

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 23 grudnia 2009 r. *

W sprawie C-305/08

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (Włochy) postanowieniem z dnia 23 czerwca 2008 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 4 lipca 2008 r., w postępowaniu

Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)

przeciwko

Regione Marche,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes trzeciej izby, pełniący obowiązki prezesa czwartej izby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis i J. Malenovský, sędziowie,

* Język postępowania: włoski.

rzecznik generalny: J. Mazák,
sekretarz: R. Grass,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przez I. Deluigiego, avvocato,
- w imieniu rządu czeskiego przez M. Smolka, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez C. Zadrę oraz D. Recchię, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 3 września 2009 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- ¹ Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 8 akapity pierwszy i drugi dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).
- ² Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (międzyuniwersyteckim konsorcjum nauk o morzu, zwanym dalej „CoNISM-ą”) a Regione Marche (regionem Marche) w przedmiocie decyzji tego ostatniego o niedopuszczenia wskazanego konsorcjum do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi.

Ramy prawne

Przepisy wspólnotowe

3 Zgodnie z motywem 4 dyrektywy 2004/18:

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

4 Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy:

„»Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.

5 Artykuł 1 ust. 8 wskazanej dyrektywy stanowi:

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

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

[...]”.

6 Artykuł 1 ust. 9 tej dyrektywy ma następujące brzmienie:

„»Instytucje zamawiające« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego.

»Podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

- a) ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- b) posiadający osobowość prawną; oraz
- c) finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd

podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

[...]”.

7 Artykuł 4 dyrektywy 2004/18 zatytułowany „Wykonawcy” stanowi:

„1. Kandydaci lub oferenci, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać odrzuceni jedynie na podstawie tego, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych.

[...].

2. Grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury. W celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału instytucje zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybierały określoną formę prawną; jednakże można wymagać, aby wybrana grupa podlegała wspomnianemu wymogowi, w przypadku gdyby udzielono jej zamówienia, w zakresie, w jakim zmiana taka niezbędna jest do zadowalającej [prawidłowej] realizacji zamówienia”.

- 8 Artykuł 44 tej dyrektywy, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień”, stanowi w ust. 1:

„Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55, z uwzględnieniem art. 24, po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47–52, oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3”.

- 9 Artykuł 55 dyrektywy 2004/18 zatytułowany „Rażąco niskie oferty” stanowi:

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

Szczegóły te mogą dotyczyć głównie [dotyczyć między innymi]:

- a) ekonomiczności [oszczędności] danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług;
- b) technicznych [przyjętych rozwiązań technicznych] lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent, w celu realizacji robót budowlanych, dostawy produktów lub usług;

- c) oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta;
- d) zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane [zgodności z przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, obowiązującymi w miejscu, gdzie świadczenie ma być spełnione];
- e) możliwości uzyskania [ewentualnego uzyskania] przez oferenta pomocy państwowej.

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

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

Przepisy krajowe

¹⁰ Artykuł 3 ust. 19 i 22 decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekretu ustawodawczego nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. dostosowującego kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy

do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r., zwanego dalej „dekretem nr 163/2006”) stanowi:

„19. Pojęcia »przedsiębiorca«, »dostawca« i »usługodawca« oznaczają osobę fizyczną lub osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, włączając w to europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych (EZIG) ustanowione na mocy dekretu ustawodawczego nr 240 z dnia 23 lipca 1991 r., który oferuje na rynku odpowiednio wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostarczenie produktów lub świadczenie usług.

[...]

22. Określenie »podmiot gospodarczy« obejmuje przedsiębiorcę, dostawcę i usługodawcę albo ich zgrupowanie lub konsorcjum”.

- 11 Artykuł 34 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 zatytułowany „Podmioty, którym może zostać udzielone zamówienie publiczne” (art. 4 i 5 dyrektywy 2004/18) stanowi:

„1. Do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uprawnione są następujące podmioty, z zastrzeżeniem przewidzianych wyraźnie ograniczeń:

- a) indywidualni przedsiębiorcy, w tym rzemieślnicy, spółki handlowe oraz spółdzielnie;

- b) konsorcja spółdzielni pracy i spółdzielni produkcyjnych [...] oraz konsorcja przedsiębiorstw rzemieślniczych [...];

- c) stałe konsorcja, również utworzone w formie spółek konsorcyjnych w rozumieniu art. 2615-ter kodeksu cywilnego pomiędzy indywidualnymi przedsiębiorcami, w tym rzemieślnikami, spółkami handlowymi, spółdzielniami pracy i spółdzielniami produkcyjnymi zgodnie z przepisami art. 36;

- d) tymczasowe zgrupowania konkurentów, utworzone przez podmioty, o których mowa w lit. a), b) i c) [...];

- e) zwyczajne konsorcja konkurentów, o których mowa w art. 2602 kodeksu cywilnego, złożone z podmiotów, o których mowa w lit. a), b) i c) niniejszego ustępu, również w formie spółek [...];

- f) podmioty, które zawarły umowę europejskiego zgrupowania interesów gospodarczych (EZIG) [...];

[...]”.

- 12 W okresie późniejszym w stosunku do stanu faktycznego sprawy przed sądem krajowym na mocy dekretu ustawodawczego nr 152 z dnia 11 września 2008 r. (GURI nr 231 z dnia 2 października 2008 r.) do powyższego wykazu dołączono następującą pozycję:

„f-bis) podmioty gospodarcze w rozumieniu art. 3 ust. 22 mające siedzibę w innych państwach członkowskich, utworzone zgodnie z przepisami obowiązującymi w danym państwie”.

- 13 Wreszcie art. 2082 codice civile (włoskiego kodeksu cywilnego) stanowi, iż „przedsiębiorcą” jest podmiot, który prowadzi zawodowo zorganizowaną działalność gospodarczą mającą na celu produkcję lub wymianę towarów lub usług.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 14 Z postanowienia odsyłającego wynika, że Regione Marche ogłosiła przetarg w celu udzielenia zamówienia na usługi polegające na dokonaniu morskich pomiarów sejsmostratygraficznych, wykonaniu wierceń rdzeniowych oraz pobraniu próbek morskich w pasie wybrzeża pomiędzy miejscowościami Pesaro a Civitanova Marche.
- 15 CoNISMa wyraziła chęć uczestniczenia w przetargu. Instytucja zamawiająca, po sformułowaniu zastrzeżeń co do dopuszczenia CoNISMa-y do spornego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postanowiła wykluczyć ją na mocy decyzji z dnia 4, 18 i 23 kwietnia 2007 r.

- 16 Od powyższego wykluczenia CoNISMa złożyła odwołanie nadzwyczajne do prezydenta Republiki Włoskiej w ramach szczególnej procedury przewidzianej przez prawo włoskie, twierdząc, że wykładnia art. 34 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, zgodnie z którą przepis ten zawiera wyczerpującą listę, która nie obejmuje uniwersytetów i instytutów badawczych, wobec czego podmioty te nie mogą uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest niezgodna z przepisami dyrektywy 2004/18. W ramach tej procedury odwołania nadzwyczajnego Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio (ministerstwo środowiska i ochrony terytorium) zwróciło się o opinię do Consiglio di Stato (rady państwa) zgodnie z właściwymi przepisami krajowymi.
- 17 Sąd krajowy zwraca uwagę, że w celu wydania swej opinii musi ustalić, czy konsorcjum międzyuniwersyteckie takie jak CoNISMa może zostać uznane za „wykonawcę” [podmiot gospodarczy] w rozumieniu dyrektywy 2004/18 i co za tym idzie, zostać dopuszczone do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi takim jak postępowanie będące przedmiotem toczącego się przed nim sporu. Sąd krajowy wyraża w tym względzie zastrzeżenia oparte na następujących rozważaniach.
- 18 Consiglio di Stato podnosi na wstępie, iż CoNISMa stanowi zgrupowanie („konsorcjum”) złożone z 24 uniwersytetów włoskich oraz trzech ministerstw. Zgodnie ze statutem konsorcjum nie ma celu zarobkowego, a jego zadaniem jest promowanie i zapewnienie koordynacji badań naukowych oraz innych działań naukowych, jak również ich zastosowań w obszarze nauk o morzu, podejmowanych przez uniwersytety tworzące konsorcjum. Może ono uczestniczyć w przetargach oraz w innych postępowaniach konkursowych organizowanych przez organy administracji publicznej oraz przez spółki działające w sferze publicznej i prywatnej. Działalność konsorcjum finansowana jest przede wszystkim z subwencji przyznanych przez ministerstwo uniwersytetów i badań naukowych oraz przez inne organy administracji publicznej, jak również przez włoskie lub zagraniczne podmioty publiczne lub prywatne.
- 19 Consiglio di Stato powołuje się — po pierwsze — na art. 1 lit. c) dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), zastąpionej dyrektywą 2004/18, zgodnie z którym to artykułem „»usługodawca« oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, która oferuje usługi, włączając w to podmiot publiczny”, i zauważa, że sformułowanie to zdaje się wskazywać na zamiar ograniczenia możliwości zawarcia

umowy z instytucją zamawiającą do podmiotów, które „statutowo” prowadzą działalność odpowiadającą świadczeniu, jakie ma zostać spełnione w ramach danego zamówienia. Wychodząc z takiego założenia, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego — obok prywatnych podmiotów gospodarczych — mogłyby uczestniczyć jedynie te podmioty publiczne, które odpłatnie spełniają świadczenia będące przedmiotem zamówienia, zgodnie z powierzonym im przez prawo zadaniem, z wyłączeniem zatem uniwersytetów. Wydaje się, iż podejście takie potwierdza wyrok Trybunału z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb.Orz. s. I-385, pkt 44, zgodnie z którym przepisy wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych stosuje się do zainteresowanego „jako podmiot[u] gospodarcz[ego] prowadząc[ego] działalność na danym rynku”. To samo podejście wydaje się również wynikać z art. 3 ust. 19 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, zgodnie z którym usługodawcą jest podmiot gospodarczy, „który oferuje” usługi „na rynku”.

20 Sąd krajowy wskazuje — po drugie — że stanowisko orzecznictwa włoskiego nie jest w tej sprawie jednolite. Zdaniem niektórych sądów do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego należy dopuszczać osoby fizyczne i prawne prowadzące przedsiębiorstwo, a także podmioty publiczne, które oferują, zgodnie ze swoją organizacją statutową, usługi podobne do usług objętych danym przetargiem. W świetle tego stanowiska uniwersytety nie mogą zostać zaliczone do kategorii przedsiębiorców prywatnych i publicznych, albowiem są one statutowo powołane do prowadzenia działalności dydaktycznej i badawczej. Z kolei wedle innego stanowiska uniwersytety publiczne, jak również ich zgrupowania mogą uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, o ile dane świadczenie usług może zostać uznane za zgodne z ich celami i przepisami statutowymi.

21 Po trzecie, Consiglio di Stato przywołuje stanowisko Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (organu nadzoru nad zamówieniami publicznymi na roboty budowlane, usługi i dostawy), który rozróżnia pomiędzy podmiotami gospodarczymi a podmiotami, takimi jak publiczne podmioty niegospodarcze, uniwersytety i wydziały uniwersyteckie, które nie należą do pierwszej kategorii, albowiem mają odmienne cele niż prowadzenie działalności gospodarczej, którą cechuje zarobkowy charakter. W konsekwencji podmioty takie nie mogą być dopuszczane do udziału w zamówieniach publicznych, chyba że korzystając z autonomii przyznanej uniwersytetom przez przepisy krajowe, utworzą w tym celu spółki. Takie podejście potwierdzałby art. 34 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, który miałby zawierać wyczerpującą listę podmiotów dopuszczonych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

22 W celu uzasadnienia swych zastrzeżeń Consiglio di Stato odwołuje się wreszcie do orzecznictwa Trybunału, wedle którego należy stosować wykładnię funkcjonalną przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych, zapobiegającą obejściu podstawowej zasady skutecznej konkurencji (wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb.Orz. s. I-11173). Jeśli chodzi w szczególności o zamówienia publiczne na usługi, Trybunał podkreślił zasadniczy cel przepisów wspólnotowych w tej materii, jakim jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie wszystkich państw członkowskich na niezakłóconą i jak najszerzą konkurencję (wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 44, 47).

23 Odwołując się do tego orzecznictwa, Consiglio di Stato twierdzi, że dopuszczenie uniwersytetów, instytutów badawczych oraz ich zgrupowań do udziału w zamówieniach publicznych mogłoby naruszać zasadę konkurencji w dwojaki sposób. Po pierwsze, pociągnęłoby to za sobą ryzyko wyłączenia z wolnego rynku niektórych zamówień publicznych, do których wiele zwykłych przedsiębiorstw miałoby de facto utrudniony dostęp. Po drugie, stawiałoby zwycięzców przetargów w uprzywilejowanej pozycji, gwarantującej im bezpieczeństwo gospodarcze dzięki stałemu i przewidywalnemu finansowaniu ze środków publicznych, z którego inne podmioty gospodarcze korzystać nie mogą. Niemniej Consiglio di Stato twierdzi, że ścisła wykładnia pojęcia „wykonawca”, która związana jest z ciągłą obecnością tego podmiotu „na rynku” i która zabrania uniwersytetom, instytutom badawczym oraz ich zgrupowaniom udziału w przetargach publicznych, miałaby niekorzystny wpływ na współpracę podmiotów publicznych i prywatnych, jak również na współpracę pomiędzy naukowcami a przedsiębiorcami, a także prowadziłaby do ograniczenia konkurencji.

24 Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Consiglio di Stato postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy przepisy dyrektywy 2004/18 [...] należy interpretować w ten sposób, że zakazują one konsorcjom utworzonym wyłącznie przez włoskie uniwersytety i organy administracji państwowej udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie przeprowadzenia pomiarów geofizycznych i pobrania próbek morskich?

- 2) Czy przepisy zawarte w art. 3 ust. 22 i 19 oraz art. 34 [...] dekrety ustawodawczego nr 163/2006 — zgodnie z którymi, odpowiednio, »pojęcie ‘podmiot gospodarczy’ obejmuje przedsiębiorcę, dostawcę i usługodawcę lub ich zgrupowanie bądź konsorcjum«, a »pojęcia ‘przedsiębiorca’, ‘dostawca’ i ‘usługodawca’ oznaczają osobę fizyczną lub osobę prawną bądź podmiot nieposiadający osobowości prawnej, w tym europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych (EZIG) [...], które ‘oferują na rynku’, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi« — są sprzeczne z dyrektywą 2004/18 [...], jeśli rozumie się je w ten sposób, że ograniczają one możliwość udziału w postępowaniach o udzielanie zamówienia publicznego jedynie do usługodawców zawodowo zajmujących się daną działalnością, z wyłączeniem podmiotów działających w celach niezarobkowych, w tym w celach naukowych?».

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 25 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału, Consiglio di Stato jest sądem w rozumieniu art. 234 WE w wypadku, gdy wydaje opinię w ramach odwołania nadzwyczajnego, takiego jak odwołanie w sprawie przed sądem krajowym (wyrok z dnia 16 października 1997 r. w sprawach połączonych od C-69/96 do C-79/96 Garofalo i in., Rec. s. I-5603, pkt 27).

W przedmiocie pytania pierwszego

- 26 Pierwsze pytanie sądu krajowego zmierza w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 należy rozumieć w sposób wykluczający udział zgrupowania złożonego wyłącznie z uniwersytetów i organów administracji publicznej w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego na usługi.

- 27 Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że przepisy dyrektywy 2004/18, które sąd krajowy ma w szczególności na uwadze, to art. 1 ust. 2 lit. a) i art. 8 akapity pierwszy i drugi tej dyrektywy, gdyż przepisy te odwołują się do pojęcia „wykonawca”. Ponadto, w świetle wskazanego wniosku, zainteresowane zgrupowanie nie ma zasadniczo celu zarobkowego, nie posiada struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie jest stale obecne na rynku.
- 28 Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy przede wszystkim wskazać, że, po pierwsze, przepisy dyrektywy 2004/18 nie zawierają definicji pojęcia „wykonawca” oraz że, po drugie, nie czynią one rozróżnienia pomiędzy oferentami wedle tego, czy mają oni zasadniczo cel zarobkowy, ani też nie wyłączają w sposób wyraźny podmiotów takich, jak podmiot w sprawie przed sądem krajowym. W świetle orzecznictwa Trybunału treść tych przepisów wystarcza jednak, by udzielić sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi.
- 29 Ponadto motyw 4 dyrektywy 2004/18 wskazuje na możliwość udziału „podmiotu prawa publicznego” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- 30 Podobnie art. 1 ust. 8 akapity pierwszy i drugi tej dyrektywy uznaje za „wykonawcę” nie tylko wszelką osobę fizyczną lub prawną, ale także w sposób wyraźny wszelki „podmiot publiczny”, jak również zgrupowanie złożone z takich podmiotów, które oferują usługi na rynku. Pojęcie „podmiot publiczny” może zaś obejmować również jednostki organizacyjne niemające zasadniczo celu zarobkowego, nieposiadające struktury przedsiębiorstwa i niebędące stale obecne na rynku.
- 31 Ponadto art. 4 tej dyrektywy, zatytułowany „Wykonawcy”, w ust. 1 zakazuje państwom członkowskim odrzucania kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia usług

będących przedmiotem ogłoszenia o zamówieniu, jedynie na podstawie tego, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych. Przepis ten nie rozróżnia też pomiędzy kandydatami czy oferentami wedle tego, czy przysługuje im status podmiotu prawa publicznego, czy też podmiotu prawa prywatnego.

32 Odnosząc się do podniesionego przez sąd krajowy problemu ewentualnego zakłócenia konkurencji spowodowanego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów takich jak skarżący przed sądem krajowym, które korzystają z uprzywilejowanej pozycji w porównaniu z prywatnymi podmiotami gospodarczymi dzięki przyznanemu finansowaniu ze środków publicznych, należy podkreślić, że motyw 4 dyrektywy 2004/18 nakłada na państwa członkowskie obowiązek czuwania, by zakłócenie takie nie powstało wskutek udziału podmiotu prawa publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek ten dotyczy także podmiotów takich jak wspomniani skarżący.

33 Należy także przypomnieć w tym względzie obowiązki spoczywające na instytucji zamawiającej zgodnie z art. 55 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oraz możliwości, jakie dla tej instytucji stwarza ten przepis w wypadku ofert rażąco niskich ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwowej. Trybunał uznał zresztą, że w pewnych szczególnych okolicznościach instytucja zamawiająca ma obowiązek albo przynajmniej możliwość wzięcia pod uwagę istnienia subwencji, a w szczególności pomocy niezgodnej z traktatem, aby jeżeli zajdzie taka potrzeba, wykluczyć oferentów, którzy z niej skorzystali (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. s. I-11037, pkt 29).

34 Niemniej jednak ewentualna uprzywilejowana pozycja podmiotu gospodarczego — takiego jak skarżący przed sądem krajowym — spowodowana finansowaniem ze środków publicznych lub pomocą państwa nie wystarcza do jego wykluczenia z przetargu a priori i bez dalszego badania.

35 Z powyższych rozważań wynika, że ustawodawca wspólnotowy nie zamierzał ograniczyć pojęcia „wykonawca, który oferuje usługi na rynku” jedynie do podmiotów, które są zorganizowane jako przedsiębiorstwo, ani też wprowadzać szczególnych wymogów, mogących stanowić wstępne ograniczenie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oparte na formie prawnej i wewnętrznej strukturze danego podmiotu gospodarczego.

36 Wykładnię tę potwierdza orzecznictwo Trybunału.

37 Trybunał orzekł, że jednym z celów przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję (zob. w szczególności podobnie ww. wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 39) oraz że w interesie prawa wspólnotowego pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów (wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur, Zb.Orz. s. I-4219, pkt 26). Należy w tym względzie dodać, że otwarcie na jak najszerszą możliwą konkurencję zostało wprowadzone nie tylko z uwagi na interes wspólnotowy w dziedzinie swobodnego przepływu towarów i usług, ale także z uwagi na własny interes zainteresowanej instytucji zamawiającej, która dysponuje szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do potrzeb zainteresowanych wspólnot publicznoprawnych (zob. podobnie, w odniesieniu do ofert rażąco niskich, wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP i Santorso, Zb.Orz. s. I-3565, pkt 29).

38 W tym duchu otwarcia przetargów na jak najszerszą możliwie konkurencję Trybunał również orzekł, że przepisy wspólnotowe w tej dziedzinie mają zastosowanie w wypadku, gdy podmiot, z którym instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć odpłatną umowę, również jest instytucją zamawiającą (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo). Tymczasem zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca jest podmiotem, który wykonuje zadania w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Tego rodzaju jednostka organizacyjna nie prowadzi zarobkowej działalności na rynku.

- 39 Podobnie Trybunał orzekł, że niezgodne z przepisami wspólnotowymi są wszelkie przepisy krajowe wykluczające z udzielenia zamówień publicznych na usługi, których wartość przekracza próg uzasadniający zastosowanie dyrektyw, tych kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danej usługi, na tej jedynie podstawie, iż forma prawna tych kandydatów lub oferentów nie odpowiada określonej kategorii osób prawnych (zob. podobnie wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-357/06 *Frigerio Luigi & C.*, Zb.Orz. s. I-12311, pkt 22).
- 40 Ponadto zgodnie z orzecznictwem Trybunału należy przypomnieć, że po pierwsze, zasada równego traktowania nie zostaje naruszona z samego tylko powodu, że instytucje zamawiające dopuszczają do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednostki organizacyjne korzystające z subwencji pozwalających im składać oferty znacząco niższe niż oferenci konkurencyjni, którzy nie są subwencionowani oraz, po drugie, że gdyby ustawodawca wspólnotowy miał zamiar zobowiązać instytucje zamawiające do wykluczenia takich oferentów, uczyniłby to w sposób wyraźny (ww. wyrok w sprawie ARGE, pkt 25, 26).
- 41 Wreszcie, zgodnie również z orzecznictwem Trybunału, przepisy wspólnotowe nie wymagają, by osoba, która zawiera umowę z instytucją zamawiającą, była w stanie spełnić umówione świadczenie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów, aby móc taką osobę zakwalifikować jako przedsiębiorcę, czyli jako wykonawcę; wystarczy, że może ona doprowadzić do spełnienia danego świadczenia poprzez przedstawienie w tym celu stosownych gwarancji (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti i in.*, Rec. s. I-5409, pkt 90).
- 42 W konsekwencji zarówno z przepisów wspólnotowych, jak i z orzecznictwa Trybunału wynika, że dopuszcza się do złożenia oferty lub zgłoszenia kandydatury każdą osobę lub podmiot, która — zważywszy na wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym — może być uznana za odpowiednią w celu zapewnienia realizacji tego zamówienia, czy to bezpośrednio, czy to z udziałem podwykonawcy, niezależnie od tego, czy posiada status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy działalność na rynku tej osoby lub podmiotu ma charakter systematyczny czy też okazjonalny, wreszcie niezależnie od tego, czy ta osoba lub podmiot jest subwencionowana ze środków publicznych, czy też nie. Jak trafnie wskazał rząd czeski, rzeczywistą zdolność danego podmiotu do spełnienia

przesłanek określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ocenia się w toku końcowej fazy procedury poprzez zastosowanie kryteriów określonych w art. 44–52 dyrektywy 2004/18.

43 Należy dodać, że wykładnia zawężająca pojęcia „wykonawca” spowodowałaby, że umowy zawarte pomiędzy instytucjami zamawiającymi i jednostkami organizacyjnymi, które nie działają zasadniczo w celu osiągnięcia zysku, nie mogłyby być uznane za „zamówienia publiczne”, wobec czego umowy te mogłyby być zawierane w sposób nieformalny, co spowodowałoby ich wyłączenie spod przepisów wspólnotowych dotyczących równego traktowania i przejrzystości, wbrew celowi tych przepisów.

44 Ponadto, jak podkreśla sąd krajowy, tego rodzaju wykładnia ujemnie wpływałaby na współpracę pomiędzy podmiotami publicznymi i prywatnymi, jak również pomiędzy naukowcami a przedsiębiorcami, i stanowiłaby ograniczenie konkurencji.

45 Mając powyższe na względzie, na pierwsze pytanie należy udzielić odpowiedzi, iż przepisy dyrektywy 2004/18, a w szczególności art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 8 akapity pierwszy i drugi, które odwołują się do pojęcia „wykonawca”, należy rozumieć w ten sposób, że zezwalają one na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi podmiotom, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego, nie posiadają struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie są w sposób stały obecne na rynku, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, jak również zgrupowania powołane przez uniwersytety i organy administracji publicznej.

W przedmiocie pytania drugiego

46 Drugie pytanie sądu krajowego dotyczy w istocie kwestii, czy przepisy krajowe wdrażające dyrektywę 2004/18 do prawa krajowego są niezgodne z przepisami tej dyrektywy, a w szczególności z jej art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 8 akapity pierwszy i drugi w sytuacji, gdy przepisy krajowe rozumiane są w sposób zastrzegający udział

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla usługodawców, którzy w sposób systematyczny i zawodowo oferują usługi na rynku z wyłączeniem podmiotów takich jak uniwersytety i instytuty badawcze, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego.

47 W tym względzie należy przypomnieć, jak wynika to zresztą z brzmienia art. 4 ust. 1 dyrektywy 2004/18, iż państwa członkowskie mają możliwość udzielania określonym kategoriom podmiotów gospodarczych zezwoleń na świadczenie określonych usług.

48 Podobnie, jak trafnie zauważyła Komisja, państwa członkowskie mogą regulować działalność podmiotów takich jak uniwersytety i instytuty badawcze, które nie mają celu zarobkowego, lecz których zadaniem jest prowadzenie działalności naukowo-dydaktycznej. Państwa członkowskie mogą w szczególności zezwolić albo też nie zezwolić takim podmiotom na prowadzenie działalności na rynku zależnie od tego, czy taka działalność jest do pogodzenia z ich celami statutowymi.

49 Niemniej jednak, jeżeli i w zakresie w jakim takie podmioty mają prawo do oferowania określonych usług na rynku, przepisy krajowe wdrażające dyrektywę 2004/18 do prawa krajowego nie mogą zabraniać im uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi. Tego rodzaju zakaz nie byłby bowiem zgodny z przepisami dyrektywy 2004/18 rozumianymi w sposób przyjęty dla potrzeb udzielenia odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne.

50 W takim wypadku zadaniem sądu krajowego jest dokonanie wykładni swego prawa wewnętrznego — w zakresie, w jakim jest to możliwe — w świetle brzmienia i celów dyrektywy 2004/18 po to, by osiągnąć przewidziane przez nią skutki, udzielając pierwszeństwa wykładni przepisów krajowych najbardziej zgodnej z tymi celami, a przez to dochodząc do rozstrzygnięcia zgodnego z przepisami tej dyrektywy, a także,

w razie konieczności, powstrzymując się od zastosowania wszelkich przepisów prawa krajowego niezgodnych z dyrektywą (zob. wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-414/07 Magoora, Zb.Orz. s. I-10921, pkt 44).

- 51 W konsekwencji na drugie pytanie należy udzielić odpowiedzi, iż dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż niezgodna z nią jest wykładnia przepisów krajowych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które zakazują podmiotom niemającym zasadniczo celu zarobkowego, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy prawo krajowe zezwala takim podmiotom na oferowanie usług objętych tym zamówieniem.

W przedmiocie kosztów

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

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

- 1) **Przepisy 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, a w szczególności art. 1 ust. 2 lit. a) oraz art. 8 akapity pierwszy i drugi, które odwołują się do pojęcia „wykonawca”, należy rozumieć w ten sposób, że zezwalają one na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi podmiotom, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego, nie posiadają struktury**

organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie są w sposób stały obecne na rynku, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, jak również zgrupowania powołane przez uniwersytety i organy administracji publicznej.

- 2) Dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż niezgodna z nią jest wykładnia przepisów krajowych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które zakazują podmiotom niemającym zasadniczo celu zarobkowego, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy prawo krajowe zezwala takim podmiotom na oferowanie usług objętych tym zamówieniem.**

Podpisy