



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILA JÄÄSKINENA
przedstawiona w dniu 28 lutego 2013 r.¹

Sprawa C-94/12

Swm Costruzioni 2 SpA
Mannocchi Luigino DI
przeciwko
Provincia di Fermo

(wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche)

Dyrektywa 2004/18/WE — Udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane —
Sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy — Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe
wykonawcy — Powołanie się na kwalifikacje więcej niż jednego przedsiębiorstwa pomocniczego

I – Wprowadzenie

1. Przedsiębiorstwa zamierzające wziąć udział w przetargu na udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane mogą być zobowiązane do spełnienia minimalnych standardów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej lub kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych zgodnie z art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18”)². Wykonawca może sam posiadać takie zdolności lub też może spełnić te wymogi poprzez powołanie się na zdolności „innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań”³.

2. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy pytania, czy ustawodawstwo krajowe ograniczające do jednego liczbę podmiotów, do których może odwołać się wykonawca zamierzający wziąć udział w przetargu na roboty budowlane, jest zgodne z dyrektywą 2004/18, a w szczególności z art. 47 ust. 2 i z art. 48 ust. 3 przywołanej dyrektywy. Udzielenie odpowiedzi na powyższe pytanie wymaga od Trybunału zdefiniowania zakresu swobody uznania przysługującej państwom członkowskim przy dokonywaniu transpozycji przepisów kodyfikujących orzecznictwo Trybunału poprzedzające dyrektywę 2004/18.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Dz.U. L 134, s. 114.

3 — Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18.

II – Ramy prawne

A – Przepisy Unii Europejskiej

3. Artykuł 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa”, stanowi:

„Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”.

4. Artykuł 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe”, stanowi, że:

„Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów”.

5. Artykuł 52 ust. 1 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców oraz certyfikacja przez instytucje publiczne lub prywatne”, stanowi, że:

„Państwa członkowskie mogą wprowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców albo ich certyfikację przez publiczne lub prywatne instytucje certyfikacyjne.

Państwa członkowskie dostosowują warunki dokonywania wpisów w takich wykazach oraz wydawania certyfikatów przez instytucje certyfikacyjne do przepisów art. 45 ust. 1, art. 45 ust. 2 lit. a)–d) i g), art. 46, art. 47 ust. 1, 4 i 5, art. 48 ust. 1, 2, 5 i 6, art. 49 oraz, w stosownych przypadkach, art. 50.

Państwa członkowskie dostosowują je także do przepisów art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 w odniesieniu do wniosków o dokonanie wpisu w wykazie, składanych przez wykonawców należących do grupy i powołujących się na udostępnione im zasoby przez inne podmioty należące do tej grupy. W takim przypadku wykonawcy ci muszą udowodnić organowi sporządzającemu urzędowy wykaz, iż zasoby te zostaną oddane do ich dyspozycji na cały okres ważności zaświadczenia potwierdzającego ich wpis w urzędowym wykazie i że przez ten sam okres podmioty te nadal będą spełniały kryteria kwalifikacji określone w artykułach, o których mowa w drugim akapicie, na które wykonawcy powołują się we wnioskach”.

B – Przepisy krajowe

6. Artykuł 49 ust. 6 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 w odniesieniu do udziału w przetargach na zamówienia publiczne stanowi, że „w zakresie robót budowlanych oferent może odwołać się wyłącznie do jednego podmiotu pomocniczego w odniesieniu do każdej kategorii kwalifikacji. Ogłoszenie o zamówieniu może dopuścić powołanie się na kwalifikacje wielu przedsiębiorstw pomocniczych z uwagi na wartość zamówienia lub szczególny charakter świadczeń, przy czym ważność zachowuje zakaz powoływania się przez oferenta w sposób wybiórczy na poszczególne wymogi ekonomiczno-finansowe i techniczno-organizacyjne, zgodnie z art. 40 ust. 3 lit. b), które były podstawą wydania świadectwa w danej kategorii”.

III – Spór w postępowaniu głównym oraz pytanie prejudycjalne

7. Skarżąca w postępowaniu głównym, konsorcjum Raggruppamento Temporaneo Imprese (zwane dalej „RTI”), w skład którego wchodziły Swm Costruzioni 2 SpA (lider konsorcjum) oraz Mannocchi Luigino DI, które są również skarżącymi w postępowaniu głównym, uczestniczyła w przetargu na udzielenie zamówienia na roboty budowlane w zakresie modernizacji i rozbudowy drogi prowincjonalnej nr 238 Valdaso.

8. W celu spełnienia wymogów w zakresie certyfikacji nałożonych przez Società Organismi di Attestazione, instytucję certyfikacyjną uprawnioną do sprawdzenia, czy przedsiębiorstwa posiadają konieczne kwalifikacje i spełniają wymogi uczestniczenia w przetargach publicznych, główna skarżąca, Swm Costruzioni 2 SpA, powołała się na kwalifikacje dwóch przedsiębiorstw w odniesieniu do tej samej kategorii kwalifikacji w zakresie robót budowlanych obejmujących modernizację i rozbudowę.

9. W dniu 2 sierpnia 2011 r. instytucja zamawiająca, Provincia di Fermo, przekazała RTI swoją decyzję z tego samego dnia o wykluczeniu konsorcjum z przetargu. Uzasadnieniem tej decyzji było naruszenie zakazu powołania się na kwalifikacje więcej niż jednego przedsiębiorstwa w obrębie tej samej kategorii, ustanowionego art. 49 ust. 6 dekretu ustawodawczego nr 163/2006.

10. RTI zakwestionowało rzeczoną decyzję w skardze wniesionej w dniu 5 sierpnia 2011 r. do sądu odsyłającego Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche. Podstawą skargi RTI był argument, że art. 49 ust. 6 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 nie jest zgodny z odpowiednimi przepisami dyrektywy 2004/18. Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche postanowił zawiesić postępowanie i przedłożyć następujące pytanie prejudycjalne:

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

11. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez Swm Costruzioni 2 SpA i Mannocchi Luigino DI, rząd włoski oraz Komisję.

IV – Zakres pytania prejudycjalnego

12. Rząd włoski podnosi, że postępowanie główne dotyczy kwalifikacji technicznych i zawodowych przedsiębiorstwa, a nie jego sytuacji ekonomicznej i finansowej, a zatem właściwym przepisem jest art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18. Jednakże sąd odsyłający odniósł się wyłącznie do art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18, który dotyczy sytuacji ekonomicznej i finansowej przedsiębiorstw.

13. Sądzę, że w tym miejscu wystarczy odwołać się do utrwalonego orzecznictwa, które stanowi, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przedłożony przez sąd krajowy stanowi podstawę określenia zakresu zagadnienia prawa Unii Europejskiej, którego ma dotyczyć wykładnia, jednakże Trybunał nie jest całkowicie związany brzmieniem przedłożonego pytania lub przedłożonych pytań. Trybunał może być zmuszony do przeformułowania przedłożonych mu pytań, aby udzielić sądowi odsyłającemu odpowiedzi przydatnej w celu wydania orzeczenia w zawieszanej przed nim sprawie⁴.

4 — Zobacz wyrok z dnia 18 lipca 2002 r. w sprawie C-62/00 Marks & Spencer, Rec. s. I-6325, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz ostatnio wyrok z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawie C-503/09 Stewart, Zb.Orz. s. I-6497, pkt 105.

14. Artykuły 47 i 48 dyrektywy 2004/18 są wymienione razem w art. 44 ust. 2 tej dyrektywy, aby instytucje zamawiające mogły „żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności”. Oba artykuły kierują się tą samą logiką, a w zakresie ich stosowania obowiązują te same zasady wykładni. W wyroku w sprawie *Strong Segurança* Trybunał nadmienił, że art. 48 ust. 3 i art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18 są co do istoty identyczne⁵. Oba te przepisy kodyfikują zasadę prawną wypracowaną w orzecznictwie Trybunału w związku z wcześniejszymi dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, dotyczącą kryteriów kwalifikacji podmiotowej kandydatów lub oferentów⁶.

15. W trakcie pisemnego etapu postępowania Trybunał zwrócił się do stron o przedłożenie opinii w sprawie znaczenia dla niniejszej sprawy art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18, który stanowi przepis ogólny dotyczący weryfikacji zdolności i wyboru uczestników oraz udzielania zamówień⁷. Jedynie Komisja udzieliła odpowiedzi w wyznaczonym terminie, konkludując, że ocena art. 44 ust. 2 nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy.

16. Zatem w celu udzielenia Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche odpowiedzi przydatnej w postępowaniu głównym sądzę, że orzeczenie Trybunału wydane w trybie prejudycjalnym powinno koncentrować się na wykładni obu artykułów, zarówno art. 47 ust. 2, jak i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18.

V – Ocena

17. Moim zdaniem wykładnia literalna art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie przemawia za poglądem, że przepis krajowy taki jak art. 49 ust. 6 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 jest zgodny z prawem Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych.

18. Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w sposób wyraźny stanowią, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu wykazania, że ich sytuacja ekonomiczna, finansowa, kwalifikacje techniczne i zawodowe w przypadku konkretnego zamówienia na roboty budowlane odpowiadają wymogom. Innymi słowy, przepisy te dotyczą *innych podmiotów* w liczbie mnogiej. Warto zauważyć, że art. 47 ust. 3 i art. 48 ust. 4 dyrektywy 2004/18 przewidują tę samą możliwość w przypadku wykonawców należących do grupy wykonawców.

19. Artykuł 52 dyrektywy 2004/18 przewiduje taką samą możliwość odnośnie do wpisu do urzędowych wykazów zatwierdzonych wykonawców albo do dokonania ich certyfikacji umożliwiających udział w procedurze udzielania zamówienia. Brzmienie art. 52 ust. 1 dyrektywy 2004/18 wskazuje również, że poprzez zastosowanie liczby mnogiej: *innych podmiotów*, prawodawca Unii Europejskiej nie zamierzał wprowadzać ograniczeń dotyczących liczby przedsiębiorstw pomocniczych, na których zdolności oferent mógłby się powołać.

5 — Wyrok z dnia 17 marca 2011 r. w sprawie C-95/10 *Strong Segurança*, Zb.Orz. s. I-1865, pkt 13.

6 — Zobacz na przykład wyroki: z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*, Rec. s. I-1289; z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*, Rec. s. I-7549; z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 *Host Italia*, Rec. s. I-8607.

7 — Artykuł 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 stanowi, że „[i]n instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i art. 48. Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu”.

20. Brzmienie art. 47 ust. 2, art. 48 ust. 3 i art. 52 dyrektywy 2004/18 kodyfikuje utrwalone orzecznictwo Trybunału dotyczące wcześniejszych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych. W wyroku w sprawie Ballast Nedam Groep I Trybunał stwierdził, że przedsiębiorstwo holdingowe, które samo nie wykonuje robót, nie może zostać wykluczone z procedur ubiegania się o zamówienie publiczne na roboty budowlane tylko dlatego, iż jego spółki zależne wykonujące roboty są oddzielnymi osobami prawnymi, jeśli będzie w stanie wykazać, że w istocie udostępniło mu zasoby przedsiębiorstw zależnych w celu wykonania zamówienia.

21. W wyroku w sprawie Ballast Nedam Groep II Trybunał potwierdził swoje stanowisko z wyroku w sprawie Ballast Nedam Groep I, precyzując następnie, że przy dokonywaniu oceny kwalifikacji technicznych spółki dominującej instytucje publiczne tworzące urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców zobowiązane są do uwzględnienia kwalifikacji technicznych spółek należących do tej samej grupy.

22. W wyroku w sprawie Host Italia Trybunał zastosował orzecznictwo w sprawie Ballast do sytuacji, w której przedsiębiorstwo mające zamiar uczestniczyć w przetargu nie było dominującą osobą prawną w grupie przedsiębiorstw, i potwierdził, że przedsiębiorstwo takie może powołać się na zdolności innych przedsiębiorstw należących do grupy *niezależnie od charakteru prawnego powiązań z tymi podmiotami*⁸. Trybunał stwierdził, że nie można wyeliminować oferenta z postępowania tylko z tego powodu, iż proponuje on wykorzystanie zasobów nie własnych, a należących do *jednego lub większej liczby innych podmiotów*⁹.

23. Takie stanowisko Trybunału, zgodnie z którym prawo Unii nie wymaga, aby w celu uznania za wykonawcę kwalifikującego się do udziału w procedurze udzielenia zamówienia podmiot zamierzający uzyskać zamówienie od instytucji zamawiającej był w stanie spełnić umówione świadczenie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów, zostało potwierdzone w późniejszym orzecznictwie¹⁰. Trybunał podkreślił, że przedsiębiorstwa zamierzające wziąć udział w postępowaniu przetargowym muszą udowodnić, że faktycznie udostępniło im zasoby innych podmiotów niezbędne do wykonania danego zamówienia. Ciężar dowodu spoczywa na oferencie, który powołuje się na zasoby innych podmiotów¹¹.

24. Zarówno art. 47 ust. 2, jak i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 stanowią w niemal identycznych słowach, że „wykonawca *może* [...] polegać na zdolnościach innych podmiotów”. Powyższe brzmienie sugeruje, że wykonawcom zostaje przyznane *prawo* do wyboru tej metody spełnienia kryteriów kwalifikacji, pod warunkiem że mogą oni udowodnić, iż rzeczywiście dysponują zasobami innych podmiotów niezbędnymi do realizacji zamówienia.

25. Gdy zdolność przedsiębiorstwa do wykonania zamówienia na roboty budowlane została zakwestionowana w konkretnej sprawie, ocena, czy przedstawiono odpowiedni dowód, pozostaje w rękach sądów krajowych. Jak już wspomniano, zasada ta została ustanowiona w orzecznictwie Trybunału, które zostało obecnie skodyfikowane w art. 47 ust. 2 i w art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18¹².

8 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Holst Italia, pkt 31.

9 — Ibidem, pkt 26.

10 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 CoNISMa, Zb.Orz. s. I-12129, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo.

11 — Zobacz wyrok z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens i ARGE Telekom, Rec. s. I-2549, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo.

12 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Ballast Nedam Groep I, pkt 17; w sprawie Holst Italia, pkt 29, 30.

26. Co więcej, żadne z postanowień zawartych w art. 52 dyrektywy 2004/18 nie wskazuje, że miał on na celu ograniczenie zakresu art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3, które dotyczą współpracy pomiędzy podmiotami gospodarczymi w kontekście ubiegania się o *konkretne zamówienie*. Przeciwnie, art. 52 ust. 1 wymaga, aby przesłanki rejestracji w wykazach zatwierdzonych wykonawców, dostawców lub usługodawców bądź certyfikacji zostały dostosowane do zasady leżącej u podstaw art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3, jeśli chodzi o wnioski o rejestrację złożone przez wykonawców należących do *grupy* i powołujących się na zasoby udostępnione im przez inne przedsiębiorstwa należące do grupy.

27. Rejestracja w urzędowym wykazie lub certyfikacja zgodnie z art. 52 dyrektywy 2004/18 stanowi domniemanie spełniania przez zarejestrowane lub certyfikowane przedsiębiorstwa określonych wymogów, jednakże wyłącznie w odniesieniu do warunków będących podstawą rejestracji lub certyfikacji. Instytucjom zamawiającym przysługuje swoboda w zakresie określenia standardu sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz wiedzy technicznej i kwalifikacji wymaganych celem uczestniczenia w danym zamówieniu oraz, w razie konieczności, zażądania dowodu wykraczającego poza domniemanie wynikające z rejestracji lub certyfikacji¹³.

28. Co więcej, Trybunał orzekł, że dyrektywa 92/50/EWG¹⁴ nie sprzeciwia się zakazowi lub ograniczeniu w zakresie wykorzystania podwykonawstwa do wykonania głównych części zamówienia właśnie w przypadku, gdy instytucja zamawiająca nie jest w stanie zweryfikować kwalifikacji technicznych i sytuacji ekonomicznej podwykonawców przy badaniu oferentów i wyborze najlepszego oferenta¹⁵.

29. Sugerowałoby to, że przepis krajowy wykluczający z postępowania przetargowego wykonawców powołujących się na zdolności więcej niż jednego podmiotu byłby sprzeczny z prawem wykonawców do wyboru tej metody spełnienia kryteriów kwalifikacji i w związku z powyższym nie byłby zgodny z dyrektywą 2004/18. Trybunał stwierdził bowiem, że oferent utrzymujący, iż dysponuje kwalifikacjami technicznymi i potencjałem ekonomicznym osób trzecich, na których zamierza się oprzeć w przypadku udzielenia mu zamówienia, może zostać wykluczony wyłącznie, jeśli nie wykaże, że dane zasoby zostały mu udostępnione¹⁶.

30. W związku z powyższym przepis krajowy taki jak art. 49 ust. 6 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, niezakazujący całkowicie powołania się na zdolności przedsiębiorstw pomocniczych w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, niemniej jednak nakładający ograniczenia ilościowe, które nie są przewidziane prawem Unii Europejskiej odnośnie do takiej możliwości, nie może być zgodny z dyrektywą 2004/18.

31. Co więcej, za argumentem tym przemawia analiza celów art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18. Zdaniem Trybunału jednym z głównych celów zasad Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych jest uzyskanie możliwie najszerszego otwarcia na konkurencję i to w interesie prawa Unii Europejskiej jest zapewnienie możliwie najszerszego udziału oferentów w zaproszeniu do składania ofert¹⁷.

13 — Zobacz wyrok z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 CEI i Bellini, Rec. s. 3347, pkt 25–27.

14 — Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), uchylona dyrektywą 2004/18.

15 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Siemens i ARGE Telekom, pkt 45.

16 — Zobacz ibidem, pkt 46.

17 — Zobacz ww. wyrok w sprawie CoNISMa, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo.

32. Cel, jakim jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję, jest istotny nie tylko z uwagi na interes związany ze swobodnym przepływem towarów i usług, ale również z uwagi na interes instytucji zamawiających, które dzięki temu dysponują szerszymi możliwościami wyboru najkorzystniejszej oferty¹⁸. Wykluczenie oferentów z uwagi na liczbę innych podmiotów uczestniczących w wykonaniu zamówienia, z którego wynika dopuszczenie tylko jednego przedsiębiorstwa pomocniczego w danej kategorii kryteriów jakościowych, nie pozwala na ocenę indywidualnych przypadków, tym samym rzeczywiście ograniczając wybór instytucjom zamawiającym i wpływając na skuteczną konkurencję.

33. Kolejnym celem zasad dotyczących zamówień publicznych jest otwarcie rynku zamówień publicznych dla wszystkich wykonawców, bez względu na ich wielkość. Należy szczególnie promować udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), gdyż uważa się, że stanowią one podstawę gospodarki Unii Europejskiej¹⁹. Szanse małych i średnich przedsiębiorstw na udział w przetargu i uzyskanie zamówienia na roboty budowlane są mniejsze między innymi z uwagi na wartość zamówień. Z tego powodu możliwość udziału oferentów w grupach powołujących się na zdolności przedsiębiorstw pomocniczych jest szczególnie istotna przy ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do rynków²⁰.

34. Na koniec zajmę się zagadnieniem swobody uznania państw członkowskich w zakresie transpozycji dyrektywy 2004/18. Komisja i rząd włoski uważają, że przepis krajowy taki jak art. 49 ust. 6 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 jest objęty zakresem swobody uznania przysługującej państwom członkowskim przy dokonywaniu transpozycji dyrektywy.

35. Zdaniem Komisji dla właściwej transpozycji dyrektywy wystarczy, by możliwość powołania się na możliwość spełnienia przez przedsiębiorstwo pomocnicze standardów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej lub kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych nie była wykluczona i aby zasady sformułowane w dyrektywie 2004/18 były stosowane dla zagwarantowania skutecznej kwalifikacji podmiotowej oferentów w oparciu o kryteria przejrzystości, obiektywności i niedyskryminacji.

36. Nie kwestionuję okoliczności, że państwom członkowskim przysługuje stosunkowo szeroki zakres uznania w ramach transpozycji dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Niemniej jednak nie rozciąga się to na zagadnienia w sposób wyraźny poruszone przez prawodawcę Unii, co moim zdaniem ma miejsce w przypadku możliwości powołania się na zdolności osób trzecich w kontekście ubiegania się o zamówienia publiczne. Jak zauważyłem powyżej, zarówno orzecznictwo Trybunału, jak i dyrektywa 2004/18 w sposób wyraźny zezwalają na powołanie się na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

37. Wykluczenie oferentów odwołujących się do zdolności więcej niż jednego przedsiębiorstwa pomocniczego odnośnie kryteriów kwalifikacji podmiotowej faworyzuje większe przedsiębiorstwa kosztem konsorcjów małych i średnich przedsiębiorstw. Może to faworyzować dominujące podmioty lokalne lub regionalne w zakresie robót budowlanych, które odpowiadają zdolnościom tych podmiotów, ale są zbyt wymagające dla mniejszych podmiotów działających samodzielnie, i które są zbyt małe, aby zainteresować większe firmy działające na arenie krajowej lub międzynarodowej. Nie można uznać, że sytuacja ta nie jest dyskryminacyjna.

18 — Zobacz *ibidem*.

19 — Zobacz na przykład zielona księga Komisji w sprawie modernizacji polityki Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, COM(2011) 15 wersja ostateczna.

20 — Przewodnik Komisji „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych” zaleca skorzystanie przez wykonawców z możliwości powołania się na ich łączną sytuację ekonomiczną i finansową oraz na ich kwalifikacje techniczne na etapie selekcji w ramach postępowania przetargowego. Zobacz dokument roboczy Komisji „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych” SEC(2008) 2193.

38. Zgadza się ze stanowiskiem rządu włoskiego, że może występować różnica pomiędzy sytuacjami, gdy wykonawca powołuje się na sytuację ekonomiczną i finansową innego podmiotu, a tymi, w których powołanie się dotyczy kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych. W niektórych sytuacjach konieczne kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe posiadać musi jeden podmiot. Przykładowo, podczas gdy dwa przedsiębiorstwa o wydajności 50 000 ton asfaltu mogą łącznie spełnić wymagania odnośnie wydajności 100 000 ton na potrzeby remontu autostrady, dwa przedsiębiorstwa, z których każde posiada specjalistyczne umiejętności wymagane do konserwacji i naprawy zegarów na dworcach kolejowych, nie spełniają automatycznie kryteriów kwalifikacji wymaganych celem przeprowadzenia prac naprawczych zabytkowych zegarów w średniowiecznych kościołach.

39. Niemniej jednak problem dotyczący możliwości połączenia różnych typów kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych jest jakościowo niezależny od liczby podmiotów, na których zdolności powołuje się wykonawca. Okoliczność, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów dla celów zakwalifikowania się jako potencjalni oferenci, nie koliduje z realiami konkretnych przetargów. W związku z powyższym wykonawca, bez względu na to, czy spełnia on standardy dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz posiada kwalifikacje techniczne i zawodowe samodzielnie lub poprzez powołanie się na zdolności innych wykonawców, nadal będzie musiał udowodnić, że spełnia kryteria ustanowione dla wykonania danego zamówienia publicznego na roboty budowlane.

40. Co więcej, art. 48 ust. 5 dyrektywy 2004/18 przewiduje szczególne zasady oceny zdolności wykonawców odnośnie do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności, znajdujące zastosowanie do niektórych kategorii zamówień publicznych. Przepis ten znajduje również zastosowanie do wykonawców powołujących się na kwalifikacje techniczne i zawodowe innych podmiotów. Ponadto, jak stwierdziłem powyżej, w przypadku urzędowych wykazów lub krajowej certyfikacji instytucjom zamawiającym nadal przysługuje swoboda uznania w zakresie określenia standardów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i zdolności technicznych wymaganych w celu uczestniczenia w danym zamówieniu.

VI – Wnioski

41. W oparciu o przedstawione argumenty proponuję, aby Trybunał udzielił Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche następującej odpowiedzi:

„Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi sprzeciwiają się przepisowi krajowemu takiemu jak stanowiący przedmiot sporu w postępowaniu głównym, który zakazuje, z wyjątkiem szczególnych okoliczności, powoływania się na zdolności więcej niż jednego przedsiębiorstwa pomocniczego w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej czy też kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawcy”.