



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 18 grudnia 2014 r.\*

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne na usługi — Dyrektywa 92/50/EWG — Artykuł 1 lit. c) i art. 37 — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 1 ust. 8 akapit pierwszy i art. 55 — Pojęcia „usługodawcy” i „wykonawcy” — Uniwersytecka publiczna placówka szpitalna — Placówka posiadająca osobowość prawną oraz autonomię w zakresie działalności gospodarczej i organizacji — Działalność o zasadniczo niezarobkowym charakterze — Instytucjonalny cel obejmujący świadczenie usług opieki zdrowotnej — Możliwość oferowania analogicznych usług na rynku — Dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego

W sprawie C-568/13

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (Włochy) postanowieniem z dnia 28 czerwca 2013 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 6 listopada 2013 r., w postępowaniu:

**Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze**

przeciwko

**Data Medical Service Srl,**

przy udziale:

**Regione Lombardia,**

**Bio-Development Srl,**

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes izby, C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (sprawozdawca) i D. Šváby, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,

sekretarz: V. Tourrès, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 15 października 2014 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze przez P. Stolziego, avvocato,

\* Język postępowania: włoski.

- w imieniu Data Medical Service Srl przez T. Ugoccioniego, avvocato,
- w imieniu Bio-Development Srl przez E. D'Amico oraz T. Ugoccioniego, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varonego, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Contego oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wyduje następujący

### Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 lit. c) i art. 37 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) oraz art. 1 ust. 8 akapit pierwszy i art. 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (uniwersytecką placówką szpitalną w Careggi, zwaną dalej „Aziendą”) a Data Medical Service Srl (zwaną dalej „Data Medical Service”) dotyczącego prawidłowości wykluczenia Azjendy z udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

- 3 Artykuł 1 lit. c) dyrektywy 92/50 stanowił:

„»usługodawca« oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, która oferuje usługi, włączając w to podmiot publiczny [...]”.

- 4 Zgodnie z art. 37 tej dyrektywy:

„Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty są nienormalnie [rażąco] niskie w stosunku do usługi, która ma być świadczona, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne, oraz kontroluje składowe elementy, uwzględniając otrzymane wyjaśnienia.

Instytucja zamawiająca może uwzględnić wyjaśnienia, które są uzasadnione w odniesieniu do celowości, włączając gospodarność, metody świadczenia usługi, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych dla oferenta przy świadczeniu usługi lub oryginalności usługi proponowanej przez oferenta.

Jeśli dokumenty dotyczące zamówienia przewidują udzielenie go na podstawie najniższej oferowanej ceny, instytucja zamawiająca musi powiadomić Komisję o odrzuceniu ofert, które uznaje za zbyt niskie”.

5 Motyw 1 dyrektywy 2004/18 stanowi, że dyrektywa ta w celu uproszczenia dokonuje ujednoczenia w jednym tekście poprzednio obowiązujących dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane i oparta jest na orzecznictwie Trybunału.

6 Zgodnie z motywem 4 rzeczony dyrektywy:

„Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby udział podmiotu prawa publicznego jako oferenta w procedurze udzielania zamówienia publicznego nie powodował zakłócenia konkurencji w stosunku do oferentów prywatnych”.

7 Artykuł 1 ust. 8 akapity pierwszy i drugi tejże dyrektywy przewiduje:

„Terminy »przedsiębiorca budowlany«, »dostawca« oraz »usługodawca« oznaczają każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi.

Termin »wykonawca« obejmuje w równym stopniu pojęcia przedsiębiorcy budowlanego, dostawcy i usługodawcy. Stosowany jest on jedynie w celu uproszczenia tekstu”.

8 Artykuł 55 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Rażąco niskie oferty”, ma następujące brzmienie:

„1. Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne.

Szczegóły te mogą dotyczyć głównie:

- a) ekonomiczności danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług;
- b) technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent, w celu realizacji robót budowlanych, dostawie produktów [lub w celu dostawy produktów] lub usług;
- c) oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta;
- d) zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane;
- e) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwa.

2. Przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.

3. Instytucja zamawiająca, która stwierdzi, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwowej, może odrzucić taką ofertę jedynie po konsultacji z oferentem, jeżeli nie jest on w stanie udowodnić w dostatecznym, wyznaczonym przez tę instytucję terminie, że pomoc ta została mu przyznana w sposób zgodny z prawem. W przypadku odrzucenia oferty w takich okolicznościach instytucja zamawiająca powiadamia o tym fakcie Komisję”.

### *Prawo włoskie*

9 Z art. 3 decreto legislativo n. 502 Riordino della disciplina in materia sanitaria (dekrety ustawodawczego nr 502 w sprawie reformy opieki zdrowotnej) z dnia 30 grudnia 1992 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 305 z dnia 30 grudnia 1992 r.), w interpretacji dokonanej przez Corte

costituzionale (trybunał konstytucyjny), wynika, że placówki opieki zdrowotnej są publicznymi jednostkami gospodarczymi, które „wypełniają powierzone im zadania o zasadniczo technicznym charakterze w formie prawnej publicznych placówek posiadających autonomię w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej, w oparciu o ogólne instrukcje zawarte w regionalnych programach opieki zdrowotnej oraz instrukcje wykonawcze przekazane im przez Giunte regionali [(rady regionu)]”.

10 Zgodnie z art. 3 ust. 1a tego dekretu:

„Lokalne zakłady opieki zdrowotnej w związku z realizacją swoich celów instytucjonalnych tworzą placówki posiadające osobowość prawną prawa publicznego oraz autonomię w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej; ich organizacja i działalność są uregulowane w atto aziendale [akcie definiującym zadania w zakresie zarządzania placówką, w szczególności na płaszczyźnie budżetowej] prawa prywatnego, z zachowaniem zasad i kryteriów przewidzianych w przepisach szczebla lokalnego. Atto aziendale definiuje struktury operacyjne posiadające autonomię w zakresie zarządzania oraz w zakresie działalności technicznej i zawodowej, które sporządzają szczegółowe sprawozdanie finansowe”.

11 Dyrektywa 92/50 została transponowana do włoskiego porządku prawnego dekretem ustawodawczym nr 157 z dnia 17 marca 1995 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 104 z dnia 6 maja 1995 r.).

12 Zgodnie z art. 2 ust. 1 tego dekretu:

„Instytucjami zamawiającymi są organy administracji państwowej, regiony, niezależne prowincje Trydent i Bolzano, lokalne organy władzy publicznej, inne podmioty publiczne niemające celu zarobkowego, organizacje prawa publicznego, niezależnie od ich nazwy”.

13 Artykuł 5 ust. 2 lit. h) tegoż dekretu przewiduje, że akt ten nie znajduje zastosowania do „zamówień publicznych udzielonych podmiotowi publicznemu, który sam jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 2 na podstawie prawa wyłącznego przyznanego mu zgodnie z opublikowanymi przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi, zgodnymi z postanowieniami traktatu”.

14 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do włoskiego porządku prawnego dekretem ustawodawczym nr 163/2006 z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.), który kodyfikuje zasady w dziedzinie zamówień publicznych.

15 Artykuł 19 ust. 2 tego dekretu stanowi:

„Niniejszy kodeks nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający innej instytucji zamawiającej lub związkowi instytucji zamawiających na podstawie prawa wyłącznego przyznanego im zgodnie z opublikowanymi przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi, pod warunkiem, że przepisy te są zgodne z postanowieniami traktatu”.

16 Artykuł 34 ust. 1 tego dekretu określa osoby dopuszczone do udziału w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych i ma następujące brzmienie:

„Do udziału w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych, z zastrzeżeniem wyraźnie przewidzianych ograniczeń, dopuszczone są następujące osoby:

- a) indywidualni przedsiębiorcy, w tym rzemieślnicy, spółki prawa handlowego oraz spółdzielnie;
- b) konsorcja spółdzielni pracy i spółdzielni produkcyjnych [...] oraz konsorcja przedsiębiorstw rzemieślniczych [...];

- c) stałe konsorcja, w tym utworzone w formie spółek konsorcyjnych w rozumieniu art. 2615b kodeksu cywilnego pomiędzy indywidualnymi przedsiębiorcami, w tym rzemieślnikami, spółkami handlowymi, spółdzielniami pracy i spółdzielniami produkcyjnymi zgodnie z przepisami art. 36;
  - d) tymczasowe zgrupowania konkurentów, utworzone przez podmioty, o których mowa w lit. a)–c) [...];
  - e) zwyczajne konsorcja konkurentów, o których mowa w art. 2602 kodeksu cywilnego, złożone z podmiotów, o których mowa w lit. a)–c) niniejszego ustępu, w tym w formie spółek w rozumieniu art. 2615b kodeksu cywilnego [...];
  - ea) grupy przedsiębiorstw będące stroną umowy w sprawie sieci w rozumieniu art. 3 ust. 4b dekretu z mocą ustawy nr 5 z dnia 10 lutego 2009 r. [...];
  - f) podmioty, które zawarły umowę europejskiego zgrupowania interesów gospodarczych (EZIG) w rozumieniu dekretu ustawodawczego nr 240 z dnia 23 lipca 1991 r. [...];
  - fa) podmioty gospodarcze w rozumieniu art. 3 ust. 22 mające siedzibę w innych państwach członkowskich, utworzone zgodnie z przepisami obowiązującymi w danym państwie”.
- 17 Punkt fa) został wprowadzony do art. 34 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 w wyniku przyjęcia dekretu ustawodawczego nr 152 z dnia 11 września 2008 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 231 z dnia 2 października 2008 r.) w następstwie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia wszczętego przeciwko Republice Włoskiej przez Komisję, która podkreślała, że dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych nie pozwalają na ograniczenie możliwości udziału w przetargach względem pewnych kategorii podmiotów gospodarczych.
- 18 Artykuły 86–88 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 przewidują mechanizmy badania nieprawidłowości dotyczących oferty, w oparciu o które to mechanizmy instytucja zamawiająca może postanowić o wykluczeniu oferenta z postępowania w sprawie udzielenia odnośnego zamówienia.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 19 W ogłoszeniu opublikowanym w dniu 5 października 2005 r. Regione Lombardia (region Lombardia) wszczął przetarg na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w celu udzielenia zamówienia na świadczenie przez okres trzech lat usług przetwarzania danych dla celów oceny jakości produktów leczniczych przez podmiot zewnętrzny. Azienda, mająca siedzibę w Toskanii i prowadząca tam działalność, wzięła udział w tym przetargu i zajęła pierwsze miejsce przede wszystkim dzięki zaoferowaniu ceny świadczonych usług, która była o 59% niższa niż cena zaproponowana przez zaklasyfikowanego na drugim miejscu oferenta, Data Medical Service. W następstwie zbadania, czy cena takiej oferty nie była rażąco niska, zamówienie zostało, na mocy decyzji Regione Lombardia z dnia 26 maja 2006 r., udzielone Aziendzie.
- 20 Data Medical Service zaskarżyła decyzję o udzieleniu zamówienia do Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sądu administracyjnego regionu Lombardia), podnosząc, że zwycięski oferent powinien zostać wykluczony z uwagi na fakt, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami podmiot publiczny nie może brać udziału w przetargu, a w każdym razie jego oferta ekonomiczna była rażąco niska, zważywszy na wysokość zaproponowanej obniżki.
- 21 Wyrokiem z dnia 24 listopada 2006 r. Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia uwzględnił pierwszy z podniesionych zarzutów. Odwołując się do art. 5 ust. 2 lit. h) dekretu ustawodawczego nr 157/1995 w związku z art. 19 i 34 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, sąd ten uznał, że choć te dwa ostatnie artykuły nie mają zastosowania w niniejszym przypadku ratione

temporis, to podmioty publiczne takie jak Azienda objęte są formalnym zakazem uczestnictwa w przetargach publicznych, gdyż podmioty te, przy spełnieniu określonych warunków, mają jedynie prawo do bezpośredniego otrzymywania zamówień. Azienda, jako podmiot publiczny, którego wyłącznym zadaniem jest zarządzanie publicznym szpitalem we Florencji, nie może bowiem działać w warunkach wolnej konkurencji wraz z podmiotami prywatnymi.

- 22 Azienda wniosła odwołanie od tego wyroku do Consiglio di Stato (rady państwa), będącej najwyższym sądem administracyjnym we Włoszech.
- 23 Sąd ten zauważa na wstępie, że niezależnie od faktu, iż dane zamówienie zostało w międzyczasie wykonane, Azienda zachowuje interes w tym, aby jej prawo do udziału w zamówieniach publicznych zostało uznane.
- 24 Consiglio di Stato podnosi następnie, że pierwszą kwestią, którą należy rozstrzygnąć w niniejszym przypadku, jest precyzyjna definicja pojęcia „wykonawcy” w rozumieniu prawa Unii, oraz możliwość objęcia nią uniwersyteckiej publicznej placówki szpitalnej. Jeśli chodzi o charakter tych placówek w procesie „aziendalizzazione”, to znaczy przejścia do modelu przedsiębiorczego, Consiglio di Stato podkreśla, że proces ten doprowadził do przekształcenia istniejących „lokalnych zakładów opieki zdrowotnej”, które były podstawą organów administracji działających na szczeblu gminnym, w placówki posiadające osobowość prawną i autonomię w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej, to znaczy autonomię organizacyjną, majątkową, rachunkową i w zakresie zarządzania, co spowodowało, iż część doktryny i orzecznictwa krajowego uznała te publiczne placówki opieki zdrowotnej, w tym placówki szpitalne, za „publiczne jednostki gospodarcze”. Publiczny charakter takich placówek nie ulega jednak wątpliwości. Ich działalność nie ma zasadniczo charakteru zarobkowego i posiadają one uprawnienia administracyjne sensu stricto, w szczególności w zakresie nadzoru i sankcji.
- 25 Consiglio di Stato wątpi, czy w takiej sytuacji można nadal utrzymywać, jak czyni to Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, że we włoskim prawie istnieje względem tego rodzaju placówek, jako publicznych jednostek gospodarczych, kategoryczny zakaz udziału w przetargach w charakterze „zwykłych konkurentów”. Odwołuje się ona w tym względzie do orzecznictwa Trybunału, a w szczególności do wyroków ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) oraz Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. (C-159/11, EU:C:2012:817), z których wynikałoby, że każdy podmiot, który uważa, iż posiada kwalifikacje w celu wykonania zamówienia publicznego, posiadałby prawo do wzięcia udziału w dotyczącym go postępowaniu, niezależnie od tego, czy posiada status podmiotu prawa prywatnego, czy prawa publicznego.
- 26 Orzecznictwo to zostało uwzględnione przez przeważającą część włoskich sądów, które podkreślały ponadto, że wykaz zawarty w art. 34 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 nie może być uznany za wyczerpujący. Consiglio di Stato uważa, że to orzecznictwo wspólnotowe i krajowe sprzeciwia się, aby art. 5 ust. 2 lit. b) dekretu ustawodawczego nr 157/1995 i art. 34 dekretu ustawodawczego nr 163/2003 były interpretowane w ten sposób, iż wykluczają a priori placówki szpitalne z udziału w przetargu. Taki formalny zakaz nie ma już bowiem racji bytu.
- 27 Jednakże nie oznacza to, że placówkom takim zezwala się w bezwarunkowy sposób na udział w postępowaniach dotyczących udzielania zamówień publicznych. Zdaniem Consiglio di Stato orzecznictwo to stawia w tym względzie dwa ograniczenia, pierwsze przewidujące, że działalność, której dotyczy odnośny przetarg, musi służyć osiągnięciu instytucjonalnych celów danego podmiotu publicznego, a drugie stanowiące, iż nie mogą istnieć szczególne przepisy prawa zakazujące prowadzenia takiej działalności, zwłaszcza ze względu na możliwy skutek zakłócający konkurencję.
- 28 Co się tyczy pierwszego ograniczenia, Consiglio di Stato uważa, że publiczne placówki szpitalne, tym bardziej jeżeli są placówkami uniwersyteckimi, prowadzą również w szerokim zakresie działalność dydaktyczną i badawczą, co jest ich instytucjonalnym celem, w odniesieniu do którego można

twierdzić, że pozostaje z nim w zgodzie usługa, której dotyczy przetarg będący przedmiotem prowadzonego przed tym sądem postępowania, obejmująca przetwarzanie danych. Jeśli chodzi o drugie ograniczenie, Consiglio di Stato uważa, że możliwość swobodnego uczestniczenia podmiotu korzystającego z finansowania ze środków publicznych w przetargu stawia problem równego traktowania między różnymi konkurentami, z jednej strony tymi działającymi na rynku, z drugiej zaś tymi, którzy mogą liczyć również na finansowanie ze środków publicznych i mogą zatem przedstawiać oferty, jakich żaden podmiot prawa prywatnego nie mógłby nigdy przedstawić. W rezultacie należałoby stworzyć mechanizmy korygujące mające na celu wyrównanie różnic, jeśli chodzi o sytuację wyjściową poszczególnych wykonawców, które to mechanizmy powinny wykraczać poza kontrolę ewentualnie rażąco niskiej ceny ofert.

29 W świetle powyższego Consiglio di Stato postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 1 dyrektywy [92/50], analizowany również w świetle późniejszego art. 1 ust. 8 dyrektywy [2004/18], 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?”.

## **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 naukowo-dydaktycznej. 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 subwencionowani (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 kontradiktoryjności 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 prognozy 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.

### **W przedmiocie kosztów**

- 52 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 1 lit. c) dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi 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.**
- 2) **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.

Podpisy