



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
M. CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 21 stycznia 2016 r.¹

Sprawa C-27/15

**Pippo Pizzo i in.
przeciwko
CRGT srl**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Giustizia
Amministrativa per la Regione siciliana (Włochy)]

Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Udział w przetargu — Możliwość powołania się
na zdolności innych przedsiębiorstw w celu spełnienia wymaganych warunków — Nieuiszczenie składki
nieprzewidzianej w wyraźny sposób — Wykluczenie oferenta

1. Rozpatrywane odesłanie prejudycjalne daje Trybunałowi Sprawiedliwości ponową sposobność
rozwinęcia jego orzecznictwa dotyczącego procedur udzielania zamówień publicznych,
a w szczególności, dyrektywy 2004/18/WE².
2. Z jednej strony ponownie poruszana jest kwestia, czy oferent może skorzystać ze zdolności osób
trzecich w celu spełnienia warunków udziału w procedurze udzielenia zamówienia, problem
stosunkowo łatwy do rozstrzygnięcia w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.
3. Z drugiej strony – a problem ten jest bardziej złożony – sąd odsyłający zastanawia się, czy określone
wymogi dopuszczenia do udziału w procedurze zamówienia publicznego mogą nie być podane
w sposób wyraźny w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji, lecz tylko wynikać z krajowych
przepisów o charakterze generalnym.
4. W związku z tym drugim problemem proponuję Trybunałowi Sprawiedliwości zniuansowany sposób
odczytania jego orzecznictwa dotyczącego konieczności zawarcia w dokumentacji przetargowej
w sposób wyraźny wszystkich warunków przetargu. Uczynię to, odwołując się do logiki, która jest
w mojej ocenie nieodłącznym korelatem pojęcia „rozsądnie poinformowanego i wykazującego zwykłą
staranność oferenta” jako kryterium determinującego ducha owego orzecznictwa.

¹ — Język oryginału: hiszpański.

² — Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).

I – Ramy prawne

A – Prawo Unii

1. Dyrektywa 2004/18

5. Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 stanowi, że „[i]nstytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

6. Artykuł 47 dyrektywy brzmi następująco:

„1. Według ogólnych zasad, dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów:

- a) odpowiednie oświadczenia banku albo stosowny dowód posiadania ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego;
- b) bilans lub wyciągi z bilansów, w przypadku gdy opublikowanie bilansów jest wymagane na mocy prawa w kraju, w którym usługodawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz o stosownym obrocie w obszarze objętym zamówieniem [...].

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

[...]”.

7. Artykuł 48 dyrektywy 2004/18 brzmi:

„1. Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane zgodnie z ust. 2 i 3.

[...]

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

[...]”.

2. Dyrektywa 2014/24/WE³

8. Zgodnie z art. 63 dyrektywy 2014/24:

„1. W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej [...] oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej [...] wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań [...]. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

[...]

Jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.

[...]

2. W przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy”.

B – *Prawo krajowe*

1. Dekret ustawodawczy nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r.⁴

9. Artykuł 49 dekretu ustawodawczego nr 163 stanowi:

„1. Oferent indywidualny, tworzący konsorcjum lub grupę wykonawców w rozumieniu art. 34 w związku z określonym przetargiem na roboty budowlane, usługi lub dostawy może spełniać warunek dotyczący wymogów o charakterze ekonomicznym, finansowym, technicznym, organizacyjnym, to znaczy uzyskać certyfikat [...] SOA, poprzez powołanie się na kwalifikacje innego podmiotu spełniającego wymogi lub na certyfikat SOA innego podmiotu.

[...]

6. 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 [...]”.

3 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94, s. 65).

4 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, dodatek zwyczajny nr 107 do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.), w wersji zmienionej dekretem ustawodawczym nr 152 z dnia 11 września 2008 r. (dodatek zwyczajny nr 227 do GURI nr 231 z dnia 2 października 2008 r.), zwany dalej „dekretem ustawodawczym nr 163/2006”.

2. Ustawa nr 266 z dnia 23 grudnia 2005 r.⁵

10. Na mocy art. 1 ust. 67 akapit pierwszy ustawy nr 266 „[o]rgan nadzoru publicznych robót budowlanych [...] ustala corocznie wysokość składek należnych mu od podmiotów publicznych i prawnych podlegających jego nadzorowi, jak również odpowiednie sposoby poboru tych składek, w tym obowiązek zapłaty składki przez podmioty gospodarcze jako warunek dopuszczalności oferty w ramach postępowań mających na celu realizację robót publicznych”.

II – Stan faktyczny

11. Organ zarządzający portem w Mesynie (Włochy) ogłosił w listopadzie 2012 r. otwarte postępowanie przetargowe o zasięgu europejskim w celu udzielenia zamówienia na okres czterech lat na usługi zarządzania odpadami i pozostałościami ładunkowymi powstałymi na pokładzie statków zawijających do portów na obszarze jego właściwości. Usługi te świadczyło uprzednio przedsiębiorstwo CRGT srl (zwane dalej „CRGT”).

12. Zamówienie zostało udzielone tymczasowemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw Pippo Pizzo i Onofaro Antonino (zwanemu dalej „Pizzo”) po stwierdzeniu, że pozostałe spółki uczestniczące w przetargu – między innymi CRGT – nie uiszczyły Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (organowi nadzoru zamówień publicznych, zwanemu dalej „AVCP”) składki przewidzianej ustawą nr 266/2005 jako warunek dopuszczalności ofert, za co zostały wykluczone z postępowania.

13. Spółka CRGT wniosła skargę przeciwko wykluczeniu do Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sala IV (regionalnego sądu administracyjnego dla Sycylii, wydział z siedzibą w Katanii, izba IV). Pizzo wniosło skargę wzajemną, w której twierdziło, że spółka CRGT powinna być zostać wykluczona ponadto ze względu na to, iż przedstawiła wyłącznie jedno z dwóch zaświadczeń bankowych wymaganych w ogłoszeniu o przetargu dla celów wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

14. Sąd rozpoznający sprawę uwzględnił skargę spółki CRGT, uznając za niezgodne z prawem jej wykluczenie z przetargu z uwagi na to, że: a) dokumentacja przetargowa nie przewidywała uiszczenia składki, o której mowa w ustawie nr 266/2005; b) wspomniana składka dotyczy wyraźnie robót publicznych, a nie zamówień na usługi; i c) zastosowanie tej składki do zamówień na usługi jest wyłącznie możliwe wskutek szerokiej wykładni ustawy nr 266/2005, która ze względu na zasadę enumeratywności podstaw wykluczenia nie może działać na niekorzyść oferentów, gdy bez winy ze swej strony przyjęli oni, iż sporna składka nie jest wymagana w tym przypadku.

15. Ponadto sąd rozpoznający sprawę oddalił skargę wzajemną wniesioną przez Pizzo, uznając, że spółka CRGT mogła powołać się – jak to faktycznie uczyniła – na zdolność ekonomiczną i finansową przedsiębiorstwa pomocniczego, z którym uprzednio zawarła w tym celu umowę.

16. Pizzo wniosło środek odwoławczy do Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (rady ds. sądownictwa administracyjnego dla regionu sycylijskiego), któremu przeciwstawiła się spółka CRGT, powołując się ponownie na inne podstawy podniesione w pierwszej skardze, nie mające w niniejszej sprawie znaczenia.

17. W tych okolicznościach Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana postanowiła skierować wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

5 — Legge finanziaria 2006 (ustawa budżetowa nr rok 2006 r., dodatek zwyczajny nr 211 do GURI nr 302 z dnia 29 grudnia 2005 r.) (zwana dalej „ustawą nr 266/2005”).

III – Pytania prejudycjalne

18. Sentencja odesłania prejudycjalnego, które wpłynęło do Trybunału Sprawiedliwości w dniu 22 stycznia 2015 r., jest następująca:

- „1) Czy 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 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak opisane powyżej uregulowanie włoskie, które zezwala przedsiębiorstwu na powołanie się w 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 zezwalającemu 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?”.

19. Co się tyczy pytania pierwszego, sąd odsyłający uważa, że dyrektywa 2014/24 mogła nałożyć granice na możliwość powołania się na zdolności innego podmiotu dla celów spełnienia kryteriów przetargowych.

20. W odniesieniu do pytania drugiego sąd odsyłający zastanawia się także, czy zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań, proporcjonalności i pewności prawa oraz zasada *favor participationis* nie powinny skutkować przyznaniem zainteresowanej spółce krótkiego terminu dla celów sanowania braku spełnienia obowiązku zapłaty.

IV – Postępowanie przed Trybunałem i argumentacja stron

21. W postępowaniu brały udział i przedstawiały uwagi na piśmie rząd włoski i Komisja.

A – Pytanie pierwsze

22. W odniesieniu do pierwszego z pytań sformułowanych przez sąd odsyłający rząd włoski podnosi, że jego dopuszczalność jest wątpliwa, gdyż wspomniany sąd nie opisał „faktycznych założeń”, na których się opiera, i tym samym nie dostarczył Trybunałowi ani stronom środków niezbędnych do przyjęcia stanowiska wobec podniesionego problemu.

23. Według rządu włoskiego odnoszenie się do dyrektywy 2014/24 jest nieadekwatne ze względu na brak stosowania się tej dyrektywy do tego przypadku i z uwagi na to, że jeszcze nie upłynął termin wyznaczony do jej transpozycji. W każdym razie w jego ocenie wspomniana dyrektywa nie jest mniej korzystna od dyrektywy 2004/18, co się tyczy polegania na zdolnościach osób trzecich.

24. Co do istoty rząd włoski sądzi, że problem można rozstrzygnąć w świetle zasad ujętych w wyroku Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino⁶, odnoszącym się do stanu faktycznego niewykazującego istotnych różnic pod względem prawnym w porównaniu do stanu faktycznego rozpatrywanego w niniejszym postępowaniu.

25. W rezultacie rząd włoski uważa, że nie istnieje żadna niezgodność pomiędzy dyrektywą 2004/18 a normami prawa wewnętrznego zawartymi w art. 49 dekretu ustawodawczego nr 163/2006.

26. Komisja zgadza się z rządem włoskim, że odpowiedź na pytanie pierwsze można wywieść z orzecznictwa ustalonego w przytoczonym już wyroku Swm Costruzioni. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że pomiot gospodarczy może powołać się na zdolności jednej lub kilku innych osób trzecich, oprócz własnych, w celu spełnienia wymaganych warunków minimalnych, których samodzielnie w całości nie spełnia.

27. W odniesieniu do dyrektywy 2014/24 Komisja podnosi – także podobnie jak rząd włoski – że nie ma ona zastosowania *ratione temporis* do niniejszej sprawy.

28. W rezultacie Komisja twierdzi, że art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie takiej normie prawa krajowego, jaka została przywołana przez sąd odsyłający.

B – Pytanie drugie

29. Co się tyczy pytania drugiego, rząd włoski nie dostrzega naruszenia żadnej z zasad wymienionych w odesłaniu prejudycjalnym. Podkreśla, że art. 46 ust. 1 bis dekretu ustawodawczego nr 163/2006 uznaje za podstawy wykluczenia, oprócz tych przewidzianych w samym dekreście ustawodawczym i w ogłoszeniu o przetargu, podstawy przewidziane „przez inne obowiązujące przepisy prawne”. Stąd jego zdaniem to, że *lex specialis* nie wymienia nieuiszczenia składki na rzecz AVCP jako podstawy wykluczenia z postępowania, nie jest okolicznością uzasadniającą uchybienie oferenta. Oferent powinien znać wszystkie normy, które stanowią zbiór obligatoryjnych podstaw wykluczenia i które właśnie uzupełniają ewentualne luki ogłoszenia w tym względzie.

30. Rząd włoski uważa także, że oferenci nie mogą sanować braków w swoich ofertach po upływie terminu ich złożenia z wyjątkiem drobnych poprawek lub uzupełnień w rozumieniu wyroku wydanego w sprawie Manova⁷. Instytucja zamawiająca może zgodzić się na to, by oferenci uzupełnili pewne braki dotyczące podmiotowych warunków udziału, ale nie na to, by uregulowali brak uiszczenia składki. W przeciwnym razie możliwe byłoby spełnienie po terminie warunku dopuszczalności, który nie był dotrzymany w stosownym czasie, z naruszeniem zasad równego traktowania, bezstronności i przejrzystości.

31. Zdaniem rządu włoskiego wyłącznie w razie, gdy chodzi o uchybienie czysto formalne (dokonanie zapłaty w sposób odmienny od wymaganego ustawowo lub brak potwierdzenia dokonania zapłaty w wymaganym terminie i w wymaganej formie), dopuszczalne byłoby umożliwienie oferentowi wykazania, że faktycznie dopełnił odpowiedniego warunku.

6 — Wyrok C-94/12, EU:C:2013:646, zwany dalej „wyrokiem Swm Costruzioni”.

7 — Wyrok C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32.

32. W rezultacie rząd włoski proponuje w ramach odpowiedzi na pytanie drugie, że zasady przywołane przez sąd odsyłający nie stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu zezwalającemu na wykluczenie oferenta, który nie spełnił danego obowiązku, gdy obowiązek ten, choć nie jest on wyraźnie przewidziany ustawowo w odniesieniu do rodzaju zamówienia publicznego objętego przetargiem, można wywieść za pośrednictwem dokonywanej systematycznie przez organy administracyjne danego państwa członkowskiego wykładni określonych przepisów ustawowych.

33. Komisja uważa natomiast, że pytanie drugie dotyczy w szczególności wykładni zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości. Jej zdaniem wspomniane zasady oznaczają, że instytucja zamawiająca powinna w jasny sposób określić wymogi przetargu, tak aby mogły one być znane rozsądnie poinformowanemu i wykazującemu zwykłą staranność oferentowi. Ponadto Komisja zaznacza, że dyrektywa 2004/18 wymaga, by podstawy wykluczenia były wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

34. W opinii Komisji wymogi te nie są spełnione, gdy obowiązek, którego niewypełnienie jest zagrożone wykluczeniem (w rozpatrywanym przypadku – uiszczenie składki na rzecz organu administracyjnego), nie jest wyraźnie przewidziany w dokumentach przetargowych ani nie wynika z pozytywnego prawa krajowego, a można go tylko wywieść na podstawie szerokiej wykładni tego prawa, pozwalającej na uzupełnienie luki, która w przeciwnym razie pojawiałaby się w tych dokumentach. W ocenie Komisji sytuacja ta przynosi w szczególności szkodę, oprócz krajowych podmiotów gospodarczych, podmiotom z innych państw członkowskich, które ponoszą ryzyko znalezienia się w niekorzystnej pozycji.

35. Komisja uważa poza tym, że zasady równego traktowania i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca umożliwiła podmiotowi gospodarczemu spełnienie w wyznaczonym przez siebie terminie spornego obowiązku zapłaty.

V – OCENA

A – Pytanie pierwsze

36. Choć zdaniem rządu włoskiego dopuszczalność omawianego pytania jest wątpliwa, nie proponuje on jednak uznania go za niedopuszczalne. I nie istnieją w sposób oczywisty powody, by z góry odrzucić wątpliwości sądu odsyłającego co do zgodności z art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 normy krajowej, która w kontekście postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi zezwala podmiotowi gospodarczemu na powołanie się w części na zdolności innego podmiotu dla celów spełnienia kryteriów udziału w tym postępowaniu.

37. Jednakże zgadzam się z rządem włoskim i z Komisją, że do niniejszej sprawy ma zastosowanie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości ustalone w wyroku Swm Costruzioni, gdyż obie sprawy są zasadniczo identyczne w zakresie odnoszącym się do roztrząsanych aspektów prawnych.

38. W wyroku Swm Costruzioni Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 „nie zakazują [...] co do zasady kandydatom lub oferentom powołania się na kwalifikacje wielu podmiotów trzecich w celu wykazania, że spełniają oni minimalne wymogi. Tym bardziej rzeczone przepisy nie stanowią żadnego zasadniczego zakazu odwołania się przez kandydata lub oferenta do kwalifikacji jednego lub wielu podmiotów trzecich w połączeniu z własnymi kwalifikacjami w celu spełnienia kryteriów określonych przez instytucję zamawiającą”⁸.

8 — Wyrok C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 30.

39. Według Trybunału Sprawiedliwości możliwość ta nie jest bezwarunkowa, lecz jest uzależniona od tego, iż „zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie w rzeczywistości mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia”⁹.

40. Oczywiście Trybunał Sprawiedliwości nie wyklucza, że „istnieją szczególne roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów”¹⁰, co stanowi okoliczność, w której należy „wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny”¹¹. Niemniej Trybunał uważa, że „taki przypadek stanowi nadzwyczajną sytuację”¹², uznając w rezultacie, że „dyrektywa 2004/18 sprzeciwia się temu, aby wskazany wymóg stał się ogólną zasadą na mocy prawa krajowego, jak ma to miejsce w przypadku art. 49 ust. 6 dekretu ustawodawczego nr 163/2006”¹³.

41. W świetle powyższego na pytanie zadane przez sąd odsyłający można odpowiedzieć przy użyciu tych samych sformułowań, które zastosował Trybunał Sprawiedliwości, wydając wyrok Swm Costruzioni. Należy zauważyć ponadto, podobnie jak to uczyniła Komisja¹⁴, że w niniejszej sprawie nie zachodzi wyjątkowy przypadek, w którym zgodnie z pkt 35 wspomnianego wyroku można „wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy”, gdyż zdolność, o którą tu chodzi, ma charakter czysto ekonomiczny.

42. Sąd odsyłający argumentuje, że jeszcze w większej mierze, niż to wynika z dyrektywy 2004/18, dyrektywa 2014/24 mogła nałożyć bardziej rygorystyczne granice na możliwość powołania się na zdolności osób trzecich dla celów spełnienia kryteriów przetargowych. Ze swej strony zarówno rząd włoski, jak i Komisja uważają, że ta ostatnia dyrektywa nie ma zastosowania w niniejszym przypadku. Zgadzam się w pełni z tą oceną.

43. Sam sąd odsyłający przyznaje, że nie upłynął jeszcze termin na dokonanie transpozycji dyrektywy 2004/24, co stanowi wystarczającą podstawę wykluczenia jej stosowania w niniejszej sprawie, jednakże powołuje się na „ciążąc[y] na sądach krajowych obowiązek] wybrania i uprzywilejowywania – spośród wszystkich możliwych wykładni prawa wewnętrznego – tylko tych wykładni, które są zgodne z przepisami prawa Unii podlegającymi transpozycji”¹⁵.

44. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości nakłada na państwa członkowskie obowiązek „powstrzyma[nia się] od podejmowania jakichkolwiek działań, które mogłyby poważnie zagrozić osiągnięciu rezultatu przewidzianego w tej dyrektywie”¹⁶, jednak nie posuwa się do tego, by zobowiązywać sąd krajowy do interpretowania własnego prawa krajowego w sposób całkowicie zgodny z dyrektywą, której termin transpozycji jeszcze nie upłynął.

45. Ponadto dyskusyjna jest dokonana przez sąd odsyłający ocena, zgodnie z którą dyrektywa 2014/24 jest bardziej restrykcyjna od dyrektywy 2004/18 w odniesieniu do możliwości korzystania ze zdolności osób trzecich; nie sądzę, by w tym względzie konieczne było przeprowadzenie dalszych rozważań merytorycznych z uwagi na to, że nie jest to istotne dla rozstrzygnięcia sporu.

9 — Wyrok C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 33.

10 — Wyrok C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35.

11 — Ibidem.

12 — Wyrok C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 36.

13 — Ibidem.

14 — Uwagi Komisji na piśmie, pkt 30.

15 — Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, pkt C1.

16 — Wyrok Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, pkt 45.

46. W rezultacie uważam, że art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 nie stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które w okolicznościach sprawy rozważanej w postępowaniu głównym zezwala na powołanie się w części na zdolności innych przedsiębiorstw dla celów spełnienia warunków dopuszczalności.

B – Pytanie drugie

47. Drugie z pytań sądu odsyłającego wydaje się mi bardziej delikatne. Rozbieżność stanowisk reprezentowanych przez rząd włoski i przez Komisję świadczy o jego trudności. Podczas gdy rząd włoski twierdzi, że wykluczony podmiot nie mógł nie wiedzieć o konieczności spełnienia spornego warunku (uprzedniego uiszczenia składki na AVCP), Komisja jest zdania, że wspomniany warunek mógłby być tylko wymagalny, gdyby został wyraźnie wymieniony w dokumentach przetargowych lub w jasny sposób wynikał z obowiązującego prawa pozytywnego.

48. W moim osądzie te dwa stanowiska są faktycznie bliższe, niż można by zakładać. Otóż rząd włoski wziął pod uwagę kryterium wymagalności dotyczącej znajomości spornego warunku, podczas gdy Komisja skupiła się na kryterium jawności. Ostatecznie chodzi tu o dwie uzupełniające się perspektywy, gdyż jawność warunku służy temu, by się z nim zapoznać, a jest to wyłącznie możliwe (i wymagane), jeśli warunek ten został należycie opublikowany.

49. Orzecznictwo Trybunału położyło nacisk na to, by „wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia”¹⁷.

50. Obowiązek ujawnienia „w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny” wynika w pierwszej kolejności z zasady równego traktowania, która „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”¹⁸, a w drugiej kolejności z zasady przejrzystości, której celem jest „zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej”¹⁹. Zasady równego traktowania i przejrzystego działania to „zasady udzielania zamówień”, o których mowa w art. 2 dyrektywy 2004/18 i które powinny być przestrzegane przez instytucje zamawiające.

51. Nie ulega zatem wątpliwości, że oferenci powinni mieć możliwość zaznajomienia się z warunkami przetargu, co odpowiada podstawowym wymogom równości i przejrzystości. Jednak jest bardziej dyskusyjne, w jakiej mierze muszą wyraźnie widnieć w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji *wszystkie* wymogi dopuszczalności udziału w przetargu, czy też – przeciwnie – określone wymogi o charakterze ogólnym można uznawać za znane, nawet gdy nie są ujęte wyraźnie we wspomnianych dokumentach.

52. Moim zdaniem przy uwzględnieniu celu realizowanego przez obowiązek jawności warunków – którym jest właśnie zagwarantowanie, by „wszyscy rozsądnie poinformowani i wykazujący zwykłą staranność oferenci” mogli zrozumieć ich treść i zakres – byłoby nielogiczne, by instytucje zamawiające były także zobowiązane do wyszczególnienia warunków nakładanych przez przepisy

17 — Wyrok Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44, z odniesieniem do wyroku Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 108–111.

18 — Ibidem.

19 — Ibidem.

regulacyjne o charakterze generalnym, których „rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność” oferent nie może nie znać. Myślę na przykład o podstawowych wymogach, które w kontekście prawa cywilnego i handlowego dotyczą zdolności prawnej osób i spółek, wymogach, o których żaden podmiot gospodarczy nie może nie wiedzieć ani co do których nie może on wymagać, by były ujęte wyraźnie i szczegółowo w dokumentacji przetargu publicznego.

53. Jest pewne, że mogą pojawiać się z kolei wątpliwości co do innych wymogów mniej „oczywistych” bądź, innymi słowy, mniej „logicznych” lub „naturalnych”, lecz których nieznajomości przez minimalnie starannego i poinformowanego oferenta nie można zaakceptować. Właśnie staranność i poinformowanie, których w rozsądnej mierze wymaga się od oferenta, stanowią moim zdaniem decydujące kryterium dla optymalnego zrozumienia ducha, który przyświeca art. 2 dyrektywy 2004/18 oraz wykładni zasad równości i przejrzystości dokonywanej w tym kontekście przez Trybunał Sprawiedliwości²⁰.

54. Rząd włoski podniósł w uwagach na piśmie²¹, że art. 46 ust. 1 bis dekretu ustawodawczego nr 163/2006 ustanawia jako podstawy wykluczenia, oprócz tych przewidzianych w samym dekrete ustawodawczym i w ogłoszeniu o zamówieniu, podstawy przewidziane „przez inne obowiązujące przepisy prawne”. Do tych „innych obowiązujących przepisów prawnych” mogą się zaliczać przepisy dotyczące obowiązków fiskalnych wspólnych dla wszystkich oferentów, obowiązków, z których muszą się wywiązać pod rygorem wykluczenia z przetargu.

55. Artykuł 27 ust. 1 dyrektywy 2004/18 nie wymaga konkretnie, by specyfikacja wymieniała szczegółowo wszystkie „obowiązk[y] związan[e] z podatkami, ochroną środowiska, a także przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkach pracy obowiązującymi w danym państwie członkowskim”. Oferenci lub kandydaci nie przestają podlegać tym obowiązkom – których niespełnienie może ewentualnie skutkować wykluczeniem – ze względu na to, że nie widnieją wyraźnie w dokumentach przetargowych.

56. To według prawa włoskiego, w zależności od wykładni nadanej mu przez sądy włoskie, należy rozstrzygnąć, czy składkę na rzecz AVCP można zakwalifikować ze względu na jej cechy charakterystyczne jako obowiązek o charakterze fiskalnym w szerokim rozumieniu. Do sądów włoskich (poprzez potwierdzenie lub odrzucenie wykładni dokonanej przez organ publiczny będący adresatem składki) należy także określenie podmiotowego i przedmiotowego zakresu art. 1 ust. 65 i 67 ustawy nr 266/2005, dotyczącego składki, której nieuiszczenie spowodowało wykluczenie CRGT z przetargu.

57. Trybunał Sprawiedliwości nie powinien interweniować w debacie – którą zakwalifikowałabym jako czysto wewnętrzną – na temat tego, czy włoskie organy administracyjne lub sądowe dokonały bardziej czy mniej szerokiej wykładni przepisów ustawy nr 266/2005. Jeśli, jak wynika z postanowienia odsyłającego, AVCP systematycznie dokonywał wykładni ustawy nr 266/2005 w ten sposób, że wymóg uiszczenia składki ma zastosowanie do zamówień na usługi, a stanowisko to zostało potwierdzone przez Consiglio di Stato jako sąd, do którego należy ostatnie słowo w sprawie prawa wewnętrznego, to należy się do tego stanowiska stosować.

58. Te same rozważania mają zastosowanie do wykluczającego skutku nieuiszczenia składki. Podobnie – i zgodnie informacjami podanymi w aktach sprawy – zarówno AVCP, jak i organy sądowe, które wsparły jego stanowisko, uznały, że niespełnienie obowiązku uiszczenia wspomnianej składki przewidzianej przez bezwzględnie obowiązującą normę, ale nie w specyfikacji, pociąga za sobą nieuchronnie wykluczenie z przetargu.

20 — Oprócz ww. wyroków *Cartiera dell’Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345) i *Komisja/CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236) należy wymienić między innymi wyroki: *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553); *La Cascina i in.* (C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94); *Manova* (C-336/12, EU:C:13:647) i *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Punkt 66.

59. Wszystko wskazuje, że wykładania, która leży u podstaw stosowania art. 1 ust. 65 i 67 ustawy nr 266/2005 do zamówień publicznych, wynika z ustalonego od co najmniej 2008 r. orzecznictwa właściwego organu administracyjnego, AVCP. Jak się wydaje, taka wykładnia została potwierdzona przez krajowy najwyższy sąd administracyjny w orzecznictwie, przy czym data zapoczątkowania tego orzecznictwa nie została uściślona w niniejszym postępowaniu. W każdym razie można zakładać logicznie, że orzecznictwo to jest stosowane regularnie przez AVCP we wszystkich przypadkach przetargów dotyczących zamówień na usługi (rząd włoski wylicza bowiem wydane przez AVCP w kolejnych latach różne decyzje tej treści). Należy wreszcie domniemywać, że podmiot gospodarczy wykluczony w głównym postępowaniu sądowym (CRGT), który świadczył uprzednio usługi będące przedmiotem przetargu, znał to orzecznictwo lub mógł je znać.

60. Z powyższymi zastrzeżeniami można w rezultacie mówić o podstawie wykluczenia, która choć nie widnieje wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji, ukształtowała się w drodze utrwalonej wykładni, potwierdzonej sądownie, przepisu ustawowego. Wykładnia przyjęta przez AVCP i potwierdzona sądownie skutkuje niedopuszczalnością ofert złożonych bez uiszczenia składki.

61. Przyznaję, że teoretycznie można by zakwalifikować ten warunek jako trudny do zidentyfikowania, tak że wymaganie jego spełnienia nie byłoby w zasadzie zgodne z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości w tej dziedzinie. Uważam jednak, że uwzględniając kryterium minimalnie starannego i poinformowanego oferenta, można by na to spojrzeć w inny sposób, choć jak wyjaśniam dalej, być może Trybunał Sprawiedliwości nie jest w najlepszym położeniu, by na to zwrócić uwagę.

62. Wyłącznie sąd odsyłający jest bowiem w stanie określić, czy w okolicznościach konkretnego przypadku wykluczony oferent mógł czy nie mógł nie znać wykładni ustawy nr 266/2005 i przyjętej w tym rodzaju przetargów praktyki, ugruntowanej stałym stosowaniem przez administrację, zgodnie z którą to praktyką składka na rzecz AVCP jest wymagana także w odniesieniu do zamówień na usługi. Dla celów dokonania tej oceny może być użyteczne ustalenie, czy wykluczony oferent uczestniczył w mających te same cechy przetargach, w których sporny obowiązek był uważany za wymagalny na podstawie przyjętej przez AVCP wykładni ustawy nr 266/2005.

63. Wreszcie do organu sądowego należy określenie, czy wśród przedsiębiorstw będących oferentami w postępowaniach dotyczących zamówień publicznych orzecznictwo AVCP i orzecznictwo Consiglio di Stato są na tyle znane, by wniesć na tej podstawie, że wykazujący staranność i poinformowany oferent nie mógł o nich nie wiedzieć.

64. To ostatnie stwierdzenie prowadzi do innego, które uważam za istotne z punktu widzenia zasady równego traktowania. Chodzi o to, że jeśliby stwierdzono, iż w praktyce większość oferentów zna orzecznictwo AVCP i z tego względu uiszcza stosownie sporną składkę, zwolnienie z tego obowiązku konkretnego oferenta stanowiłoby dyskryminację.

65. Oczywiście, jak zasygnalizowała Komisja²², wymaganie spełnienia obowiązku takiego jak rozpatrywany może okazać się szczególnie niekorzystne dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, których poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni autentycznej może nie być porównywalny do poziomu reprezentowanego przez oferentów krajowych. Jednakże kryterium rozsądnie poinformowanego i wykazującego zwykłą staranność oferenta – kluczowe dla proponowanego przeze mnie rozstrzygnięcia – pozwala na obejście tej trudności, jako że stopień poinformowania i staranność muszą w każdym przypadku być dostosowane do cech konkretnego oferenta, tak że w niniejszej sprawie nieznanomość, której nie można zaakceptować u CRGT, mogła by być do przyjęcia względem oferenta z zagranicy.

22 — Uwagi Komisji, pkt 38 in fine.

66. Pozostaje na końcu wątpliwość co do ewentualnej sanacji niespełnienia obowiązku uiszczenia składki, o której mowa w ustawie nr 266/2005. W tym względzie w zgodzie z Komisją jestem zdaniem, że w razie przyjęcia przez sąd odsyłający, że rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność oferent nie wiedział o istnieniu wspomnianego obowiązku, instytucja zamawiająca powinna wyznaczyć mu wystarczający termin na sanowanie tego uchybienia. Konsekwencja ta wynika a contrario z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którym podmiot zamawiający nie musi dopuścić „jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferty”²³. Byłoby tak właśnie w przypadku niespełnienia obowiązku, którego nie można by wywieść z „wyraźnych postanowień dokumentacji przetargowej”.

67. Podsumowując, prawo Unii nie stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu zezwalającemu na wykluczenie z publicznego postępowania przetargowego oferenta, który nie spełnił obowiązku o charakterze fiskalnym, w razie gdy choć nie był on w sposób wyraźny zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji, obowiązek ten wynika z dokonywanej przez organy administracji i potwierdzonej przez sądy utrwalonej wykładni mającej zastosowanie ustawy krajowej, o ile o wspomnianej okoliczności nie może nie wiedzieć rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność oferent, czego stwierdzenie należy do sądu krajowego. W razie przyjęcia, że nieznanomość tego obowiązku nie jest nie do zaakceptowania, instytucja zamawiająca powinna wyznaczyć wykluczonemu oferentowi wystarczający termin na sanowanie braku jego spełnienia.

VI – Wnioski

68. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, by na pytania prejudycjalne odpowiedział w sposób następujący:

- 1) Artykuły 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 należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które zezwala przedsiębiorstwu na powołanie się w części na zdolności innego podmiotu w opisanych powyżej warunkach w zakresie usług.
- 2) Zasady prawa Unii Europejskiej, a w szczególności zasady równego traktowania i przejrzystości, nie stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu zezwalającemu na wykluczenie z publicznego postępowania przetargowego oferenta, który nie spełnił obowiązku o charakterze fiskalnym, w razie gdy choć nie był on w sposób wyraźny zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji, obowiązek ten wynika z dokonywanej przez organy administracji i potwierdzonej przez sądy utrwalonej wykładni mającej zastosowanie ustawy krajowej, o ile o wspomnianej okoliczności nie może nie wiedzieć rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność oferent, czego stwierdzenie należy do sądu krajowego. W razie przyjęcia, że nieznanomość tego obowiązku nie jest nie do zaakceptowania, instytucja zamawiająca powinna wyznaczyć wykluczonemu oferentowi wystarczający termin na sanowanie braku jego spełnienia.

23 — Wyrok Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 46.