

orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 Pizzo

WYROK TRYBUNAŁU (szósta izba)

2 czerwca 2016 r.(*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Udział w przetargu – Możliwość powołania się na zdolności innych przedsiębiorstw w celu spełnienia wymaganych kryteriów – Nieuiszczenie składki nieprzewidzianej w wyraźny sposób – Wykluczenie z przetargu bez możliwości uzupełnienia tego braku

W sprawie C-27/15

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (rada sądownictwa administracyjnego dla regionu Sycylia, Włochy) postanowieniem z dnia 10 grudnia 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 stycznia 2015 r., w postępowaniu:

Pippo Pizzo

przeciwno

CRGT Srl,

przy udziale:

Autorità Portuale di Messina,

Messina Sud Srl,

Francesco Todaro,

Myleco Sas,

TRYBUNAŁ (szósta izba),

w składzie: A. Arabadjiev, prezes izby, S. Rodin (sprawozdawca) i E. Regan, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,

- w imieniu Komisji Europejskiej przez L. Cappelletiego i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 21 stycznia 2016 r.,

wydaje niniejszy

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114) oraz zasad prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej.
- 2 Wniosek został złożony w ramach sporu pomiędzy Pippem Pizzem, działającym w charakterze właściciela przedsiębiorstwa Pizzo i pełnomocnika konsorcjum utworzonego wraz z przedsiębiorstwem Onofaro Antonino (zwanym dalej „Pizzem”) a CRGT Srl dotyczącego wykluczenia kandydata z postępowania o przyznanie koncesji na usługi gospodarowania odpadami i pozostałościami ładunkowymi powstałymi na pokładzie statków.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 brzmi następująco:
„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty ”.
- 4 Artykuł 47 ust. 2 dyrektywy stanowi:
„Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów ”.
- 5 Artykuł 48 ust. 3 tej dyrektywy stanowi:
„Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów”.
- 6 Artykuł 63 ust. 1 akapity pierwszy i trzeci oraz art. 63 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień

publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014 L 94, s. 65-242), do którego odwołuje się sąd odsyłający, ma następującą treść:

„1. W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. [...] W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

[...]

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

[...]

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

Prawo włoskie

7 Artykuł 49 decreto legislativo n° 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekretu z mocą ustawy nr 163 - kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.), zmieniony przez decreto legislativo n° 152 (dekretem z mocą ustawy nr 152) z dnia 11 września 2008 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 231 z dnia 2 października 2008 r.) (zwanego dalej „dekretem z mocą ustawy nr 163/2006”), zatytułowany „Poleganie na zdolności innego podmiotu”, stanowi transpozycję art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 do włoskiego porządku prawnego.

8 Artykuł 49 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 stanowi:

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

9 Artykuł 49 ust. 6 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 stanowi:

„Oferent może polegać na większej liczbie przedsiębiorstw pomocniczych, z zastrzeżeniem zakazu podziału przez oferenta na części poszczególnych kryteriów ekonomiczno-finansowych i techniczno-organizacyjnych, o których mowa w art. 40 ust. 3 lit. b), które umożliwiły wydanie certyfikatu w tej kategorii”.

- 10 Artykuł 1 ust. 67 akapit pierwszy Legge finanziaria 2006 (ustawy finansowej na rok 2006 nr 266, dodatek zwyczajny do GURI z dnia 29 grudnia 2005 r.) z dnia 23 grudnia 2005 r. (zwanej dalej „ustawą nr 266/2005”) stanowi:

„[o]rgan nadzoru publicznych robót budowlanych ustala corocznie wysokość składek należnych mu od podmiotów publicznych i prywatnych podlegających jego nadzorowi, jak również zasady poboru tych składek, w tym obowiązek zapłaty składki przez podmioty gospodarcze jako warunek dopuszczalności oferty w ramach postępowań przetargowych na roboty publiczne”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 11 Autorità Portuale di Messina (organ zarządzający portem w Mesynie, Włochy) ogłosił w listopadzie 2012 r. otwarte postępowanie przetargowe o zasięgu europejskim w celu udzielenia zamówienia na okres czterech lat na usługi gospodarowania odpadami i pozostałościami ładunkowymi powstałymi na pokładzie statków zawijających do portów na obszarze właściwości organu zarządzającego portem w Mesynie. Wcześniej usługi te świadczyła CRGT.
- 12 W dniu 16 maja 2013 r. komisja przetargowa organu zarządzającego portem w Mesynie odnotowała, że złożone zostały cztery oferty.
- 13 W dniu 4 czerwca 2013 r. CRGT, która zawarła umowę korzystania ze zdolności z RIAL Srl, a także dwóch innych oferentów dowiedziało się, że zostali wykluczeni z przetargu z uwagi na brak uiszczenia do Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (organowi nadzoru zamówień publicznych, zwanemu dalej „AVCP”) składki przewidzianej ustawą nr 266/2005.
- 14 Zamówienie zostało zatem udzielone Pizzowi, jedynemu biorącemu nadal udział w przetargu przedsiębiorstwu.
- 15 CRGT wniosła skargę do Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (regionalnego sądu administracyjnego dla Sycylii) żądając stwierdzenia nieważności decyzji o wykluczeniu z przetargu i naprawienia wynikłej z niego szkody.
- 16 Pizzo wniósł skargę wzajemną, w której twierdził, że CRGT powinna była zostać wykluczona z tego przetargu także ze względu na to, iż nie przedstawiła dwóch oddzielnych zaświadczeń bankowych dla celów wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej.
- 17 Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (regionalny sąd administracyjny dla Sycylii) uznał w wyroku nr 1781/2014, że skarga CRGT jest dopuszczalna i zasadna i że spółka ta została niesłusznie wykluczona z omawianego przetargu. Sądu uznał w tym względzie, że dokumentacja przetargowa nie przewidywała uiszczenia przez przedsiębiorstwa będące oferentami obowiązkowej składki do AVCP, ponieważ wspomniana składka dotyczy wyraźnie tylko zamówień na roboty publiczne, a nie zamówień na usługi. Ponadto sąd wyjaśnił, że wymaganie od przedsiębiorstw ubiegających się o zamówienie na usługi uiszczenia tej składki wynika z szerokiej wykładni ustawy nr 266/2005 przez AVCP oraz orzecznictwa administracyjnego, zgodnie z którym konieczny charakter tego warunku uiszczenia składki wymagałby, poprzez mechanizm automatycznego uzupełniania luk w aktach administracyjnych, zastosowania do wszystkich przedsiębiorstw ubiegających się o udzielenie im zamówienia publicznego obowiązku uiszczenia tej składki.

- 18 Ponadto Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (regionalny sąd administracyjny dla Sycylii) oddalił skargę wzajemną wniesioną przez Pizzo, uznając, że CRGT mogła polegać – jak to faktycznie uczyniła – na zdolności ekonomicznej i finansowej innego przedsiębiorstwa, z którym uprzednio zawarła w tym celu umowę.
- 19 Pizzo wniósł odwołanie do sądu odsyłającego.
- 20 W tych okolicznościach Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (rada sądownictwa administracyjnego dla regionu Sycylia, Włochy) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 47 i 48 dyrektywy [2004/18] należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak uregulowanie opisane [w postanowieniu odsyłającym], które zezwala przedsiębiorstwu na powołanie się, z podziałem na części, na zdolności innego podmiotu w opisanych powyżej warunkach w zakresie usług?
- 2) Czy zasady prawa Unii Europejskiej, zwłaszcza zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań, zasada pewności prawa i zasada proporcjonalności, stoją na przeszkodzie uregulowaniu w porządku prawnym państwa członkowskiego zezwalającemu na wykluczenie z publicznego postępowania przetargowego przedsiębiorstwa, które nie zrozumiało, gdyż nie zostało to wyraźnie wskazane w dokumentach przetargowych, obowiązku – którego niespełnienie skutkowało wykluczeniem – dokonania zapłaty pewnej kwoty w celu udziału w tym postępowaniu, i to mimo okoliczności, że istnienia wspomnianego obowiązku nie można jasno wywieść z dosłownego brzmienia prawa obowiązującego w danym państwie członkowskim, lecz da się go jednak zrekonstruować w drodze podwójnej operacji prawnej polegającej, w pierwszej kolejności, na szerokiej wykładni niektórych przepisów prawa pozytywnego tego państwa członkowskiego, a następnie na uzupełnieniu ipso iure – zgodnie z wymogami takiej szerokiej wykładni – treści dokumentów przetargowych? ”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 21 W pierwszym pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych zezwalających wykonawcy na powołanie się na zdolności innego podmiotu lub szeregu innych podmiotów w celu spełniania minimalnych wymogów dotyczących uczestnictwa w przetargu, które sam ten wykonawca spełnia jedynie w części.
- 22 Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w sposób wyraźny i niemal identyczny stanowią, że „[w]ykonawca może [...] polegać na zdolnościach innych podmiotów” w celu wykazania, że ich sytuacja ekonomiczna, finansowa, kwalifikacje techniczne i zawodowe odpowiada wymogom danego przetargu.
- 23 Trybunał uznał, że prawo Unii nie wymaga do uznania wykonawcy za spełniającego warunki udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, by podmiot zamierzający uzyskać zamówienie od instytucji zamawiającej był w stanie spełnić umówione świadczenie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 41).

- 24 W tym kontekście Trybunał uznał, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie wprowadzają żadnego zakazu co do zasady dotyczącego polegania przez kandydata lub oferenta na zdolności jednego lub szeregu podmiotów trzecich w połączeniu z własnymi zdolnościami w celu spełnienia kryteriów określonych przez instytucję zamawiającą (zob. wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 30).
- 25 Zgodnie z tym orzecznictwem wskazane przepisy przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, „niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań”, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że oferent będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r. *Ostas celtnieks*, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 23).
- 26 Należy zatem uznać, że dyrektywa 2004/18 umożliwia łączenie zdolności wielu wykonawców w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na zdolność jednego lub szeregu innych podmiotów będzie faktycznie mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do realizacji zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 33).
- 27 Taka interpretacja jest zgodna z celem w postaci otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego realizacji zmierzają dyrektywy z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., *CoNISMa*, C305/08, EU:C:2009:807, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto wykładnia ta sprzyja także ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co również jest zamierzeniem dyrektywy 2004/18, jak wskazuje na to jej motyw 32 (zob. wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34).
- 28 Trybunał wskazał jednakże, że nie można wykluczyć, iż istnieją szczególne roboty budowlane, których specyfika wymaga zdolności niemożliwej do uzyskania poprzez połączenie zdolności o węższym zakresie szeregu podmiotów. Trybunał przyznał także, że w takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom zdolności został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub przez poleganie na ograniczonej liczbie wykonawców, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny. Trybunał zastrzegł jednak, że taki przypadek stanowi nadzwyczajną sytuację, a dany wymóg nie może stać się ogólną zasadą na mocy prawa krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35, 36).
- 29 Z postanowienia odsyłającego wynika, że CRGT nie mogła, zdaniem Pizza, polegać na zdolności innego wykonawcy w celu spełnienia kryteriów udzielenia zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym. Tymczasem z art. 47 ust. 2 i z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wynika, że przewidują one wyraźnie możliwość polegania przez oferenta na zdolności innych podmiotów. Jednak sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy rozpatrywane przetarg i specyfikacja warunków zamówienia przewidywały wyraźnie, że ze względu na specyfikę usług będących przedmiotem zamówienia zdolność na minimalnym poziomie posiadać musi samodzielnie jeden wykonawca.

- 30 W odniesieniu do argumentu Pizza opartego na tym, że CRGT powinna była wykazać swoją zdolność ekonomiczną i finansową poprzez przedstawienie zaświadczeń od co najmniej dwóch instytucji bankowych, należy zauważyć, że wykluczenie możliwości, by przedsiębiorstwo polegające na zdolności innego podmiotu posłużyło się zaświadczeniem z banku tego ostatniego, w oczywisty sposób skutkowałoby pozbawieniem wszelkiej skuteczności (effet utile) oferowanej w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 możliwości skorzystania ze zdolności innych podmiotów. W związku z tym przepisy te należy interpretować w ten sposób, że wykonawcy mogą powołać się w danym przetargu na zdolność innych podmiotów, co obejmuje również posługiwanie się ich zaświadczeniami bankowymi.
- 31 Sąd odsyłający zastanawia się również, czy art. 63 ust. 1 akapit trzeci oraz art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24 wprowadzają ograniczenia możliwości polegania na zdolności innych przedsiębiorstw. Należy jednak wyjaśnić, że na podstawie art. 90 omawianej dyrektywy państwa członkowskie powinny dostosować się do jej przepisów najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2016 r. W związku z tym przepisy tej dyrektywy nie znajdują zastosowania *ratione temporis* do sprawy w postępowaniu głównym.
- 32 Choć orzecznictwo Trybunału nakazuje, by państwa członkowskie powstrzymały się od przyjmowania w okresie wyznaczonym na transpozycję dyrektywy przepisów mogących poważnie zagrozić osiągnięciu przepisanego w niej rezultatu (zob. wyrok z dnia 18 grudnia 1997 r., *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, pkt 45), orzecznictwo to nie zezwala jednak na nałożenie na oferenta przed upływem tego terminu ograniczeń niewynikających z prawa Unii w wykładni dokonanej w orzecznictwie Trybunału.
- 33 Należy ponadto podkreślić, że konkretne przepisy, do których odnosi się sąd odsyłający, przewidują możliwość wymagania przez instytucję zamawiającą, aby podmiot, na którym się polega w celu spełnienia wskazanych warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, ponosił odpowiedzialność solidarną (art. 63 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/24) lub aby, dla niektórych rodzajów zamówień, określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta (art. 63 ust. 2 tej dyrektywy). Przepisy te nie ustalają więc konkretnych ograniczeń możliwości polegania na zdolności innych podmiotów w częściach, a w każdym razie takie ograniczenia powinny być zostać wyraźnie przewidziane w danym przetargu, co w sprawie w postępowaniu głównym nie miało jednak miejsca.
- 34 Wobec powyższego odpowiedź na pierwsze pytanie powinna brzmieć tak, że art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż nie stoją one na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych zezwalających wykonawcy na powołanie się na zdolność jednego lub szeregu innych podmiotów w celu spełnienia minimalnych wymogów udziału w przetargu, które ten wykonawca spełnia jedynie w części.

W przedmiocie pytania drugiego

- 35 W drugim pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku wynikającego nie wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującego krajowego ustawodawstwa, lecz z wykładni tego ustawodawstwa, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk.

- 36 W tym względie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów poddane były tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który z niej wprost wypływa, ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 37 Trybunał orzekł już również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32).
- 38 Z załącznika VII A dotyczącego informacji, które należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, do dyrektywy 2004/18, w części „Ogłoszenia o zamówieniach”, pkt 17, wynika, że „[k]ryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia” z danego przetargu muszą zostać wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu.
- 39 Tym samym zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła (zob. w szczególności wyroki z 10 października 2013 r., *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40; z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 42, 43).
- 40 Z przedłożonych Trybunałowi akt sprawy wynika, że dokumentacja z przetargu rozpatrywanego w postępowaniu głównym nie przewidywała wyraźnie obowiązku uiszczenia przez oferentów składki do AVCP pod groźbą wykluczenia z przetargu.
- 41 Jak podkreśla sąd odsyłający, istnienie tego obowiązku można wyprowadzić z szerokiej wykładni ustawy nr 266/2005 dokonywanej przez AVCP oraz z krajowego orzecznictwa administracyjnego. Sąd wyjaśnia, że AVCP uważa, iż brak uiszczenia składki powoduje wykluczenie oferenta z przetargu o publicznym charakterze, bez względu na rodzaj zamówienia, które stanowi przedmiot tego przetargu. Sąd ten wskazuje również, że z krajowego orzecznictwa administracyjnego wynika, że przedsiębiorstwo może zostać wykluczone z przetargu publicznego, jeżeli nie udowodni, że spełnia warunek nie określony wyraźnie w uregulowaniach przetargu, o ile konieczność spełnienia tego warunku wynika z „mechanizmu automatycznego uzupełniania luk w aktach administracyjnych”.

- 42 Tymczasem, jak już przypomniano w pkt 39 niniejszego wyroku, instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustali. Ma to tym większe znaczenie, gdy stawką jest wykluczenie z przetargu.
- 43 Należy bowiem wskazać, że choć art. 27 ust. 1 dyrektywy 2004/18 nie wymaga, by specyfikacje warunków zamówienia wyszczególniały wszystkie wymogi związane z podatkami, ochroną środowiska, przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkami pracy obowiązujące w państwie członkowskim, to obowiązki te, w odróżnieniu od rozpatrywanej w postępowaniu głównym składki, nie powodują automatycznego wykluczenia z przetargu na etapie dopuszczalności oferty.
- 44 Wskazanego art. 27 nie można interpretować w ten sposób, że zezwala instytucjom zamawiającym na odejście od ścisłego obowiązku przestrzegania kryteriów, które same ustaliły, zważywszy na zasadę równego traktowania i wypływający z niej obowiązek przejrzystości, którym podlegają one na podstawie art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 45 Tymczasem w postępowaniu głównym domniemany obowiązek uiszczenia składki do AVCP można zidentyfikować wyłącznie na podstawie współdziaływania między ustawą finansową z 2006 r., praktyką decyzyjną AVCP a praktyką włoskiego orzecznictwa administracyjnego przy stosowaniu ustawy nr 266/2005.
- 46 Jak podnosi w istocie rzecznik generalny w pkt 65 opinii, warunek uzależniający prawo do wzięcia udziału w przetargu publicznym wynikający z wykładni prawa krajowego i praktyki jednego z organów, taki jak ten postępowaniu głównym, jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych.
- 47 Co do argumentu, że CRGT świadczyła już wcześniej usługi będące przedmiotem przetargu, a więc powinna wiedzieć o istnieniu spornej w postępowaniu głównym składki, wystarczy stwierdzić, że zasada równego traktowania i wypływający z niej obowiązek przejrzystości byłyby w oczywisty sposób nieprzestrzegane, gdyby taki wykonawca podlegał kryteriom nieustalonym w przetargu i niemającym zastosowania do nowych wykonawców.
- 48 Ponadto z postanowienia odsyłającego wynika, że w odniesieniu do tego warunku uiszczenia składki nie istnieje możliwość usunięcia uchybienia.
- 49 Zgodnie z pkt 46 wyroku Trybunału z dnia 6 listopada 2014 r. *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345) podmiot zamawiający nie może dopuścić jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferty. W tej sprawie Trybunał podkreślił w pkt 48 wyroku, że rozpatrywany tam obowiązek jest jasno nałożony w dokumentacji przetargowej pod rygorem wykluczenia (zob. wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345).
- 50 Tymczasem jeżeli, jak w postępowaniu głównym, warunek udziału w przetargu, pod rygorem wykluczenia, nie jest wyraźnie przewidziany w dokumentacji przetargowej i da się go zidentyfikować wyłącznie w drodze dokonywanej w orzecznictwie wykładni prawa krajowego, instytucja zamawiająca może wyznaczyć wykluczonemu oferentowi termin wystarczający na naprawienie tego braku.
- 51 Wobec całości powyższego odpowiedź na drugie pytanie powinna brzmieć tak, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten

sposób, iż stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. W tych okolicznościach zasady równego traktowania i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by umożliwić wykonawcy zaradzenie tej sytuacji i spełnienie omawianego obowiązku w terminie wyznaczonym przez instytucję zamawiającą.

W przedmiocie kosztów

- 52 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 (szósta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuły 47 i 48 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych zezwalających wykonawcy na powołanie się na zdolność innego podmiotu lub szeregu innych podmiotów w celu spełnienia minimalnych wymogów udziału w przetargu, które ten wykonawca spełnia jedynie w części.**
- 2) **Zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. W tych okolicznościach zasady równego traktowania i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by umożliwić wykonawcy zaradzenie tej sytuacji i spełnienie omawianego obowiązku w terminie wyznaczonym przez instytucję zamawiającą.**

Podpisy

* Język postępowania: włoski.