

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 7 lipca 2016 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie – Kwalifikacje techniczne wykonawców – Bezpośrednia skuteczność – Środki dowodowe – Stosunek hierarchiczny między zaświadczeniem wystawionym przez prywatnego nabywcę i jednostronnym oświadczeniem oferenta – Zasada proporcjonalności – Zakaz wprowadzania istotnych zmian do przewidzianych środków dowodowych

W sprawie C-46/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego, Portugalia) postanowieniem z dnia 29 stycznia 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 5 lutego 2015 r., w postępowaniu:

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA

przeciwko

AICP – AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal,

przy udziale:

Índice – ICT & Management Lda,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: J.L. da Cruz Vilaça, prezes izby, A. Tizzano (sprawozdawca), wiceprezes Trybunału, F. Biltgen, A. Borg Barthet i M. Berger, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Wathelet,

sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 28 stycznia 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przez H. Rodriguesa da Silve, advogado,
- w imieniu rządu portugalskiego przez L. Ineza Fernandes i F. Batistę, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Bragę da Cruza i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 3 marca 2016 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie 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).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu zawisłego między spółką Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA (zwaną dalej „Ambisigiem”) a AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (zwanym dalej „AICP”) w przedmiocie decyzji tego podmiotu o wykluczeniu kandydatury Ambisigu z przetargu na zamówienie publiczne na usługi.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

- 3 Motywy 1, 2, 4, 32 i 46 dyrektywy 2004/18 stanowią:
 - „(1) Z uwagi na wprowadzanie kolejnych zmian do dyrektyw Rady: 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi [(Dz.U. 1992, L 209, s. 1)], 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy [(Dz.U. 1993, L 199, s. 1)] oraz 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane [(Dz.U. 1993, L 199, s. 54)], które są niezbędne do spełnienia postulatów uproszczenia i unowocześnienia, zgłaszanych zarówno przez instytucje zamawiające, jak i wykonawców w odpowiedzi na Zieloną Księgę przyjętą przez Komisję dnia 27 listopada 1996 r., dyrektywy powinny zostać zmodyfikowane w celu zapewnienia ich przejrzystości [...].
 - (2) Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości [...].
 - (4) 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.
[...]
 - (32) W celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych zaleca się uwzględnienie przepisów dotyczących podwykonawstwa.
[...]
 - (46) Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji [...]”.
- 4 Artykuł 1 ust. 9 tej dyrektywy stanowi:

„»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.

Niewyczerpujące wykazy podmiotów lub kategorii podmiotów prawa publicznego spełniających kryteria wymienione w lit. a), b) i c) drugiego akapitu zostały wskazane w załączniku III. Państwa członkowskie okresowo powiadamiają Komisję o wszelkich zmianach w swoich wykazach”.

5 Artykuł 48 tej dyrektywy, zatytułowany „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe”, stanowi:

„1. Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane zgodnie z ust. 2 i 3.

2. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

- a) i) [...]
 - ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw i usług należy przedstawić:
 - [...]
 - w przypadku gdy odbiorcą był nabywca prywatny – w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy;
- [...]”.

Prawo portugalskie

6 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do portugalskiego porządku prawnego na mocy Código dos Contratos Públicos (kodeksu zamówień publicznych), zatwierdzonego dekretem z mocą ustawy nr 18/2008 z dnia 29 stycznia 2008 r., zmienionego i opublikowanego ponownie w załączniku do dekretu z mocą ustawy nr 287/2009 z dnia 2 października 2009 r. (*Diário da República*, seria 1, nr 192 z dnia 2 października 2009 r.) (zwanego dalej „kodeksem zamówień publicznych”).

7 Artykuł 165 tego kodeksu ma następujące brzmienie:

„1 – Minimalne wymogi dotyczące możliwości technicznych określonych w ust. 1 lit. h) artykułu poprzedzającego muszą odpowiadać rodzajowi świadczeń stanowiących przedmiot udzielanego zamówienia oraz opisywać sytuacje, właściwości, cechy lub inne elementy stanu faktycznego, a w szczególności:

- a) doświadczenie zawodowe kandydatów;
- b) zasoby ludzkie, technologiczne, sprzętowe lub inne wykorzystywane w jakikolwiek sposób przez kandydatów;

- c) model i możliwości organizacyjne kandydatów, w szczególności jeśli chodzi o zarządzanie specjalistycznymi kompetencjami, informatycznymi systemami wsparcia oraz systemami kontroli jakości i o integrowanie ich;
- d) możliwości stosowania przez kandydatów środków zarządzania środowiskiem w zakresie wykonywania udzielanego zamówienia;
- e) informacje zawarte w bazie danych Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., dotyczące przedsiębiorców, w przypadku zamówienia publicznego lub koncesji na roboty budowlane.

[...]

5 – Minimalne wymogi dotyczące możliwości technicznych określonych w ust. 1 oraz czynnik »f« określony w ust. 1 lit. i) artykułu poprzedzającego nie mogą być ustalane w sposób dyskryminacyjny”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

8 Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, że w dniu 10 grudnia 2013 r. AICP, działając jako instytucja zamawiająca, ogłosiło przetarg ograniczony z preselekcją w celu udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usług „wdrożenia systemów zarządzania środowiskiem i jakością oraz platformy technologicznej w 13 spółkach”.

9 Artykuł 12 ust. 1 lit. c) i f) ogłoszenia o zamówieniu stanowił:

„Kandydaci ubiegający się o wybór powinni przedstawić następującą dokumentację swojej kandydatury:

[...]

c) oświadczenie klienta na opieczętowanym papierze firmowym, które poświadczy wdrożenie systemu zarządzania środowiskiem lub jakością przez kandydata [wymóg art. 8 ogłoszenia o zamówieniu], zgodnie ze wzorem oświadczenia zawartym w załączniku VIII do niniejszego ogłoszenia o zamówieniu. Oświadczenie powinno zawierać poświadczenie podpisu i funkcji osoby podpisującej dokonane przez notariusza, adwokata lub inny właściwy podmiot;

[...]

f) oświadczenie klienta na opieczętowanym papierze firmowym, które poświadczy wdrożenie systemu zarządzania, opracowanie i wdrożenie sieciowej platformy technologicznej, oprogramowania do zarządzania oraz przeprowadzenie działań koordynacyjnych przez kandydata [wymóg art. 8 ogłoszenia o zamówieniu], z podaniem właściwej kwoty, zgodnie ze wzorem oświadczenia znajdującym się w załączniku IX do niniejszego programu. Oświadczenie powinno zawierać poświadczenie podpisu i funkcji osoby podpisującej dokonane przez notariusza, adwokata lub inny właściwy podmiot [...]”.

10 W dniu 27 marca 2014 r. AICP zatwierdziło ostateczne sprawozdanie sporządzone przez komisję przetargową, wybierając do etapu składania ofert Índice ICT & Management Lda i wykluczając w szczególności kandydaturę Ambisigu ze względu na to, że spółka ta nie wykazała spełnienia warunków dotyczących możliwości technicznych w drodze oświadczenia prywatnego nabywcy poświadczonego zgodnie z art. 12 ogłoszenia o zamówieniu oraz nie wykazała ani nie twierdziła, że przedstawienie takiego oświadczenia było niemożliwe lub w poważny sposób utrudnione.

11 W ramach odwołania wniesionego przez Ambisig od tej decyzji Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (sąd ds. administracyjnych i podatkowych w Leirii, Portugalia) w wyroku z dnia

11 czerwca 2014 r. częściowo uwzględnił zarzuty podnoszone przez tę spółkę, stwierdził nieważność decyzji AICP i nakazał mu wydać nowe ogłoszenie o zamówieniu w terminie 20 dni.

- 12 Ambisig zaskarżył ten wyrok do tego samego sądu w kolejalnym składzie, zarzucając, że sąd ów nie uznał zarzutów skargi dotyczących w szczególności niezgodności reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą w odniesieniu do zdolności technicznych kandydatów z wymogami określonymi w art. 48 dyrektywy 2004/18.
- 13 Wyrokiem z dnia 6 sierpnia 2014 r. Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (sąd ds. administracyjnych i podatkowych w Leirii) w kolejalnym składzie oddalił odwołanie Ambisigu, spółka ta odwołała się więc od tego wyroku do sądu odsyłającego ze względu na to, że w wyroku tym również nie stwierdzono niezgodności z prawem, w świetle art. 48 dyrektywy 2004/18, reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą w odniesieniu do rozkładu ciężaru dowodu zdolności technicznych kandydatów.
- 14 W tych okolicznościach Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego) postanowił zawiesić postępowanie i zadać Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:
 - „1) Czy wobec braku uregulowania przez prawo portugalskie dziedziny objętej zakresem art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 przepis ten znajduje bezpośrednie zastosowanie w portugalskim porządku prawnym w ten sposób, iż przyznaje jednostkom prawo, które mogą one podnieść przeciwko instytucjom zamawiającym?
 - 2) Czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie świadczenia usług za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż jest niemożliwe lub bardzo utrudnione uzyskanie oświadczenia od prywatnego nabywcy?
 - 3) Czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia wymagają, aby oświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 15 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w braku przepisu transponującego w prawie krajowym przepis ten może przyznawać jednostkom prawo, które mogą one podnieść przeciwko jednostkom zamawiającym w ramach sporów toczących się przed sądami krajowymi.
- 16 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału, jeśli państwo nie transponowało dyrektywy do prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub jeśli dokonało niewłaściwej transpozycji, jednostki mogą powoływać się przed sądami krajowymi przeciwko temu państwu wyłącznie na te przepisy dyrektywy, które z punktu widzenia swej treści są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2013 r., *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 14 stycznia 2014 r., *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, pkt 31; a także z dnia 15 maja 2014 r., *Almos Agrárkülkereskedelmi*, C-337/13, EU:C:2014:328, pkt 31).
- 17 Należy zaś stwierdzić, że jak wskazał rzecznik generalny w pkt 25 opinii, art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 spełnia te kryteria, gdyż ustanawia zobowiązanie nieobwarowane żadnymi dodatkowymi warunkami ani niezależnione od wydania przez

instytucje Unii lub państwa członkowskie jakiegokolwiek aktu oraz w jasny i wyczerpujący sposób określa dokumenty, jakich można żądać w przetargach publicznych od wykonawców w celu wykazania ich zdolności technicznych.

- 18 Trybunał orzekł już ponadto w ten sposób w odniesieniu do dyrektywy 92/50, uchylonej i zastąpionej dyrektywą 2004/18.
- 19 I tak, w pkt 46 i 47 wyroku z dnia 24 września 1998 r., Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432), Trybunał uznał, że bezpośrednią skuteczność mogą mieć przepisy tytułu VI dyrektywy 92/50, wśród których znajdował się w szczególności art. 32 ust. 2, którego treść w praktycznie identycznym brzmieniu została przeniesiona do art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18.
- 20 Przy tym jednak, aby udzielić użytecznej odpowiedzi na pytanie pierwsze, należy jeszcze wyjaśnić, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 może zostać podniesiony wobec dowolnego podmiotu kwalifikującego się do miana „instytucji zamawiającej” w rozumieniu art. 1 ust. 9 tej dyrektywy.
- 21 W tej kwestii należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, o ile dyrektywa nie może sama z siebie nakładać obowiązków na jednostkę, wobec czego nie można powoływać się na nią wobec jednostki (zob. w szczególności wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 15 stycznia 2015 r., Ryanair, C-30/14, EU:C:2015:10, pkt 30), o tyle gdy jednostki mogą powoływać się na taką dyrektywę względem nie jednostki, ale państwa, mogą to czynić niezależnie od charakteru, w jakim to państwo występuje. Należy bowiem unikać sytuacji, w której państwo mogłoby odnieść korzyść z naruszenia przez siebie prawa Unii (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 23).
- 22 Tym samym podmiotem, przeciwko któremu dopuszczalne jest powołanie się na dyrektywę, która może być bezpośrednio skuteczna, jest nie tylko organ publiczny, lecz również jednostka, której – niezależnie od jej formy prawnej – na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono wykonywanie usług użyteczności publicznej i która w tym celu dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami (wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 23 W niniejszym przypadku w odniesieniu do AICP z wyjaśnień udzielonych przez rząd portugalski na rozprawie przed Trybunałem zdaje się wynikać, że podmiot ten, choć objęty jest zakresem pojęcia „instytucji zamawiającej” w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18, stanowi zreszzenie przedsiębiorstw prawa prywatnego, niespełniające wspomnianych przesłanek do tego, by można było wobec niego podnieść przepisy tej dyrektywy, ponieważ nie świadczy żadnych usług użyteczności publicznej pod kontrolą państwowych organów władzy i nie dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami, co jednakże powinien jeszcze zweryfikować sąd odsyłający.
- 24 W takiej sytuacji sąd ten powinien jednak interpretować prawo wewnętrzne tak dalece, jak jest to możliwe, w świetle brzmienia i celu dyrektywy 2004/18, by osiągnąć zamierzony w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie rezultat, a zatem zastosować się do art. 288 akapit trzeci TFUE (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 31).
- 25 W tym względzie należy przypomnieć, że spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest jednak ograniczony przez ogólne zasady prawa i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego contra legem (zob. podobnie wyroki: dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI, C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 32).

26 Tym samym, w przypadkach gdy wykładnia prawa krajowego zgodna z dyrektywą 2004/18 nie byłaby możliwa, strona poszkodowana z tytułu braku zgodności tego prawa z prawem Unii mogłaby powołać się na orzecznictwo powstałe w oparciu o wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428), w celu ewentualnego uzyskania naprawienia poniesionej szkody (zob. podobnie wyrok z dnia 26 marca 2015 r., Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

27 Zważywszy na całość powyższych rozważań, odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć tak, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że spełnia on przesłanki do tego, by nadawać jednostkom, w braku transpozycji do prawa krajowego, prawa, na które mogą się one powołać przed sądami krajowymi wobec instytucji zamawiającej, o ile ta jest organem publicznym lub na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono jej wykonywanie usług użyteczności publicznej i o ile w tym celu dysponuje ona uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.

W przedmiocie pytania drugiego

28 W pytaniu drugim sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie swoich możliwości technicznych za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

29 W tym względzie należy przypomnieć na wstępie, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) dyrektywy 2004/18 stanowi, iż dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu trzech lat poprzedzających publikację ogłoszenia o zamówieniu.

30 W przypadku gdy odbiorcą tych dostaw lub usług jest nabywca prywatny, tiret drugie tego przepisu stanowi, że dowód tych czynności może zostać dostarczony na dwa sposoby, a mianowicie „w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy”.

31 Kwestia podniesiona przez sąd odsyłający dotyczy właśnie relacji między tymi dwoma środkami dowodowymi, gdyż chodzi tu o ustalenie, czy są one równorzędne, a wykonawca może wedle własnego uznania wykazać swoje możliwości techniczne w obojętnie jaki sposób, albo w drodze zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, albo w postaci zwykłego oświadczenia sporządzonego samodzielnie, czy też, przeciwnie, prawodawca Unii wprowadził hierarchię tych środków dowodowych i użycie przez wykonawcę takiego jednostronnego oświadczenia ograniczone jest wyłącznie do sytuacji, w których nie jest on w stanie uzyskać wspomnianego zaświadczenia.

32 W tym względzie należy stwierdzić, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 jest tak zredagowany, że zgodnie ze swoim zwykłym znaczeniem w języku potocznym nie pozostawia żadnych dających się rozsądnie uzasadnić wątpliwości.

33 Jak bowiem podkreślił rzecznik generalny w pkt 43 opinii, użyte w tym przepisie wyrażenie „w razie braku” w potocznym znaczeniu wskazuje na stosunek pomocniczości, a nie równoważności między środkami dowodowymi, o których mowa.

34 Wynika z tego, że zgodnie z dosłowną wykładnią art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy rozumieć w ten sposób, iż instytucje zamawiające mogą zezwolić wykonawcy na wykazanie jego możliwości technicznych przy pomocy własnego oświadczenia, jedynie gdy nie jest on w stanie uzyskać zaświadczenia od prywatnego nabywcy.

35 Wykładnię taką potwierdza ponadto kontekst, w którym w taki sposób sformułowano ten artykuł, oraz cele, do których realizacji dyrektywa 2004/18 zmierza (zob. podobnie wyrok z dnia 22 marca 2012 r., Génesis, C-190/10, EU:C:2012:157, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 36 W odniesieniu w pierwszej kolejności do kontekstu art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 z orzecznictwa Trybunału wynika, że rozpatrywany przepis ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji możliwości technicznych dostępne dla instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., *Édukóvízig i Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 28). Wynika z tego, że o ile instytucje zamawiające nie mogą wprowadzać nowych środków dowodowych w tej dziedzinie, o tyle nie mogą one także ograniczać zakresu przewidzianych już środków dowodowych.
- 37 Zaś dosłowna wykładnia art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, wynikająca z pkt 34 niniejszego wyroku, jest jedyną wykładnią zgodną z tym kontekstem. Jest bowiem bezsporne, że odmienne rozumienie tego przepisu, zgodnie z którym instytucje zamawiające powinny zezwalać wszystkim wykonawcom na swobodny wybór któregokolwiek z omawianych środków dowodowych, wiązałoby się naruszeniem skuteczności (*effet utile*), a zatem samego zakresu środka opartego na zaświadczeniu od prywatnego nabywcy, ponieważ istnieje prawdopodobieństwo, że każdy z wykonawców poprzestałby na przedstawieniu za każdym razem własnego oświadczenia, aby uczynić zadość temu przepisowi.
- 38 Odnosząc się w drugiej kolejności do celów zamierzonych w dyrektywie 2004/18, należy wskazać, że ustanowiony w niej system ma w szczególności na celu, jak wynika z motywów 2, 4 i 46, uniknięcie zakłócenia konkurencji w stosunku do oferentów prywatnych i zapewnienie poszanowania zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania.
- 39 Tymczasem dosłowna wykładnia art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 wynikająca z pkt 34 niniejszego wyroku, zgodnie z którą preferowany jest środek dowodowy polegający na zaświadczeniu od prywatnego nabywcy danego wykonawcy, okazuje się również spójna z realizacją celów, o których mowa w poprzednim punkcie niniejszego wyroku, ponieważ, po pierwsze, gwarantuje większą przejrzystość i pewność prawną co do realnego charakteru zdolności technicznych tego wykonawcy, a po drugie, pozwala zapobiec kolejnym kontrolom oświadczeń przedstawionych przez wykonawców, które instytucja zamawiająca ma obowiązek przeprowadzić na podstawie art. 44 ust. 1 i art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18.
- 40 Zgodnie z zasadą proporcjonalności, stanowiącą ogólną zasadę prawa Unii, zasady ustanawiane przez instytucje zamawiające dotyczące stosowania dwóch środków dowodowych, o których mowa w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, nie powinny wykroczać poza to, co niezbędne do osiągnięcia zamierzonych w tej dyrektywie celów (zob. podobnie wyrok z dnia 22 października 2015 r., *Impresa Edilux i SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 41 Wynika z tego, że jak podnieśli rzecznik generalny w pkt 50 opinii oraz Komisja w uwagach na piśmie, reguły zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu zezwalające na przedstawienie przez wykonawcę własnego oświadczenia w celu wykazania swoich możliwości technicznych, wyłącznie gdy wykaże on, iż absolutnie nie ma możliwości uzyskania zaświadczenia od prywatnego nabywcy, byłyby nieproporcjonalne. Tego rodzaju reguły nakładałyby na niego ciężar zbyt duży w stosunku do tego, co jest niezbędne, by konkurencja nie została zakłócona, oraz do zapewnienia poszanowania zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania w dziedzinie zamówień publicznych.
- 42 Natomiast zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu reguły, zgodnie z którymi wykonawca ma prawo posłużyć się takim własnym oświadczeniem również wtedy, gdy wykaże przy pomocy obiektywnych elementów, podlegających sprawdzeniu dla każdego przypadku oddzielnie, że istnieją poważne trudności uniemożliwiające mu uzyskanie takiego zaświadczenia, wynikające na przykład ze złej woli prywatnego nabywcy, są zgodne z zasadą proporcjonalności, ponieważ zasady te nie obarczają wykonawcy ciężarem dowodu nadmiernym w stosunku do realizacji tychże celów.
- 43 Tak zdaje się być w przypadku, z zastrzeżeniem konieczności zweryfikowania tego przez sąd odsyłający, reguł zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu sporządzonym przez AICP, kwestionowanych w ramach sporu w postępowaniu głównym.
- 44 W świetle powyższych rozważań na pytanie drugie odpowiedź powinna brzmieć tak, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się stosowaniu reguł

ustanowionych przez instytucję zamawiającą, takich jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie swoich zdolności technicznych za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że przedstawi on dowód na to, że uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 45 W pytaniu trzecim sąd odsyłający zwraca się w istocie o udzielenie odpowiedzi, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia kandydatury wykonawcy wymagają, aby zaświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.
- 46 W tym względzie należy wskazać, że w portugalskiej wersji językowej wyrażenie „zaświadczenie wystawione przez nabywcę”, zawarte w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, brzmi „*declaração reconhecida do adquirente*” („poświadczony oświadczenie nabywcy”), co może sugerować, że aby zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę było ważne, podpis na nim musi być poświadczony.
- 47 Jak jednak podkreślają wszystkie strony, które złożyły uwagi na piśmie, w większości innych wersji językowych przepis ten jest sformułowany w inny sposób, zdający się prowadzić do innej, mniej restrykcyjnej wykładni zakresu takiego środka dowodowego. Z niemieckiej („*vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung*”), hiszpańskiej („*certificado del comprador*”), włoskiej („*attestazione dell’acquirente*”) i angielskiej („*purchaser’s certification*”) wersji wynika w szczególności, że wyrażenie „zaświadczenie wystawione przez nabywcę” należy rozumieć w ten sposób, iż dozwolone jest, by wykonawca dowiódł swoich zdolności technicznych za pomocą dokumentu sporządzonego bez zachowania żadnej szczególnej formy przez wykonawcę lub wykonawców prywatnych, potwierdzającego fakt realizacji głównych dostaw lub usług z ostatnich trzech lat i wskazującego kwotę, na jaką były one zrealizowane, oraz datę ich realizacji.
- 48 W związku z tymi różnicami językowymi należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału sformułowania użytego w jednej z wersji językowych przepisu prawa Unii nie można traktować jako jedynej podstawy jego wykładni, nie można też przyznawać mu w tym zakresie pierwszeństwa względem innych wersji językowych. Przepisy prawa Unii należy bowiem interpretować i stosować w sposób jednolity w świetle wersji sporządzonych we wszystkich językach Unii. W razie rozbieżności pomiędzy różnymi wersjami językowymi tekstu prawa Unii dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego stanowi on część (wyrok z dnia 15 października 2015 r., Grupo Itevelesa i in., C-168/14, EU:C:2015:685, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Jak przypomniano w pkt 36 niniejszego wyroku w odniesieniu do ogólnego kontekstu systemowego, art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 ustanawia zamknięty system ograniczający możliwość wprowadzania przez instytucje zamawiające nowych środków dowodowych lub stawiania dodatkowych wymogów wprowadzających istotne zmiany dotyczące charakteru i warunków dostarczania już przewidzianych środków dowodowych.
- 50 Tymczasem należy stwierdzić, że wymaganie, by podpis zamieszczony na zaświadczeniu od prywatnego nabywcy był poświadczony, wprowadzałoby wymóg formalny stanowiący taką istotną zmianę pierwszego z dwóch środków dowodowych z art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, utrudniający wymagane czynności, które wykonawca musi przeprowadzić w celu spełnienia ciężących na nim wymogów dowodowych, co by było niezgodne z ogólną systematyką tego przepisu.
- 51 W odniesieniu do celu dyrektywy 2004/18 należy przypomnieć, że jak wynika z jej motywów 1 i 2, ustanawia ona przepisy koordynujące, mające w szczególności na celu uproszczenie i zmodernizowanie krajowych procedur udzielania zamówień publicznych, w celu ułatwienia swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług oraz wprowadzenia konkurencji w tych zamówieniach.

- 52 Jak w szczególności wynika z orzecznictwa Trybunału, dyrektywa ta ma na celu ułatwienie małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, jak stanowi jej motyw 32 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34; z dnia 7 kwietnia 2016 r., *PARTNER Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 34).
- 53 Tymczasem, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 80 i 81 opinii, uzależnienie waloru dowodowego zaświadczenia wystawionego przez prywatnego nabywcę od poświadczenia jego podpisu przez inny organ wprowadzałoby wymóg formalny, który służyłby nie otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, tylko ograniczeniu udziału wykonawców, w szczególności zagranicznych, w przetargach publicznych.
- 54 Z racji bowiem krótkich terminów wyznaczanych zazwyczaj na złożenie kandydatur w ogłoszeniach o zamówieniu oraz rozbieżności pomiędzy różnymi krajowymi ustawodawstwami w zakresie poświadczania podpisów na dokumentach nie można wykluczyć, że wielu wykonawców, zwłaszcza zagranicznych, mogłoby się zniechęcić do składania ofert z uwagi na praktyczne trudności wiążące się z przedstawieniem w państwie członkowskim danego przetargu zaświadczenia z prawidłowo poświadczonym podpisem.
- 55 W związku z tym ogólny kontekst systemowy i cel dyrektywy 2004/18 prowadzą do przyjęcia wykładni, zgodnie z którą wymóg „zaświadczenia” wystawionego przez prywatnego nabywcę, podobnie jak „poświadczony oświadczenia”, o którym mowa w portugalskiej wersji językowej art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie tej dyrektywy, wymaga jedynie przedstawienia zaświadczenia sporządzonego przez tego nabywcę, a instytucje zamawiające nie mogą go obwarować żadnymi innymi wymogami formalnymi, takimi jak wymóg poświadczania podpisu tego nabywcy przez jakikolwiek właściwy organ.
- 56 Z uwagi na powyższe odpowiedź na pytanie trzecie powinna brzmieć, iż art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, takim jak te w postępowaniu głównym, które pod sankcją wykluczenia kandydatury oferenta wymagają, aby zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

W przedmiocie kosztów

- 57 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 (piąta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie 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, iż spełnia on przesłanki do tego, by nadawać jednostkom, w braku transpozycji do prawa krajowego, prawa, na które mogą się one powołać przed sądami krajowymi wobec instytucji zamawiającej, o ile ta jest organem publicznym lub na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono jej wykonywanie usług użyteczności publicznej i o ile w tym celu dysponuje ona uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.**
- 2) **Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on stosowaniu reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą, takich jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie swoich zdolności technicznych za pomocą**

oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że przedstawi on dowód na to, iż uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

- 3) Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, takim jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które pod sankcją wykluczenia kandydatury oferenta wymagają, aby zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.**

Podpisy