



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 10 listopada 2022 r.\*

Odesłanie prejudycjalne – Publiczny system wynajmu i wspólnego użytkowania elektrycznych pojazdów samochodowych – Rozróżnienie pojęć „koncesje na usługi” i „zamówienia publiczne na dostawy” – Dyrektywa 2014/23/UE – Artykuł 5 pkt 1 lit. b) – Artykuł 20 ust. 4 – Pojęcie „umów mieszanych” – Artykuł 8 – Określenie wartości koncesji na usługi – Kryteria – Artykuł 27 – Artykuł 38 – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 2 ust. 1 pkt 5 i 8 – Rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 – Załącznik XXI – Możliwość ustanowienia warunku dotyczącego rejestracji danej działalności zawodowej na podstawie prawa krajowego – Niemożność nałożenia tego warunku na wszystkich członków tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw – Rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 – Artykuł 1 ust. 1 – Obowiązek odniesienia się wyłącznie do „Wspólnego słownika zamówień” w dokumentach koncesji – Rozporządzenie (WE) nr 1893/2006 – Artykuł 1 ust. 2 – Brak możliwości odniesienia się do klasyfikacji NACE Rev. 2 w dokumentach koncesji

W sprawie C-486/21

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajową komisję ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych, Słowenia) postanowieniem z dnia 2 sierpnia 2021 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 sierpnia 2021 r., w postępowaniu:

**SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o.**

przeciwko

**Mestna občina Ljubljana,**

TRYBUNAŁ (ósma izba),

w składzie: N. Piçarra, pełniący obowiązki prezesa izby, N. Jääskinen, i M. Gavalec (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

\* Język postępowania: słoweński.

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu Mestna občina Ljubljana – R. Kokalj, odvetnik,
- w imieniu rządu czeskiego – L. Halajová, M. Smolek i J. Vlácil, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego – A. Posch, w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej – U. Babovič, M. Kocjan, A. Kraner, P. Ondrůšek oraz 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. 3 ust. 1, art. 5 pkt 1 lit. b), art. 8 ust. 1 i 2, a także art. 38 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1), zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2019/1827 z dnia 30 października 2019 r. (Dz.U. 2019, L 279, s. 23) (zwanej dalej „dyrektywą 2014/23”), art. 2 ust. 1 pkt 5 i 9, art. 3 ust. 4 akapit trzeci, art. 4 lit. b) i c), art. 18 ust. 1, a także art. 58 ust. 1 i 2 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), zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2019/1828 z dnia 30 października 2019 r. (Dz.U. 2019, L 279, s. 25) (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24”), rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego słownika zamówień (CPV) (Dz.U. 2002, L 340, s. 1), załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 1893/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej NACE Rev. 2 i zmieniającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 oraz niektóre rozporządzenia WE w sprawie określonych dziedzin statystycznych (Dz.U. 2006, L 393, s. 1), a także załącznika XXI do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.U. 2015, L 296, s. 1; sprostowanie Dz.U. 2017, L 172, s. 36).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy SHARENGO najem in zakup vozil, d.o.o. (zwaną dalej „Sharengo”) a Mestna občina Ljubljana (gminą miejską Lublana, Słowenia) (zwaną dalej „gminą Lublana”) w przedmiocie ogłoszenie przez tę gminę przetargu mającego wyłonić koncesjonariusza w celu realizacji projektu obejmującego utworzenie publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych i zarządzania tym systemem na terytorium tej gminy.

## Ramy prawne

### *Prawo Unii*

#### *Dyrektywa 2014/23*

3 Motywy 1, 4, 8, 18, 20 i 52 dyrektywy 2014/23 stanowią:

(1) Brak na poziomie Unii jasnych przepisów regulujących udzielanie koncesji rodzi niepewność prawa oraz przeszkody w swobodnym świadczeniu usług, a także powoduje zakłócenia w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. W rezultacie wykonawcy, a zwłaszcza małe i średnie przedsiębiorstwa (MŚP), pozbawieni są praw przysługujących im na rynku wewnętrznym oraz tracą ważne szanse handlowe, natomiast organy publiczne mogą mieć problem z jak najlepszym wykorzystaniem środków publicznych, pozwalającym obywatelom Unii korzystać z wysokiej jakości usług po najkorzystniejszych cenach. Odpowiednie, zrównoważone i elastyczne ramy prawne regulujące udzielanie koncesji zapewniłyby skuteczny i niedyskryminacyjny dostęp do rynku wszystkim wykonawcom z Unii oraz pewność prawa, wspierając inwestycje publiczne w infrastrukturę oraz strategiczne usługi dla obywateli. Takie ramy prawne zapewniłyby także wykonawcom większą pewność prawną i mogłyby stać się podstawą i instrumentem sprzyjającymi większemu otwarciu międzynarodowych rynków zamówień publicznych i zasileniu międzynarodowej wymiany handlowej. Szczególne znaczenie powinno się przywiązywać do zwiększania możliwości MŚP w zakresie dostępu do wszystkich unijnych rynków koncesji.

[...]

(4) Udzielanie koncesji [...] na roboty budowlane podlega obecnie podstawowym zasadom 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)], natomiast procedura udzielania koncesji na usługi o zasięgu transgranicznym podlega zasadom Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasadom swobody przepływu towarów, swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług, a także zasadom z nich wynikającym, takim jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnej uznawalności, proporcjonalności i przejrzystości. Istnieje ryzyko niepewności prawnej związanej z rozbieżnymi interpretacjami zasad Traktatu przez ustawodawców krajowych oraz ryzyko znacznych rozbieżności między ustawodawstwem poszczególnych państw członkowskich. Ryzyko to znalazło swój wyraz w obszernym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przy czym orzecznictwo to jednak tylko częściowo porusza pewne aspekty udzielania koncesji.

[...]

(8) W przypadku koncesji osiągającej co najmniej [pewną] określoną wartość właściwe jest zapewnienie minimalnej koordynacji krajowych procedur udzielania takich koncesji w oparciu o zasady TFUE, aby zagwarantować otwarcie postępowań o udzielenie koncesji na konkurencję oraz zapewnić stosowny poziom pewności prawa. Te przepisy koordynujące nie powinny jednak wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia wspomnianych celów i do zapewnienia określonego poziomu elastyczności. Państwom członkowskim

należy zezwolić na uzupełnienie i dalsze rozwinięcie tych przepisów, jeżeli uznają to za właściwe, zwłaszcza w celu skuteczniejszego zapewnienia przestrzegania zasad określonych powyżej.

[...]

- (18) Trudności związane z interpretacją pojęć »koncesja« i »zamówienie publiczne« spowodowały utrzymującą się niepewność prawną wśród zainteresowanych stron i były podłożem wielu wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Należy zatem doprecyzować definicję koncesji, w szczególności poprzez odniesienie do pojęcia ryzyka operacyjnego. Główna cecha koncesji, czyli prawo do eksploatacji obiektów budowlanych lub wykonywania usług, zawsze pociąga za sobą przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego o charakterze ekonomicznym wiążącego się z możliwością, że nie odzyska on nakładów inwestycyjnych ani kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji w normalnych warunkach działalności, nawet jeżeli części ryzyka pozostaje poddana instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający. Nie miałyby uzasadnienia stosowanie przepisów szczegółowych regulujących udzielanie koncesji, gdyby instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający uwalniał[y] wykonawcę od wszelkich potencjalnych strat, gwarantując minimalny przychód, co najmniej równy poczynionym inwestycjom i kosztom, które wykonawca musi ponieść w związku z wykonaniem umowy. Jednocześnie należy wyraźnie określić, że jako koncesje powinny kwalifikować się pewne porozumienia, za które wynagrodzenie wypłaca wyłącznie instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający, w przypadku których odzyskanie nakładów inwestycyjnych i kosztów poniesionych przez wykonawcę w celu wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług uzależnione jest od faktycznego popytu na daną usługę lub składnik aktywów lub ich faktycznej podaży.

[...]

- (20) Ryzyko operacyjne powinno wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron. Takie rodzaje ryzyka, jak to związane ze złym zarządzaniem, przypadkami złego wykonania umowy przez wykonawcę lub działaniem siły wyższej, nie są decydujące przy klasyfikowaniu koncesji, ponieważ te ryzyka są częścią każdej umowy, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne czy o koncesję. Ryzyko operacyjne powinno być rozumiane jako ryzyko narażenia na niebezpieczeństwa rynku, które może polegać albo na ryzyku związanym z popytem lub podażą, albo na ryzyku związanym zarówno z podażą, jak i z popytem. Ryzyko związane z popytem należy rozumieć jako ryzyko związane z rzeczywistym popytem na roboty budowlane lub usługi będące przedmiotem umowy. Ryzyko związane z podażą należy rozumieć jako ryzyko związane z realizacją robót budowlanych lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy, w szczególności ryzyko, że świadczone usługi nie będą odpowiadać popytowi. Na potrzeby oceny ryzyka operacyjnego powinno się uwzględnić w spójny i jednolity sposób wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza.

[...]

(52) Aby zapobiec izolacji rynku oraz utrudnieniu konkurencji, powinno się ograniczyć okres obowiązywania koncesji. Istnieje ponadto prawdopodobieństwo, że koncesje o bardzo długim okresie obowiązywania będą prowadzić do zamykania rynku, a tym samym utrudniać swobodny przepływ usług i swobodę przedsiębiorczości. Taki okres obowiązywania może być jednak uzasadniony, jeżeli jest on niezbędny do tego, aby umożliwić koncesjonariuszowi odzyskanie nakładów inwestycyjnych zaplanowanych na wykonanie koncesji oraz uzyskanie zwrotu z zainwestowanego kapitału. W konsekwencji w przypadku koncesji obowiązujących dłużej niż pięć lat okres ich obowiązywania powinien być ograniczony do okresu, podczas którego koncesjonariusz może odzyskać nakłady inwestycyjne na przeprowadzenie robót budowlanych oraz świadczenie usług, a także zapewnić sobie zwrot z zainwestowanego kapitału w normalnych warunkach funkcjonowania, z uwzględnieniem szczególnych zobowiązań umownych podjętych przez koncesjonariusza, by sprostać wymogom dotyczącym na przykład jakości lub ceny zapewnianych użytkownikom. Szacunkowa ocena powinna być ważna w chwili udzielania koncesji. Powinna istnieć możliwość objęcia nią początkowych i kolejnych inwestycji uznawanych za konieczne w przypadku realizacji koncesji, w szczególności wydatków na infrastrukturę, praw autorskich, patentów, sprzętu, logistyki, zatrudnienia, wyszkolenia personelu i wydatków początkowych. Maksymalny okres obowiązywania koncesji powinien być wskazany w dokumentach koncesji, chyba że okres obowiązywania jest jednym z kryteriów udzielenia zamówienia. Instytucje zamawiające i podmioty zamawiające powinny zawsze mieć możliwość udzielenia koncesji na okres krótszy niż okres konieczny do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych, pod warunkiem że powiązana rekompensata nie eliminuje ryzyka operacyjnego”.

4 Artykuł 1 tej dyrektywy, zatytułowany „Przedmiot i zakres stosowania”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania przez instytucje zamawiające i podmioty zamawiające zamówień w drodze koncesji, których szacunkowa wartość jest nie mniejsza niż próg określony w art. 8.

2. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do udzielania wykonawcom koncesji na roboty budowlane lub usługi przez:

a) instytucje zamawiające;

[...]”.

5 Zgodnie z art. 3 tej dyrektywy, zatytułowanym „Zasada równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości”:

„1. Instytucje zamawiające i podmioty zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców i brak dyskryminacji oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Przygotowanie postępowania o udzielenie koncesji, w tym oszacowanie wartości, nie może zostać dokonane z zamiarem wyłączenia koncesji z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy lub nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców lub niektórych robót budowlanych, dostaw lub usług.

[...]”.

6 Artykuł 5 dyrektywy 2014/23, zatytułowany „Definicje”, przewiduje:

„Do celów niniejszej dyrektywy mają zastosowanie następujące definicje:

1. »koncesje« oznaczają koncesje na roboty budowlane lub koncesje na usługi, jak określono w lit. a) i b) poniżej:

[...]

b) »koncesja na usługi« oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług – innych niż wykonanie robót budowlanych, o których mowa w lit. a) – i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do korzystania z usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością.

Udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją tych obiektów lub wykonywaniem tych usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub [albo] z podażą, albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne.

[...]”.

7 Z art. 8 tej dyrektywy, zatytułowanego „Próg i metody obliczania szacunkowej wartości koncesji”, wynika:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do koncesji, których wartość jest równa lub wyższa niż 5 350 000 EUR.

2. Wartość koncesji to całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez [podatku od wartości dodanej (VAT)], oszacowany przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane i usługi będące przedmiotem koncesji oraz dostawy towarzyszące takim robotom i usługom.

[...]

3. Szacunkową wartość koncesji oblicza się przy użyciu obiektywnej metody określonej w dokumentach koncesji. Przy szacowaniu wartości koncesji instytucje zamawiające i podmioty zamawiające, w stosownych przypadkach, uwzględniają w szczególności:

a) wartość wszelkich opcji i ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania koncesji;

b) przychody z opłat i kar uiszczanych przez użytkowników robót budowlanych lub usług inne niż te pobierane w imieniu instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego;

c) płatności lub jakiegokolwiek korzyści finansowe, niezależnie od ich postaci, przekazywane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający albo jakiegokolwiek inny organ publiczny koncesjonariuszowi, co obejmuje rekompensatę z tytułu spełnienia obowiązku świadczenia usługi publicznej i publiczne dotacje inwestycyjne;

[...]”.

8 Zgodnie z art. 18 wspomnianej dyrektywy, zatytułowanym „Okres obowiązywania koncesji”:

„1. Koncesje mają ograniczony okres obowiązywania. Jest on określany przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający na podstawie robót budowlanych lub usług zleconych koncesjonariuszowi.

2. W przypadku koncesji trwających ponad 5 lat maksymalny okres obowiązywania koncesji nie przekracza okresu, w którym koncesjonariusz może w uzasadniony sposób oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych na przeprowadzenie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem z zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji wymaganych na realizację konkretnych celów umownych.

Inwestycje uwzględnione do celów wyliczeń obejmują zarówno inwestycje początkowe, jak i inwestycje poczynione w okresie obowiązywania koncesji”.

9 Artykuł 20 tej dyrektywy, zatytułowany „Koncesje mieszane”, przewiduje:

„[...]”

2. W przypadku gdy poszczególne części danej koncesji można w obiektywny sposób rozdzielić, zastosowanie mają ust. 3 i 4. W przypadku gdy poszczególnych części danej koncesji nie można w obiektywny sposób rozdzielić, zastosowanie ma ust. 5.

[...]

W przypadku zamówień, które mają dotyczyć kilku rodzajów działalności, gdy jeden z nich podlega albo załącznikowi II do niniejszej dyrektywy, albo dyrektywie 2014/25/UE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243)], mające zastosowanie przepisy określa się, odpowiednio, zgodnie z art. 22 niniejszej dyrektywy i art. 6 dyrektywy [2014/25].

[...]

4. W przypadku umów mieszanych zawierających elementy koncesji oraz elementy zamówień publicznych objętych dyrektywą [2014/24] lub zamówień objętych dyrektywą [2014/25] umowy mieszane są udzielane zgodnie z, odpowiednio, przepisami dyrektywy [2014/24] lub dyrektywy [2014/25].

[...]”.

10 Artykuł 26 dyrektywy 2014/23, zatytułowany „Wykonawcy”, stanowi w ust. 2:

„Grupy wykonawców, w tym tymczasowe stowarzyszenia, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie koncesji. Instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające nie wymagają od nich posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału.

W razie potrzeby instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające mogą w dokumentach koncesji sprecyzować sposób, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w art. 38, pod warunkiem że jest to uzasadnione obiektywnymi powodami i jest proporcjonalne. Państwa członkowskie mogą określić standardowe warunki określające, w jaki sposób grupy wykonawców mają spełniać te wymogi. Wszelkie warunki realizacji koncesji przez takie grupy wykonawców, które to warunki są inne niż te nakładane na indywidualnych uczestników, również muszą być uzasadnione obiektywnymi powodami i muszą być proporcjonalne”.

11 Artykuł 27 tej dyrektywy, zatytułowany „Nomenklatury”, w ust. 1 przewiduje:

„Wszelkie odniesienia do nomenklatur w kontekście udzielania koncesji są dokonywane z wykorzystaniem Wspólnego słownika zamówień [Common Procurement Vocabulary (CPV)], przyjętego rozporządzeniem [nr 2195/2002]”.

12 Artykuł 31 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Ogłoszenia o koncesji”, stanowi w ust. 2:

„Ogłoszenia o koncesji zawierają informacje, o których mowa w załączniku V, oraz, w stosownych przypadkach, wszelkie inne informacje, które instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający uznają za użyteczne, zgodnie z formatem standardowych formularzy”.

13 Załącznik V do tej dyrektywy, zatytułowany „Informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniach o koncesji, o których mowa w art. 31”, stanowi:

„[...]”

4. Opis koncesji: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i zakres usług, rząd wielkości lub szacunkowa wartość i, w miarę możliwości, okres obowiązywania umowy. Jeżeli koncesja jest podzielona na części, informacje podaje się dla każdej części. W stosownych przypadkach opis wszelkich opcji.

5. Kody CPV. Jeżeli koncesja jest podzielona na części, informacje podaje się dla każdej części.

[...]”

7. Warunki udziału, w tym:

[...]”

b) w stosownych przypadkach wskazanie, czy świadczenie usługi jest zastrzeżone przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi dla określonych zawodów; odniesienia do odpowiednich przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych;



- c) w stosownych przypadkach wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji; minimalne poziomy ewentualnie wymaganych standardów; wskazanie wymaganych informacji (oświadczenia własne, dokumentacja)”.
- 14 Artykuł 37 dyrektywy 2014/23, zatytułowany „Gwarancje proceduralne”, ma następujące brzmienie:
- „[...]
2. Instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający przedstawiają:
- a) w ogłoszeniu o koncesji – opis koncesji i warunków udziału;
- b) w ogłoszeniu o koncesji, w zaproszeniu do składania ofert lub w innych dokumentach koncesji – opis kryteriów udzielania koncesji i, o ile mają zastosowanie, wymogi minimalne, które należy spełnić.
- [...]
4. Instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający przedstawia opis planowanego postępowania oraz orientacyjny termin jego zakończenia wszystkim uczestnikom. Wszyscy uczestnicy są informowani o jakichkolwiek zmianach, a w zakresie, w jakim zmiany te dotyczą elementów przedstawionych w ogłoszeniu o koncesji, są one przedstawiane wszystkim wykonawcom.
- [...]”.
- 15 Artykuł 38 tej dyrektywy, zatytułowany „Kwalifikacja i ocena podmiotowa kandydatów”, przewiduje:
- „1. Instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający weryfikuje warunki udziału dotyczące zdolności zawodowych i technicznych kandydatów lub oferentów, ich sytuacji finansowej i ekonomicznej – na podstawie ich własnych deklaracji – a także referencje, jakie należy przedłożyć jako dowód, zgodnie z wymogami określonymi w ogłoszeniu o koncesji, a które mają być niedyskryminacyjne i proporcjonalne do przedmiotu koncesji. Wymogi dotyczące udziału muszą być związane z przedmiotem koncesji i proporcjonalne do możliwości realizacji koncesji przez koncesjonariusza, biorąc pod uwagę przedmiot koncesji oraz cel związany z zapewnieniem rzeczywistej konkurencji.
2. Aby spełnić warunki uczestnictwa przewidziane w ust. 1, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnej koncesji, polegać na zdolności innych podmiotów, bez względu na charakter prawny związków łączących go z tymi podmiotami. W przypadku gdy wykonawca chce korzystać ze zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w ciągu całego okresu realizacji koncesji, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. W odniesieniu do sytuacji finansowej instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający może wymagać od wykonawców i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za wykonanie koncesji.

3. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 26, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów.

[...]”.

*Dyrektywa 2014/24*

16 Artykuł 1 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Przedmiot i zakres stosowania”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4.

2. Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych.

[...]”.

17 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Definicje”, przewiduje:

„1. Na użytek niniejszej dyrektywy zastosowanie mają następujące definicje:

[...]

5. »zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług;

[...]

8. »zamówienia publiczne na dostawy« oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest zakup, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji zakupu, produktów. Zamówienie publiczne na dostawy może obejmować dodatkowo rozmieszczenie i instalację;

9. »zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest świadczenie usług innych niż te, o których mowa w pkt 6;

[...]”.

18 Artykuł 3 tej dyrektywy, zatytułowany „Zamówienia mieszane”, ma następujące brzmienie:

„[...]

4. W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zamówienie objęte niniejszą dyrektywą oraz zamówienie nieobjęte niniejszą dyrektywą, instytucje zamawiające mogą zdecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia. W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień na

poszczególne części, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia, podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych odnośnej odrębnej części.

W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, niniejsza dyrektywa – o ile art. 16 nie stanowi inaczej – ma zastosowanie do udzielonego w ten sposób zamówienia mieszanego, bez względu na wartość części, które w przeciwnym razie podlegałyby innemu reżimowi prawnemu, i bez względu na to, jakiemu reżimowi prawnemu podlegałyby te części w przeciwnym razie.

W przypadku zamówień mieszanych zawierających elementy zamówień na dostawy, roboty budowlane i usługi oraz elementy koncesji zamówienie mieszane udzielane jest zgodnie z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że szacunkowa wartość części zamówienia stanowiącej zamówienie objęte niniejszą dyrektywą, obliczona zgodnie z art. 5, jest równa lub wyższa od stosownego progu określonego w art. 4.

[...]”.

19 Artykuł 4 tej dyrektywy, zatytułowany „Kwoty progowe”, w akapicie pierwszym stanowi:

„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których wartość, bez [VAT], oszacowano na poziomie lub powyżej następujących progów:

[...]

b) 139 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów organizowanych przez te instytucje; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności, próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III;

c) 214 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego i konkursów organizowanych przez te instytucje [...];

[...]”.

20 Artykuł 18 dyrektywy 2014/24 określa „[z]asady udzielania zamówień”.

21 Artykuł 23 tej dyrektywy, zatytułowany „Nomenklatura”, w ust. 1 stanowi:

„Wszelkie odniesienia do nomenklatur w kontekście zamówień publicznych są dokonywane z wykorzystaniem Wspólnego słownika zamówień [(Common Procurement Vocabulary (CPV))], przyjętego rozporządzeniem [nr 2195/2002]”.

22 Artykuł 51 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Forma i sposób publikacji ogłoszeń”, w ust. 1 akapit pierwszy stanowi:

„Ogłoszenia, o których mowa w art. 48, 49 i 50, zawierają informacje określone w załączniku V według formatu standardowych formularzy, w tym standardowych formularzy sprostowań”.

- 23 Załącznik V do wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Informacje, jakie należy umieścić w ogłoszeniu”, zawiera część C, dotyczącą „[i]nformacji, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu (o których mowa w art. 49)”, z której wynika, co następuje:

„[...]”

7. Opis zamówienia: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i ilość lub wartość dostaw, charakter i zakres usług. Jeżeli zamówienie podzielone jest na części, informacje podaje się dla każdej części. W stosownych przypadkach opis wszelkich opcji.

[...]”.

- 24 Artykuł 58 rzeczony dyrektywy, zatytułowany „Kryteria kwalifikacji”, stanowi w ust. 1 i 2:

„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”.

- 25 Załącznik XI do wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Rejestry”, przewiduje:

„Stosownymi rejestrami zawodowymi i handlowymi oraz odpowiednimi oświadczeniami i zaświadczeniami są dla poszczególnych państw członkowskich:

– [...]

– w Słowenii „sodni register” i „obrtni register”,

– [...]”.

*Rozporządzenie wykonawcze 2015/1986*

26 Artykuł 4 rozporządzenia wykonawczego 2015/1986 stanowi:

„Do celów publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszeń, o których mowa w art. 31, 32 i 43 dyrektywy [2014/23], instytucje zamawiające i podmioty zamawiające stosują standardowe formularze określone w załącznikach XI, XVI, XX, XXI i XXII do niniejszego rozporządzenia”.

27 Standardowy formularz zawarty w załączniku II do tego rozporządzenia wykonawczego w pkt od II.1.1 do II.1.4, II.2.1, II.2.2 i II.2.4 zobowiązuje instytucję zamawiającą do sprecyzowania w ogłoszeniu o zamówieniu, odpowiednio, nazwy zamówienia, głównego kodu CPV, rodzaju zamówienia, krótkiego opisu, dodatkowego kodu lub kodów CPV oraz opisu usług.

28 Załącznik XXI do tego rozporządzenia wykonawczego zawiera standardowy formularz, odnoszący się do „Ogłoszenia o koncesji” w rozumieniu dyrektywy 2014/23; jego pkt III.1.1 brzmi następująco:

„Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego:

Wykaz i krótki opis warunków, wskazówki wymaganych informacji i dokumentów”.

*Rozporządzenie nr 2195/2002*

29 Motywy 1 i 3 rozporządzenia nr 2195/2002 stanowią:

„(1) Stosowanie różnych klasyfikacji ma szkodliwy wpływ na otwartość i przejrzystość zamówień publicznych w Europie. Jego wpływ na jakość ogłoszeń i czas niezbędny do ich opublikowania stanowi de facto ograniczenie w dostępie podmiotów gospodarczych do zamówień publicznych.

[...]

(3) Istnieje potrzeba ujednoczenia, za pomocą jednolitego systemu klasyfikacji dla zamówień publicznych, odniesień stosowanych przez instytucje oraz podmioty zamawiające w celu dokonania opisu przedmiotu zamówienia”.

30 Artykuł 1 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 2195/2002 przewiduje:

„1. Niniejszym ustanawia się jednolity system klasyfikacji stosowany do zamówień publicznych, określony jako »Wspólny słownik zamówień« [...] [Common Procurement Vocabulary (CPV)].

2. Tekst CPV jest określony w załączniku I”.

*Rozporządzenie nr 1893/2006*

31 Artykuł 1 rozporządzenia nr 1893/2006, zatytułowany „Przedmiot i zakres”, stanowi:

„1. Niniejsze rozporządzenie wprowadza wspólną statystyczną klasyfikację działalności gospodarczej [w Unii], dalej zwaną »NACE Rev. 2«. Ta klasyfikacja zapewnia, że klasyfikacje [unijne] odpowiadają rzeczywistości gospodarczej i zwiększa porównywalność klasyfikacji krajowych, [unijnych] i międzynarodowych, a tym samym statystyk krajowych, [unijnych] i międzynarodowych.

2. Niniejsze rozporządzenie ma zastosowanie jedynie do wykorzystywania klasyfikacji do celów statystycznych”.

***Prawo słoweńskie***

32 Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (ustawa o niektórych umowach koncesji) (*Uradni list RS*, št. 9/2019), w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym, reguluje niektóre umowy koncesji na roboty budowlane i usługi, których szacunkowa wartość bez VAT jest co najmniej równa wartości przewidzianej w art. 8 ust. 1 dyrektywy 2014/23.

**Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

33 W 2020 r. gmina Lublana postanowiła wszcząć procedurę udzielenia koncesji na utworzenie usług wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych i zarządzanie tymi usługami na swoim terytorium. Całkowita wartość projektu została oszacowana na 14 989 000 EUR bez VAT, przy czym wkład finansowy partnera prywatnego został oszacowany na 14 570 000 EUR bez VAT, a wkład finansowy gminy został oszacowany na 36 000 EUR bez VAT.

34 Wkład finansowy partnera prywatnego miał być podzielony w następujący sposób: istniejąca flota pojazdów elektrycznych: 5 000 000 EUR; istniejąca technologia: 1 500 000 EUR; zasoby i rozwój: 1 400 000 EUR; zakup nowych pojazdów elektrycznych w okresie obowiązywania koncesji: 6 250 000 EUR; przygotowanie miejsc parkingowych: 180 000 EUR; montaż stacji ładowania: 240 000 EUR

35 Dokumenty dotyczące spornego projektu używają kodu głównego CPV 60100000. Ponadto tytułem „Wkład[ów] udzielającego koncesji i koncesjonariusza” przewidziano, że „[w]pływy z opłat za miejsca parkingowe i za stacje ładowania oraz z opłat za parkowanie należy uważać za wkład udzielającego koncesji w celu realizacji projektu”.

36 Ponadto we „Wskazówkach dotyczących składania oferty” gmina Lublana w celu opisanego „przedmiotu stosunku koncesyjnego” zaznaczyła, że realizacja projektu utworzenia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych i zarządzania tym systemem obejmuje:

„a) realizację inwestycji niezbędnych do utworzenia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych na terytorium [gminy Lublana], na którą składają się:

- ustanowienie floty co najmniej 200 pojazdów elektrycznych przeznaczonych do stworzenia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych [...],

- opracowanie publicznej sieci punktów wynajmu pojazdów i stacji ładowania w celu ładowania pojazdów elektrycznych [...],
  - stworzenie nowoczesnego i przyjaznego dla użytkownika systemu informatycznego w celu zapewnienia usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych,
- b) świadczenie usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych [...], w tym poprzez stworzenie scentralizowanego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, który umożliwi monitorowanie i nadzór nad prowadzeniem projektu, a w szczególności:
- obowiązek zagwarantowania floty pojazdów w idealnym stanie i zarządzania nią, co obejmuje w szczególności regularne usługi i naprawcze, między innymi w przypadku wypadków drogowych, rejestracji, ubezpieczenia i innych wydatków związanych z normalnym użytkowaniem pojazdów [...]. Koncesjonariusz zapewnia ponadto regularną modernizację floty pojazdów zgodnie z harmonogramem określonym w umowie,
  - obowiązek zapewnienia sieci punktów wynajmu i stacji ładowania pojazdów elektrycznych i zarządzania tą siecią, obowiązek regularnego przeglądu pojazdów oraz obowiązek zapewnienia stacji ładowania w odpowiednim stanie technicznym na warunkach i zasadach które zostaną określone w umowie,
  - zapewnienie odpowiedniego systemu wsparcia dla użytkowników.

[...]

Główne obowiązki koncesjonariusza:

- [...]
- koncesjonariusz w okresie objętym umową ponosi wszelkie ryzyko techniczne, technologiczne i finansowe związane z wdrożeniem środków inwestycyjnych i innych, a także z tytułu świadczenia usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, w tym ryzyko w zakresie rentowności dokonanych inwestycji. Koncesjonariusz ponosi również ryzyko dotyczące dostępności i wystarczającej oferty stworzonego systemu, podobnie jak ryzyko związane z popytem;
- [...]”.

37 Z tych wskazówek wynika również, że projekt będący przedmiotem postępowania głównego ma chronić środowisko i wzmacniać zrównoważony rozwój, w szczególności poprzez przyjęcie koncepcji zrównoważonej mobilności. Wspomniane wskazówki przewidują wreszcie w ramach „podstaw wykluczenia”, że kandydat do celów prowadzenia działalności musi być zarejestrowany w standardowej krajowej klasyfikacji działalności w klasie 77.110 (Wynajem i dzierżawa samochodów osobowych i furgonetek) (zwanej dalej „działalnością 77.110), przy czym w przypadku oferty złożonej w ramach partnerstwa warunek musi zostać spełniony przez każdego z partnerów.

- 38 W dniach 17, 18 i 19 lutego 2021 r. Sharengo zadała za pośrednictwem portalu zamówień publicznych szereg pytań związanych z przetargiem i zasygnalizowała, że niektóre wymogi gminy Lublana naruszają słoweńskie ustawodawstwo dotyczące partnerstw publiczno-prywatnych oraz ustawodawstwo dotyczące zamówień publicznych.
- 39 W dniu 19 lutego 2021 r., a więc nawet przed upływem terminu, jakim dysponowała gmina na udzielenie odpowiedzi na te pytania, Sharengo wniosła środek odwoławczy do wspomnianej gminy. Podniosła ona w szczególności, że ponieważ przedmiot umowy obejmuje dokonywanie inwestycji, które nie są bezpośrednio związane z wynajmem i wspólnym użytkowaniem pojazdów elektrycznych, wymóg, aby wszyscy partnerzy byli zarejestrowani do celów działalności 77.110, jest nieproporcjonalny i dyskryminujący. Taki wymóg ogranicza konkurencję i uniemożliwia współpracę z partnerami mającymi siedzibę za granicą. W związku z tym Sharengo wniosła o stwierdzenie nieważności niektórych warunków, kryteriów i wymogów oraz, tytułem żądania ewentualnego, o stwierdzenie nieważności całego postępowania przetargowego.
- 40 Decyzją z dnia 2 marca 2021 r. gmina Lublana oddaliła ten środek odwoławczy ze względu na jego przedwczesny charakter.
- 41 Pytania Sharengo skłoniły jednak gminę Lublana do uściślenia, że wymóg bycia zarejestrowanym do celów działalności 77.110 musi zostać spełniony przez kandydata i że w przypadku oferty złożonej w ramach partnerstwa każdy z partnerów powinien go spełnić, ponieważ zawarcie umowy o partnerstwie powoduje powstanie między partnerami odpowiedzialności solidarnej. Natomiast inni wykonawcy wymienieni w oświadczeniu kandydata nie muszą spełnić tego warunku. Ponadto jeżeli wykonawcy nie są wpisani do rejestru handlowego lub zawodowego Republiki Słowenii, udzielający koncesji powinien uwzględnić klasyfikację, która zgodnie z jej opisem odpowiada przedmiotowi umowy.
- 42 Gmina Lublana, oddaliwszy środek odwoławczy wniesiony przez Sharengo, była zobowiązana przedłożyć go w celu wydania rozstrzygnięcia Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowej komisji ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych, Słowenia), co uczyniła w dniu 8 marca 2021 r.
- 43 Na wezwanie tej komisji gmina Lublana wyjaśniła w piśmie z dnia 7 kwietnia 2021 r., po pierwsze, że ustawa o niektórych umowach koncesji nie ma zastosowania, ponieważ nie został osiągnięty próg, jaki jest wymagany do jej zastosowania, gdyż szacunkowa wartość koncesji wynosiła 3 108 103 EUR bez VAT. Ponadto gmina nie miałaby płacić bezpośrednio wynagrodzenia za realizację koncesji. Ograniczyłaby się ona bowiem z jednej strony do zrzeczenia się opłat za parkowanie w odniesieniu do miejsc parkingowych, które będą wykorzystywane w celu świadczenia usługi będącej przedmiotem postępowania głównego, których wysokość miała wynosić 3 430 328 EUR bez VAT, a z drugiej strony do pokrycia kosztów regularnego utrzymania tych miejsc parkingowych, które to koszty były szacowane na 84 375 EUR bez VAT. Wreszcie gmina miałaby osiągać dochody z tytułu corocznych opłat za parkowanie w kwocie szacowanej na 345 000 EUR bez VAT oraz z tytułu opłat za stacje ładowania w kwocie szacowanej na 62 000 EUR bez VAT. Po drugie, celem gminy Lublana miałoby być stworzenie usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, a nie zakup towaru. Po trzecie, gmina ta uznała, biorąc pod uwagę przewidziany podział ryzyka, że wybrany kod CPV, który dotyczy wynajmu rzeczy, mógłby wprowadzać w błąd. System wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych wykraczałby bowiem poza zwykły wynajem pojazdu elektrycznego i obejmowałby złożoną usługę, jaką jest funkcjonowanie systemu wspólnego użytkowania, która pod względem materialnym i konceptualnym jest szersza niż zwykły wynajem pojazdu.



- 44 Na wstępie Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowa komisja ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych) przypomina, że Trybunał uznał ją za „sąd krajowy” w rozumieniu art. 267 TFUE w wyrokach z dnia 8 czerwca 2017 r., Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431, pkt 34–38) i z dnia 10 września 2020 r., Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685). Sąd ten dodaje, że jeżeli, tak jak w postępowaniu głównym, środek odwoławczy dotyczy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która obejmuje, oprócz specyfikacji istotnych warunków zamówienia sensu stricto, dokumentację dotyczącą udzielenia zamówienia lub koncesji, orzeka on w charakterze „sądu krajowego, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego” w rozumieniu art. 267 akapit trzeci TFUE.
- 45 W niniejszej sprawie właściwość sądu odsyłającego do rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym zależy od tego, czy przyszły stosunek umowy między gminą a wykonawcą można zakwalifikować jako „koncesję na usługi” w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23, czy jako „zamówienie publiczne” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24.
- 46 W tym kontekście sąd ten uważa, że napotkał trzy trudności związane z wykładnią prawa Unii.
- 47 W pierwszej kolejności sąd ten zastanawia się nad zasadami określenia szacunkowej wartości koncesji na usługi. Podnosi on w tym względzie, że gmina Lublana uznała, iż wkład finansowy partnera prywatnego wyniesie 14 570 000 EUR bez VAT, podczas gdy jej własny wkład wyniesie 36 000 EUR bez VAT. Ta szacunkowa wartość jest jednak błędna, ponieważ, jak wynika z pkt 43 niniejszego wyroku, gmina ta przyznała, że jej wkład wyniesie 3 108 103 EUR bez VAT. Inwestycja rzeczzonej gminy przekroczyłaby w konsekwencji progi przewidziane w art. 4 lit. b) i c) dyrektywy 2014/24, lecz nie przekroczyłaby progu 5 350 000 EUR określonego w art. 8 ust. 1 dyrektywy 2014/23.
- 48 Niemniej jednak ponieważ szacunkowa wartość wkładu finansowego partnera prywatnego wynosi 14 570 000 EUR bez VAT, logiczne jest, że dochody tego partnera, który dąży do osiągnięcia zysku poprzez realizację projektu, wynoszą co najmniej 14 977 000 EUR bez VAT w celu pokrycia wszystkich inwestycji oraz zapłaty opłat rocznych za miejsca parkingowe i stacje ładowania. Nawet gdyby, stosownie do okoliczności, należało wyłączyć z tego obliczenia inwestycję w wysokości 5 000 000 EUR bez VAT w istniejącą flotę pojazdów elektrycznych, wkład partnera prywatnego byłby wyższy niż próg 5 350 000 EUR bez VAT.
- 49 W drugiej kolejności sąd odsyłający zastanawia się, po pierwsze, czy projekt będący przedmiotem postępowania głównego ma na celu zapewnienie gminie Lublania dostaw, czy też powierzenie jej kontrahentowi świadczenia usług i zarządzania nimi, a po wtóre, czy kod CPV przyjęty przez instytucję zamawiającą w dokumentacji przetargowej lub dokumentach koncesji może mieć wpływ na kwalifikację umowy.
- 50 Ponieważ wydaje się, że przyszły stosunek umowy między gminą a wykonawcą łączy zarówno elementy zamówienia publicznego na dostawy w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 8 dyrektywy 2014/24, jak i elementy koncesji na usługi w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23, sąd odsyłający zastanawia się, czy ten przyszły stosunek umowy nie powinien zostać uznany za „zamówienie mieszane” w rozumieniu art. 3 ust. 4 akapit trzeci dyrektywy 2014/24.
- 51 W trzeciej kolejności sąd ten zastanawia się nad możliwością wymagania przez gminę Lublana, by każdy z partnerów spełniał warunek rejestracji do celów działalności 77.110, bez naruszenia przy tym art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 lub art. 58 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24 w związku z zasadami proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji. Wymóg ten skutkuje w szczególności

tym, że przedsiębiorca może rozpocząć działalność dopiero po uzyskaniu wpisu do Agencja Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (agencji Republiki Słowenii ds. publicznych rejestrów prawnych i związanych z nimi usług) w rejestrze handlowym Republiki Słowenii.

- 52 Sąd odsyłający zauważa w tym względzie, że o ile art. 58 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24 stanowi, że instytucja zamawiająca może wymagać, aby wykonawcy figurowali w jednym z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w państwie członkowskim siedziby, o tyle pojęcie „działalności zawodowej” nie występuje w dyrektywie 2014/23. To milczenie art. 38 ust. 1 tej dyrektywy w tej kwestii mogłoby być interpretowane zarówno jako zakaz ustanowienia przez instytucję zamawiającą warunku dotyczącego działalności zawodowej, jak i jako dorozumiane przyzwolenie na włączenie tego warunku. Tę ostatnią wykładnię wydaje się zresztą potwierdzać pkt 7 lit. c) załącznika V do wspomnianej dyrektywy oraz pkt III.1.1 załącznika XXI do rozporządzenia wykonawczego 2015/1986.
- 53 Sąd ten zauważa również, że gmina Lublana nie wymagała, aby warunek udziału związany z „działalnością zawodową” był spełniony przez wykonawców będących w stosunku podporządkowania, takich jak podwykonawcy, lecz wyłącznie przez wykonawców, którzy znajdują się w równorzędnym stosunku z innymi wykonawcami, jak członkowie grupy wykonawców, z tego powodu, że są oni solidarnie odpowiedzialni. Taki wymóg byłby jednak zniechęcający dla wykonawców, którzy nie są zarejestrowani do celów prowadzenia działalności 77.110 lub działalności równorzędnej z klasy 77.11 klasyfikacji NACE Rev. 2 w rozumieniu rozporządzenia nr 1893/2006, lecz którzy chcieliby przyłączyć się do jednego lub kilku innych wykonawców uprawnionych do wykonywania tej działalności.
- 54 W tych okolicznościach Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajowa komisja ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi, z zastrzeżeniem, że pytania od drugiego do siódmego oparte są na założeniu, iż dyrektywa 2014/23 znajduje zastosowanie w sporze w postępowaniu głównym, a pytania ósme, dziesiąte i jedenaste zostają przedłożone wyłącznie posiłkowo, na wypadek gdyby Trybunał stwierdził, że w sporze znajduje zastosowanie dyrektywa 2014/24:
- „1) Czy rozporządzenie [nr 2195/2002] należy interpretować w ten sposób, że wynajem pojazdów przeznaczonych do transportu osób bez kierowcy nie jest objęty zakresem grupy 601 Wspólnego słownika zamówień (CPV), lecz zakresem grupy 341 Wspólnego słownika zamówień (CPV), kodem ze słownika uzupełniającego w celu uzupełnienia opisu, której to grupy nie dotyczy kod PB04-7 »Bez kierowcy« ze słownika uzupełniającego CPV, wobec czego z kodów z grupy 341 Wspólnego słownika zamówień (CPV) w związku z kodem PA01-7 »Wynajem« ze słownika uzupełniającego CPV wynika, że wynajem pojazdów przeznaczonych do transportu osób bez kierowcy należy uznać za zamówienie na dostawę, a nie za zamówienie na usługi, a w konsekwencji – w przypadku gdy główny element inwestycji wykonawcy w wykonanie projektu dotyczącego ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych polega na dostawie pojazdów elektrycznych i inwestycja ta jest również większa niż inwestycja instytucji zamawiającej w wykonanie projektu – kryterium »usługi«, o którym mowa w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy [2014/23] nie jest spełnione, a zatem zamówienie na wykonanie tego projektu nie jest koncesją na usługi w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23?

- 2) Czy zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23/UE pojęcie »świadczanie usług [...] i zarządzanie [...] usługami« należy interpretować w ten sposób, że:
- a) zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) [dyrektywy 2014/23] pojęcie »świadczanie usług« ma takie samo znaczenie jak pojęcie »świadczanie usług« zawarte w art. 2 ust. 1 pkt 9 dyrektywy [2014/24], w związku z czym zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy [2014/23] pojęcie »świadczanie usług« oznacza, że w przypadku ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych wykonawca świadczy usługi związane z wynajmem i wspólnym użytkowaniem pojazdów elektrycznych oraz prowadzi działalność wykraczającą poza wynajem i wspólne użytkowanie pojazdów elektrycznych?
- oraz
- b) zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy [2014/23] pojęcie »zarządzanie [...] usługami« oznacza, że wykonawca korzysta z »prawa do wykonywania usług«, o którym mowa w dalszej części, art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy [2014/23], i uzyskuje dochody z takiego zarządzania usługami, w związku z czym zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) [dyrektywy 2014/23] pojęcie »zarządzanie usługami« oznacza, że w przypadku ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych – ze względu na świadczenie usług objętych zakresem wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych oraz prowadzenie działalności wykraczającej poza wynajem i wspólne użytkowanie pojazdów elektrycznych – wykonawca ma prawo do pobierania od użytkowników zapłaty za świadczenie usług i nie jest zobowiązany do uiszczania na rzecz gminy opłaty za parkowanie ani kosztów regularnego utrzymania miejsc parkingowych, w związku z czym jest uzasadnione, że uzyskuje on dochody na tej podstawie?
- 3) Czy zawarte w art. 8 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy [2014/23] pojęcie »całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez VAT, oszacowany przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, z tytułu wynagrodzenia za [...] usługi będące przedmiotem koncesji« należy interpretować w ten sposób, że »całkowity obrót koncesjonariusza« obejmuje również płatności dokonywane przez użytkowników na rzecz samego koncesjonariusza i że w związku z tym płatności te również stanowią »wynagrodzeni[e] za [...] usługi będące przedmiotem koncesji«?
- 4) Czy art. 8 ust. 1 [dyrektywy 2014/23] należy interpretować w ten sposób, że [ta dyrektywa] ma zastosowanie w sytuacji, gdy wartość inwestycji lub wartości inwestycji i kosztów poniesionych przez wykonawcę w ramach koncesji na usługi lub poniesionych przez wykonawcę i instytucję zamawiającą w ramach koncesji na usługi przewyższa (w sposób oczywisty) wartość 5 350 000 EUR bez VAT?
- 5) Czy art. 38 ust. 1 [dyrektywy 2014/23] należy interpretować w ten sposób, że zezwala on instytucji zamawiającej na narzucenie warunku udziału dotyczącego działalności zawodowej oraz na zobowiązanie wykonawców do przedstawienia dowodów spełnienia takiego warunku zgodnie również z rozporządzeniem wykonawczym [2015/1986], w którym to rozporządzeniu wykonawczym w załączniku XXI ustanowiono ogłoszenie o koncesji (formularz standardowy 24), zawierające także sekcję III.1.1. »Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego«?
- 6) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie piąte: czy art. 38 ust. 1 [dyrektywy 2014/23] w związku z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, które są ustanowione w art. 3 ust. 1 [tej dyrektywy], należy interpretować w ten sposób, że przy określaniu warunku udziału dotyczącego działalności zawodowej instytucja zamawiająca

może powołać się na dane krajowe NACE 77.110 w celu opisu działalności »Wynajem i dzierżawa samochodów osobowych i furgonetek«, które to dane krajowe mają takie samo znaczenie jak przepisy rozporządzenia [nr 1893/2006], zawarte w załączniku I, »NACE Rev. 2«, klasa 77.11 »Wynajem i dzierżawa samochodów osobowych i furgonetek«?

- 7) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie piąte: czy art. 38 ust. 1 [dyrektywy 2014/23], w szczególności w zakresie, w jakim dotyczy on wymogu proporcjonalności, w związku z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, które są ustanowione w art. 3 ust. 1 [tej dyrektywy], należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może wymagać, by warunek dotyczący rejestracji prowadzenia działalności polegającej na wynajmie i dzierżawie samochodów osobowych i furgonetek był spełniony przez każdego z partnerów?
- 8) Czy art. 2 ust. 1 pkt 8 [dyrektywy 2014/24] należy interpretować w ten sposób, że chodzi o zamówienie publiczne na dostawy, w przypadku gdy (w zależności od wartości inwestycji wykonawcy) istotna część przyszłego stosunku umownego między gminą a wykonawcą jest związana z wynajmem i wspólnym użytkowaniem pojazdów elektrycznych przeznaczonych dla użytkowników publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, w ramach którego to stosunku umownego gmina nie inwestuje bezpośrednio w realizację projektu ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych poprzez zapłatę środków pieniężnych na rzecz wykonawcy, lecz pośrednio poprzez zrzeczenie się opłat za parkowanie przez okres 20 lat oraz poprzez zapewnienie regularnego utrzymania miejsc parkingowych, a wartość tej inwestycji przekracza łącznie wartość, o której mowa w art. 4 lit. b) lub c) [dyrektywy 2014/24], jednakże ta inwestycja gminy jest (znacząco) niższa zarówno od całkowitej inwestycji wykonawcy w projekt ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, jak i od inwestycji wykonawcy w część projektu dotyczącą pojazdów elektrycznych, niezależnie od okoliczności, że użytkownicy będą płacić wykonawcy za korzystanie z pojazdów elektrycznych oraz że od popytu ze strony użytkowników zależy, czy wykonawca będzie w stanie uzyskać wystarczające dochody, aby wykazać sukces finansowy ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, w związku z czym wykonawca ponosi ryzyko operacyjne realizacji projektu, co stanowi cechę koncesji na usługi w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) [dyrektywy 2014/23], a nie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 [dyrektywy 2014/24]?
- 9) Czy art. 3 ust. 4 akapit trzeci [dyrektywy 2014/24] należy interpretować w ten sposób, że stanowi on podstawę prawną do zastosowania systemu przewidzianego w [dyrektywie 2014/24] dla celów udzielenia przyszłego zamówienia między gminą a wykonawcą, dotyczącego projektu ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, gdyż zamówienie to należy uznać za zamówienie mieszane, zawierające elementy zamówienia publicznego na dostawy i usługi oraz koncesji na usługi, z uwagi na to, że wartość inwestycji gminy w wykonanie tego projektu przekracza wartość, o której mowa w art. 4 lit. c) [dyrektywy 2014/24]?
- 10) Czy art. 58 ust. 1 i 2 [dyrektywy 2014/24] w związku z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, które są ustanowione w art. 18 ust. 1 [tej dyrektywy], należy interpretować w ten sposób, że przy określaniu warunku udziału dotyczącego działalności zawodowej instytucja zamawiająca może powołać się na dane krajowe NACE 77.110 w celu opisania działalności »Wynajem i dzierżawa samochodów osobowych i furgonetek«, które to dane

krajowe mają takie samo znaczenie jak przepisy rozporządzenia [nr 1893/2006], zawarte w jego załączniku I, »NACE Rev. 2«, klasa 77.11 »Wynajem i dzierżawa samochodów osobowych i furgonetek«?

- 11) Czy art. 58 ust. 1 [dyrektywy 2014/24], w szczególności w zakresie, w jakim dotyczy on wymogu proporcjonalności, oraz art. 58 ust. 2 [tej dyrektywy] w związku z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i proporcjonalności, które są ustanowione w art. 18 ust. 1 [rzeczonej dyrektywy], należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może wymagać, by warunek dotyczący rejestracji prowadzenia działalności polegającej na wynajmie i dzierżawie samochodów osobowych i furgonetek był spełniony przez każdego z partnerów?”.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### *W przedmiocie pytań pierwszego, drugiego, ósmego i dziewiątego*

- 55 Poprzez pytania pierwsze, drugie, ósme i dziewiąte, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23 należy interpretować w ten sposób, że „koncesję na usługi” stanowi czynność, poprzez którą instytucja zamawiająca zamierza powierzyć stworzenie usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych i zarządzanie tą usługą wykonawcy, którego wkład finansowy jest w przeważającej części przeznaczony na zakup tych pojazdów, i w ramach której dochody tego wykonawcy będą zasadniczo pochodziły z opłat uiszczanych przez użytkowników tej usługi.
- 56 W pytaniach tych sąd odsyłający zwraca się o wyjaśnienie rozróżnienia między pojęciami koncesji i zamówienia publicznego, ponieważ ich zakresy stosowania mogą się pokrywać. Taki jest zresztą jeden z celów dyrektywy 2014/23, której motyw 18 stanowi, że zmierza ona do doprecyzowania definicji koncesji.
- 57 W tym względzie zarówno pojęcie „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, jak i pojęcie „koncesji” w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23 są autonomicznymi pojęciami prawa Unii i w związku z tym powinny być interpretowane na terytorium Unii w sposób jednolity. Wynika z tego, że kwalifikacja prawna umowy dokonana na gruncie prawa państwa członkowskiego nie jest istotna dla ustalenia, czy umowa ta wchodzi w zakres zastosowania jednej czy drugiej z tych dyrektyw, a kwestia, czy umowę należy zakwalifikować jako koncesję, czy też zamówienie publiczne, powinna być oceniana wyłącznie w świetle prawa Unii (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 stycznia 2007 r., Auroux i in., C-220/05, EU:C:2007:31, pkt 40; z dnia 18 lipca 2007 r., Komisja/Włochy, C-382/05, EU:C:2007:445, pkt 31,, a także z dnia 10 listopada 2011 r., Norma-A i Dekom, C-348/10, EU:C:2011:721, pkt 40).
- 58 Artykuł 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 definiuje „zamówienia publiczne” jako „umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług”. Ponadto art. 1 ust. 2 tej dyrektywy przewiduje, że „zamówienie [...] stanowi nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych”.

- 59 Jeśli chodzi o pojęcie „koncesji na usługi”, to zostało ono zdefiniowane w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23 jako oznaczające „umowę o charakterze odpłatnym zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług – innych niż wykonanie robót budowlanych, o których mowa w lit. a) – i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płacnością”. W konsekwencji, jak uściślono w akapicie drugim tego punktu, „[u]dzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją tych obiektów lub wykonywaniem tych usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z popytą, albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne”.
- 60 Z porównania tych definicji wynika, że koncesja na usługi różni się od zamówienia publicznego przyznaniem koncesjonariuszowi prawa do wykonywania usług będących przedmiotem koncesji, ewentualnie takiego prawa wraz z płacnością, przy czym koncesjonariusz dysponuje w ramach zawartej umowy pewnym zakresem swobody gospodarczej w określaniu warunków świadczenia usług, które zostały mu powierzone, i ponosi jednocześnie ryzyko związane ze świadczeniem tych usług (zob. podobnie wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., *Promoimpresa i in.*, C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558, pkt 46).
- 61 W związku z tym, z zastrzeżeniem, jak przewiduje art. 1 ust. 1 dyrektywy 2014/23, że szacunkowa wartość koncesji nie może być niższa od progów przewidzianych w art. 8 tej dyrektywy, samo przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka związanego z wykonywaniem usług wystarcza dla stwierdzenia występowania koncesji na usługi w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) tej dyrektywy. W tym względzie nie ma znaczenia, że wkład finansowy wykonawcy nie jest taki sam jak wkład instytucji zamawiającej.
- 62 W niniejszej sprawie, jak wynika z postanowienia odsyłającego, gmina Lublana nie zamierza w żaden sposób zabezpieczyć koncesjonariusza przed ryzykiem strat. Prawdą jest, iż gmina ta wskazała, po pierwsze, że rezygnuje z pobierania kwoty odpowiadającej opłatom za parkowanie na miejscach parkingowych, które będą wykorzystywane do świadczenia usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, a po drugie, że poniesie koszty regularnego utrzymania miejsc parkingowych udostępnionych wykonawcy.
- 63 Niemniej jednak z postanowienia odsyłającego wynika, że wkład instytucji zamawiającej, o którym mowa w poprzednim punkcie, nie może wyeliminować ryzyka gospodarczego wykonawcy. Wynika stąd, że ten ostatni będzie mógł zamortyzować dokonane inwestycje i koszty ponoszone w trakcie wykonywania usługi będącej przedmiotem postępowania głównego tylko wtedy, gdy osiągnie znaczne dochody z opłat uiszczanych przez użytkowników usługi.
- 64 Ponadto okoliczność, że wkład finansowy wykonawcy jest w przeważającej części przeznaczony na zakup pojazdów elektrycznych, nie może prowadzić do uznania planowanego przez gminę Lublana projektu publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych za „umowę mieszaną” w rozumieniu art. 20 dyrektywy 2014/23.

- 65 Wprawdzie art. 20 ust. 4 tej dyrektywy w związku z ust. 2 tego artykułu przewiduje, że w przypadku umów mieszanych zawierających elementy koncesji oraz elementy – które można rozdzielić – zamówień publicznych objętych dyrektywą 2014/24 umowy mieszane są zawierane zgodnie z przepisami dyrektywy 2014/24, niemniej jednak aby zastosowanie znalazł art. 20 ust. 4 dyrektywy 2014/23, konieczne jest wykazanie istnienia zamówienia publicznego w rozumieniu dyrektywy 2014/24.
- 66 Tymczasem, jak zauważono w pkt 58 niniejszego wyroku, z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24 wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia ma na celu „nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą”. Co się tyczy art. 2 ust. 1 pkt 8 tej dyrektywy, definiuje on „zamówienia publiczne na dostawy” jako „zamówienia publiczne, których przedmiotem jest zakup, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji zakupu, produktów”.
- 67 Wynika z tego, że instytucja zamawiająca, która organizuje zamówienie publiczne na dostawy, sama zamierza czerpać korzyści z zakupionych, wziętych w leasing lub będących przedmiotem najmu towarów.
- 68 Nie ma to zaś miejsca w niniejszym wypadku. Jak wynika bowiem z postanowienia odsyłającego, w sporze rozstrzyganym w postępowaniu głównym gmina Lublana nie chce nabyć na swoją rzecz pojazdów elektrycznych. Przeciwnie, gmina ta zamierza powierzyć wykonawcy wykonanie usługi umożliwiającej osobom trzecim wynajem pojazdów, przy czym nie dąży ona do świadczenia jej samodzielnie ani do wynajmu pojazdów na własny użytek. W sposób ogólny, jak wynika ze wskazówek, o których mowa w pkt 36 niniejszego wyroku, system ten ma przyczynić się do zmniejszenia szkód środowiskowych spowodowanych ruchem pojazdów mechanicznych i wspierania zrównoważonego rozwoju gminy Lublana, w szczególności poprzez koncepcję zrównoważonej mobilności. Ponadto w zakresie, w jakim pojazdy elektryczne wydają się nierozzerwalnie związane z samą koncesją na usługi, z art. 8 ust. 2 dyrektywy 2014/23 wynika, że pojazdy te należy traktować jako dostawy związane z powierzonymi usługami.
- 69 W tych okolicznościach i z zastrzeżeniem ustaleń, których powinien dokonać sąd odsyłający, nie wydaje się możliwe stwierdzenie istnienia zamówienia publicznego na dostawy w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 8 dyrektywy 2014/24.
- 70 Wreszcie należy zauważyć, że zakwalifikowanie umowy jako koncesji w rozumieniu art. 5 pkt 1 dyrektywy 2014/23 lub jako zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 nie może wynikać z dokonanego przez instytucję zamawiającą wyboru kodów CPV wskazanych w dokumentacji przetargowej lub dokumentach koncesji, w szczególności w załączniku V do tych dwóch dyrektyw. Obowiązek stosowania kodów CPV na podstawie rozporządzenia nr 2195/2002 jest bowiem jedynie konsekwencją stosowania dyrektywy 2014/23 lub dyrektywy 2014/24, jak wynika to, odpowiednio, z art. 27 pierwszej z nich i z art. 23 drugiej z tych dyrektyw.
- 71 W konsekwencji dopiero po ustaleniu, że postępowanie w sprawie udzielenia koncesji wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2014/23 lub że postępowanie o udzielenie zamówienia należy do zakresu stosowania dyrektywy 2014/24, instytucja zamawiająca jest zobowiązana do określenia właściwego kodu lub właściwych kodów CPV.

- 72 Wobec tego, mimo że kody te mają ułatwić zapoznanie się przez wykonawców z ogłoszeniami o zamówieniu dotyczącymi ich sektora działalności, kody CPV stanowią tylko jeden z elementów opisu przedmiotu zamówienia, i to tym bardziej, że klasyfikacja zawarta w rozporządzeniu nr 2195/2002 może okazać się niepełna lub przestarzała, zważywszy w szczególności na postęp technologiczny.
- 73 A zatem co do zasady wskazanie błędnego kodu CPV nie pociąga za sobą żadnych konsekwencji. Inaczej byłoby jednak w przypadku, gdyby taki błąd wskazywał na zamiar naruszenia przez instytucję zamawiającą interesów jednego lub kilku wykonawców, a tym samym zakłócenia konkurencji. Taka sytuacja byłaby bowiem objęta zakresem art. 3 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/23.
- 74 W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytania pierwsze, drugie, ósme i dziewiąte powinna brzmieć następująco: art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23 należy interpretować w ten sposób, że „koncesję na usługi” stanowi czynność, poprzez którą instytucja zamawiająca zamierza powierzyć stworzenie usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych i zarządzanie tą usługą wykonawcy, którego wkład finansowy jest w przeważającej części przeznaczony na zakup tych pojazdów, i w ramach której dochody tego wykonawcy będą zasadniczo pochodziły z opłat uiszczanych przez użytkowników tej usługi, ponieważ takie cechy mogą wykazać, iż ryzyko związane z wykonywaniem powierzonych usług zostało przeniesione na tego wykonawcę.

#### ***W przedmiocie pytań trzeciego i czwartego***

- 75 Poprzez pytania trzecie i czwarte, które należy rozpatryć łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 8 dyrektywy 2014/23 należy interpretować w ten sposób, że w celu ustalenia, czy próg obowiązywania tej dyrektywy został osiągnięty, instytucja zamawiająca powinna oszacować „całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez VAT” z uwzględnieniem opłat, jakie użytkownicy będą płacić koncesjonariuszowi, a także wkładów i kosztów jakie zostaną poniesione przez koncesjonariusza lub instytucję zamawiającą.
- 76 Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 tej dyrektywy ma ona zastosowanie do koncesji, których wartość jest równa lub wyższa niż 5 350 000 EUR, przy czym wartość koncesji to całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez VAT, oszacowany przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane i usługi będące przedmiotem koncesji oraz dostawy towarzyszące takim robotom i usługom.
- 77 Ponieważ obrót oznacza kwotę wynikającą ze sprzedaży towarów i świadczenia usług, „całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez VAT” w rozumieniu art. 8 ust. 2 tej dyrektywy obejmuje bez wątpienia opłaty uiszczane przez użytkowników na rzecz koncesjonariusza w zamian za korzystanie z usług, które zostały mu powierzone. Artykuł 8 ust. 3 lit. b) tej dyrektywy stanowi zresztą wyraźnie, że „[p]rzy szacowaniu wartości koncesji instytucje zamawiające i podmioty zamawiające, w stosownych przypadkach, uwzględniają w szczególności: [...] przychody z opłat i kar uiszczanych przez użytkowników robót budowlanych lub usług inne niż te pobierane w imieniu instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego”.



- 78 Ponadto z art. 8 ust. 3 lit. c) dyrektywy 2014/23 wynika, że obliczenie to powinno również uwzględniać „płatności lub jakiegokolwiek korzyści finansowe niezależnie od ich postaci, przekazywane przez instytucję zamawiającą [...] koncesjonariuszowi”. Takie płatności lub korzyści finansowe zmniejszają bowiem w takim zakresie inwestycję, jakiej powinien dokonać koncesjonariusz.
- 79 Niemniej jednak „całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez VAT” ma jako taki niewątpliwie charakter prospektywny i z definicji niepewny.
- 80 Instytucja zamawiająca może również uznać, że próg przewidziany dla zastosowania dyrektywy 2014/23 zostaje osiągnięty, w sytuacji gdy inwestycje i koszty, które koncesjonariusz ma ponosić sam lub wraz z instytucją zamawiającą przez cały okres obowiązywania umowy koncesyjnej, w oczywisty sposób przekraczają ten próg stosowania. Uwzględnienie tych inwestycji i kosztów przyczynia się zresztą do nadania obiektywnego charakteru oszacowaniu wartości koncesji, której musi dokonać instytucja zamawiająca, jak wymaga tego art. 8 ust. 3 dyrektywy 2014/23.
- 81 Wykładnię tę potwierdza art. 18 ust. 2 tej dyrektywy. Zgodnie bowiem z tym przepisem w przypadku koncesji, tak jak ma to miejsce w sprawie rozstrzyganej w postępowaniu głównym, „trwających ponad 5 lat maksymalny okres obowiązywania koncesji nie przekracza okresu, w którym koncesjonariusz może w uzasadniony sposób oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych na przeprowadzenie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem z zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji wymaganych na realizację konkretnych celów umownych. Inwestycje uwzględnione do celów wyliczeń obejmują zarówno inwestycje początkowe, jak i inwestycje poczynione w okresie obowiązywania koncesji”.
- 82 Ponadto zgodnie z ostatnim zdaniem motywu 52 wskazanej dyrektywy, który wyjaśnia zakres tego ostatniego przepisu, instytucje zamawiające „powinny zawsze mieć możliwość udzielenia koncesji na okres krótszy niż okres konieczny do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych, pod warunkiem że [została przewidziana rekompensata i że] powiązana rekompensata nie eliminuje ryzyka operacyjnego”.
- 83 Wynika z tego, że przy obliczaniu szacunkowej wartości koncesji można uwzględnić wkład koncesjonariusza, a mianowicie dokonaną przez niego inwestycję, a także koszty, które będzie musiał ponieść przez cały okres obowiązywania umowy koncesyjnej.
- 84 Z powyższych rozważań wynika, że art. 8 dyrektywy 2014/23 należy interpretować w ten sposób, że w celu ustalenia, czy próg stosowania tej dyrektywy zostaje osiągnięty, instytucja zamawiająca powinna oszacować „całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez VAT”, z uwzględnieniem opłat, jakie użytkownicy będą płacić koncesjonariuszowi, a także wkładów i kosztów, jakie poniesie instytucja zamawiająca. Jednakże instytucja zamawiająca może również uznać, że próg przewidziany dla stosowania dyrektywy 2014/23 zostaje osiągnięty, w sytuacji gdy inwestycje i koszty, które koncesjonariusz ma ponieść sam lub wraz z instytucją zamawiającą przez cały okres obowiązywania umowy koncesyjnej, przekraczają w sposób oczywisty ten próg stosowania.

***W przedmiocie pytania piątego***

- 85 Poprzez pytanie piąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 w związku z pkt 7 lit. b) załącznika V do tej dyrektywy oraz jej motywem 4 i pkt III.1.1 załącznika XXI do rozporządzenia wykonawczego 2015/1986 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może wymagać w ramach kryteriów kwalifikacji i oceny podmiotowej kandydatów, aby wykonawcy byli wpisani do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego.
- 86 Należy zauważyć, że art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23, w przeciwieństwie do art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24, nie przewiduje wyraźnie, że instytucja zamawiająca może nałożyć jako kryterium udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji kryterium kwalifikacji dotyczące zdolności do wykonywania działalności zawodowej.
- 87 Przemilczenie tej kwestii w art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 nie może jednak oznaczać zakazu ustanawiania przez instytucję zamawiającą jako kryterium udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia koncesji kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności do wykonywania działalności zawodowej.
- 88 Po pierwsze, założony w tej dyrektywie cel w zakresie elastyczności, który został przypomniany w jej motywach 1 i 8, pozwala przyjąć w ramach tej dyrektywy szeroką wykładnię pojęcia „zdolności zawodowych” użytego w jej art. 38 ust. 1 i uznać, że pojęcie to obejmuje zdolność do wykonywania działalności zawodowej.
- 89 Po drugie, załącznik V do tej dyrektywy, zatytułowany „Informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniach o koncesji, o których mowa w art. 31”, przewiduje w pkt 7 lit. b), że instytucja zamawiająca w stosownych przypadkach powinna wskazać, w ramach warunków udziału w postępowaniu, „czy świadczenie usługi jest zastrzeżone przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi dla określonych zawodów”. Z przepisu tego należy wywieść, że w przypadku gdy świadczenie usługi jest zastrzeżone dla określonego zawodu, instytucja zamawiająca ma prawo wymagać, aby wykonawca był wpisany do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego.
- 90 Po trzecie, pkt III.1 załącznika XXI do rozporządzenia wykonawczego 2015/1986 przewiduje, że w ramach „Informacj[i] o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” instytucja zamawiająca może ustanowić warunek udziału obejmujący „zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego i handlowego”.
- 91 Niemniej jednak zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania, o której mowa w motywie 4 dyrektywy 2014/23, wykonawca powinien mieć możliwość udowodnienia swojej zdolności do wykonania koncesji poprzez powołanie się na dokumenty takie jak wpis do rejestru zawodowego lub rejestru handlowego wydany przez właściwe organy państwa członkowskiego, w którym ma on siedzibę. Zasada ta sprzeciwia się zatem temu, aby instytucja zamawiająca jako kryterium kwalifikacji podmiotowej wymagała, by wykonawca był wpisany do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego w państwie członkowskim wykonania koncesji, w przypadku gdy wykonawca ten uzyskał już podobny wpis w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę (zob. analogicznie wyrok z dnia 20 maja 2021 r., Riigi Tugiteenuste Keskus, C-6/20, EU:C:2021:402, pkt 49, 55).

92 W świetle powyższych rozważań odpowiedzi na pytanie piąte powinna brzmieć następująco: art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 w związku z pkt 7 lit. b) załącznika V do tej dyrektywy i jej motywem 4 oraz art. 4 rozporządzenia wykonawczego 2015/1986 i pkt III.1.1 załącznika XXI do tego rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może wymagać, w ramach kryteriów kwalifikacji i oceny podmiotowej kandydatów, aby wykonawcy byli wpisani do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego, pod warunkiem że wykonawca może powołać się na wpis, jaki uzyskał w podobnym rejestrze w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę.

### ***W przedmiocie pytania szóstego***

93 Poprzez pytanie szóste sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 w związku z art. 27 tej dyrektywy i art. 1 rozporządzenia nr 2195/2002 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca, która nakłada na wykonawców wymóg bycia wpisanym do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego państwa członkowskiego Unii, może odnieść się nie do Wspólnego słownika zamówień złożonego z kodów CPV, lecz do klasyfikacji NACE Rev. 2, ustanowionej w rozporządzeniu nr 1893/2006.

94 Należy zauważyć, że art. 27 dyrektywy 2014/23 stanowi, iż „[w]szelkie odniesienia do nomenklatur w kontekście udzielania koncesji są dokonywane z wykorzystaniem Wspólnego słownika zamówień [Common Procurement Vocabulary, (CPV)], przyjętego rozporządzeniem [nr 2195/2002]”.

95 Ponadto zgodnie z art. 1 rozporządzenia nr 2195/2002 „[n]iniejszym ustanawia się jednolity system klasyfikacji mający zastosowanie do zamówień publicznych, określony jako »Wspólny słownik zamówień« lub »CPV«”. W tym względzie motywy 1 i 3 tego rozporządzenia stanowią, że „[s]tosowanie różnych klasyfikacji ma szkodliwy wpływ na otwartość i przejrzystość zamówień publicznych”, w związku z czym „[i]stnieje potrzeba ujednoczenia, za pomocą jednolitego systemu klasyfikacji dla zamówień publicznych, odniesień stosowanych przez instytucje oraz podmioty zamawiające w celu dokonania opisu przedmiotu zamówienia”.

96 Z łącznej analizy przepisów przytoczonych w pkt 94 i 95 niniejszego wyroku wynika, że instytucja zamawiająca jest zobowiązana odnieść się wyłącznie do Wspólnego słownika zamówień. Ponadto z art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1893/2006 wynika, że rozporządzenie to stosuje się wyłącznie do stosowania klasyfikacji NACE Rev. 2 do celów statystycznych.

97 W konsekwencji na pytanie szóste należy odpowiedzieć, że art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 w związku z art. 27 tej dyrektywy i art. 1 rozporządzenia nr 2195/2002 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca, która nakłada na wykonawców wymóg bycia wpisanym do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego państwa członkowskiego Unii, odnosiła się nie do Wspólnego słownika zamówień, złożonego z kodów CPV, lecz do klasyfikacji NACE Rev 2., ustanowionej w rozporządzeniu nr 1893/2006.

### ***W przedmiocie pytania siódmego***

98 Poprzez pytanie siódme sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 38 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/23 w związku z art. 26 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może bez naruszenia zasady proporcjonalności zagwarantowanej w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy wymagać, aby każdy członek tymczasowego stowarzyszenia

przedsiębiorstw był wpisany do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego w celu wykonywania działalności obejmującej wynajem i dzierżawę samochodów osobowych i furgonetek.

- 99 Artykuł 38 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/23 przewiduje, iż wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, bez względu na charakter prawny związków łączących go z tymi podmiotami, w celu spełnienia warunków udziału dotyczących zarówno zdolności zawodowych i technicznych, jak i sytuacji ekonomicznej i finansowej, o których mowa w ust. 1 tego przepisu (zob. analogicznie, w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, wyroki: z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33; a także z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 150). Ponadto zgodnie ze zdaniem drugim tego ustępu „[w] przypadku gdy wykonawca chce korzystać ze zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w ciągu całego okresu realizacji koncesji, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”.
- 100 Oczywiście jest zatem, że art. 38 tej dyrektywy przyznaje wykonawcy dużą swobodę w odniesieniu do doboru innych podmiotów, które pozwolą mu między innymi na uzyskanie zdolności, których mu brakuje. Z tego względu przepis ten nie może być interpretowany w ten sposób, że nakłada on na wykonawcę obowiązek zwrócenia się o wsparcie wyłącznie do podmiotów, z których każdy posiada zdolność do wykonywania tej samej działalności zawodowej. Z założenia bowiem, wykonawca odwołujący się do zdolności innych podmiotów stara się albo zwiększyć zdolności, którymi już wprawdzie dysponuje, ale w niedostatecznej ilości lub niewystarczającej jakości, albo uzyskać brakujące mu zdolności lub kompetencje.
- 101 Nieproporcjonalne byłoby również wymaganie, w szczególności w tym ostatnim przypadku, aby wszyscy członkowie tymczasowego związku przedsiębiorstw byli zdolni do wykonywania powierzonej im działalności zawodowej. Zasada proporcjonalności, która jest w szczególności zagwarantowana w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/23 i która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, wymaga bowiem, aby przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania przepisów tej dyrektywy nie wykraczały poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów przewidzianych przez tę dyrektywę (zob. analogicznie, w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 48; z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 155).
- 102 W tym kontekście art. 26 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/23 stanowi w szczególności, że „[w] razie potrzeby instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające mogą w dokumentach koncesji sprecyzować sposób, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w art. 38, pod warunkiem że jest to uzasadnione obiektywnymi powodami i jest proporcjonalne”.
- 103 Tymczasem w niniejszym przypadku wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera żadnego elementu, który mógłby sugerować, że zgodnie z art. 26 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/23 wymóg, aby każdy członek tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw był wpisany do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego w celu wykonywania działalności obejmującej wynajem i dzierżawę samochodów osobowych i furgonetek, był konieczny oraz uzasadniony obiektywnymi i proporcjonalnymi względami.

- 104 W tych okolicznościach na pytanie siódme należy odpowiedzieć, że art. 38 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/23 w związku z art. 26 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie może bez naruszenia zasady proporcjonalności zagwarantowanej w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy wymagać, aby każdy członek tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw był wpisany w państwie członkowskim do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego w celu wykonywania działalności obejmującej wynajem i dzierżawę samochodów osobowych i furgonetek.

***W przedmiocie pytania dziesiątego i jedenastego***

- 105 Ze względu na odpowiedź udzieloną na pytania pierwsze, drugie, ósme i dziewiąte nie ma potrzeby rozpatrywania pytań dziesiątego i jedenastego.

**W przedmiocie kosztów**

- 106 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 (ósma izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2019/1827 z dnia 30 października 2019 r.,

**należy interpretować w ten sposób, że:**

**„koncesję na usługi” stanowi czynność, poprzez którą instytucja zamawiająca zamierza powierzyć stworzenie usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych i zarządzanie tą usługą wykonawcy, którego wkład finansowy jest w przeważającej części przeznaczony na zakup tych pojazdów, i w ramach której dochody tego wykonawcy będą zasadniczo pochodziły z opłat uiszczanych przez użytkowników tej usługi, ponieważ takie cechy mogą wykazać, iż ryzyko związane z wykonywaniem powierzonych usług zostało przeniesione na tego wykonawcę.**

- 2) Artykuł 8 dyrektywy 2014/23, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2019/1827,

**należy interpretować w ten sposób, że:**

**w celu ustalenia, czy próg stosowania tej dyrektywy zostaje osiągnięty, instytucja zamawiająca powinna oszacować „całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez [podatku od wartości dodanej (VAT)]”, z uwzględnieniem opłat, jakie użytkownicy będą płacić koncesjonariuszowi, a także wkładów i kosztów, jakie poniesie instytucja zamawiająca. Jednakże instytucja zamawiająca może również uznać, że próg przewidziany dla stosowania dyrektywy 2014/23, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2019/1827, zostaje osiągnięty, w sytuacji gdy inwestycje i koszty, które koncesjonariusz ma ponieść sam lub wraz**

z instytucją zamawiającą przez cały okres obowiązywania umowy koncesyjnej, przekraczają w sposób oczywisty ten próg stosowania.

- 3) Artykuł 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2019/1827, w związku z pkt 7 lit. b) załącznika V do tej dyrektywy i jej motywem 4 oraz art. 4 rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 i pkt III.1.1 załącznika XXI do tego rozporządzenia

należy interpretować w ten sposób, że:

instytucja zamawiająca może wymagać, w ramach kryteriów kwalifikacji i oceny podmiotowej kandydatów, aby wykonawcy byli wpisani do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego, pod warunkiem że wykonawca może powołać się na wpis, jaki uzyskał w podobnym rejestrze w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę.

- 4) Artykuł 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2019/1827, w związku z art. 27 tej dyrektywy i art. 1 rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego słownika zamówień (CPV)

należy interpretować w ten sposób, że:

stoi on na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca, która nakłada na wykonawców wymóg bycia wpisanym do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, odnosiła się nie do Wspólnego słownika zamówień, złożonego z kodów CPV, lecz do kwalifikacji NACE Rev 2., ustanowionej w rozporządzeniu (WE) nr 1893/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej NACE Rev. 2 i zmieniającym rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 oraz niektóre rozporządzenia WE w sprawie określonych dziedzin statystycznych.

- 5) Artykuł 38 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/23, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2019/1827, w związku z art. 26 ust. 2 tej dyrektywy

należy interpretować w ten sposób, że:

instytucja zamawiająca nie może bez naruszania zasady proporcjonalności zagwarantowanej w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy wymagać, aby każdy członek tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw był wpisany w państwie członkowskim do rejestru handlowego lub rejestru zawodowego w celu wykonywania działalności obejmującej wynajem i dzierżawę samochodów osobowych i furgonetek.

Podpisy