



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 26 stycznia 2023 r. \*

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 267 TFUE – Pojęcie „sądu krajowego” – Kryteria – Niezawisłość i obligatoryjny charakter jurysdykcji danego organu krajowego – Stabilność stanowisk członków tego organu – Dyrektywa 2014/24/UE – Procedury udzielania zamówień publicznych – Artykuł 58 – Kryteria kwalifikacji – Możliwość włączenia do tych kryteriów obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, które to obowiązki nie zostały przewidziane jako kryterium kwalifikacji w dokumentacji przetargowej – Artykuł 63 ust. 1 – Oferent polegający na zdolności innego podmiotu w celu spełnienia wymogów instytucji zamawiającej – Brak możliwości zobowiązania do korzystania z podwykonawstwa

W sprawie C-403/21

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajową radę ds. rozstrzygania odwołań, Rumunia) postanowieniem z dnia 22 czerwca 2021 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 29 czerwca 2021 r., w postępowaniu:

**SC NV Construct SRL**

przeciwko

**Județul Timiș,**

przy udziale:

**SC Proiect – Construct Regiunea Transilvania SRL,**

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: K. Jürimäe, prezes izby, M. Safjan, N. Piçarra, N. Jääskinen i M. Gavalec (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

\* Język postępowania: rumuński.

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu rządu czeskiego – M. Smolek i J. Vlácil, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej – P. Ondrůšek, E.A. Stamate i G. Wils, w charakterze pełnomocników,

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

wydaje następujący

### Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 58 i 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), a także zasad proporcjonalności, odpowiedzialności i przejrzystości.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy SC NV Construct SRL a Județul Timiș (okręgiem Temesz, Rumunia) w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na sporządzenie studium wykonalności budowy drogi.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

##### *Dyrektywa 89/665/EWG*

- 3 Artykuł 2 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”), zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 9:

„W przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje są zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto w takim przypadku należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. [267 TFUE] i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego.

Członkowie tego niezależnego organu powoływani są i odwoływani na takich samych warunkach jak sędziowie, jeżeli chodzi o urząd odpowiedzialny za ich powołanie, okres kadencji oraz ich odwołanie. Przynajmniej przewodniczący tego niezależnego organu ma takie same kwalifikacje zawodowe i prawne jak sędziowie. Niezależny organ podejmuje decyzje po przeprowadzeniu postępowania,

w którym wysłuchane są obie strony, a decyzje te są prawnie wiążące, w sposób określony przez każde państwo członkowskie”.

*Dyrektywa 2014/24*

- 4 Artykuł 18 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi w ust. 1:  
„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”.

- 5 Artykuł 42 tej dyrektywy dotyczy „[s]pecyfikacj[i] techniczn[y]ch”.
- 6 Artykuł 58 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Kryteria kwalifikacji”, ma następujące brzmienie:

„1. Kryteria kwalifikacji mogą dotyczyć:

- a) kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej;
- b) sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- c) zdolności technicznej i zawodowej.

Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu.

2. W odniesieniu do kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej instytucje zamawiające mogą wymagać, aby wykonawcy figurowali w jednym z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w ich państwie członkowskim siedziby, jak określono w załączniku XI, lub aby spełnili wszelkie inne wymogi określone w tym załączniku.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi, w zakresie, w jakim wykonawcy muszą posiadać określone zezwolenia lub muszą być członkami określonej organizacji, aby mieć możliwość świadczenia w swoim kraju pochodzenia określonej usługi, instytucja zamawiająca może wymagać od nich udowodnienia, że posiadają oni takie zezwolenie lub status członkowski.

[...]

4. W odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej instytucje zamawiające mogą nałożyć wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych oraz doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. [...]

[...]

5. Instytucje zamawiające wskazują, w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, wymagane warunki udziału, które mogą być wyrażone jako minimalne poziomy zdolności, wraz z odpowiednimi środkami dowodowymi”.

- 7 Artykuł 63 tej dyrektywy, zatytułowany „Poleganie na zdolności innych podmiotów”, stanowi w ust. 1:

„W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, 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 odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. 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.

Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

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.

Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów”.

- 8 Artykuł 67 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Kryteria udzielenia zamówienia”, stanowi w ust. 3:

„Uznaje się, że kryteria udzielenia zamówienia są powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z:

- a) określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek; albo

b) określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług;

nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem”.

9 Artykuł 70 tej dyrektywy, zatytułowany „Warunki realizacji zamówień”, stanowi:

„Instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 3 i wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Warunki te mogą obejmować aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem”.

### ***Prawo rumuńskie***

#### *Ustawa nr 101/2016*

10 Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (ustawa nr 101/2016 o środkach zaradczych i środkach odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zamówień sektorowych oraz zamówień na roboty budowlane i na usługi, a także o organizacji i działaniu krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) z dnia 19 maja 2016 r. (*Monitorul Oficial al României*, część I, nr 393 z dnia 23 maja 2016 r.) w brzmieniu mającym zastosowanie w postępowaniu głównym (zwana dalej „ustawą nr 101/2016”) stanowi w art. 2 ust. 1:

„Każdy, kto uważa, że jego prawa lub uzasadnione interesy zostały naruszone w wyniku czynności instytucji zamawiającej lub braku rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku w terminie określonym przez prawo, może zwrócić się z żądaniem stwierdzenia nieważności tej czynności, zobowiązania instytucji zamawiającej do wydania danego aktu lub przyjęcia środków naprawczych czy też uznania dochodzonego prawa lub uzasadnionego interesu na drodze administracyjnej i sądowej lub na drodze sądowej”.

11 Artykuł 4 ust. 1 wspomnianej ustawy stanowi:

„W celu uzyskania rozstrzygnięcia w sprawie odwołania osoba, która uważa się za poszkodowaną, może zwrócić się:

a) na drodze administracyjnej i sądowej – do krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań; albo

b) na drodze sądowej – do sądu”.

12 Artykuł 15 ust. 1 omawianej ustawy stanowi:

„Postępowanie rozstrzygające w sprawie odwołań prowadzi się zgodnie z zasadami legalności, szybkości postępowania, kontradyktoryjności, zagwarantowania prawa do obrony, bezstronności i niezależności działania administracji i wymiaru sprawiedliwości”.

13 Artykuł 28 ust. 1 omawianej ustawy stanowi:

„Decyzja rady wiąże strony sprawy”.

14 Artykuł 37 ustawy nr 101/2016 stanowi:

„1. Krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań [...] jest niezależnym organem wykonującym działalność administracyjną i sądowniczą.

[...]

3. W ramach swojej działalności rada podlega wyłącznie przepisom prawa. Aby posiedzenie rady w pełnym składzie było ważne, wymagana jest obecność większości jej członków.

4. W swoich rozstrzygnięciach rada jest niezawisła i nie podlega żadnemu organowi ani instytucji publicznej”.

15 Artykuł 44 ust. 4 wspomnianej ustawy stanowi:

„Rada wykonuje swoje kompetencje z poszanowaniem zasad niezależności i stabilności stanowisk swoich członków”.

16 Artykuł 45 omawianej ustawy stanowi:

„1. Członkowie rady są wybierani w drodze konkursu i mianowani na stanowisko decyzją premiera, na warunkach przewidzianych w ustawie.

2. Członkowie rady są wybierani na podstawie swoich kwalifikacji zawodowych i nieposzlakowanej opinii. Kandydaci muszą mieć wyższe wykształcenie, dziesięć lat doświadczenia w zawodzie prawniczym, ekonomicznym lub technicznym oraz co najmniej trzyletnie doświadczenie w dziedzinie zamówień publicznych.

[...]

4. Przewodniczący rady przedstawia premierowi wnioski o powołanie członków rady spośród kandydatów dopuszczonych do konkursu”.

17 Artykuł 47 tej ustawy stanowi w ust. 1–3:

„1. Członkom rady nie wolno:

a) prowadzić działalności gospodarczej bezpośrednio ani przez pośredników;

b) być wspólnikami lub członkami organów zarządzających lub kontrolnych spółek cywilnych, spółek podlegających Legea societăților nr. 31/1990 [ustawie nr 31/1990 o spółkach], ogłoszonej ponownie ze zmianami i uzupełnieniami, w tym banków lub innych instytucji kredytowych, towarzystw ubezpieczeniowych lub finansowych, przedsiębiorstw państwowych, spółek państwowych lub przedsiębiorstw samorządowych;

c) być członkami zrępowania interesów gospodarczych;

- d) być członkami partii politycznej ani prowadzić działalności o charakterze politycznym lub uczestniczyć w takiej działalności;
- e) wykonywać jakiegokolwiek funkcji publicznej lub prywatnej, z wyjątkiem pracy dydaktycznej w szkolnictwie wyższym i twórczości literackiej i artystycznej;
- f) wykonywać jakiegokolwiek innej działalności zawodowej lub doradczej.

2. Członkowie rady składają oświadczenia majątkowe i dotyczące ich interesów [...].

3. Członek rady nie może rozstrzygać w sprawie odwołania, jeżeli dotyczy go jedna z sytuacji wymienionych poniżej, pod rygorem nieważności wydanego rozstrzygnięcia:

- a) on sam, jego współmałżonek, wstępni lub zstępni mają interes w rozstrzygnięciu sporu lub jest małżonkiem, rodzicem lub krewnym do czwartego stopnia pokrewieństwa strony;
- b) między nim a jedną ze stron toczyło się w okresie do pięciu lat przed rozstrzygnięciem sprawy postępowanie karne;
- c) wypowiedział się publicznie na temat odwołania, co do którego rozstrzyga;
- d) otrzymał od którejś ze stron środki majątkowe lub obietnicę otrzymania środków majątkowych lub innych korzyści”.

18 Artykuł 48<sup>1</sup> ustawy nr 101/2016 stanowi:

„1. Stwierdzenie popełnienia przewinień dyscyplinarnych przez członków rady leży w kompetencji komisji dyscyplinarnej, która zostanie utworzona w ramach rady.

2. W skład komisji dyscyplinarnej wchodzi trzech członków, z których jeden jest mianowany przez przewodniczącego rady, jeden jest wybierany przez członków rady zwykłą większością głosów, a jeden jest przedstawicielem krajowej agencji ds. urzędników publicznych.

3. Na wniosek komisji dyscyplinarnej przewodniczący rady nakłada kary dyscyplinarne, z wyjątkiem kary wydalenia ze służby publicznej, która to kara wymierzana jest przez osobę uprawnioną do powoływania do tej służby”.

*Regulamin wewnętrzny Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań, Rumunia)*

19 Artykuł 39 ust. 1 regulaminu wewnętrznego Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) zawiera wykaz kar dyscyplinarnych, które mogą być zastosowane w przypadku popełnienia przez urzędnika przewinienia dyscyplinarnego, w szczególności zgodnie z Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 57/2019 privind Codul administrativ (nadzwyczajnym rozporządzeniem rządu nr 57/2019 – kodeks postępowania administracyjnego) z dnia 3 lipca 2019 r. (*Monitorul Oficial al României, część I, nr 555 z dnia 5 lipca 2019 r., zwanym dalej „kodeksem postępowania administracyjnego”*).

*Kodeks postępowania administracyjnego*

20 Artykuł 492 kodeksu postępowania administracyjnego, zatytułowany „Administracyjna odpowiedzialność dyscyplinarna”, stanowi:

„1. Zawinione naruszenie przez urzędników publicznych obowiązków związanych z pełnioną przez nich funkcją publiczną oraz zasad zawodowego i obywatelskiego zachowania określonych ustawą stanowi przewinienie dyscyplinarne i pociąga za sobą administracyjną odpowiedzialność dyscyplinarną.

2. Następujące czyny stanowią przewinienia dyscyplinarne:

- a) powtarzające się opóźnienia w wykonaniu pracy;
- b) powtarzające się zaniedbania w wykonaniu pracy;
- c) nieusprawiedliwiona nieobecność w pracy;
- d) nieprzestrzeganie czasu pracy;
- e) ingerencje lub naleganie na rozpatrywanie wniosków z pominięciem przepisów;
- f) nieprzestrzeganie tajemnicy zawodowej lub poufności prac mających taki charakter;
- g) zachowania naruszające powagę organu lub instytucji publicznej, w których urzędnik publiczny wykonuje swoją działalność;
- h) prowadzenie działalności o charakterze politycznym w czasie pracy;
- i) nieuzasadniona odmowa wykonywania zadań służbowych;
- j) nieuzasadniona odmowa poddania się badaniom medycyny pracy i badaniom lekarskim zgodnie z zaleceniami lekarza medycyny pracy, zgodnie z przepisami ustawy;
- k) naruszenie przepisów dotyczących obowiązków i zakazów przewidzianych ustawą w odniesieniu do urzędników publicznych, innych niż te dotyczące konfliktu interesów i zakazu łączenia funkcji;
- l) naruszenie przepisów dotyczących zakazu łączenia funkcji, jeżeli urzędnik publiczny nie podejmuje działań w celu zaradzenia temu w terminie piętnastu dni kalendarzowych od dnia, w którym powstała sytuacja objęta zakazem;
- m) naruszenie przepisów dotyczących konfliktów interesów;
- n) inne czyny określone jako przewinienia dyscyplinarne w aktach normatywnych dotyczących służby publicznej i urzędników lub mających do nich zastosowanie.

3. Karami dyscyplinarnymi są:

[...]



f) wydalenie z służby publicznej.

4. Przewinienia dyscyplinarne, o których mowa w ust. 2, podlegają następującym karom dyscyplinarnym:

- a) karom dyscyplinarnym określonym w ust. 3 lit. a) lub b) – przewinienia dyscyplinarne określone w ust. 2 lit. a), b) i d);
- b) karom dyscyplinarnym określonym w ust. 3 lit. b)–f) – przewinienia dyscyplinarne określone w ust. 2 lit. c);
- c) karom dyscyplinarnym określonym w ust. 3 lit. c)–f) – przewinienia dyscyplinarne określone w ust. 2 lit. e)–h);
- d) karom dyscyplinarnym określonym w ust. 3 – przewinienia dyscyplinarne określone w ust. 2 lit. i)–k) i m);
- e) karze dyscyplinarnej określonej w ust. 3 lit. f), zgodnie z warunkami określonymi w art. 520 – przewinienia dyscyplinarne określone w ust. 2 lit. l);
- f) karom dyscyplinarnym określonym w ust. 3 – przewinienia dyscyplinarne określone w ust. 2 lit. n).

[...]

6. Przy indywidualizacji kary dyscyplinarnej, zgodnie z przepisami ust. 4, uwzględnia się przyczyny i wagę przewinienia dyscyplinarnego, okoliczności, w jakich zostało popełnione, stopień zawinienia i konsekwencje zawinionego działania, ogólną postawę urzędnika podczas służby, a także to, czy w przeszłości otrzymał on kary dyscyplinarne, które nie uległy zatarcu na warunkach przewidzianych w niniejszym kodeksie.

[...]”.

21 Artykuł 568 ust. 2 omawianego kodeksu stanowi:

„Administracyjną odpowiedzialność dyscyplinarną ustala się z poszanowaniem zasady kontryktoryjności i prawa do obrony i podlega ona kontroli sądów administracyjnych na warunkach przewidzianych w ustawie”.

*Ustawa o zamówieniach publicznych*

22 Artykuł 3 Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (ustawy nr 98/2016 o zamówieniach publicznych) z dnia 19 maja 2016 r. (*Monitorul Oficial al României*, część I, nr 390 z dnia 23 maja 2016 r., zwanej dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”), stanowi w lit. w) i yy):

„w) dostawca oznacza podmiot, który udostępnia wykonawcom towary, w tym w odpowiednim przypadku usługi ich montażu lub rozmieszczenia, lub świadczy usługi na rzecz wykonawcy, a który nie jest podwykonawcą;

[...]

yy) podwykonawca oznacza każdego wykonawcę, który nie jest stroną zamówienia publicznego i który wykonuje lub dostarcza niektóre części lub elementy robót budowlanych albo realizuje działania stanowiące część zamówienia publicznego, będąc przy tym odpowiedzialnym wobec wykonawcy za organizację i przebieg wszystkich niezbędnych do tego etapów”.

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

- 23 W dniu 6 kwietnia 2021 r. w przetargu prowadzonym w trybie procedury otwartej w celu udzielenia zamówienia na „opracowanie dokumentacji techniczno-ekonomicznej – etapy studium wykonalności i projekt techniczny – dotyczącej inwestycji: budowa drogi okręgowej łączącej lotnisko międzynarodowe »Traian Vuia« w Timișoarze z autostradą A1” okręg Temesz, działając jako instytucja zamawiająca, sklasyfikował NV Construct na czwartym miejscu.
- 24 W dniu 16 kwietnia 2021 r. spółka ta wystąpiła do Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań), która jest organem odsyłającym, w celu uzyskania dyskwalifikacji trzech sklasyfikowanych wyżej od niej oferentów, a także ponownej oceny swojej oferty.
- 25 NV Construct podnosi zasadniczo, że wspomniani trzej oferenci nie przestrzegali wymogów, które nie były zawarte w dokumentacji przetargowej, lecz obowiązywały na podstawie odrębnych przepisów regulujących różne rodzaje działalności, którą należało wykonywać przy realizacji zamówienia lub której wykonywanie mogło być do tego konieczne. Instytucja zamawiająca powinna była więc sprawdzić, czy oferenci lub ich podwykonawcy mają uprawnienia i zezwolenia Autoritatea Feroviară Română (rumuńskiego urzędu kolei, Rumunia). Ponadto z uwagi na to, że wybrany wykonawca zamierzał polegać na zdolności podmiotów trzecich w celu wykonania zamówienia, powinien on być – aby spełnić wymogi art. 3 ust. 1 lit. yy) ustawy o zamówieniach publicznych – obowiązkowo skorzystać z usług podwykonawców, a jakakolwiek inna forma współpracy była wykluczona. Należało wreszcie wyznaczyć podwykonawcę dla działalności „Usługi w zakresie sporządzania dokumentacji na potrzeby opinii i pozwolenia dotyczących [odłogowania] wyłączonej gruntów i zmiany rodzaju użytku gruntowego”, nawet pomimo braku pewności, że trzeba będzie skorzystać z tych usług, ponieważ w dokumentacji przetargowej wskazano, że działanie to będzie wymagane „wyłącznie w stosownych przypadkach”.
- 26 Instytucja zamawiająca i wybrany wykonawca utrzymują ze swej strony, że dokumentacja przetargowa nie zawiera żadnej wskazówki dotyczącej konieczności wskazania w ofercie wyłącznie wykonawców posiadających zezwolenia rumuńskiego urzędu kolei i Asociația Națională a Evaluatorilor Autorizați din România (rumuńskiego krajowego stowarzyszenia licencjonowanych oceniających). Ponadto zdaniem instytucji zamawiającej w chwili składania ofert nie jest możliwe ustalenie, czy konieczne będzie skorzystanie z usług sporządzania dokumentacji w celu odłogowania wyłączonej gruntów i sporządzenia analizy gleby. Z tego właśnie powodu wybrany wykonawca wskazał w swojej ofercie, że sam i „wyłącznie w stosownym przypadku” zajmie się sporządzeniem tej dokumentacji. Ponadto fakt, że nie wspominał on od razu o zamiarze zlecenia tych usług podwykonawcy, nie nastęrczał trudności, ponieważ mógł on pozyskać nowych podwykonawców po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia. Zresztą eksperci z krajowego stowarzyszenia licencjonowanych oceniających zostali wyznaczeni i przedstawili oświadczenia o swej dostępności.

- 27 Na wstępie organ odsyłający wskazuje, że wartość udzielanego zamówienia na usługi szacuje się na 1 970 967 lei rumuńskich (RON) (około 421 553 EUR), w związku z czym przekracza ona próg stosowania dyrektywy 2014/24.
- 28 Organ ten podkreśla, że sądy rumuńskie mają rozbieżne stanowiska co do tego, czy instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, którego oferta nie spełnia obowiązku wynikającego z przepisów mających zastosowanie do danego zawodu, nie pozwalając mu nawet na skorygowanie oferty, skoro obowiązek ten nie został wyraźnie wskazany w dokumentacji przetargowej.
- 29 Niniejsza sprawa stwarza zatem okazję do wyjaśnienia, po pierwsze, czy odrębne przepisy dotyczące poszczególnych rodzajów działalności, której dotyczy zamówienie, niezależnie od wymiaru takich działań w ramach tego zamówienia, należy uważać za uzupełnienie dokumentacji przetargowej, a po drugie, czy oferenci muszą obowiązkowo wskazać w swojej ofercie, pod rygorem jej odrzucenia oferty, podwykonawców, którym zleca działania niemające znacznej wagi w kontekście tego zamówienia.
- 30 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań) wskazuje, że w szczególności z wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), wynika, iż wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania za to, że nie spełnił wymogów, których nie przewidywała dokumentacja przetargowa.
- 31 Tymczasem w sprawie w postępowaniu głównym normy dotyczące działalności z zakresu budowy, modernizacji, konserwacji i naprawy infrastruktury kolejowej, które nie figurowały w dokumentacji przetargowej, obowiązywały wybranego wykonawcę dopiero na etapie realizacji danego zamówienia. Ponadto liczba wykonawców posiadających zezwolenie na niektóre rodzaje działalności z zakresu tego zamówienia jest ograniczona. Dlatego obowiązek wyznaczenia ich jako podwykonawców drastycznie ograniczyłby konkurencję, zwiększając jednocześnie obciążenie sprawami administracyjnymi uczestników przetargu rozpatrywanego w postępowaniu głównym, co mogłoby stać w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. W związku z tym organ odsyłający zastanawia się, czy konieczne jest każdorazowe wymaganie od oferentów wyznaczenia ewentualnych podwykonawców w chwili składania oferty, niezależnie od wymiaru działań, które zostaną im zlecone w rzeczonym zamówieniu, od tego, kiedy owi podwykonawcy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, czy też od prawdopodobieństwa, że zostaną oni zaangażowani.
- 32 Ponadto zdaniem tego organu dokumentacji przetargowej nie można uzupełniać o określone kryteria, których wiążący charakter wynika z odrębnych przepisów niemających znaczenia w dziedzinie zamówień publicznych. Uzupełnianie dokumentacji przetargowej o takie kryteria z mocy prawa narusza bowiem zasadę proporcjonalności i podważa uznanie przysługujące instytucji zamawiającej w zakresie ustalania kryteriów kwalifikacji na podstawie art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24.
- 33 Podobnie w ewentualnych odwołaniach poszkodowani wykonawcy mogą kwestionować jedynie dokumenty przetargowe, które uważają za zbyt restrykcyjne, nie mogą zaś podnosić, że owe dokumenty są zbyt liberalne i że powinny one zawierać dodatkowe kryteria mogące ograniczać dostęp innych podmiotów do danego postępowania.

- 34 Co więcej, niżej sklasyfikowani wykonawcy nie mogą podważyć oceny ofert przeprowadzonej zgodnie z wymogami określonymi w dokumentacji przetargowej. Przeciwnie, powinni oni wykazać, że ocena ta nie jest zgodna z dokumentacją, przez co naruszona została zasada przejrzystości.
- 35 Wreszcie, narzucenie podwykonawstwa jako jedyne sposobu realizacji danego działania w ramach zamówienia narusza swobodę umów, prawo wykonawców do określenia własnej organizacji oraz art. 63 dyrektywy 2014/24. W zakresie bowiem, w jakim z art. 63 wynika, że przedstawienie zobowiązania wystarczy do wykazania spełnienia kryteriów kwalifikacji, samo oświadczenie o dostępności powinno tym bardziej wystarczyć, gdy – jako że chodzi o działalność o znikomej wadze w kontekście danego zamówienia – spełnienie takich kryteriów nie jest wymagane.
- 36 W tych okolicznościach Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy przepisy art. 58 dyrektywy [2014/24], zasadę proporcjonalności i zasadę odpowiedzialności należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma prawo do ustalenia kryteriów zdolności technicznej, to znaczy do dokonania oceny konieczności uwzględnienia, lub nie, w dokumentacji przetargowej kryteriów zdolności technicznej i zawodowej oraz zdolności do prowadzenia działalności technicznej i zawodowej, która wynika z odrębnych przepisów, dla czynności o znikomej wadze w ramach zamówienia?
- 2) Czy zasady przejrzystości i proporcjonalności stają na przeszkodzie uzupełnieniu z mocy prawa dokumentacji przetargowej kryteriami kwalifikacji wynikającymi z odrębnych przepisów mających zastosowanie do czynności związanych z udzielanym zamówieniem, które nie były przewidziane w dokumentacji przetargowej i których instytucja zamawiająca zdecydowała się nie nakładać na wykonawców?
- 3) a) Czy art. 63 wspomnianej dyrektywy i zasada proporcjonalności stoją na przeszkodzie wykluczeniu z postępowania przetargowego oferenta, który nie wyznaczył nominalnie wykonawcy jako podwykonawcy w celu wykazania, że spełnione są określone kryteria dotyczące zdolności technicznej i zawodowej oraz zdolności prowadzenia działalności technicznej i zawodowej wynikające z odrębnych przepisów, nieprzewidziane w dokumentacji przetargowej, jeżeli dany oferent wybrał inną umowną formę zaangażowania specjalistów w realizację zamówienia, a mianowicie umowę na dostawę/świadczenie usług, lub złożył oświadczenie o dyspozycyjności ze ich strony?
- b) Czy wykonawcy przysługuje prawo do określenia własnej organizacji i stosunków umownych grupy i czy ma on możliwość zaangażowania w zamówienie usługodawców/dostawców, jeżeli taki usługodawca nie należy do podmiotów, na których zdolnościach oferent zamierza polegać celem wykazania zgodności z odpowiednimi kryteriami?”.

### **W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

- 37 Na wstępie należy zbadać, czy Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajową radę ds. rozstrzygania odwołań) można uznać za „sąd krajowy” w rozumieniu art. 267 TFUE.

- 38 Chociaż bowiem organ odsyłający uważa, że Trybunał uznał już, iż ma on taki status, w postanowieniu z dnia 17 października 2018 r., *Beny Alex* (C-353/18, niepublikowanym, EU:C:2018:829), należy stwierdzić, że w postanowieniu tym Trybunał ograniczył się do odrzucenia skierowanego do niego przez ten organ wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jako oczywiście niedopuszczalnego w rozumieniu art. 53 ust. 2 regulaminu postępowania przed Trybunałem, nie określając przy tym tego organu mianem „sądu krajowego” w rozumieniu art. 267 TFUE.
- 39 Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału, przy ustalaniu, czy dany organ odsyłający ma charakter „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, co stanowi wyłącznie kwestię prawa Unii, Trybunał bierze pod uwagę całokształt okoliczności, takich jak ustanowienie organu na podstawie ustawy, jego stały charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradyktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (zob. podobnie wyroki: z dnia 30 czerwca 1966 r., *Vaassen-Göbbels*, 61/65, EU:C:1966:39, s. 395; z dnia 21 stycznia 2020 r., *Banco de Santander*, C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 51).
- 40 Biorąc pod uwagę informacje, jakie Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań) przedstawiła Trybunałowi w dniu 6 lipca 2022 r. w odpowiedzi na skierowane do niej w dniu 16 maja 2022 r. zapytanie, nie ulega wątpliwości, że organ ten spełnia kryteria związane z ustanowieniem na podstawie ustawy, stałym charakterem, kontradyktoryjnością postępowania i stosowaniem przezeń przepisów prawa. Pozostaje natomiast pytanie, czy organ ten spełnia z jednej strony kryterium obligatoryjnego charakteru swej jurysdykcji, a z drugiej strony – kryterium niezawisłości.
- 41 Co się tyczy w pierwszej kolejności obligatoryjnego charakteru jurysdykcji organu odsyłającego, prawdą jest, że z art. 4 ust. 1 ustawy nr 101/2016 w związku z art. 2 ust. 1 tej ustawy wynika, iż każdy, kto uważa, że jego prawa lub uzasadnione interesy zostały naruszone w wyniku czynności lub bezczynności instytucji zamawiającej, może zdecydować się bądź na skierowanie sprawy na drodze administracyjnej i sądowej do Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań), bądź – na drodze sądowej – do sądu posiadającego wydział sądownoadministracyjny. Z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że ustawodawca rumuński w celu dokonania transpozycji art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665, zmienionej dyrektywą 2007/66, przyjął rozwiązanie polegające na jednoczesnym przyznaniu właściwości do rozpoznawania tego rodzaju sporów organowi odsyłającemu oraz sądom posiadającym wydział sądownoadministracyjny.
- 42 Należy jednak zauważyć, że rozstrzygnięcia Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań), której właściwość nie zależy od zgody stron, są dla nich wiążące (zob. analogicznie wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 23).
- 43 W tych okolicznościach Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań) spełnia kryterium obligatoryjnego charakteru jej jurysdykcji.
- 44 W drugiej kolejności, co się tyczy kryterium niezawisłości, aspekt zewnętrzny zasady niezawisłości wymaga, aby dany organ wypełniał swe zadania w pełni autonomicznie, nie podlegając żadnej hierarchii służbowej ani nie będąc podporządkowanym komukolwiek i nie otrzymując nakazów czy wytycznych z jakiegokolwiek źródła. W tym względzie kluczowe znaczenie ma zagwarantowanie nieusuwalności członków danego organu, tak aby przypadki odwołania członków tego organu były oparte na wyraźnych i szczególnych przepisach ustawowych,

- ustanawiających gwarancje wykraczające poza gwarancje przewidziane w ogólnych przepisach prawa administracyjnego i prawa pracy, mających zastosowanie w razie nielegalnego odwołania ze stanowiska (zob. podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 56–60).
- 45 Co się tyczy aspektu wewnętrznego zasady niezawisłości sądów krajowych, łączy się on z pojęciem „bezstronności” i dotyczy jednakowego dystansu do stron sporu i właściwych im interesów w odniesieniu do jego przedmiotu. Zatem pojęcie „niezawisłości” wymaga przede wszystkim, by dany organ był podmiotem trzecim w stosunku do organu, który wydał zaskarżoną decyzję (zob. podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 61, 62).
- 46 Takie gwarancje niezawisłości i bezstronności wymagają istnienia zasad – w szczególności co do składu organu, mianowania, okresu trwania kadencji oraz powodów wstrzymywania się od głosu, wyłączenia i odwołania jego członków – pozwalających wykluczyć, w przekonaniu podmiotów prawa, wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz co do neutralności w odniesieniu do sprzecznych ze sobą interesów (wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 63).
- 47 W niniejszej sprawie, jak wynika z informacji, którymi dysponuje Trybunał, ustawa nr 101/2016 wielokrotnie uwypukla zewnętrzny aspekt niezawisłości Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań). Otóż art. 37 ust. 1, 3 i 4 tej ustawy stanowi odpowiednio, że rada ta „jest niezależnym organem wykonującym działalność administracyjną i sędziowską”, że „podlega wyłącznie przepisom prawa” oraz że „jest niezawisła i nie podlega żadnemu organowi ani instytucji publicznej”. Z art. 15 ust. 1 tej ustawy wynika również, że procedura rozstrzygania odwołań jest zgodna w szczególności z zasadą niezależności działania administracji i wymiaru sprawiedliwości. Artykuł 44 ust. 4 tej samej ustawy stanowi w tym samym duchu, że Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań) „wykonuje swoje kompetencje z poszanowaniem zasad niezależności i stabilności stanowisk swoich członków”.
- 48 Co się tyczy mianowania członków tego organu, z art. 45 ustawy nr 101/2016 wynika, że członkowie ci są wybierani w drodze konkursu na podstawie swoich kwalifikacji zawodowych i nieposzlakowanej opinii spośród kandydatów mających wyższe wykształcenie i dziesięcioletnie doświadczenie zawodowe w dziedzinach, o których mowa w tym artykule, a także co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe w dziedzinie zamówień publicznych. Są oni mianowani na mocy decyzji premiera, na wniosek przewodniczącego tego organu, spośród kandydatów dopuszczonych do konkursu.
- 49 Ponadto z art. 48<sup>1</sup> ustawy nr 101/2016 wynika, że popełnienie przez członków organu odsyłającego przewinienia dyscyplinarnego może zostać stwierdzone jedynie przez komisję dyscyplinarną utworzoną w jej ramach. Na wniosek tej komisji przewodniczący rady nakłada kary dyscyplinarne, z wyjątkiem kary wydalenia ze służby publicznej, która to kara wymierzana jest przez organ uprawniony do powoływania do tej służby, czyli premiera Rumunii.
- 50 Ponadto art. 39 ust. 1 regulaminu wewnętrznego Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) zawiera wykaz proporcjonalnych kar zgodnie z art. 492 ust. 6 kodeksu postępowania administracyjnego.

- 51 Wreszcie, okoliczność, że ów art. 39 odsyła do kodeksu postępowania administracyjnego w celu określenia sytuacji, w których członek Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) podlega karze w postaci wydalenia ze służby publicznej, może gwarantować pewność prawa.
- 52 Otóż kara ta może zostać nałożona w szczególności na członka Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań), który nie jest w stanie uzasadnić nieobecności w pracy lub uchybił regułom dotyczącym tajemnicy zawodowej lub konfliktów interesów. Takie sytuacje, o których mowa w art. 492 ust. 2 kodeksu postępowania administracyjnego w związku z ust. 4 tego artykułu, spełniają cechy wyjątkowych sytuacji, wyrażających nadrzędne i prawnie uzasadnione powody, które uzasadniałyby orzeczenie takiej kary, z poszanowaniem zasady proporcjonalności i odpowiednich procedur (zob. analogicznie wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 59, 60, 67). Tym samym członkowie Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) korzystają w trakcie swojej kadencji z gwarancji stabilności stanowisk, od której można odstąpić jedynie z przyczyn wyraźnie wymienionych w ustawie (zob. analogicznie wyrok z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, pkt 70).
- 53 Należy jednak uściślić, że zasadę stabilności stanowisk przysługującej na podstawie art. 44 ust. 4 ustawy nr 101/2016 członkom Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) należy interpretować zgodnie z kryterium niezawisłości zdefiniowanym w pkt 44 niniejszego wyroku, które powinien spełniać każdy organ krajowy, by można go było uznać za „sąd krajowy” w rozumieniu art. 267 TFUE, aby była ona zbieżna z zasadą nieusuwalności.
- 54 Należy ponadto zauważyć, że w odpowiedzi, o której mowa w pkt 40 niniejszego wyroku, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowa rada ds. rozstrzygania odwołań) podkreśliła, że jej członkowie podlegają ograniczeniom dotyczącym łączenia stanowisk i zakazom analogicznym do tych obowiązujących sędziów, a odwołanie członków następuje jedynie w przypadku poważnego przewinienia dyscyplinarnego. Ponadto, w przypadku gdy taka kara zostanie orzeczona wobec jednego z owych członków, przysługuje mu prawo odwołania się do sądów administracyjnych na podstawie art. 568 ust. 2 kodeksu administracyjnego.
- 55 Organ odsyłający wskazał ponadto, że w praktyce od chwili utworzenia rady w 2006 r. żaden z jej członków nie został odwołany.
- 56 Co się tyczy aspektu wewnętrznego zasady niezawisłości „sądów krajowych” w rozumieniu art. 267 TFUE, wydaje się ona zagwarantowana przez art. 47 ustawy nr 101/2016, który ma na celu uniknięcie sytuacji mogących prowadzić do konfliktu interesów. Członkowie Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) nie mogą mianowicie prowadzić działalności gospodarczej, być członkami organu decyzyjnego podmiotu gospodarczego, angażować się w działalność polityczną lub prowadzić działalności publicznej lub prywatnej, z wyjątkiem pracy dydaktycznej w szkolnictwie wyższym. Ten zakaz łączenia funkcji jest zresztą taki sam jak zakaz obowiązujący sędziów na podstawie prawa rumuńskiego. Ponadto członkowie Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozstrzygania odwołań) podlegają regułom dotyczącym podstaw wyłączenia określonym w art. 47 ust. 3 omawianej ustawy, na mocy których nie mogą oni rozstrzygać w sprawie odwołania, jeżeli dotyczy ich jedna z wymienionych w tym przepisie sytuacji, pod rygorem nieważności wydanego rozstrzygnięcia.

- 57 Co więcej, z art. 15 ust. 1 tej ustawy wynika, że postępowanie rozstrzygające w sprawie odwołań prowadzi się w szczególności zgodnie z zasadami kontradyktoryjności, zagwarantowania prawa do obrony i bezstronności.
- 58 W świetle całości powyższych rozważań należy stwierdzić, że Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajową radę ds. rozstrzygania odwołań) można uznać za „sąd krajowy” w rozumieniu art. 267 TFUE, a w związku z tym niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### ***W przedmiocie pytania pierwszego***

- 59 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 58 dyrektywy 2014/24 w związku z zasadami proporcjonalności i przejrzystości zagwarantowanymi w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może nałożyć jako kryteria kwalifikacji obowiązki wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności, której wykonywanie może być potrzebne w ramach realizacji zamówienia publicznego, a która nie ma znacznej wagi.
- 60 Jednakże z uwagi na to, że instytucja zamawiająca sama może najlepiej ocenić swoje własne potrzeby, prawodawca Unii Europejskiej przyznał jej szeroki zakres uznania przy ustalaniu kryteriów kwalifikacji, o czym w szczególności świadczy stałe stosowanie czasownika „móc” w art. 58 dyrektywy 2014/24. W ten sposób instytucja zamawiająca ma zgodnie z ust. 1 tego artykułu pewien zakres swobody przy definiowaniu takich warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jakie uzna za związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego oraz odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent będzie posiadał zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędną do realizacji udzielanego zamówienia. W szczególności zgodnie z ust. 4 tego artykułu instytucja zamawiająca swobodnie ocenia warunki udziału, jakie uważa za właściwe ze swojego punktu widzenia, w szczególności do celów zagwarantowania wykonania zamówienia na takim poziomie jakości, jaki uzna za właściwy (wyrok z dnia 31 marca 2022 r., Smetna pałata na Republika Bułgaria, C-195/21, EU:C:2022:239, pkt 50).
- 61 Korzystając z tego szerokiego zakresu uznania, instytucja zamawiająca może zdecydować o włączeniu do kryteriów kwalifikacji wymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności, której wykonywanie może być konieczne w ramach realizacji zamówienia publicznego, a która nie ma znacznej wagi.
- 62 I odwrotnie, instytucja zamawiająca może równie dobrze skorzystać z tego szerokiego zakresu uznania, aby stwierdzić, że nie należy umieszczać tych obowiązków wśród kryteriów kwalifikacji. Taki wybór może być w szczególności podyktowany tym, że wspomniane obowiązki nie mają znacznej wagi, lub tym, że istnieje jedynie ewentualność, iż działania, do których te obowiązki mają zastosowanie, będą realizowane. Instytucja zamawiająca może również woleć wskazać te obowiązki jako warunki realizacji zamówienia, tak by wymagać ich spełnienia jedynie od wybranego wykonawcy (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipeđos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 88, 89).



- 63 Na gruncie dyrektywy 2014/24 możliwość ujęcia wymogów technicznych jednocześnie jako kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, jako specyfikacji technicznych lub jako warunków realizacji zamówienia w rozumieniu odpowiednio art. 58 ust. 4, art. 42 i art. 70 tej dyrektywy nie jest bowiem wykluczona (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 84). Natomiast instytucja zamawiająca może zdecydować się na tylko jeden z tych rodzajów kwalifikacji.
- 64 W tym względzie instytucja zamawiająca może na podstawie art. 70 dyrektywy 2014/24 określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 3 i wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentacji przetargowej.
- 65 Ponadto zobowiązanie oferentów do spełnienia wszystkich warunków realizacji zamówienia w chwili przedstawienia oferty stanowi nadmierny wymóg, który w konsekwencji może zniechęcić ich do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, i tym samym narusza zasady proporcjonalności i przejrzystości gwarantowane w art. 18 ust. 1 wspomnianej dyrektywy (wyrok z dnia 8 lipca 2021 r., Sanresa, C-295/20, EU:C:2021:556, pkt 62).
- 66 Odpowiedź na pytanie pierwsze powinna więc brzmieć następująco: art. 58 dyrektywy 2014/24 w związku z zasadami proporcjonalności i przejrzystości zagwarantowanymi w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może nałożyć jako kryteria kwalifikacji obowiązki wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności, której wykonywanie może być konieczne w ramach realizacji zamówienia publicznego, a która nie ma znacznej wagi.

### ***W przedmiocie pytania drugiego***

- 67 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasady proporcjonalności i przejrzystości zagwarantowane w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uzupełnieniu z mocy prawa dokumentacji przetargowej o kryteria kwalifikacji wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do rodzajów działalności związanych z udzielanym zamówieniem, które to kryteria nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej i których spełnienia instytucja zamawiająca nie zamierzała wymagać od zainteresowanych wykonawców.
- 68 Jak wynika z odpowiedzi na pytanie pierwsze – o ile nie ma utracić swojej istoty szeroki zakres uznania przysługujący instytucji zamawiającej przy określaniu kryteriów kwalifikacji, których spełnienia, jako warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamierza ona wymagać od wykonawców – obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z udzielanym zamówieniem publicznym nie można z mocy prawa dodać, jako kryteriów kwalifikacji, do kryteriów kwalifikacji wyraźnie wymienionych w dokumentacji przetargowej.
- 69 Zatem odpowiedź na pytanie drugie powinna brzmieć następująco: zasady proporcjonalności i przejrzystości zagwarantowane w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uzupełnieniu z mocy prawa dokumentacji przetargowej o kryteria kwalifikacji wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do rodzajów działalności związanych z udzielanym zamówieniem, które to kryteria nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej i których spełnienia instytucja zamawiająca nie zamierzała wymagać od zainteresowanych wykonawców.

***W przedmiocie pytania trzeciego lit. a)***

- 70 Poprzez pytanie trzecie lit. a) sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie wykluczeniu oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na to, że nie wyznaczył on podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć realizację obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, które nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, jeżeli oferent ten wskaże w ofercie, że wykona te obowiązki i że będzie przy tym polegać na zdolności innego podmiotu, z którym jednak nie jest związany umową o podwykonawstwo.
- 71 Jak wynika z pkt 62 niniejszego wyroku, gdyby obowiązki wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, nieprzewidziane jako kryterium kwalifikacji w dokumentacji przetargowej, zostały określone jako warunek wykonania zamówienia, a wybrany wykonawca nie spełniłby tego warunku przy udzielaniu zamówienia, brak spełnienia tych obowiązków nie miałby wpływu na zgodność udzielenia zamówienia z przepisami dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 89).
- 72 Gdyby obowiązki wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, nieprzewidziane w dokumentacji przetargowej, rzeczywiście stanowiły kryteria kwalifikacji w rozumieniu art. 58 dyrektywy 2014/24, wystarczy przypomnieć, że art. 63 ust. 1 tej dyrektywy przyznaje każdemu wykonawcy prawo do polegania w odniesieniu do danego zamówienia na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego stosunków łączących go z tymi podmiotami, w celu spełnienia poszczególnych kategorii kryteriów kwalifikacji wymienionych w art. 58 ust. 1 tej dyrektywy i skonkretyzowanych w ust. 2–4 tego artykułu (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33; z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 150).
- 73 Ponadto z art. 63 ust. 1 zdanie ostatnie dyrektywy 2014/24 wyraźnie wynika, że w przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi jedynie udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, na przykład przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.
- 74 Oczywiste jest zatem, że podwykonawstwo stanowi tylko jeden ze sposobów, w jaki wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, i że w związku z tym instytucja zamawiająca nie może mu go narzucić.
- 75 W związku z powyższym odpowiedź na pytanie trzecie lit. a) powinna brzmieć następująco: art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie wykluczeniu oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na to, że nie wyznaczył on podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć realizację obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, które nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, jeżeli oferent ten wskaże w ofercie, że wykona te obowiązki i że będzie przy tym polegać na zdolności innego podmiotu, z którym jednak nie jest związany umową o podwykonawstwo.

**W przedmiocie pytania trzeciego lit. b)**

- 76 Poprzez pytanie trzecie lit. b) sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 w związku z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że wykonawca ma prawo do określenia własnej organizacji i stosunków umownych w ramach grupy oraz czy może on również włączyć do zamówienia usługodawców lub dostawców, jeżeli dany usługodawca nie należy do podmiotów, na których zdolnościach oferent zamierza polegać w celu wykazania spełnienia odpowiednich kryteriów.
- 77 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwrócił się sąd krajowy na gruncie stanu prawnego i faktycznego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny, przy czym prawidłowość tych ustaleń nie podlega ocenie Trybunału, korzystają z domniemania, iż mają one znaczenie dla sprawy (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 września 1999 r., Beck i Bergdorf, C-355/97, EU:C:1999:391, pkt 22; z dnia 26 marca 2020 r., Miasto Łowicz i Prokurator Generalny, C-558/18 i C-563/18, EU:C:2020:234, pkt 43).
- 78 Jednakże z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że procedura przewidziana w art. 267 TFUE jest instrumentem współpracy pomiędzy Trybunałem i sądami krajowymi, dzięki któremu Trybunał dostarcza sądom krajowym elementów wykładni prawa wspólnotowego, które są niezbędne dla rozstrzygnięcia przedstawionych im sporów, tak że odesłanie prejudycjalne nie ma służyć wydawaniu opinii doradczych w przedmiocie kwestii ogólnych i hipotetycznych, lecz ma być podyktowane rzeczywistą potrzebą skutecznego rozstrzygnięcia sporu (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 grudnia 1981 r., Foglia, 244/80, EU:C:1981:302, pkt 18; z dnia 26 marca 2020 r., Miasto Łowicz i Prokurator Generalny, C-558/18 i C-563/18, EU:C:2020:234, pkt 44).
- 79 W tym kontekście, zważywszy, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym stanowi podstawę postępowania przed Trybunałem, niezbędne jest, by sąd krajowy określił w tym wniosku w szczególności ramy faktyczne i prawne sporu w postępowaniu głównym, zwłaszcza w pewnych dziedzinach charakteryzujących się złożonym stanem faktycznym i prawnym, takich jak dziedzina zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 26 stycznia 1993 r., Telemarsicabruzzo i in., od C-320/90 do C-322/90, EU:C:1993:26, pkt 6, 7; postanowienie z dnia 25 kwietnia 2018 r., Secretaria Regional de Saúde dos Açores, C-102/17, EU:C:2018:294, pkt 28, 29).
- 80 Tymczasem w niniejszej sprawie należy stwierdzić, że postanowienie odsyłające nie zawiera opisu stanu faktycznego i prawnego sporu w postępowaniu głównym wystarczającego do tego, by umożliwić Trybunałowi udzielenie użytecznej odpowiedzi na pytanie trzecie lit. b).
- 81 W konsekwencji pytanie trzecie lit. b) należy uznać za niedopuszczalne.

**W przedmiocie kosztów**

- 82 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 (trzecia izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 58 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w związku z zasadami proporcjonalności i przejrzystości zagwarantowanymi w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy,

należy interpretować w ten sposób, że:

instytucja zamawiająca może nałożyć jako kryteria kwalifikacji obowiązki wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności, której wykonywanie może być konieczne w ramach realizacji zamówienia publicznego, a która nie ma znacznej wagi.

- 2) Zasady proporcjonalności i przejrzystości zagwarantowane w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24

należy interpretować w ten sposób, że:

stoją one na przeszkodzie uzupełnieniu z mocy prawa dokumentacji przetargowej o kryteria kwalifikacji wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do rodzajów działalności związanych z udzielanym zamówieniem, które to kryteria nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej i których spełnienia instytucja zamawiająca nie zamierzała wymagać od zainteresowanych wykonawców.

- 3) Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24

należy interpretować w ten sposób, że:

stoi on na przeszkodzie wykluczeniu oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na to, że nie wyznaczył on podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć realizację obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, które nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, jeżeli oferent ten wskaże w ofercie, że wykona te obowiązki i że będzie przy tym polegać na zdolności innego podmiotu, z którym jednak nie jest związany umową o podwykonawstwo.

Podpisy