publicznego, w zakresie, w jakim przyczyniają się do osiągnięcia wysokiego poziomu ochrony zdrowia (zob. podobnie wyrok z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 60).
- 102 Jednak systemu priorytetowej dostawy produktów leczniczych uzyskiwanych drogą przemysłową ze słoweńskiej plazmy, takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, nie można uznać za niezbędny w celu uniknięcia wzrostu cen produktów leczniczych z osocza, ponieważ wszystkie produkty lecznicze uzyskiwane drogą przemysłową z osocza, czy to w Słowenii, czy w innym państwie członkowskim, mają tę samą podstawę ustalania cen tych leków, a mianowicie dobrowolne nieodpłatne krwiodawstwo.
- 103 Z uwagi na ogół powyższych rozważań należy stwierdzić, że ograniczenie takie jak wynikające ze spornego w postępowaniu głównym uregulowania nie jest odpowiednie dla osiągnięcia przywołanych celów, w związku z czym nie można uznać, że jest ono uzasadnione dążeniem do realizacji tych celów.
- 104 W związku z tym odpowiedź na zadane pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 2 i art. 23 ust. 2 i 8 dyrektywy 2004/18, jak również art. 34 TFUE w związku z art. 36 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu warunku specyfikacji warunków zamówienia w przetargu publicznym, który to warunek zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego instytucji zamawiającej wymaga, by produkty lecznicze z osocza, będące przedmiotem tego zamówienia publicznego, były wytworzone z osocza pozyskanego w tym państwie członkowskim.

**2.42. orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-76/16 *Ingsteel spol. s r.o.*
i *Metrostav a.s. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2017:549**

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 24 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wykluczyła oferenta z przetargu publicznego z tego powodu, że nie spełnia on określonego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, odnoszącego się do przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia.
- 25 Na wstępie należy przypomnieć, że art. 267 TFUE nie upoważnia Trybunału do stosowania przepisów prawa Unii do określonego przypadku, lecz wyłącznie do orzekania w kwestii wykładni traktatów oraz aktów przyjętych przez instytucje Unii Europejskiej. W ramach współpracy sądowej ustanowionej w tym postanowieniu Trybunał może jednak, na podstawie informacji zawartych w aktach sprawy, dostarczyć sądowi krajowemu elementów wykładni prawa Unii, które mogą być dla niego przydatne w celu oceny skutków danego przepisu prawa Unii (wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., CEZ Razpredelenie Bułgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, pkt 71 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 26 Zgodnie z brzmieniem art. 44 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające mogą żądać od oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności. Wspomniane minimalne zdolności określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.
- 27 W tym względzie art. 47 ust. 1 tej dyrektywy zawiera wykaz dokumentów, których według ogólnych zasad można żądać od wykonawcy celem wykazania sytuacji finansowej i ekonomicznej. Mają one na celu wykazanie, że oferent dysponuje środkami niezbędnymi do realizacji zamówienia publicznego. Należą do nich „odpowiednie oświadczenia banków”.
- 28 Zgodnie z ust. 4 tego artykułu instytucje zamawiające określają w ogłoszeniu o zamówieniu, który lub które spośród dokumentów wybrały, a także jakie inne dokumenty muszą zostać przedstawione.
- 29 W niniejszym wypadku ogłoszenie o zamówieniu wymagało w zakresie kryterium dotyczącego wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej przedstawienia przez oferenta dokumentu z banku, zaświadczonego, że został mu przyznany kredyt w kwocie co najmniej 3 mln EUR, ważny przez cały czas realizacji zamówienia, czyli przez 48 miesięcy.
- 30 Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, że wykluczony oferent przedstawił oświadczenie wydane przez bank, zawierające informacje dotyczące jego sytuacji finansowej oraz zaświadczenie o otwarciu linii kredytowej w rachunku bieżącym na kwotę powyżej 5 mln EUR. Wykluczony oferent złożył też oświadczenie, zgodnie z którym zaświadczał, że w przypadku wybrania jego oferty jego rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR przez cały okres realizacji zamówienia.
- 31 Instytucja zamawiająca uznała jednak, że wykluczony oferent nie spełnia wymogów z zakresu sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdyż jego sytuacja ekonomiczna i finansowa nie spełnia warunku udziału wymagającego przedstawienia dowodu o wymaganej formie i treści.

- 32 W tym względzie należy przypomnieć, że art. 47 dyrektywy 2004/18 pozostawia instytucjom zamawiającym dość dużą swobodę, jak w szczególności wynika z użytego w tym przepisie zwrotu „według ogólnych zasad”. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału, w odróżnieniu od art. 48 omawianej dyrektywy, który ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji, jakimi dysponują rzeczzone instytucje, a tym samym możliwości redagowania przez nie wymogów, art. 47 ust. 4 wprost zezwala instytucjom zamawiającym na wybranie dokumentów poświadczających, które kandydaci lub oferenci powinni przedstawić w celu poświadczenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ponieważ zaś art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odsyła do art. 47, taka sama swoboda wyboru panuje w zakresie wymogów minimalnych dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., *Édukövízig i Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 28).
- 33 Przy tym z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 wyraźnie wynika, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Co za tym idzie, wymagania w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej powinny być obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, i muszą być dostosowane do wagi danego zamówienia w tym sensie, żeby obiektywnie stanowiły pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie mogą wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., *Édukövízig i Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 29).
- 34 Należy ponadto przypomnieć, po pierwsze, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wypływa wprost z tej zasady, 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 (wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 35 W odniesieniu, po pierwsze, do wyraźnie wyrażonego w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu, że gwarancja finansowa powinna być udzielona „w celu realizacji zamówienia”, z brzmienia pierwszego pytania prejudycjalnego zdaje się wynikać, że instytucja zamawiająca uznała, iż taki wymóg nie jest spełniony, jeżeli przyznana oferentowi pożyczka, mimo że przekraczała wymaganą w ogłoszeniu o zamówieniu kwotę, była kredytem w rachunku bieżącym, a nie pożyczką celową na realizację zamówienia.
- 36 W tym względzie należy uznać, że wymóg uzyskania pożyczki celowej na realizację zamówienia jest obiektywnie właściwym środkiem zdobycia informacji o tym, że sytuacja ekonomiczna oferenta pozwala mu na właściwe wykonanie zamówienia. Jak bowiem wskazała Komisja Europejska, pożyczka celowa pozwala wykazać, że oferent faktycznie dysponuje środkami, których sam nie jest właścicielem, a które 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). Sąd odsyłający powinien jednak jeszcze upewnić się, że wymagana w ogłoszeniu o zamówieniu kwota jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia.

- 37 Z kolei jeśli chodzi o również określony w ogłoszeniu o zamówieniu wymóg dotyczący przyznania pożyczki na minimalną kwotę 3 mln EUR „w czasie realizacji zamówienia (48 miesięcy)”, to wprawdzie art. 47 dyrektywy 2004/18 nie stanowi wyrażnie, że instytucja zamawiająca może wymagać od oferenta, by środki niezbędne do wykonania zamówienia znajdowały się do jego dyspozycji przez cały czas realizacji zamówienia, jednak należy uznać, podobnie jak uczynił to rzecznik generalny w pkt 46 opinii, że zbadanie przestrzegania kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej przez instytucję zamawiającą w ramach postępowania o udzielanie zamówienia oznacza, że powinna ona uzyskać pewność, iż oferent będzie rzeczywiście mógł korzystać z wszelkiego rodzaju zasobów, na których polega, w okresie objętym zamówieniem (zob. podobnie wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r., *Ostas celtnieks*, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Ponadto utrzymanie w dyspozycji wymaganej kwoty przez czas realizacji zamówienia jest użytecznym elementem służącym ocenie, w konkretny sposób, sytuacji ekonomicznej i finansowej oferenta w stosunku do jego zobowiązań. Właściwe wykonanie zamówienia wiąże się bowiem nierozdzielnie z tym, że oferent będzie dysponował środkami finansowymi na jego realizację.
- 39 Zatem w niniejszym przypadku warunek zobowiązujący oferenta do dysponowania środkami przez cały czas realizacji zamówienia może gwarantować osiągnięcie celów art. 47 ust. 1 dyrektywy 2004/18.
- 40 Jednak to sąd krajowy powinien ocenić, czy dostarczone przez oferenta w tym celu dowody, w tym w szczególności umowa otwarcia linii kredytowej w rachunku bieżącym, mają istotny charakter.
- 41 Z powyższego rozumowania wynika, że odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć: art. 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie wykluczeniu przez instytucję zamawiającą z przetargu oferenta z tego powodu, że ów oferent nie spełnia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej ustanowionego w ogłoszeniu o zamówieniu, odnoszącego się do przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia.

W przedmiocie pytania drugiego

- 42 W pytaniu drugim sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy jeżeli ogłoszenie o zamówieniu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia, okoliczność, że banki, do których wystąpi oferent, nie uznają, że są w stanie wystawić oferentowi zaświadczenie w takim właśnie brzmieniu, może stanowić „uzasadnioną przyczynę” w rozumieniu art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18, uprawniającą w odpowiednim razie tego oferenta do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą dowolnego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni, takie-
go jak oświadczenie, w którym zaświadcza, że jeżeli jego oferta zostanie wybrana, jego

rachunek bieżący będzie zasilony kwotą równą kwocie ustalonej w ogłoszeniu o zamówieniu od dnia zawarcia umowy przez cały okres realizacji zamówienia.

- 43 Artykuł 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 upoważnia oferentów, którzy z uzasadnionej przyczyny nie mogą przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, do udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni.
- 44 W niniejszym przypadku wykluczony oferent złożył oświadczenie, w którym zaświadczał, że w przypadku wybrania jego oferty jego rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR przez cały okres realizacji zamówienia, podnosząc, że nie ma możliwości uzyskać zaświadczenia z banku, w którym ten zobowiąże się do przyznania mu pożyczki na kwotę określoną w ogłoszeniu o zamówieniu.
- 45 W tym względzie to sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy wykluczony oferent obiektywnie nie miał możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów. Byłoby tak w szczególności, gdyby, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 53 opinii, oferent ten nie mógł otrzymać na Słowacji dokumentów o treści żądanej w ogłoszeniu o zamówieniu.
- 46 Tylko gdyby sąd odsyłający stwierdził istnienie takiego obiektywnego braku możliwości, powinien on sprawdzić, czy instytucja zamawiająca zasadnie uznała, że oświadczenie, które przedstawił oferent, nie stanowi odpowiedniego dokumentu do celów wykazania jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Powinien także sprawdzić, zgodnie z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy w świetle jej motywu 39, że wymagany zakres informacji i zdolności jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego oraz że kryteria kwalifikacji są stosowane w sposób niedyskryminujący.
- 47 Jeśli chodzi o aspekt stanu faktycznego, sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy wkluczony oferent obiektywnie nie miał możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów, a jeśli tak było, czy instytucja zamawiająca zasadnie uznała, że oświadczenie, które przedstawił oferent, nie stanowi odpowiedniego dokumentu do celów wykazania jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.
- 48 Dlatego też na pytanie drugie odpowiedź powinna brzmieć następująco: art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy ogłoszenie o zamówieniu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia, okoliczność, że banki, do których wystąpi oferent, nie uznają, że są w stanie wystawić oferentowi zaświadczenie w takim właśnie brzmieniu, może stanowić „uzasadnioną przyczynę” w rozumieniu tego przepisu, uprawniającą w odpowiednim razie tego oferenta do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej przy pomocy dowolnego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni, o ile oferent ten nie miał obiektywnie możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 49 Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału procedura przewidziana w art. 267 TFUE stanowi instrument współpracy pomiędzy Trybunałem i sądami krajowymi, dzięki któremu Trybunał przedstawia sądom krajowym elementy wykładni prawa Unii, które są im niezbędne dla rozstrzygnięcia zawisłych przed nimi sporów (zob. w szczególności

postanowienie z dnia 8 września 2016 r., *Caixabank i Abanca Corporación Bancaria*, C-91/16 i C-120/16, niepublikowane, EU:C:2016:673, pkt 13 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 50 W tym względzie Trybunał wielokrotnie podkreślał, że konieczność dokonania wykładni prawa Unii, która będzie przydatna dla sądu krajowego, wymaga, aby ów sąd określił okoliczności faktyczne i prawne, na tle których wyłoniły się przedstawione przezeń pytania, albo co najmniej wskazał stan faktyczny stanowiący podstawę tych pytań (zob. w szczególności postanowienie z dnia 8 września 2016 r., *Caixabank i Abanca Corporación Bancaria*, C-91/16 i C-120/16, niepublikowane, EU:C:2016:673, pkt 14 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 51 Wymogi dotyczące treści wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym są wyraźnie określone w art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem oraz w pkt 15 zaleceń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dla sądów krajowych, dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (Dz.U. 2016, C 439, s. 1), zgodnie z którymi wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powinien zawierać „zwięzłe omówienie przedmiotu sporu oraz istotnych okoliczności faktycznych sprawy, jakie ustalił sąd odsyłający, lub co najmniej wskazanie okoliczności faktycznych, na jakich oparte są pytania”, „treść przepisów krajowych mogących mieć zastosowanie w sprawie oraz, w stosownym wypadku, wskazanie istotnego dla sprawy orzecznictwa sądów krajowych”, a także „omówienie powodów, dla których sąd odsyłający powziął wątpliwości w kwestii wykładni lub ważności określonych przepisów prawa Unii Europejskiej, jak również związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a uregulowaniami krajowymi, które znajdują zastosowanie w postępowaniu głównym” (zob. podobnie postanowienie z dnia 20 lipca 2016 r., *Stanleybet Malta i Stoppani*, C-141/16, niepublikowane, EU:C:2016:596, pkt 8, 9 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 52 W niniejszym przypadku postanowienie odsyłające nie wskazuje żadnych przepisów krajowych mających na celu transpozycję przepisów dyrektywy 89/665 dotyczących postępowań odwoławczych i ich skutków, ze zmianami wprowadzonymi dyrektywą 2007/66. Nie wskazał w szczególności, czy Republika Słowacka wprowadziła przepis, że – jak stanowi art. 2 ust. 6 tej dyrektywy – aby móc dochodzić odszkodowania, najpierw musi zostać stwierdzona nieważność kwestionowanej decyzji, czy też – jak zezwala art. 2 ust. 7 akapit drugi tej dyrektywy – że po zawarciu umowy uprawnienia organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze są ograniczone do przyznawania odszkodowań.
- 53 Postanowienie odsyłające jest ponadto nieprecyzyjne w zakresie stanu faktycznego sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, dotyczącego przedmiotu odwołania wniesionego przez wykluczonego oferenta oraz powodów, dla których postępowanie o udzielenie zamówienia toczyło się dalej, mimo że odwołanie od decyzji instytucji zamawiającej było w toku.
- 54 W braku tych informacji Trybunał nie jest w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi na pytanie z przedstawionych pytań, które jest w związku z tym niedopuszczalne.

2.43. orzeczenie z dnia 5 października 2017 r. w sprawie C-567/15 „LitSpecMet” UAB przeciwko „Vilniaus lokomotyvų remonto depas” UAB, ECLI:EU:C:2017:736

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 23 Poprzez swoje pytania, które należy zbadać łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że spółka, która, po pierwsze, w całości należy do instytucji zamawiającej prowadzącej działalność zaspokajającą potrzeby w interesie ogólnym, i która, po drugie, realizuje zarówno transakcje dla tej instytucji zamawiającej, jak i transakcje na rynku konkurencyjnym, może zostać uznana za „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu tego przepisu oraz jakie znaczenie w tym względzie ma w stosownym przypadku fakt, że wartość transakcji wewnętrznych może w przyszłości stanowić mniej niż 90% lub nieistotną część całkowitego obrotu spółki.
- 24 Tytułem wstępu należy zauważyć, że sąd odsyłający nie dostarczył w niniejszej sprawie żadnych wyjaśnień co do wartości rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia, co w konsekwencji uniemożliwia ustalenie z całą pewnością, czy wartość tego zamówienia przekracza, czy też nie, próg określony w art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18, a zatem czy w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym spełniona jest jedna z istotnych przesłanek zastosowania owej dyrektywy.
- 25 Ze względu na ducha współpracy charakteryzującego stosunki pomiędzy sądami krajowymi i Trybunałem w ramach postępowania prejudycjalnego brak takiego uprzedniego ustalenia sądu odsyłającego nie prowadzi do niedopuszczalności wniosku, jeśli pomimo tego braku Trybunał uzna, że jest w stanie udzielić sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi w świetle okoliczności wynikających z akt sprawy. Jest tak zwłaszcza w wypadku, gdy postanowienie odsyłające zawiera wystarczająco wiele informacji istotnych dla dokonania oceny, czy przesłanki stosowania danego aktu prawa wtórnego mogą zostać spełnione. Niemniej jednak Trybunał udziela odpowiedzi jedynie z zastrzeżeniem, iż sąd odsyłający stwierdzi, że przesłanki te są spełnione (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 Do sądu odsyłającego należy więc zbadanie, czy w niniejszej sprawie przewidziana w art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18 przesłanka dotycząca progu w wysokości 200 000 EUR jest spełniona.
- 27 Bezsporne jest, że działalność litewskiej spółki kolejowej, która obejmuje świadczenie publicznych usług transportu osób, uznaje się za prowadzoną w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz że spółkę tę należy kwalifikować jako „podmiot prawa publicznego” i w związku z tym jako „instytucję zamawiającą”.
- 28 Pierwsze pytanie zmierza zatem do wyjaśnienia kwestii, czy spółkę VLRD również należy kwalifikować jako „podmiot prawa publicznego”.
- 29 Zgodnie z art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a)–c) dyrektywy 2004/18 „podmiotem prawa publicznego” jest każdy podmiot, który, po pierwsze, został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, po drugie, posiada osobowość prawną, i po trzecie, jest finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego,

zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

- 30 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału wymienione w tym przepisie przesłanki mają charakter kumulatywny i dlatego też w braku spełnienia choćby jednej z nich dany podmiot nie może zostać uznany za „podmiot prawa publicznego”, a tym samym za instytucję zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyroki: z dnia 22 maja 2003 r., *Korhonen i in.*, C-18/01, EU:C:2003:300, pkt 32; a także z dnia 10 kwietnia 2008 r., *Ing. Aigner*, C-393/06, EU:C:2008:213, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 31 W świetle celów dyrektyw w sprawie udzielania zamówień publicznych, które to cele polegają na wykluczeniu równocześnie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych oferentów lub kandydatów przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające, jak też sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować względami pozagospodarczymi, pojęcie „instytucji zamawiającej”, w tym pojęcie „podmiotu prawa publicznego”, powinno być interpretowane szeroko i w sposób funkcjonalny (zob. podobnie wyrok z dnia 15 maja 2003 r., *Komisia/Hiszpania*, C-214/00, EU:C:2003:276, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 32 Należy zauważyć, że wydaje się, iż spółka VLRD spełnia przesłanki przewidziane w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. b) i c) dyrektywy 2004/18. Bezsporne jest bowiem, że posiada ona osobowość prawną. Ponadto sąd odsyłający ustalił, że spółka VLRD jest spółką zależną, należącą w całości do litewskiej spółki kolejowej i przez nią „kontrolowaną”.
- 33 Jedyna kwestia, którą należy przeanalizować, dotyczy zatem tego, czy spółka VLRD stanowi „podmiot ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego” w rozumieniu art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a) dyrektywy 2004/18, czy też nie.
- 34 Z brzmienia art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a) dyrektywy 2004/18 wynika, że przewidziany tam wymóg powinien być spełniony przez podmiot, którego kwalifikacja jest badana, a nie przez inny podmiot, nawet jeśli ten ostatni jest spółką dominującą pierwszego podmiotu, który dostarcza jej towary lub świadczy na jej rzecz usługi. Dla uznania samego przedsiębiorstwa za instytucję zamawiającą nie wystarczy zatem, żeby przedsiębiorstwo to było utworzone przez instytucję zamawiającą lub żeby jego działalność była finansowana ze środków finansowych zasilanych z działalności prowadzonej przez instytucję zamawiającą (wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r., *Mannesmann Anlagenbau Austria i in.*, C-44/96, EU:C:1998:4, pkt 39).
- 35 Ponadto należy wziąć pod uwagę, że zastosowanie wyrażenia „w szczególnym” świadczy o woli prawodawcy Unii, aby objąć przepisami wiążącymi dla zamówień publicznych jedynie podmioty utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, i prowadzące działalność spełniającą takie potrzeby.
- 36 Należy zatem najpierw ustalić, czy spółka VLRD została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz czy prowadzona przez nią działalność rzeczywiście zaspokaja owe potrzeby, a następnie ustalić, czy potrzeby te mają charakter przemysłowy lub handlowy, czy też nie (zob. podobnie wyrok z dnia 22 maja 2003 r., *Korhonen i in.*, C-18/01, EU:C:2003:300, pkt 40).

- 37 W niniejszej sprawie z brzmienia pierwszego pytania wynika, że spółka VLRD dostarcza towary i świadczy usługi w celu „umożliwienia [jej spółce dominującej] prowadzenia działalności w zakresie transportu pasażerskiego i towarowego”.
- 38 Z postanowienia odsyłającego wynika bowiem, że spółka VLRD została utworzona po dokonaniu restrukturyzacji litewskiej spółki kolejowej oraz że „zarówno utworzenie spółki [VLRD], jak i jej działalność zawsze mają na celu zaspokojenie potrzeb założyciela tej spółki, czyli potrzeb w interesie ogólnym”. W tym względzie należy zauważyć, że w sprawie w postępowaniu głównym działalność spółki VLRD, w szczególności produkcja i konserwacja lokomotyw i wagonów, a także dostawy tych produktów i świadczenie tych usług na rzecz litewskiej spółki kolejowej, wydaje się niezbędna, aby litewska spółka kolejowa mogła prowadzić swoją działalność mającą na celu zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym.
- 39 Wydaje się zatem, że spółka VLRD została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb jej spółki dominującej, ponieważ potrzeby, które spółka VLRD została zobowiązana zaspokoić, stanowią niezbędny warunek do prowadzenia działalności w interesie ogólnym przez tę spółkę dominującą, czego zbadanie należy jednak do sądu odsyłającego.
- 40 Warto zauważyć, iż nieistotne jest, że poza działalnością mającą na celu zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym rozpatrywany podmiot prowadzi także inną działalność w celu wypracowania zysku na rynku konkurencyjnym (zob. podobnie wyroki: z dnia 15 stycznia 1998 r., Mannesmann Anlagenbau Austria i in., C-44/96, EU:C:1998:4, pkt 25; a także z dnia 10 kwietnia 2008 r., Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 W konsekwencji fakt, że spółka VLRD prowadzi nie tylko działalność, której celem jest zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym za pomocą transakcji wewnętrznych zawieranych z litewską spółką kolejową w celu umożliwienia tej ostatniej prowadzenia swojej działalności w zakresie transportu, lecz również inną działalność w celu wypracowania zysku, nie ma w tym kontekście znaczenia.
- 42 W celu dokonania oceny, czy dany podmiot jest objęty zakresem pojęcia „podmiotu prawa publicznego” w rozumieniu art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a) dyrektywy 2004/18, konieczne jest także, aby podmiot ów zaspokajał potrzeby w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego.
- 43 W tym względzie należy zauważyć, że oceny tego charakteru należy dokonać z uwzględnieniem wszystkich istotnych elementów prawnych i faktycznych, takich jak okoliczności towarzyszące powstaniu danego podmiotu i warunki, w jakich prowadzi on działalność mającą na celu zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym, w tym w szczególności brak konkurencji na rynku, brak celu wypracowania zysku, nieponoszenie ryzyka związanego z tą działalnością, a także ewentualne finansowanie danej działalności ze środków publicznych.
- 44 Jak orzekł Trybunał, jeżeli w odniesieniu do działalności mającej na celu zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym rozpatrywany podmiot działa w normalnych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi na własny koszt straty wynikające z prowadzenia wskazanej działalności, jest mało prawdopodobne, by potrzeby, które ma zaspokoić, nie miały charakteru przemysłowego lub handlowego (wyrok z dnia 16 października 2003 r., Komisja/Hiszpania, C-283/00, EU:C:2003:544, pkt 81, 82 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 45 Tym niemniej samo istnienie rozwiniętej konkurencji nie wystarcza do stwierdzenia braku potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego.

- 46 W tej sytuacji do sądu odsyłającego należy zbadanie na podstawie wszystkich elementów prawnych i faktycznych niniejszej sprawy, czy w chwili udzielania rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia prowadzona przez spółkę VLRD działalność mająca na celu zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym była wykonywana w warunkach konkurencji, a w szczególności czy w świetle okoliczności rozpatrywanej sprawy spółka VLRD mogła kierować się względami innymi niż gospodarcze.
- 47 W tym względzie nieistotna jest jednak podniesiona przez sąd odsyłający w postanowieniu odsyłającym okoliczność, zgodnie z którą znaczenie transakcji wewnętrznych realizowanych z litewską spółką kolejową w stosunku do całkowitego obrotu spółki VLRD może zmniejszyć się w przyszłości, jako że do tego sądu należy zbadanie sytuacji owej spółki w chwili udzielania rozpatrywanego zamówienia.
- 48 W konsekwencji na zadane pytania należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że spółkę, która, po pierwsze, w całości należy do instytucji zamawiającej prowadzącej działalność zaspokajającą potrzeby w interesie ogólnym, i która, po drugie, realizuje zarówno transakcje dla tej instytucji zamawiającej, jak i transakcje na rynku konkurencyjnym, należy uznać za „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu tego przepisu, pod warunkiem że działalność tej spółki jest niezbędna do tego, aby rzeczona instytucja zamawiająca mogła prowadzić swoją działalność, oraz że wskazana spółka w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym kieruje się względami innymi niż gospodarcze, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że wartość transakcji wewnętrznych może w przyszłości stanowić mniej niż 90% lub nieistotną część całkowitego obrotu spółki.

2.44. orzeczenie z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 *Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise i Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo* – A.R.CA.DI.S., ECLI:EU:C:2017:685

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 19 Przez swoje pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w świetle art. 63 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu wykluczającemu możliwość zastąpienia przez podmiot gospodarczy uczestniczący w przetargu przedsiębiorstwa pomocniczego, które utraciło wymagane kwalifikacje po złożeniu jego oferty, czego konsekwencją jest automatyczne wykluczenie tego podmiotu gospodarczego.

W przedmiocie zastosowania art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24

- 20 Sąd odsyłający zastanawia się nad tym, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować z uwzględnieniem art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24.
- 21 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy na wstępie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy w celu udzielenia zamówienia publicznego istnieje obowiązek wcześniejszego ogłoszenia przetargu. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyroki: z dnia 10 lipca

2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83).

- 22 W sprawie głównej ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane w dniu 7 czerwca 2013 r. do publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* i opublikowane w dniu 10 czerwca 2013 r. w *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (dzienniku urzędowym Republiki Włoskiej), podczas gdy dyrektywa 2014/24 została przyjęta w dniu 26 lutego 2014 r., a w każdym razie termin na jej transpozycję upłynął zgodnie z jej art. 90 w dniu 18 kwietnia 2016 r.
- 23 W tych okolicznościach, w czasie opublikowania spornego w postępowaniu głównym ogłoszenia o przetargu w czerwcu 2013 r., dyrektywa 2014/24 nie miała zastosowania *ratione temporis*.
- 24 Jeżeli chodzi o to, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować z uwzględnieniem treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, który stanowi przepis odpowiadający w szczególności wspomnianemu art. 48 ust. 3, należy zauważyć, że przepis ten został sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie, w jaki sposób podmiot gospodarczy może powoływać się na zdolności innych podmiotów w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 87, 88).
- 25 Z kolei art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że podmioty gospodarcze mogą powoływać się na środki i możliwości innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne” (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 89), oraz że „[i]nstytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”.
- 26 Tymczasem, o ile prawdą jest, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi w szczególności jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów utrwalonego orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie, o tyle jednak art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na środkach i zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 90).
- 27 W rzeczywistości bowiem art. 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 (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 91).
- 28 W tych okolicznościach 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 (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 92).

W przedmiocie art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18

- 29 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do powoływania się, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru

łączących go z nimi powiązań, o ile instytucji zamawiającej zostanie wykazane, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował środkami koniecznymi dla wykonania zamówienia (wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29).

- 30 Przepisy te nie ustanawiają co do zasady żadnego zakazu powoływania się przez oferenta nie tylko na własne zdolności, lecz również na zdolności jednego lub kilku podmiotów trzecich w celu spełnienia kryteriów określonych przez instytucję zamawiającą. Ponadto Trybunał wyraźnie stwierdził istnienie możliwości wykorzystania przez podmiot gospodarczy w celu realizacji zamówienia środków należących do jednego lub kilku innych podmiotów, ewentualnie wraz ze swoimi własnymi środkami (wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 30, 32).
- 31 Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego dążą dyrektywy z tej dziedziny z korzyścią nie tylko dla wykonawców, lecz również dla instytucji zamawiających. Ponadto wykładnia ta sprzyja także ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co również jest zamierzeniem dyrektywy 2004/18, jak wskazuje na to jej motyw 32 (wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34).
- 32 W niniejszej sprawie Casertana kwestionuje ocenę tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionalnego sądu administracyjnego dla Kampanii), zgodnie z którą spółka ta została automatycznie wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym ze względu na to, że Consorzio Stabile GAP utraciło kwalifikację służącą klasyfikacji do danej kategorii usług.
- 33 W tym zakresie 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 (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 60; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 35).
- 34 Tym samym 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 (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 36).
- 35 Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom 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 z inicjatywy oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 37).

- 36 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 (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 38).
- 37 Odnośnie do zmian dotyczących wyłonionych podmiotów Trybunał orzekł już, że decyzja dotycząca zezwolenia na zmianę składu wyłonionej grupy oznacza zmianę w stosunku do decyzji o udzieleniu zamówienia, która może być uznana za istotną, o ile w świetle szczególnych okoliczności odnośnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia dotyczy ona jednego z istotnych elementów wpływających na przyjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia. W tej sytuacji należy zastosować wszelkie niezbędne środki przewidziane w prawie krajowym w celu usunięcia takiej nieprawidłowości, włączając w to również zorganizowanie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia (wyrok z dnia 8 maja 2014 r., Idrodinamica Spurgo Velox i in., C-161/13, EU:C:2014:307, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Ponadto w dziedzinie umów koncesyjnych Trybunał orzekł, że zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może w wyjątkowych wypadkach stanowić zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy, nie zaś innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy (wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 39).
- 39 W postępowaniu głównym, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 47 opinii, nieprzewidziane przyznanie wyłącznie jednemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw możliwości zastąpienia należącego do tego stowarzyszenia przedsiębiorstwa trzeciego, które utraciło klasyfikację wymaganą pod sankcją wykluczenia, stanowiłoby istotną zmianę oferty i tożsamości samego stowarzyszenia. W rzeczywistości bowiem taka zmiana oferty zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do przystąpienia do nowych kontroli przy jednoczesnym przyznaniu korzyści konkurencyjnej temu stowarzyszeniu, które mogłoby usiłować zoptymalizować swoją ofertę w celu skuteczniejszego stawienia czoła ofertom konkurencyjnym w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- 40 Taka sytuacja byłaby sprzeczna z zasadą równego traktowania, która nakazuje, aby oferenci mieli jednakowe szanse przy formułowaniu swych ofert, i wymaga, by oferty te podlegały tym samym warunkom dla wszystkich oferentów, oraz stanowiłaby zakłócenie zdrowej i skutecznej konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami uczestniczącymi w przetargu.
- 41 Wreszcie, jeżeli chodzi o argument siły wyższej podniesiony przez Casertanę, należy stwierdzić, że o ile dyrektywa 2004/18, o czym była mowa w pkt 30 i 31 niniejszego wyroku, pozwala oferentowi na poleganie – oprócz swoich własnych zdolności – na zdolnościach jednego lub kilku podmiotów trzecich w celu spełnienia kryteriów ustalonych przez instytucję zamawiającą, o tyle jednak ów oferent pozostaje odpowiedzialny jako lider

stowarzyszenia przedsiębiorstw za przestrzeganie przez te przedsiębiorstwa obowiązków i warunków uczestnictwa w przetargu ustanowionych przez instytucję zamawiającą w dokumentacji danego postępowania o udzielenie zamówienia.

- 42 Z uwagi na powyższe na przedstawione pytanie trzeba odpowiedzieć, iż art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu wykluczającemu możliwość zastąpienia przez podmiot gospodarczy uczestniczący w przetargu przedsiębiorstwa pomocniczego, które utraciło wymagane kwalifikacje po złożeniu jego oferty, czego konsekwencją jest automatyczne wykluczenie tego podmiotu.

2.45. orzeczenie z dnia 20 grudnia 2017 r. w sprawie C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA i Guerrato SpA przeciwko Provincia autonoma di Bolzano i in.*, ECLI:EU:C:2017:1000

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

W przedmiocie dopuszczalności

- 17 Prowincja Bolzano uważa, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny. Jej zdaniem Trybunał w wyroku z dnia 10 lipca 2014 r., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063) orzekł już w kwestii wykładni art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, analogicznej do kwestii podniesionej w niniejszej sprawie.
- 18 W tym względzie należy zauważyć, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczący wykładni nie jest niedopuszczalny wyłącznie z tego względu, że jest analogiczny do kwestii prejudycjalnej, w której Trybunał już orzekał. W każdym wypadku sprawa zakończona cytowanym w poprzednim punkcie wyrokiem dotyczyła odmiennej sytuacji prawnej, w której chodziło o wykluczenie oferenta z uwagi na nieuiszczenie składek na zabezpieczenie społeczne w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, do którego znajdowały wyłącznie zastosowanie podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, gdyż próg przewidziany w art. 7 lit. c) dyrektywy 2004/18 nie został osiągnięty.
- 19 Prowincja Bolzano twierdzi ponadto, że pytanie prejudycjalne nie ma związku ze sporem rozstrzyganym w postępowaniu głównym, gdyż wykluczenie nie było sankcją za naruszenie obowiązków deklaracyjnych i informacyjnych, lecz za brak całkowitego i faktycznego odcięcia się Mantovani od działań jej byłego członka zarządu – B. Ponadto odwołanie się do podstawy wykluczenia dotyczącej poważnego wprowadzenia w błąd, zawartej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. g) i ust. 3 dyrektywy 2004/18, nie jest ani istotne, ani rozstrzygające.
- 20 W tym zakresie należy przypomnieć, że pytania dotyczące prawa Unii korzystają z domniemania, iż posiadają znaczenia dla sprawy. Odmowa wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o które wnioskował sąd krajowy, jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej lub gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu przedstawione (wyrok z dnia 8 września 2015 r., *Taricco i in.*, C-105/14, EU:C:2015:555, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 21 W niniejszej sprawie sąd odsyłający podniósł, że wprowadzie złożone przez Mantovani w dniach 4 i 16 grudnia 2013 r. oświadczenia o braku prawomocnego wyroku sądowego nie mogą być uznane za „poważne wprowadzenie w błąd” w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. g) dyrektywy 2004/18, jednak sąd ten stwierdził, że musi rozstrzygnąć kwestię, czy prawo Unii umożliwia uwzględnienie braku oświadczenia dotyczącego postępowań karnych przeciwko byłym członkom zarządu uczestniczącego w przetargu przedsiębiorstwa, co do których nie zapadł jeszcze prawomocny wyrok.
- 22 W tej sytuacji nie wydaje się oczywiste, aby pytanie prejudycjalne nie miało związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem postępowania głównego.
- 23 Z powyższego wynika, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

Co do istoty sprawy

- 24 Poprzez swe pytania sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/18, a w szczególności art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) i g) oraz art. 45 ust. 3 lit. a) tej dyrektywy, a także zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań, pewności prawa, równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych umożliwiających instytucji zamawiającej uwzględnienie, na warunkach przez nią przewidzianych, skazującego wyroku karnego wydanego wobec członka zarządu przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu za przestępstwo związane z działalnością gospodarczą tego przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy zaprzestał on pełnienia funkcji w roku poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu, oraz wykluczenie tegoż przedsiębiorstwa z udziału w odnośnym przetargu z uwagi na to, że poprzez brak poinformowania o tym – nieprawomocnym jeszcze – wyroku skazującym nie odcięło się ono całkowicie i faktycznie od działań tegoż członka zarządu.
- 25 Na wstępie należy zauważyć, że sąd odsyłający odwołuje się w treści pytania prejudycjalnego do podstaw wykluczenia zawartych w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) i g) dyrektywy 2004/18, dotyczących wykluczenia, odpowiednio, oferenta, który został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową, oraz oferenta, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy sekcji 2 rozdziału VII tej dyrektywy.
- 26 Jak wynika ze wskazówek zawartych w postanowieniu odsyłającym, Mantovani została wykluczona z postępowania przetargowego z uwagi na spóźnione i niepełne przekazanie informacji świadczących o tym, że odcięła się od działań członka swego zarządu. Zarzucano jej w szczególności, że nie poinformowała w oświadczeniach z dnia 4 i 16 grudnia 2013 r., iż względem jej byłego członka zarządu toczyło się postępowanie karne, zakończone dobrowolnym podaniem się karze ustalonym na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 grudnia 2013 r.
- 27 W rezultacie, jak twierdzi Komisja Europejska, można by uznać, że okoliczności faktyczne postępowania głównego mogą być objęte zakresem podstawy wykluczenia wymienionej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18, umożliwiającej wykluczenie oferenta, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.
- 28 Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że okoliczność, iż zadając pytanie prejudycjalne, sąd odsyłający powołał 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 względzie do Trybunału należy wskazanie na podstawie całości informacji przedstawionych przez sąd krajowy, a w szczególności na podstawie uzasadnienia postanowienia odsyłającego, elementów prawa Unii, które wymagają wykładni w świetle przedmiotu sporu (zob. w szczególności wyrok z dnia 22 października 2015 r., *Impresa Edilux i SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 29 W tej sytuacji należy uznać, że pytanie prejudycjalne dotyczy również wykładni fakultatywnej podstawy wykluczenia zawartej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18.
- 30 Co się tyczy fakultatywnych podstaw wykluczenia należy stwierdzić na wstępie, że zgodnie z art. 45 ust. 2 ostatni akapit dyrektywy 2004/18 państwa członkowskie, uwzględniając przepisy prawa Unii, określają ich „warunki wykonania”.
- 31 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie ma na celu jednolitego stosowania na poziomie Unii wymienionych w nim podstaw wykluczenia, ponieważ państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też do włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od przypadku, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego. W ramach tego państwa członkowskie mają prawo do złagodzenia lub do uelastycznienia kryteriów ustanowionych w tym przepisie (wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., *Connexxion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 32 Państwom członkowskim przysługuje zatem pewien margines uznania przy określaniu warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18.
- 33 Co się tyczy fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) wskazanej dyrektywy, która umożliwia instytucjom zamawiającym wykluczenie z udziału w postępowaniu przetargowym oferenta, który został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową, należy przede wszystkim zauważyć, że nie stanowi ona, w jakim zakresie przestępstwo popełnione przez dyrektorów lub członków zarządu osoby prawnej może prowadzić do wykluczenia jej na mocy tego przepisu.
- 34 Niemniej jednak jak zauważył rzecznik generalny w pkt 54 i 58 opinii, prawo Unii oparte jest na założeniu, że osoby prawne działają poprzez osoby nimi zarządzające. Zachowanie tych ostatnich osób sprzeczne z etyką zawodową może zatem stanowić istotny czynnik w ocenie rzetelności przedsiębiorstwa. Jest zatem w pełni dopuszczalne, aby państwa członkowskie w wykonaniu przysługujących im kompetencji obejmujących określenie warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia uznały za jeden z istotnych czynników do celów oceny rzetelności przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu występowanie ewentualnych działań ze strony członków jego zarządu sprzecznych z etyką zawodową.
- 35 W tym względzie art. 45 ust. 1 in fine dyrektywy 2004/18 dopuszcza w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, aby prawo krajowe uwzględniało naganne działania członków zarządu osoby prawnej. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie temu, aby państwa członkowskie w ramach wprowadzania w życie podstawy wykluczenia przewidzianej

w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) dyrektywy 2004/18 uznały, że działania członka zarządu reprezentującego przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu stanowią działania tego przedsiębiorstwa.

- 36 Uwzględnienie w ramach podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) dyrektywy 2004/18 działań członka zarządu oferenta będącego osobą prawną nie może być zatem uznane za „rozszerzenie” zakresu stosowania tej podstawy wykluczenia, ale stanowi wprowadzenie w życie tego przepisu, przy jednoczesnym zachowaniu skuteczności tejże podstawy wykluczenia.
- 37 Co więcej, fakt, że niektóre okoliczności faktyczne mogące doprowadzić do wykluczenia oferenta są wynikiem zachowania członka zarządu, który zaprzestał pełnienia funkcji w dniu zgłoszenia udziału w postępowaniu przetargowym, również nie stoi na przeszkodzie stosowaniu tej podstawy wykluczenia.
- 38 Rzeczona podstawa wykluczenia dotyczy bowiem w sposób oczywisty bezprawnego działania podmiotu gospodarczego poprzedzającego postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. To państwo członkowskie ma określić, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, datę, od której takie zachowanie może uzasadnić wykluczenie oferenta.
- 39 Co się tyczy ponadto kwestii, czy przestępstwo było związane z działalnością zawodową przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu, należy stwierdzić, że uczestniczenie przez członka zarządu spółki w wystawianiu fałszywych faktur może zostać uznane za przestępstwo związane z działalnością zawodową.
- 40 Jeśli chodzi wreszcie o wymóg, zgodnie z którym wyrok ma być prawomocny, należy zauważyć, że wymóg ten był spełniony w sprawie rozstrzyganej w postępowaniu głównym, zważywszy, że decyzja o wykluczeniu została podjęta po uprawomocnieniu się wyroku dotyczącego B.
- 41 Zgodnie z orzecznictwem cytowanym w pkt 31 niniejszego wyroku państwo członkowskie może złagodzić warunki stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia i w związku z tym odstąpić od stosowania podstawy wykluczenia w przypadku odcięcia się przez przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu od zachowania stanowiącego przestępstwo. W takim przypadku może ono również określić warunki tego odcięcia się i ustanowić wymóg, tak jak ma to miejsce w prawie włoskim, zgodnie z którym przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu informuje instytucje zamawiającą o wyroku skazującym wobec członka jego zarządu, nawet jeśli wyrok ten nie jest jeszcze prawomocny.
- 42 Przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu, które musi spełnić te wymogi, może przedstawić wszelkie dowody, które jego zdaniem świadczą o takim odcięciu się.
- 43 Jeżeli nie jest możliwe wykazanie względem instytucji zamawiającej, że doszło do takiego odcięcia się, automatycznie prowadzi to do zastosowania podstawy wykluczenia.
- 44 W świetle tego, co zauważono w pkt 27 niniejszego wyroku, w sytuacji gdy wyrok sądowy skazujący za przestępstwo związane z działalnością zawodową popełnione przez członka zarządu przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu nie jest prawomocny, zastosowanie może znaleźć art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Przepis ten pozwala na wykluczenie przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu, które jest winne poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

- 45 W tym względzie należy stwierdzić, że uwagi zawarte w pkt 34–43 niniejszego wyroku zachowują ważność i odnoszą się *mutatis mutandis* do poważnego wykroczenia zawodowego.
- 46 W stosunku do przypadku stosowania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) dyrektywy 2004/18 różnica polega na tym, że instytucja zamawiająca może udowodnić „dowolnymi środkami” zaistnienie takiego poważnego wykroczenia.
- 47 W tym zakresie orzeczenie sądowe, nawet jeśli nie jest prawomocne, może, w zależności od jego przedmiotu, stanowić dla instytucji zamawiającej odpowiedni dowód świadczący o wystąpieniu poważnego wykroczenia zawodowego, przy czym decyzja instytucji zamawiającej podlega w każdym wypadku kontroli sądowej.
- 48 Należy dodać, że zgodnie z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. g) dyrektywy 2004/18 można wykluczyć oferenta, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy sekcji 2 rozdziału VII tytułu II tej dyrektywy, to znaczy informacji dotyczących „kryteriów kwalifikacji podmiotowej”. W związku z tym fakt nieprzekazania instytucji zamawiającej informacji o karalnych działaniach byłego członka zarządu również może stanowić okoliczność umożliwiającą wykluczenie oferenta na mocy tego przepisu w postępowaniu przetargowego.
- 49 Co się tyczy art. 45 ust. 3 akapit pierwszy lit. a) wskazanej dyrektywy wystarczy zauważyć, że sąd odsyłający nie wyjaśnił, w jakim zakresie wykładnia tego przepisu jest konieczna w świetle okoliczności faktycznych postępowania głównego.
- 50 Sąd odsyłający w swym pytaniu prejudycjalnym odwołuje się do szeregu zasad, z których tylko niektóre stanowią zasady prawa Unii, nie wyjaśniając przy tym, dlaczego w świetle okoliczności faktycznych niniejszego przypadku mogłyby się one okazać istotne i stać w sprzeczności z przepisami krajowymi będącymi przedmiotem postępowania głównego.
- 51 Jeśli chodzi o zasadę równego traktowania wystarczy w tych okolicznościach zauważyć, że w świetle celu tych przepisów, dążących do ochrony rzetelności postępowania przetargowego, sytuacja uczestniczącego w przetargu przedsiębiorstwa, którego członek zarządu popełnił przestępstwo związane z działalnością zawodową tego przedsiębiorstwa lub poważne wykroczenie zawodowe, nie może być uznana za sytuację porównywalną z sytuacją przedsiębiorstwa, którego członek zarządu nie dopuścił się takich czynów.
- 52 W odniesieniu do zasady pewności prawa, ochrony uzasadnionych oczekiwań i zasady przejrzystości z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie wynika, w jakim zakresie konieczne może okazać się dokonanie ich wykładni w kontekście sprawy rozstrzyganej w postępowaniu głównym.
- 53 Co się tyczy zasady proporcjonalności należy zbadać jej zastosowanie z uwzględnieniem znaczenia daty, od której zawinione zachowanie członka zarządu może być uznane za powodujące wykluczenie przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu. W przypadku zbyt dużego oddalenia w czasie przepisy krajowe mogłyby prowadzić do zawężenia zakresu zastosowania dyrektyw Unii w dziedzinie zamówień publicznych.
- 54 W tym zakresie uwzględnienie zawinionego zachowania następującego w ciągu roku poprzedzającego opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu nie wydaje się nieproporcjonalne, tym bardziej że przepisy będące przedmiotem postępowania głównego przewidują, iż przedsiębiorstwo może wykazać, że faktycznie i całkowicie odcięło się od działań członka jego zarządu.

55 Z ogółu powyższych rozważań wynika, że na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że dyrektywa 2004/18, w szczególności art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), d) i g) tej dyrektywy, a także zasady równego traktowania i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych umożliwiających instytucji zamawiającej:

- uwzględnienie, na warunkach przez nią przewidzianych, skazującego, nawet jeszcze nieprawomocnego, wyroku karnego wydanego wobec członka zarządu przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu za przestępstwo związane z działalnością gospodarczą tego przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy zaprzestał on pełnienia funkcji w roku poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu publicznym; oraz
- wykluczenie przedsiębiorstwa z udziału w odnośnym przetargu z uwagi na to, że poprzez brak poinformowania o tym – nieprawomocnym jeszcze – wyroku skazującym nie odcięło się ono całkowicie i faktycznie od działań tegoż członka zarządu.

Bibliografia

Monografie

'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', Earls Gate Press, Winteringham 1992 r.

Bovis, Christopher 'EC Public Procurement: Case Law and Regulation', Oxford 2006 r.

Craig, Paul; de Búrca, Gráinne 'EU Law. Text, Cases, and Materials', Oxford 2011 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.

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.

Kowalski, Artur 'Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017', Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017 r.

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.

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.

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

'Selected judgments of the Court of Justice of the European Union on public procurement (2006–2014)', SIGMA, Paryż 2014 r.

'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.

Artykuły

Barroche, Céline; Henty, Paul 'Commission of the European Communities v Hellenic Republic (C-250/07)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA207

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

Braun, Peter 'Obligation to State Reasons for the Rejection of a Tender: *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v Commission* (T-465/04)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA1

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 – *Evropaiki Dynamiki v European Investment Bank* (T-461/08)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA23

Brown, Adrian 'A French Provision Breaches Remedies Directives 89/665 and 92/13 by Jeopardising the Effectiveness of the Standstill Period between Notification of the Award Decision and Conclusion of the Contract: *Commission v France* (C-327/08)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA222

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 Betfair 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., str. NA97

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., str. NA43

Brown, Adrian 'Greece Breaches Community Law by Excluding Tenders to Supply Medical Devices Bearing the CE Marking, without Applying the Safeguard Procedure Laid Down in Directive 93/42: *Commission v Greece* (Case C-489/06)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA123

Brown, Adrian 'How a National Court Should Handle a Claim and Counterclaim by Two Rival Tenderers in a Procurement Dispute, and Affirmation of the Supremacy of EU law: Case C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA v Airgest SpA*', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA101

Brown, Adrian 'If One Partner in a Two-Party Bidding Consortium Drops Out, May the Remaining Party Continue as a Tenderer in its Own Name? The EU Court of Justice ruling in Case C-396/14 *MT Højgaard and Zublin v Banedanmark*', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA191

Brown, Adrian 'Incorrect Categorisation of a Tramway Contract as a Works Concession by an Italian Municipality: *Commission v Italy* (C-437/07)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA55

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 Setúbal*', (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., str. NA45

Brown, Adrian 'Questions on the Use of Sub-contractors, Changes to a Tender Specification and Proof of Technical Capacity by a Consortium Bidder: Case C-298/15 *Borta UAB v Klaipeda State Seaport Authority, Lithuania*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA167

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 and *Hochtief Construction AG*', (2013) 22 P.P.L.R., str. NA27

Brown, Adrian 'The Direct Award of Ambulance Services to Voluntary Organisations in Italy, Revisited: Case C-50/14 *CASTA*', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA72

Brown, Adrian 'The ECJ Upholds an Italian Municipality's Reliance on the *Teckal* Exemption for In-House Contracts: A Note on *Commission v Italy (C-371/05)*', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA6

Brown, Adrian 'The EU Court of Justice Rules Against a Tender Specification Requiring Plasma-based Medicines to be Manufactured from Plasma Collected in the Member State of the Contracting Authority: Case C-296/15 *Medisanus d.o.o. v Splošna Bolnišnica Murska Sobota*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA153

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., str. NA49

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 'The Requirement for "Certain Cross-border Interest" before EU Treaty Obligations Apply to Below-threshold Contracts: The EU Court of Justice ruling in Case C-318/15 *Tecnoedi Costruzioni Srl v Comune di Fossano*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA14

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 a New Tendering Procedure is Required when a Public Contract is Amended under a Settlement Agreement: The EU Court of Justice ruling in Case C-549/14 *Finn Frogne A/S*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA5

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 a Contracting Authority must Disclose its Method of Evaluation to Tenderers in Advance: the EU Court of Justice Ruling in Case C-6/15 *TMS Dimarso NV v Vlaams Gewest*', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA185

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

Davey, Jonathan 'Case Note on *Commission v Germany* (C-536/07)', (2010) 19 P.P.L.R., str. NA54

Dunne, Mary 'Requirements to Give Reasons to Unsuccessful Tenderers before Conclusion of the Stanstill 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-Informations-System 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, Mihalīs; 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 C-324/14 *Partner Apelski Dariusz v Zarząd Oczyszczania Miasta*: The Circumstances in Which it is Permissible to Restrict the Ability of Bidders to Rely on Third Parties', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA18

Kotsonis, Totis 'Case Note: Case C-161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox and Others v Acquedotto PuglieseSpA*: 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 'Correction of Errors Following the Deadline for Submission of Tenders: Case C-131/16 *Archus sp. z o.o. and Gama Jacek Lipik v Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA159

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 Compatibility of the Groundhandling Services Directive with EU Procurement Legislation: Case C-701/15 *Malpensa Logistica Europa SpA v Società Esercizi Aeroportuali SpA (SEA)*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA198

Kotsonis, Totis 'The Legality of Imposing Special Conditions on Economic Operators that Rely on Third Parties for the Performance of the Contract: Case C-234/14 *Ostas celtnieks SIA v Talsu novada pašvaldība, Iepirkumu uzraudzības birojs*', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA77

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

McGowan, David 'Adjustment of time limits, incumbency advantages and alleged manifest error in the evaluation of tenders: *Evropaiki 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 'A Note on *Commission v Italy* (C-157/06): Helicopters (Part II)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA59

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 Enterpirise 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: *Evropaiki Dynamiki v EMSA* (C-252/10 P)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA11

McGowan, David 'Consortia Member Rights and Classification of Mised 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* (C-274/09)', (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 'Economic and Financial Standing Requirements outside the Directives – Proportionality Prevails: Case C-225/15 *Domenico Politanò*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA11

McGowan, David 'Exclusion of Bidders on Grounds of Holding Media Interests: *Michaniki AE v Ethiko Simvoulío Radiotileorasis and Ipourgos Epikratias* (C-213/07)', (2009) 18 P.P.L.R., str. 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., str. NA37

McGowan, David 'Italian Rules Regarding Participation of Consortia in Tenders: A Note on Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche (C-305/08) and Serrantoni Srl, Consorzio 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 Evidence to Demonstrate Economic Operators' Technical Ability: Case C-46/15 *Ambisig v AICP*', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA180

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 'Questions of Relevant Experience, Supplementing Tenders and Serious Misrepresentation: Case C-387/14 *Esaprojekt Sp.zoo v Województwo Łódzkie*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA174

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 'Review Rights of Excluded Tenderers under the Remedies Directive: Case C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH v Universität für Bodenkultur Wien*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA115

McGowan, David 'Subcontracting and Parallel Public Passenger Transport Procurement Rules: Case C-292/15 *Hörmann Reisen GmbH v Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA57

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., str. NA53

McGowan, David 'The Concept of a Public Contract: *Dr Falk Pharma GmbH v DAK-Gesundheit* (Case C-410/14)', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA156

McGovern, Patrick 'Two 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

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

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 'Inter-institutional Co-operation between Community Institutions: An Exception to the Public Procurement Rules: Centro Studi Antonio Manieri Srl v Council (T-125/06)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA226

Petersen, Zsófia 'Obligation to state reasons, exclusion due to serious breaches of contractual obligations and length of the validity period – Evropaiki Dynamiki v Commission (T-298/09)', (2012) 21 P.P.L.R., str. NA20

Petersen, Zsófia 'Principle of Equal Treatment in IT Procurement: Evropaiki Dynamiki v Commission (T-50/05)', (2011) 20 P.P.L.R., str. NA1

Petersen, Zsófia 'Quality of personnel as an award criterion – Evropaiki Dynamiki v Commission (T-39/08) and Evropaiki 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 – Evropaiki 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

Piselli, Elisabetta 'Minimum Selection Criteria and their Application during the Evaluation Process: Sogelma Srl v European Agency for Reconstruction (EAR) (T-411/06)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA83

Skovgaard Ølykke, Grith 'Reasons for decisions, quality thresholds in tenders, and the relevance of repeat complaints by a supplier: Evropaiki 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 'Case: C-203/14 *Consorti Sanitari del Maresme*: Definition of "Court or Tribunal" Under Art.267 TFEU and Exclusion of Public Authorities as Tenderers', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA1

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., str. NA91

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 *Evropaiki 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: Case C-171/15 *Connexion Taxi Services*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA86

Smith, Susie 'Permitted Form and Content of Proof of Economic and Financial Standing: Case C-76/16 *INGSTEEL and Metrostav*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA193

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 to 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 România*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA47

Smith, Susie 'Rights of Contracting Authorities under the Remedies Directive: A Note on Symvulio 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., str. NA40

Smith, Susie 'The Legality of Restricting Subcontracting by Reference to a Fixed Percentage of Work under a Contract, the Definition of Financial "Irregularity" and Calculation of Financial Corrections in the Context of EU Funded Projects: Case C-406/14 *Wroclaw*', (2016) 25 P.P.L.R., str. NA175

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

Smith, Susie 'When can a Challenge be Made to a Decision Allowing a Tenderer to Participate in a Procurement Process? Case C-391/15 *Marina del Mediterráneo SL and Others v Agencia Pública de Puertos de Andalucía*', (2017) 26 P.P.L.R., str. NA163

Varga, Zsófia 'Notes on *Evropaïki Dynamiki v Commission* (T-406/06), *Evropaïki Dynamiki v Commission* (T-59/05) and *Evropaïki Dynamiki v Court of Justice* (T-272/06)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA62

Varga, Zsófia 'Burden of Proof in Interim Proceedings: *Unity OSG FZE v Council* (T-511/08 R)', (2009) 18 P.P.L.R., str. NA126

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: 978-83-88686-61-0

Warszawa 2018