



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
M. CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 28 lutego 2018 r.¹

Sprawa C-14/17

VAR, Srl
przeciwko
Iveco Orecchia SpA,
przy udziale:
Azienda de Trasporti Milanesi SpA – (ATM)

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Umowa przewozu – Dostawa części zamiennych do autobusów, trolejbusów i tramwajów – Specyfikacje techniczne – Produkty równoważne względem produktów objętych konkretnym znakiem towarowym – Dowód równoważności – Ustawa krajowa umożliwiająca badanie równoważności po udzieleniu zamówienia

1. Podmioty zamawiające powinny określić w publikowanej specyfikacji warunków zamówienia cechy robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach zamówienia publicznego. Wśród nich mogą znajdować się cechy odnoszące się do „specyfikacji technicznych” odpowiednich produktów lub usług.
2. Niewłaściwy opis tych specyfikacji technicznych może stanowić co najmniej poważną „barierę wejścia na rynek” dla niektórych oferentów, a w skrajnych przypadkach przesądzać (również wskutek oszustwa) o ostatecznym wyborze oferenta, jeżeli wskazane zostaną cechy produktów lub usług, które tylko ten oferent jest w stanie zaoferować.
3. Chęć zapobieżenia takim nieuczciwym praktykom oraz dążenie do „umożliwi[enia] otwarci[a] procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję”² skłoniły prawodawcę Unii do ustanowienia przepisów w tej dziedzinie. Wśród nich znajduje się mający zastosowanie w niniejszym postępowaniu art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17/WE³, zgodnie z którym, w drodze wyjątku, możliwe jest „[zawarcie odniesienia] do konkretnego [...] znaku towarowego, patentu, rodzaju, danego pochodzenia lub produkcji”, pod warunkiem że towarzyszą mu słowa „lub równoważny”.
4. W sprawie zawisłej przed włoskim sądem w specyfikacji warunków zamówienia zastosowano ten szczególny przepis, wskazując, że przedmiotem zamówienia jest „dostawa oryginalnych lub oryginalnie wytworzonych przez producenta lub równoważnych im części zamiennych do autobusów, trolejbusów i tramwajów produkcji Iveco”.

¹ Język oryginału: hiszpański.

² Motyw 29 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6. t. 7, s. 132).

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6. t. 7, s. 131).

5. Powstały spór nie dotyczy ważności samej specyfikacji technicznej (zapewniała ona bowiem możliwość dostawy części równoważnych), lecz momentu, w którym oferent musi przedstawić zaświadczenie o równoważności części zamiennych.

6. Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia dowód mógł zostać przedłożony instytucji zamawiającej po udzieleniu zamówienia „przy okazji pierwszej dostawy równoważnej części zamiennej”. Sąd odsyłający ma jednak wątpliwości, czy przepis ten jest zgodny z art. 34 dyrektywy 2004/17/WE. Byłoby tak, gdyby, zgodnie z tym przepisem, dowód równoważności należało załączyć obowiązkowo do oferty lub, w każdym przypadku, dostarczyć przed udzieleniem zamówienia.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 2004/17

7. Artykuł 34 dyrektywy 2004/17 stanowi:

„1. Specyfikacje techniczne według definicji w pkt 1 załącznika XXI powinny być przedstawione w dokumentacji zamówienia, takiej jak ogłoszenie o zamówieniu, dokumenty zamówienia lub dodatkowe dokumenty. Tam gdzie jest to możliwe, specyfikacje techniczne powinny być zdefiniowane w sposób uwzględniający kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub zaprojektowane dla wszystkich użytkowników.

2. Specyfikacje techniczne powinny umożliwić równy dostęp dla oferentów i nie powinny tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję.

3. Bez uszczerbku dla obowiązujących krajowych zasad technicznych oraz w zakresie, w jakim są one zgodne z prawem wspólnotowym, specyfikacje techniczne powinny być sformułowane w następujący sposób:

- a) przez odniesienie do specyfikacji technicznych zdefiniowanych w załączniku XXI oraz, w kolejności, poprzez odniesienie do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich aprobat technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – jeżeli takie nie istnieją – do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych, obejmujących zasady projektowania, wyliczeń i wykonania obiektu budowlanego oraz wykorzystania produktów. Przy każdym odniesieniu powinny pojawić się słowa »lub równoważne«;
- b) albo poprzez określenie wymogów w zakresie wykonania lub funkcjonalności. Ten ostatni przypadek może obejmować charakterystykę w zakresie środowiska. Jednakże parametry takie muszą być dostatecznie precyzyjne, aby oferenci mogli określić przedmiot zamówienia, a podmioty zamawiające mogły udzielić zamówienia;
- c) albo poprzez określenie wymogów w zakresie wykonania lub funkcjonalności, o których mowa w lit. b), z odniesieniem do specyfikacji wymienionych w lit. a), aby zapewnić zgodność z tego rodzaju wymogami w zakresie wykonania lub funkcjonalności;
- d) albo poprzez odniesienie do specyfikacji wymienionych w lit. a) w zakresie niektórych charakterystyk oraz poprzez odniesienie do wymogów co do wykonania lub funkcjonalności, o których mowa w lit. b), w zakresie innych charakterystyk.

4. Jeżeli podmiot zamawiający skorzysta z możliwości odniesienia do specyfikacji wymienionych w ust. 3 lit. a), nie może on odrzucić oferty, dlatego że oferowane produkty i usługi nie są zgodne ze specyfikacjami, do których zrobił odniesienie, o ile oferent udowodni w swojej ofercie w sposób zadowalający podmiot zamawiający, wykorzystując w tym celu wszelkie właściwe środki, że rozwiązania, które proponuje, spełniają w równoważny sposób wymogi określone w specyfikacjach technicznych.

Właściwe środki mogą obejmować dokumentację techniczną producenta lub raport z testów wykonanych przez uznany organ.

[...]

8. O ile nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia, specyfikacje techniczne nie odnoszą się do konkretnego procesu produkcji lub pochodzenia lub znaku towarowego, patentu, rodzaju lub danego pochodzenia, lub produkcji skutkujących preferowaniem niektórych przedsiębiorstw lub niektórych produktów lub ich wyeliminowaniem. W wyjątkowych przypadkach dopuszcza się stosowanie takich odniesień, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób zgodnie z ust. 3 i 4. W przypadku takiego odniesienia należy dodać słowa »lub równoważny«.

8. Artykuł 54, zatytułowany »Kryteria kwalifikacji podmiotowej«, stanowi:

„1. Podmioty zamawiające, które ustanawiają kryteria kwalifikacji w procedurze otwartej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami [...]”.

B. Prawo włoskie

9. Zgodnie z art. 68 ust. 13 decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 163 z 2006 r.⁴:

„Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie zawierają odniesienia do konkretnej marki ani do źródła, ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów. Odniesienie takie jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, gdy dostatecznie precyzyjny i zrozumiały opis przedmiotu zamówienia, zgodny z ust. 3 i 4, nie jest możliwy, pod warunkiem że temu odniesieniu towarzyszą słowa »lub równoważny«.

II. Okoliczności faktyczne sporu i pytanie prejudycjalne

10. Azienda Trasporti Milanesi (zwana dalej „ATM”) ogłosiła otwartą procedurę przetargową⁵ na powierzenie „dostaw oryginalnych lub oryginalnie wytworzonych przez producenta lub równoważnych im części zamiennych do autobusów, trolejbusów i tramwajów produkcji Iveco”.

11. Wartość zamówienia wynosiła 3 350 000,00 EUR plus VAT i przewidywała dostawę 2195 części zamiennych oznaczonych znakiem towarowym IVECO/FIAT lub względem nich równoważnych. Kryterium udzielenia zamówienia była najniższa cena, z możliwością licytacji po złożeniu pierwszych ofert między oferentami sklasyfikowanymi na pierwszych miejscach.

4 Decreto Legislativo z dnia 12 kwietnia 2006 r., na mocy którego dokonano transpozycji dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE (GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.).

5 Ogłoszenie o przetargu zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 25 lutego 2015 r. (2015/S 039-067523).

12. W specyfikacji warunków zamówienia wskazano, że:

- przez „oryginalne części zamienne” należy rozumieć zarówno te „wyprodukowane przez samego producenta pojazdu”, jak i te „wyprodukowane przez dostawców producenta pojazdu [...], co do których producent zaświadczy, że zostały wyprodukowane zgodnie ze specyfikacjami i normami produkcyjnymi określonymi przez producenta pojazdu”;
- „równoważne części zamienne” zostały zdefiniowane jako „produkowane przez jakiekolwiek przedsiębiorstwo, które zaświadczy, że ich jakość odpowiada elementom używanym do montażu pojazdu i częściom zamiennym dostarczonym przez producenta pojazdu”⁶.

13. W specyfikacji warunków zamówienia wyjaśniono, że „przy okazji pierwszej dostawy równoważnej części zamiennej dostawca powinien przedstawić zaświadczenie o jej równoważności względem produktów oryginalnych, co jest warunkiem niezbędnym dla przyjęcia produktu”⁷.

14. Do licytacji przystąpiły jedynie VAR, s.r.l. z równoważnymi częściami zamiennymi oraz Iveco Orecchia s.p.a. z oryginalnymi częściami zamiennymi. Zamówienia udzielono VAR.

15. Iveco Orecchia zaskarżyła tę decyzję do Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia – Milano (regionalnego sądu administracyjnego dla Lombardii – Mediolan, Włochy), który wyrokiem nr 679 z dnia 11 kwietnia 2016 r. uwzględnił skargę.

16. Zdaniem sądu pierwszej instancji do oferenta należało, zgodnie z brzmieniem art. 68 decreto legislativo nr 163 z 2006 r., wykazanie w toku postępowania przetargowego równoważności oferowanych części względem części oryginalnych. W związku z tym należało wykluczyć VAR z przetargu, ponieważ złożyła oświadczenie o woli zaoferowania części zamiennych równoważnych względem części oryginalnych (jak było to dozwolone przez *lex specialis*) bez dostarczenia, ani na etapie składania ofert, ani w toku postępowania przetargowego, zaświadczeń o równoważności względem produktów oryginalnych lub innego dowodu.

17. Wyrok zaskarżono do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy), który to sąd zauważył, że specyfikacja warunków zamówienia nie nakładała na oferenta obowiązku wykazania równoważności przed udzieleniem zamówienia, lecz przy okazji pierwszej dostawy części zamiennych.

18. Sąd ten uznał, że ponieważ włoskie przepisy transponujące dyrektywę 2004/17 stanowią dosłowne powtórzenie jej art. 34 ust. 8, można wykluczyć co do zasady jakąkolwiek sprzeczność między prawem krajowym i prawem Unii. Jednakże zachodzi wątpliwość, czy możliwa jest wykładnia systemowa dyrektywy 2004/17, która prowadziłaby do uznania, że dowód równoważności należało przedstawić obowiązkowo już na etapie składania ofert.

19. W tym kontekście Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) zwraca się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „a) Przede wszystkim: czy art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17/WE należy rozumieć w ten sposób, że nakłada on obowiązek udowodnieni[a] równoważności z oryginałem produktów będących przedmiotem dostawy już w toku przedstawiania ofert?

⁶ Dokument „specificata tecnica” (specyfikacje techniczne), pkt 2.1 i 2.2.

⁷ Ibidem, pkt 5.

- b) Posiłkowo w stosunku do pytania pierwszego, w sytuacji gdyby odpowiedź na pytanie zawarte w lit. a) powyżej była przecząca: w jaki sposób należy zagwarantować poszanowanie zasad równego traktowania i bezstronności, pełnej konkurencyjności i dobrej administracji, a także prawa do obrony i kontrydiktoryjności innych uczestników przetargu?”.

III. Zwięzłe przedstawienie uwag stron

20. Według VAR i ATM na pierwsze pytanie prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Wychodząc z założenia, że przy dokonywaniu wykładni przepisów prawa Unii należy brać pod uwagę nie tylko ich brzmienie, lecz także kontekst oraz realizowany cel, spółki te twierdzą, że:

- Artykuł 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 nie zawiera żadnego postanowienia wskazującego, że oferenci powinni przedłożyć dowód równoważności wraz ze składanymi przez siebie ofertami.
- W art. 34 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/17 opisano jakość zamawianych produktów. W konsekwencji oferent, który zamierza złożyć ofertę odnoszącą się do produktów określonych w ust. 4, których parametry techniczne nie są zgodne z tymi określonymi w specyfikacjach technicznych specyfikacji przetargowej, musi udowodnić, że oferowana przez niego alternatywa jest funkcjonalnie równoważna dla zaspokojenia potrzeb instytucji zamawiającej.
- Natomiast w przypadku określonym w art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 brak jest opisu cech charakterystycznych, funkcji i wydajności żadanego produktu; wymagane jest jedynie dostarczenie samego produktu określonego w specyfikacji, lecz pochodzącego z innego źródła niż od pierwotnego producenta, jako że dotyczy to przypadków, w których taki opis nie jest możliwy, jeśli nie został wskazany za pomocą konkretnego znaku towarowego.
- W tej sytuacji, w celu ochrony wolnej konkurencji, oferenci mogą składać oferty na produkty równoważne, nawet jeśli są to produkty objęte innym znakiem towarowym, bez konieczności przedstawienia dowodu równoważności na podstawie art. 34 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/17. Odmienne interpretacja prowadziłaby bowiem do nieuczciwych wyników i nie byłoby zrozumiałe, dlaczego w sytuacji gdy instytucja zamawiająca stosuje odniesienie do znaku towarowego w celu uproszczenia procedury, oferent będzie musiał znaleźć się w mniej korzystnej sytuacji niż gdyby zastosowano tradycyjne środki definiujące parametry techniczne.
- Wymóg, aby dowód równoważności został przedstawiony wraz z ofertą, byłby sprzeczny z celem ułatwienia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję, ponieważ oznaczałby konieczność posiadania takiego dowodu z wyprzedzeniem i w stosunku do dużej liczby produktów (nierazko tysięcy), których administracja może ostatecznie nie nabyć. Stanowi to zatem bezużyteczne i uciążliwe obciążenie, które nadmiernie utrudniałoby udział w procedurach przetargowych dostawcom „produktów równoważnych”, z korzyścią dla dystrybutorów oryginalnych części zamiennych i producentów pojazdów.
- Zawiadomienie Komisji z dnia 28 maja 2010 r. uzupełniające wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych w porozumieniach dotyczących sprzedaży i napraw pojazdów silnikowych oraz dystrybucji części zamiennych do pojazdów silnikowych⁸ potwierdzałoby, że w ramach polityki konkurencji w sektorze motoryzacyjnym niezbędna jest ochrona dostępu producentów części zamiennych do rynku wtórnego. Gwarantuje to, że części zamienne objęte konkurencyjnymi znakami towarowymi są stale dostępne dla niezależnych lub autoryzowanych warsztatów, jak również dla dystrybutorów hurtowych.

⁸ (Dz.U. 2010, C 138, s. 16; zwane dalej „uzupełniającymi wytycznymi”).

21. Jeśli chodzi o pytanie drugie, VAR i ATM są zdania, że mechanizmy, których celem jest poszanowanie zasad wskazanych przez sąd odsyłający, wynikają z dokumentacji przetargowej przygotowanej przez instytucję zamawiającą.

22. Iveco Orecchia, rząd włoski i Komisja utrzymują, że art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 nie przewiduje obowiązku przedstawienia dowodu równoważności wraz ze składaną ofertą, jednakże wykładnia systemowa przepisu prowadzi do takiego właśnie wniosku.

23. Według Iveco Orecchia i rządu włoskiego dowód równoważności musi zostać przedłożony wraz z ofertą, z kolei Komisja jest zdania, że wystarczy, aby miało to miejsce w toku postępowania przetargowego, jednakże w każdym wypadku przed udzieleniem zamówienia. Ich twierdzenia można podsumować w następujący sposób:

- Jeżeli art. 34 ust. 4 i 5 dyrektywy 2004/17 ustanawia moment składania oferty jako ten, w którym oferent powinien dostarczyć dowód równoważności, to ust. 8 tego samego artykułu z uwagi na brak odniesienia do tej kwestii nie oznacza odstępstwa od tej zasady.
- Celem art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 jest z jednej strony zakazanie umieszczania w specyfikacji przetargowej specyfikacji technicznych nawiązujących do konkretnej marki lub źródła pochodzenia, a z drugiej wskazywania wyjątkowych okoliczności, w których nawiązania takie są dozwolone. Chodzi o szczególną treść, którą prawodawca unijny zawarł w tym przepisie; nie dziwi zatem fakt, że nie zauważono konieczności ponownego wskazania momentu, w którym dowód równoważności musi zostać przedstawiony.
- Niezależnie od przedmiotu zamówienia celem dowodu równoważności jest sprawdzenie przez instytucję zamawiającą, w jakim zakresie oferent jest w stanie spełnić warunki przetargu. Przedłożenie tego dowodu należy dokonać w trakcie postępowania przetargowego, jako że po zakończeniu rzeczonoego postępowania instytucja zamawiająca powinna podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w oparciu o kryterium najlepszego dopasowania oferty do warunków przetargu.
- Odmienna interpretacja prowadziłaby do sprzeczności pomiędzy art. 34 ust. 4 i 5 dyrektywy 2004/17 z jednej strony a jego ust. 8 z drugiej strony, z naruszeniem zasady równego traktowania. Gdyby oferentom umożliwiono przeprowadzenie dowodu równoważności po udzieleniu zamówienia, składane oferty nie byłyby już porównywalne i niektórzy oferenci mogliby przedstawić rzeczono dowody, podczas gdy inni mogliby zastrzec, że przedłożą je później.
- Co istotniejsze, instytucja zamawiająca narażałaby się na ryzyko zobowiązania się do nabycia produktów nienadających się do zaspokojenia jej potrzeb, gdyż jedynym rozwiązaniem byłoby dla niej unieważnienie umowy, co jak twierdzą Iveco Orecchia i rząd włoski, nie było zamiarem prawodawcy Unii przy opracowywaniu dyrektywy 2004/17.
- Wykładnię tę potwierdzają pozostałe przepisy dyrektywy 2004/17, takie jak art. 49 ust. 2 tiret drugie, który stanowi, że „podmiot zamawiający jest zobowiązany jak najszybciej poinformować: [...] o powodach odrzucenia ich oferty, w tym [...] o powodach decyzji o braku równoważności lub decyzji, że roboty budowlane, dostawy lub usługi nie spełniają wymogów w zakresie wykonania lub funkcjonalności”. Oznacza to ewidentnie, że badanie równoważności produktu wobec produktów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy użyciu specyfikacji technicznych przeprowadza się przed udzieleniem zamówienia.
- To samo wynika z art. 51 ust. 3 dyrektywy 2004/17. Dowód równoważności jest niezbędny do sprawdzenia, czy oferta spełnia wymogi specyfikacji technicznych, czego należy w każdym przypadku dokonać przed udzieleniem zamówienia.

IV. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

24. Postanowienie odsyłające wpłynęło do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości w dniu 11 stycznia 2017 r.

25. VAR, Iveco Orecchia, ATM, rząd włoski i Komisja Europejska przedstawiły uwagi na piśmie. Wszystkie z wyjątkiem rządu włoskiego podmioty stały się na rozprawie w dniu 6 grudnia 2017 r.

V. Ocena

A. Uwagi wstępne

26. Jak już wskazałem, sformułowanie specyfikacji technicznych w klauzulach regulujących przetarg o zamówienie publiczne może wywierać znaczący wpływ (ewentualnie negatywny) na konkurencję, tworząc nieuzasadnione przeszkody dla udziału w przetargu przez podmioty gospodarcze.

27. Obawa prawodawcy Unii w tym zakresie jest oczywista, dlatego zawarł on w art. 34 ust. 2 dyrektywy 2004/17 zasadę, że „specyfikacje techniczne [...] nie powinny tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję”⁹.

28. Ponieważ zamówienie będące przedmiotem sporu dotyczy dostawy części zamiennych do pojazdów silnikowych, należy moim zdaniem przed przystąpieniem do analizy dyrektywy 2004/17 przypomnieć, że prawodawca Unii połączył ochronę konkurencji z systemem wyłączeń grupowych, co znajduje odzwierciedlenie w rozporządzeniu (WE) nr 1400/2002¹⁰. W ramach tego rozporządzenia zamiarem prawodawcy była ochrona konkurencji¹¹ pomiędzy oryginalnymi częściami zamiennymi i częściami zamiennymi równoważnej jakości¹².

29. Komisja realizuje ten sam cel, co doprowadziło ją do przyjęcia w 2010 r. uzupełniających wytycznych do rozporządzenia nr 461/2010. W pkt 18 podkreślono, że jednym z celów Komisji jest „ochrona dostępu producentów części zamiennych do rynków towarów i usług posprzedażnych dla pojazdów silnikowych, zapewniając w ten sposób dostępność konkurencyjnych marek części zamiennych zarówno niezależnym i autoryzowanym warsztatom, jak i sprzedawcom hurtowym”.

⁹ Identyfikuje stanowi art. 60 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243).

¹⁰ Rozporządzenie Komisji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym (tak zwane „rozporządzenie Monti”; Dz.U. 2002, L 203, s. 30 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8. t. 2, s. 158), zastąpione po wygaśnięciu w dniu 31 maja 2010 r. rozporządzeniem Komisji (UE) nr 461/2010 z dnia 27 maja 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze pojazdów silnikowych (Dz.U. 2010, L 129, s. 52).

¹¹ Motyw 23 rozporządzenia nr 1400/2002 stanowi, że „[w] celu zapewnienia skutecznej konkurencji na rynku napraw i przeglądów oraz w celu umożliwienia mającym autoryzację osobom zajmującym się naprawami oferowania użytkownikom ostatecznym konkurencyjnych części zapasowych [zamiennych], takich jak oryginalne części zapasowe [zamiennych] i części zapasowe [zamiennych] o porównywalnej [równoważnej] jakości, zwolnienie nie powinno obejmować porozumień wertykalnych, które ograniczają możliwości w ramach systemu dystrybucji producenta pojazdów, niezależnych dystrybutorów części zapasowych [zamiennych], niezależnych osób zajmujących się naprawami lub użytkowników ostatecznych zaopatrywania się w części zapasowe [zamiennych] od producenta takich części zapasowych [zamiennych] lub od innych stron trzecich, według ich wyboru”. Podobnie sformułowano motyw 17 rozporządzenia nr 461/2010, jednakże dotyczy on możliwości ograniczenia sprzedaży przez producenta części zamiennych, a nie ich nabywania.

¹² Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. u) rozporządzenia nr 1400/2002 „»części zapasowe [zamiennych] porównywalnej [równoważnej] jakości« oznaczają wyłącznie części zapasowe [zamiennych] produkowane przez każde przedsiębiorstwo, które może w każdej chwili zaświadczyć, że części, których to dotyczy, odpowiadają pod względem jakości elementom, które są lub były zastosowane w montażu danych pojazdów silnikowych”.

30. W owych wytycznych Komisja wskazuje, że „[t]aka dostępność części oznacza znaczne korzyści dla konsumentów, przede wszystkim z uwagi na często ogromne różnice w cenach między częściami sprzedawanymi lub odsprzedawanymi przez producenta samochodu lub częściami alternatywnymi”¹³. Ograniczenie konkurencji może okazać się szczególnie szkodliwe dla konsumentów produktów ze względu na „ograniczenie ich wyboru, obniżenie jakości lub ograniczenie innowacji w zakresie danego produktu”¹⁴.

31. Prawdą jest, że podczas gdy ochrona konkurencji w odniesieniu do porozumień wertykalnych skupia uwagę na sile, jaką producenci mają na rynku, oraz na tym, jaki jest ich wpływ na kontrolę podaży, to zamówienia publiczne rozwijają się raczej po stronie popytu. Jednakże taki sam efekt zmniejszenia podaży może powstać na skutek działania instytucji zamawiającej, która poszukując produktów lub usług, ustanawia specyfikacje techniczne ograniczające w sposób nieuzasadniony krąg potencjalnych oferentów. Na tej podstawie korzyści z konkurencji w sferze zamówień prywatnych znajdują zastosowanie w dziedzinie zamówień publicznych.

32. Z tych działań prawodawczych można wywnioskować, że w sektorze zamówień prywatnych na części zamiennych do pojazdów silnikowych zasada otwarcia na konkurencję ma promować dążenie do możliwości oferowania na równych warunkach oryginalnych części zamiennych i części o równoważnej im jakości. Dążenie to powinno tym bardziej zostać rozszerzone na zamówienia publiczne.

B. W przedmiocie pytania pierwszego

33. Włączenie specyfikacji technicznych odnoszących się do określonego znaku towarowego do ogłoszeń o zamówieniach publicznych lub do specyfikacji warunków zamówienia zostało już zbadane przez Trybunał Sprawiedliwości przed przyjęciem w 2004 r. dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

34. Gdy obowiązywała dyrektywa 77/62/EWG¹⁵, w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich/Niderlandy¹⁶ Trybunał Sprawiedliwości przeanalizował postanowienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w której wskazano system operacyjny „UNIX” bez uwzględnienia słów „lub równoważny”. W jego ocenie „fakt niezamieszczenia po terminie »system UNIX« słów »lub równoważny« może [...] zniechęcić podmioty gospodarcze stosujące systemy analogiczne do UNIX do złożenia oferty w przetargu”.

35. Taka linia orzecznicza była kontynuowana na mocy dyrektywy 93/37/EWG¹⁷. W sprawie Komisja/Austria¹⁸ Trybunał Sprawiedliwości uwzględnił zarzut Komisji, zgodnie z którym sposób, w jaki państwo członkowskie sformułowało specyfikację techniczną w specyfikacji warunków zamówienia publicznego, „skutkowało faworyzowaniem »produktów Unix«”, z naruszeniem art. 10 ust. 6 dyrektywy 93/37.

¹³ Uzupełniające wytyczne, pkt 18.

¹⁴ Ibidem, pkt 28.

¹⁵ Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. 1977, L 13, s. 1).

¹⁶ Wyrok z dnia 24 stycznia 1995 r. (C-359/93, EU:C:1995:14), pkt 23–28. Późniejsze postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r., Vestergaard (C-59/00, EU:C:2001:654), pkt 22, odnosi się do tego wyroku.

¹⁷ Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1993, L 199, s. 54).

¹⁸ Wyrok z dnia 28 października 1999 r. (C-328/96, EU:C:1999:526), pkt 68 w związku z pkt 78.

36. Idea leżąca u podstaw tych wyroków zakłada, że użycie znaku towarowego w celu określenia specyfikacji technicznych, jeśli jest dopuszczone w drodze wyjątku, wymaga rozszerzenia kręgu odbiorców za pomocą wyrażenia „lub równoważny”. W ten sposób umożliwia się udział w przetargu pozostałym oferentom, innym niż producenci oryginalnych artykułów, co przyczynia się do zapobiegania powstawaniu nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję.

37. Artykuł 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 nie zawiera oznaczenia momentu, w którym instytucji zamawiającej należy udowodnić równoważność części zamiennych. Ten brak uregulowań pozwala państwom członkowskim na uregulowanie tej kwestii w prawie krajowym według własnych kryteriów albo za pomocą przepisu o charakterze generalnym, albo poprzez przyznanie instytucji zamawiającej swobody w tej dziedzinie. Jednakże powinny one kierować się podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych¹⁹.

38. Czy interpretacja art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 w związku z wykładnią jego ust. 3 i 4 powinna prowadzić do wniosku, że zaświadczenie o równoważności należy przedstawić koniecznie wraz ze składaną ofertą? Argumenty wysuwane przez tych, którzy opowiadają się za takim rozwiązaniem, nie są nieistotne pod względem gwarancji powodzenia w wyborze wykonawcy²⁰.

39. Dowód ten jest bowiem jednym z elementów oceny przez instytucję zamawiającą, czy oferent jest w stanie wywiązać się ze swoich zobowiązań umownych. W związku z tym powinna ona mieć miejsce przed udzieleniem zamówienia, ponieważ w przeciwnym przypadku jedynym wyjściem byłoby rozwiązanie umowy z powodu niewywiązania się z niej przez wykonawcę.

40. Ponadto, mając na uwadze, że art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 ogranicza się do ustanowienia ogólnego zakazu odnoszenia się w specyfikacjach technicznych do konkretnego znaku towarowego, a także do określenia, w jakich szczególnych przypadkach jest to dozwolone, należałoby zastosować te same kryteria co określone w jego ust. 3 i 4. Na ich podstawie okazuje się, że dowód równoważności powinien zostać złożony wraz z ofertą.

41. Mimo że rozumowanie to jest możliwe do przyjęcia, to prawdopodobnie nie uwzględnia innych elementów procesu decyzyjnego. W szczególności art. 34 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/17 przyznaje instytucji zamawiającej istotny zakres uznania przy sporządzaniu specyfikacji technicznych, aby pod względem funkcjonalnym osiągnąć cele przetargu, tak aby oferenci mogli przedstawić zadowalające warianty, w tym oczywiście rozwiązań *równoważnych* do tych, które są wymagane w specyfikacji warunków zamówienia. Logiczne jest zatem, że w takich przypadkach instytucja zamawiająca powinna dysponować od początku elementami oceny, w tym dowodami równoważności, różnych ofert.

42. Perspektywa zmienia się nieznacznie, gdy specyfikacje techniczne odnoszą się w sposób bezpośredni do znaku towarowego lub modelu produktu, jak w niniejszej sprawie. Ogólna zasada obowiązkowego sformułowania otwartych specyfikacji technicznych, zgodnie z art. 34 ust. 4 dyrektywy 2004/17, znajduje potwierdzenie w ust. 8, w którym wprowadzono zakaz nieuzasadnionego zamknięcia zakresu oceny.

19 W motywie 9 dyrektywy 2004/17 podkreślono otwarcie na konkurencję zamówień publicznych oraz poszanowanie zasady równego traktowania, której jedynie szczególnym wyrażeniem jest zasada niedyskryminacji, zasad wzajemnego uznania i proporcjonalności, jak również zasady przejrzystości.

20 Sposób uregulowania specyfikacji technicznych w dyrektywie 2014/25 (art. 60) nie uległ zmianie, ponieważ obok zasady ogólnej (ust. 3) utrzymano zasadę szczególną (ust. 4), która umożliwia odniesienie się do konkretnego znaku towarowego, „jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób” zgodnie z zasadą ogólną, wymagając przy tym, aby takiemu odniesieniu towarzyszyły słowa „lub równoważne”. Ustępy 5 i 6 ustanawiają wymóg przedstawienia dowodu równoważności wraz z ofertą w przypadkach, o których mowa w ust. 3, ale nie w przypadkach określonych w ust. 4.

43. Uzasadnieniem dla odniesienia do znaku towarowego, patentu lub podobnej kategorii w formie pojedynczej (przy każdorazowym dodaniu określenia „równoważne”) jest fakt, że przestaje istnieć brak precyzyjności. Jeżeli na przykład możliwe jest wyłącznie dostarczenie części zamiennych do pojazdów objętych jednym znakiem towarowym (w tym przypadku IVECO) lub części im równoważnych, instytucja zamawiająca opowiedziała się już za zastosowaniem „opisani[a] przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób”. To właśnie stanowi zasadniczą różnicę w odniesieniu do art. 34 ust. 3 i 4 dyrektywy 2004/17, która pozwala traktować w odmienny sposób wymogi wobec zaświadczeń o równoważności²¹.

44. To instytucja zamawiająca znajduje się w najlepszym położeniu, aby określić swoje potrzeby poprzez stosowanie specyfikacji technicznych. W sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym, w której nie ma innego rozwiązania niż dostarczenie części zamiennych odpowiadających szczególnemu rodzajowi pojazdów, opis poprzez odesłanie do znaku towarowego okazuje się właściwy i nikt tego nie podważa.

45. Komisja podkreśla, że brak uprzedniego zatwierdzania równoważności stwarza dla podmiotu zamawiającego ryzyko, iż nabędzie on szereg niewłaściwych produktów i będzie zmuszony do rozwiązania umowy. Na poparcie tezy o wyborze najlepszego kandydata Komisja powołuje się na wyrok w sprawie CoNISM²², w którym Trybunał Sprawiedliwości uznał, że harmonizacja dyrektyw w sprawie zamówień publicznych dokonuje się również w interesie podmiotu zamawiającego.

46. Niewątpliwie w wyroku tym podkreślono punkt widzenia nabywcy publicznego, który powinien troszczyć się o interes publiczny. Jednakże zarówno w nim, jak i w innych wcześniejszych i późniejszych wyrokach wskazano także, iż „jednym z celów przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję [...] oraz że w interesie prawa wspólnotowego pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów”²³. I jeśli, powtarzam, interes podmiotu zamawiającego pozostaje obecny we wspomnianym wyroku, dzieje się to w taki sposób, że uczestnictwo jak największej liczby oferentów umożliwia temu podmiotowi dysponowanie „szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do potrzeb zainteresowanych wspólnot publicznoprawnych”²⁴.

47. Jednakże ani ten wyrok, ani wyroki przytoczone wcześniej nie udzielają bezpośredniej odpowiedzi na kwestie poruszone w niniejszym odesłaniu, to jest pytanie kiedy, w rozumieniu dyrektywy 2004/17, oferent, który składa ofertę na równoważne części zamienne, musi przedstawić dokumenty potwierdzające ich równoważność względem części oryginalnych.

48. Uzasadniona jest oczywiście obawa przed udaremnieniem powodzenia przetargu, co może mieć miejsce, gdy instytucja zamawiająca, która nie żądała wcześniejszego udowodnienia równoważności, znajduje się ostatecznie w sytuacji, w której wybrany oferent nie jest w stanie wykazać równoważności części.

49. Dążenie to nie może jednak mieć pierwszeństwa przed podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadą zapewnienia oferentom dostępu do przetargu na równych warunkach oraz uniknięcia „przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję”. Do jednej i drugiej zasady odniosę się w następnej kolejności.

21 Te same rozważania mają zastosowanie mutatis mutandis do art. 49 i 51 dyrektywy 2004/17 przywołanych przez jedną ze stron sporu.

22 Wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. (C-305/08, EU:C:2009:807).

23 Ibidem, pkt 37.

24 Ibidem, pkt 37 in fine.

50. Zasada równego traktowania nie doznaje uszczerbku, jeżeli wszyscy oferenci mają możliwość przedstawienia zaświadczenia o równoważności w momencie dostawy części zamiennych. Wbrew argumentowi podniesionemu przez jedną ze stron stwierdzenie to nie *narusza równowagi* położenia, w jakim znajdują się oferenci, którzy mogą, wedle swojego wyboru, załączyć dowód do oferty lub poczekać na wynik procedury przetargowej. Jedyną rzeczą wymaganą od nich z tej perspektywy jest podporządkowanie się właściwej klauzuli, która powinna być jasna i stosowana bez wyjątków²⁵.

51. Nie uważam zatem, aby równość traktowania oferentów była w jakiś sposób zagrożona z powodu umożliwienia przedstawienia dowodu równoważności na etapie realizacji zamówienia. Wręcz przeciwnie, wymóg wcześniejszego przedłożenia dowodu równoważności może dyskryminować oferentów, dając przewagę producentowi oryginalnych części zamiennych nad oferentem proponującym części równoważne, w sytuacji gdy ten ostatni nie wyprodukował ich wcześniej. Można przypuszczać, że w wielu przypadkach (to byłby jeden z nich) oferent proponujący równoważne części zamienne nie posiada od samego początku wszystkich zaświadczeń dotyczących każdego modelu.

52. Na rozprawie wywiązała się dyskusja na temat sposobu, w jaki instytucja zamawiająca mogłaby ocenić jakość dostarczanych produktów przed udzieleniem zamówienia, jeżeli nie zostanie jej przedstawiony dowód na to, że są one „porównywalnej [równoważnej] jakości”. W celu wyjaśnienia tego zagadnienia w odniesieniu do samochodowych części zamiennych warto odnieść się do uzupełniających wytycznych²⁶.

53. Stanowią one domniemanie wzruszalne właściwości jakościowych, zgodnie z którymi odbiorca części zamiennych (w tym przypadku instytucja zamawiająca) ma prawo wierzyć, że przekazane mu produkty, nawet będące równoważnej względem części oryginalnych jakości, będą pełniły zgodnie z wymogami właściwe im funkcje. Domniemanie to zastosowane w dziedzinie zamówień publicznych przyczynia się do równego traktowania wszystkich dostawców²⁷.

54. Analiza przeprowadzona pod względem maksymalnego otwarcia zamówień publicznych na konkurencję stanowi poparcie dla tego poglądu: obowiązek przedłożenia zaświadczeń o równoważności przed udzieleniem zamówienia może stać się, w zależności od warunków każdego z przetargów, nieproporcjonalną przeszkodą utrudniającą udział w przetargu podmiotów gospodarczych zainteresowanych zaoferowaniem swoich produktów²⁸.

25 Trybunał Sprawiedliwości powtórzył w wyroku z dnia 13 lipca 2017 r., *Ingsteel i Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549), pkt 34, że „zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wypływa wprost z tej zasady, ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo)”.

26 W pkt 19 i 20 tych wytycznych wyróżnia się części zamienne „oryginalne” i „porównywalnej [równoważnej] jakości”. Te ostatnie to części, których „jakość musi być wystarczająco wysoka, aby nie narazić na szwank reputacji autoryzowanej sieci, której to dotyczy. Tak jak w przypadku wszelkich standardów dotyczących wyboru producent pojazdu silnikowego może przedstawić dowody, że dana część zamienna nie spełnia tego wymogu”.

27 Składanie „oświadczeń” lub podobnych środków dowodowych, na podstawie których podmioty gospodarcze deklarują w pierwszej fazie postępowania gotowość zapewnienia określonych dostaw pod warunkiem przeprowadzenia przez administrację późniejszej kontroli, przyjmując się w szeregu artykułów dyrektywy 2014/24.

28 Zobacz podobnie motyw 84 dyrektywy 2014/24: „Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne, mogłoby w znacznym stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców”.

55. Przetarg ogłoszony przez ATM jest dobrym przykładem zamówienia publicznego, w ramach którego podmiotowi zamawiającemu przysługuje dostateczna swoboda w zakresie ustanowienia w rozsądny sposób wymogu dowodowego a posteriori, który podmiot ten określił w specyfikacji warunków zamówienia. Gdyby ATM ustanowiła obowiązek przedstawienia zaświadczenia o równoważności wraz ze składaną ofertą, oferent nieoryginalnych części zamiennych zostałby obciążony koniecznością wyprodukowania „zapobiegawczo” każdej z części (w postępowaniu głównym 2195) lub posiadania takiej samej liczby certyfikatów dla wszystkich zamawianych części. Z drugiej strony producent oryginalnych części zamiennych byłby w o tyle korzystniejszej sytuacji, że posiadałby już gotowe części.

56. Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia decydującym kryterium udzielenia zamówienia opublikowanego przez ATM był wybór „najkorzystniejszej ekonomicznie oferty”, które to kryterium zostało osiągnięte w następstwie licytacji między dwoma uczestnikami postępowania, którzy złożyli oferty. Zanim to jednak nastąpiło, instytucja zamawiająca powinna była rozważyć właściwość obu oferentów między innymi poprzez ocenę ich zdolności technicznej do realizacji zamówienia.

57. Argumenty osób, które podtrzymują, że zaświadczenia o równoważności należy przedstawić koniecznie przed udzieleniem zamówienia, prowadzą do stwierdzenia, iż dowód ten stanowi w rzeczywistości decydujący czynnik oceny zdolności technicznych.

58. Uważam jednak, że instytucja zamawiająca może skorzystać z innych elementów oceny zdolności technicznej oferentów²⁹, gdy zaświadczenia o równoważności każdej zamawianej części nie zostaną im przedłożone we wstępnej fazie postępowania przetargowego. Innymi słowy – to, że producent lub dostawca nieoryginalnych części zamiennych posiada zdolność techniczną niezbędną do realizacji zamówienia, można wykazać w inny sposób (na przykład wymagając wcześniejszego doświadczenia w produkcji lub dostarczaniu części zamiennych, nawet części objętych innymi znakami towarowymi).

59. W istocie specyfikacja warunków zamówienia opublikowana przez ATM zawierała odniesienie do „informacji i formalności niezbędnych do oceny zgodności z wymaganiami” zdolności technicznych³⁰. W specyfikacji tej oferenci zostali poproszeni o przedstawienie między innymi dowodu na piśmie, że „w ciągu ostatnich trzech lat (2012–2013–2014) z powodzeniem realizowali dostawy oryginalnych części zamiennych [...] lub części względem nich równoważnych do autobusów, trolejbusów lub samochodów dostawczych wyprodukowanych przez IVECO” oraz „zawarli w ciągu ostatnich trzech lat co najmniej dwie umowy na dostawę wyżej wymienionych produktów na kwotę powyżej 750 000 EUR”³¹.

60. Specyfikacja warunków zamówienia zredagowana w taki sposób jest sama w sobie restrykcyjna, ponieważ ogranicza krąg odbiorców do tych, którzy produkowali już części zamienne dla części objętych znakiem towarowym IVECO, niezależnie od tego, czy oryginalne, czy względem nich równoważne, co uniemożliwia udział w przetargu innym producentom. Moim zdaniem podmiot zamawiający, który sformułował już te rygorystyczne warunki, może w uzasadniony przestrzegać ich jako kryterium oceny zdolności technicznych oferentów, bez konieczności wymagania od nich ponadto, aby przedstawili w pierwszej kolejności zaświadczenie o równoważności 2195 części zamiennych, o których mowa w umowie o udzielenie zamówienia³².

29 Dyrektywa 2014/24 zawiera załącznik XII, poświęcony „środkom dowodowym na potrzeby kryteriów kwalifikacji”, którego część II odnosi się w sposób szczególny do „środków stanowiących dowód zdolności technicznej wykonawców, o której mowa w art. 58”.

30 Ustęp III.2.3 dokumentu o nazwie „Aviso di gara- Settori speciale” [Ogłoszenie o zamówieniu – Sektor użyteczności publicznej].

31 Ustęp 6.1.A. pkt III i IV dokumentu „disciplinare di gara” [Specyfikacja warunków zamówienia].

32 Iveco Orecchia ograniczyła się do położenia nacisku na (domniemany) obowiązek załączania do oferty zaświadczenia o równoważności, nie kwestionując przy tym zdolności technicznej swego konkurenta do realizacji zamówienia.

61. Rozważania te prowadzą mnie do zaproponowania, aby na pierwsze pytanie prejudycjalne udzielić odpowiedzi przeczącej; ograniczając wątpliwość Consiglio di Stato (rady stanu) do kwestii, czy art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 *zobowiązuje* do udowodnienia równoważności w momencie składania oferty, należy odpowiedzieć, że niekoniecznie.

62. Przepis ten nie przewiduje takiego obowiązku, ponieważ pozostawia państwu członkowskiemu (lub instytucji zamawiającej, jeśli zezwala na to przepis krajowy) dowolność określenia momentu, w którym zaświadczenie o równoważności ma zostać przedstawione. Nie określa on z góry jednego możliwego rozwiązania, ponieważ prawodawca rozsądnie postanowił, aby to państwa członkowskie i ich instytucje zamawiające same rozważyły zalety i wady wyboru jednego lub drugiego rozwiązania.

63. W sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę liczbę części, dla których wymagano zaświadczenia o równoważności, stosowne wydaje mi się zaakceptowanie przedstawienia odpowiednich certyfikatów po złożeniu wstępnych ofert, a nawet po udzieleniu zamówienia, jako że w specyfikacji warunków zamówienia uwzględniono już rygorystyczne wymogi w celu zapewnienia zdolności technicznych oferentów.

64. Na koniec chciałbym dodać jeszcze jedną uwagę, zgodną z moimi uwagami przedstawionymi w opinii w sprawie *Specializuo tas transportas*³³, odnoszącą się do wymogu, „który nie jest zawarty w specyfikacji warunków zamówienia, nie jest przewidziany przepisami prawa krajowego ani dyrektywy 2004/18”. Jeżeli oferent oparł się na klauzulach specyfikacji warunków zamówienia pozwalających mu w sposób wyraźny na dostarczenie zaświadczeń o równoważności a posteriori, odrzucenie tego przedstawienia nie spełni kryterium przejrzystości wprowadzonego przez Trybunał Sprawiedliwości, gdy wskazał on, że „zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów”³⁴.

65. Proponuję zatem, aby na pytanie pierwsze udzielić odpowiedzi przeczącej.

C. W przedmiocie pytania drugiego

66. Drugie pytanie prejudycjalne zostało zadane na wypadek, gdyby odpowiedź na pytanie pierwsze była – tak jak proponuję – przecząca. Consiglio di Stato (rada stanu) zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem o sposób, w jaki należy zagwarantować poszanowanie zasad równego traktowania i bezstronności, pełnej konkurencyjności i dobrej administracji, a także prawa do obrony i kontradiktoryjności innych uczestników przetargu.

67. Pytanie to jest zbyt ogólne, a w postanowieniu odsyłającym nie zostało wyjaśnione, dlaczego zasady te byłyby zagrożone, gdyby zaświadczenia o równoważności przyjmowano po złożeniu oferty.

68. Treść wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym koncentruje się (słusznie) na kwestiach interpretacyjnych odnoszących się do różnych artykułów dyrektywy 2004/17, ale powtarzam, że nie zawiera żadnych *własnych* (sądu)³⁵ odesłań do tych zasad.

³³ C-531/16, EU:C:2017:883, pkt 47, 48.

³⁴ Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo* (C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).

³⁵ W rzeczywistości Consiglio di Stato (rada stanu) ogranicza się do przyjęcia propozycji zadania niektórych z pytań prejudycjalnych sformułowanych przez Orecchia Ivecò. W szczególności nie wyjaśnia, dlaczego na drugie pytanie prejudycjalne wybrano pytanie, które znajdowało się w lit. b1) tego wniosku.

69. Rola Trybunału Sprawiedliwości w ramach wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie polega na wydawaniu abstrakcyjnych oświadczeń na temat sposobu, w jaki można stosować ogólne zasady, lecz ma na celu zaproponowanie sądowi krajowemu wykładni prawa Unii, która może być użyteczna dla rozstrzygnięcia zawisłego przed nim sporu.

70. Z tego powodu uwagi, jakie przedstawiłem, proponując odpowiedź na pytanie pierwsze, stanowią już dla organu odsyłającego wystarczające wskazówki interpretacyjne odnoszące się do stosowania w niniejszej sprawie co najmniej niektórych z zasad, o których w niej mowa: to jest zasady równego traktowania, wspierania konkurencji i bezstronności instytucji zamawiającej.

71. W odniesieniu do pozostałych wymienionych zasad nie dostrzegam zagrożenia dla naruszenia prawa do obrony i zasady kontrydiktoryjności między oferentami (i ewentualnie między stronami sporu), niezależnie od tego, jaka byłaby odpowiedź na pytanie pierwsze. Dwa podmioty prawne, które wzięły udział w tym przetargu, mogły wyjaśnić swe argumenty przed sądami krajowymi, opowiadając się za decyzją ATM lub przeciw tej decyzji, bez uszczerbku dla ich prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do ochrony prawnej (która, rzecz jasna, nie oznacza koniecznie uwzględnienia żądań dochodzonych w procesie).

72. Jeśli zaś chodzi o prawo do dobrej administracji, należy założyć, że w kontekście odesłania prejudycjalnego Consiglio di Stato (rada stanu) zamierzała nawiązać do art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Wystarczy w tym względzie stwierdzić, że prawo to jest wykonywane w przypadku instytucji, organów, urzędów i agencji Unii Europejskiej, nie można się jednak na nie powoływać wobec przedsiębiorstwa transportowego państwa członkowskiego działającego w formie spółki akcyjnej, takiego jak ATM (nawet gdyby było ono porównywalne do administracji publicznej w prawie krajowym).

73. W związku z powyższym uważam, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne.

VI. Wnioski

74. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi Sprawiedliwości, by na pytania przedstawione przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) odpowiedział w sposób następujący:

Artykuł 34 ust. 3, 4 i 8 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych należy interpretować w ten sposób, że nie nakłada on na oferenta obowiązku przedłożenia koniecznie wraz z ofertą zaświadczenia o równoważności części zamiennych do pojazdów silnikowych z częściami oryginalnymi, gdy:

- specyfikacje techniczne w specyfikacji warunków zamówienia zostały określone w drodze wyjątku poprzez odesłanie do konkretnego „lub równoważnego” znaku towarowego; oraz
- w tej samej specyfikacji warunków zamówienia wskazano, że przedstawienia wspomnianych zaświadczeń można dokonać w chwili pierwszej dostawy równoważnych względem oryginalnych części zamiennych”.