

orzeczenie z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 *Cartiera dell'Adda*

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 6 listopada 2014 r.(*)

Zamówienia publiczne – Zasady równego traktowania i przejrzystości – Dyrektywa 2004/18/WE – Podstawy wykluczenia z udziału – Artykuł 45 – Sytuacja podmiotowa kandydata lub oferenta – Obowiązkowe oświadczenie dotyczące osoby wskazanej jako „dyrektor techniczny” – Brak dołączenia oświadczenia do oferty – Wykluczenie z przetargu bez możliwości uzupełnienia tego braku

W sprawie C-42/13

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 5 grudnia 2012 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 28 stycznia 2013 r., w postępowaniu:

Cartiera dell'Adda SpA

przeciwko

CEM Ambiente SpA,

TRYBUNAŁ (dziesiąta izba),

w składzie: C. Vajda (sprawozdawca), prezes izby, E. Juhász i D. Šváby, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Cruz Villalón,

sekretarz: L. Carrasco Marco, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 15 maja 2014 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Cartiera dell'Adda SpA przez S. Sonciniego, avvocato,
- w imieniu CEM Ambiente SpA przez E. Robalda, P. Ferrarisa i F. Caliandra, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varonego, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez L. Pignataro-Nolin i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

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

wyduje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 45 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), zmienionej rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. (Dz.U. L 314, s. 64) (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Cartiera dell’Adda SpA (zwaną dalej „Cartiera dell’Adda”) a CEM Ambiente SpA (zwaną dalej „CEM Ambiente”) w przedmiocie decyzji, podjętej przez tę ostatnią jako instytucję zamawiającą, o wykluczeniu tymczasowego zrzeczenia przedsiębiorstw (zwanego dalej „TZP”) składającego się z Cartiera dell’Adda i Cartiera di Cologno Monzese SpA (zwanej dalej „CCM”), która działała jako zlecający TZP, z postępowania przetargowego z powodu niezłożenia wraz z ofertą TZP oświadczenia dotyczącego osoby wskazanej jako dyrektor techniczny CCM.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Artykuł 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18 stanowi, że termin „zamówienia publiczne na usługi” oznacza, do celów tej dyrektywy, zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II do rzeczony dyrektywy. W pkt 16 załącznika II A do tej dyrektywy wymienione są „usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne”.
- 4 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:
„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.
- 5 Artykuł 45 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”, stanowi w ust. 1 i 3:
„1. Z udziału w zamówieniu wykluczany jest każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów i który znany jest instytucji zamawiającej:

[...]

Państwa członkowskie określają, zgodnie ze swoim prawem krajowym oraz uwzględniając prawo wspólnotowe, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

Mogą one przewidzieć możliwość odstępiania od przestrzegania wymogu, o którym mowa w akapicie pierwszym, z uwagi na interes ogólny.

Do celów niniejszego ustępu instytucje zamawiające, o ile jest to właściwe, proszą kandydatów lub oferentów o dostarczenie dokumentów, o których mowa w ust. 3, i mogą w przypadku wątpliwości co do podmiotowej sytuacji takich kandydatów lub oferentów zwrócić się do właściwych organów z wnioskiem o udzielenie wszelkich niezbędnych informacji dotyczących podmiotowej sytuacji tych kandydatów lub oferentów. W przypadku gdy informacja taka dotyczy kandydata lub oferenta posiadającego siedzibę lub miejsce zamieszkania w innym państwie niż to, w którym znajduje się siedziba instytucji zamawiającej, instytucja ta może zwrócić się o współpracę do właściwych organów. Uwzględniając krajowe przepisy prawa państwa członkowskiego, w którym znajdują się siedziby lub miejsca zamieszkania kandydatów lub oferentów, wnioski takie odnoszą się do osób prawnych lub osób fizycznych, w tym, stosownie, dyrektorów przedsiębiorstw oraz wszelkich osób posiadających uprawnienia do reprezentowania, decydowania lub sprawowania kontroli nad kandydatem lub oferentem [reprezentowania kandydata lub oferenta, decydowania o nich lub sprawowania nad nimi kontroli].

[...]

3. Jako wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z przypadków wymienionych w ust. 1 lub ust. 2 lit. a), b), c), e) lub f), instytucje zamawiające przyjmują:

- a) w odniesieniu do ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c) – wyciąg z rejestru sądowego, a w przypadku jego braku równoważny dokument wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa;

[...]

W przypadku gdy dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń, lub też gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c), mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub – w państwach członkowskich, w których prawo nie przewiduje składania oświadczeń pod przysięgą – uroczystym oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem albo przed właściwą organizacją zawodową lub gospodarczą kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa”.

- 6 Artykuł 51 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Dokumenty i informacje dodatkowe”, stanowi:

„Instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub [prosić] o ich wyjaśnienie”.

Prawo włoskie

- 7 Artykuł 38 ust. 1 i 2 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 wdrażający dyrektywy 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., zwanego dalej „dekretem nr 163/2006”) stanowi:

„1. Następujące podmioty są wykluczone z udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji i zamówień na roboty budowlane, zamówienia i usługi oraz nie mogą być podwykonawcami ani zawierać związanych z tym umów:

[...]

- b) wobec których toczy się postępowanie dotyczące zastosowania jednego ze środków zapobiegawczych, o których mowa w art. 3 ustawy nr 1423 z dnia 27 grudnia 1956 r., lub jednej z podstaw odmowy przewidzianych w art. 10 ustawy nr 575 z dnia 31 maja 1965 r.; wykluczenie i zakaz następują, jeżeli postępowanie dotyczy właściciela lub dyrektora technicznego w przypadku pojedynczego przedsiębiorstwa [...];
- c) wobec których został wydany prawomocny wyrok skazujący lub nakaz karny skazujący, który stał się ostateczny, lub wyrok egzekucyjny na wniosek stron, na podstawie art. 444 kodeksu postępowania karnego, za poważne przestępstwo na szkodę państwa lub Wspólnoty oddziałujące na etykę zawodową; wykluczenie następuje również w wypadku skazania prawomocnym wyrokiem za jedno lub więcej przestępstw udziału w organizacji przestępczej, korupcję, oszustwo, pranie brudnych pieniędzy, określonych w aktach wspólnotowych wymienionych w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE; wykluczenie i zakaz następują, jeżeli wyrok lub nakaz zostały wydane wobec: właściciela lub dyrektora technicznego w przypadku pojedynczego przedsiębiorstwa [...];

[...]

2. Kandydat lub oferent zaświadcza, że spełnia wymagane warunki, poprzez przedstawienie oświadczenia zastępczego, zgodnie z przepisami jednolitego tekstu przepisów ustawowych i wykonawczych dotyczących dokumentów administracyjnych, o których mowa w dekrete nr 445 prezydenta republiki z dnia 28 grudnia 2000 r., z podaniem w tym oświadczeniu wszystkich wyroków, w których został skazany, w tym wyroków, które nie zostały wpisane do rejestru karnego [...].”

8 Artykuł 46 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 stanowi:

„W ramach określonych przepisami art. 38–45 instytucje zamawiające wzywają w razie potrzeby oferentów do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści przedkładanych zaświadczeń, dokumentów lub oświadczeń”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 9 Z postanowienia odsyłającego wynika, że CEM Ambiente ogłosiła przetarg na zawarcie umowy zbycia papieru i kartonu pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w okresie od 1 kwietnia 2011 r. do 31 marca 2014 r. Zamówienie miał otrzymać oferent proponujący najwyższe ceny za odbiór wskazanych ilości tych materiałów, zgodnie ze szczegółowymi zasadami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia dotyczącej tego przetargu.
- 10 Należy wskazać, że specyfikacja warunków zamówienia, której kopię załączono do przedłożonych Trybunałowi akt, ustanawia w art. 8 szereg podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym. Wśród nich znajduje się przedstawienie niekompletnego lub nieprawidłowego dokumentu lub oświadczenia zastępczego, mających na celu wykazanie spełnienia ogólnych i szczegółowych wymogów,

z wyjątkiem czysto formalnych nieprawidłowości, które można naprawić i które nie mają decydującego znaczenia dla oceny oferty.

- 11 W drodze decyzji z dnia 21 grudnia 2010 r. CEM Ambiente wykluczyła TZP z omawianego przetargu ze względu na to, że jego oferta nie zawierała oświadczenia dotyczącego A. Galbiati, wskazanego jako dyrektor techniczny CCM, zaświadczonego o braku toczącego się postępowania karnego lub przeszłego prawomocnego skazania wobec jego osoby, jak stanowi art. 38 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006. Ponieważ jedyny pozostały oferent również został wykluczony z tego przetargu, CEM Ambiente uznała ów przetarg za bezskuteczny i ogłosiła nowy.
- 12 Zapoznawszy się z decyzją o wykluczeniu TZP z pierwszego przetargu, CCM przekazała CEM Ambiente oświadczenie, w którym wyjaśniła, że A. Galbiati nie jest objęty żadną określoną we wskazanym artykule podstawą uniemożliwiającą udział w przetargu. Stwierdziła również następnie, że został on wskazany jako dyrektor techniczny omyłkowo, gdyż jest jedynie członkiem zarządu CCM nieposiadającym uprawnień do jej reprezentowania. W związku z tym na podstawie art. 38 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 nie było wymagane dla niego żadne oświadczenie.
- 13 Cartiera dell'Adda i CCM, w braku odpowiedzi od CEM Ambiente na ich korespondencję, wniosły do sądu odsyłającego skargę o stwierdzenie nieważności decyzji wykluczającej TZP z pierwszego przetargu i wycofanie ogłoszenia o nowym przetargu. Wyrokiem z dnia 25 maja 2011 r. sąd ten uwzględnił skargę, oddalając przy tym żądanie udzielenia spornego zamówienia.
- 14 W dniu 23 czerwca 2011 r. CEM Ambiente zaskarżyła powyższy wyrok do Consiglio di Stato. Następnego dnia Cartiera dell'Adda wystąpiła do sądu odsyłającego z wnioskiem o egzekucję tego wyroku.
- 15 Wyrokiem z dnia 31 marca 2012 r. Consiglio di Stato uwzględnił odwołanie CEM Ambiente, stwierdziwszy, że brak przedłożenia oświadczenia, takiego jak to będące przedmiotem sporu, powinien powodować wykluczenie przedsiębiorstwa oferenta z przetargu, przynajmniej tam, gdzie, jak w niniejszym przypadku, lex specialis przewiduje za brak takiego oświadczenia sankcję w postaci wykluczenia z tego przetargu. Consiglio di Stato uznał, że sporne postępowanie nie dotyczyło obowiązku uzupełnienia lub naprawienia braków niekompletnego lub obciążonego jakimś błędem dokumentu, lecz dotyczyło po prostu zaniechania przedłożenia obowiązkowego oświadczenia.
- 16 W ramach postępowania dotyczącego wniosku o egzekucję, toczącego się przed sądem odsyłającym, Cartiera dell'Adda złożyła w dniu 26 czerwca 2012 r. pismo, w którym, po pierwsze, uznała, że powaga rzeczy osądzonej przysługująca rzeczonemu wyrokowi Consiglio di Stato jest niezgodna z art. 45 dyrektywy 2004/18, a po drugie, zażądała wystąpienia do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.
- 17 Postanowieniem z dnia 28 czerwca 2012 r. sąd odsyłający, stwierdzając, że wniesiono do niego także żądanie odszkodowawcze z powodu zwłoki w wykonaniu jego wyroku z dnia 25 maja 2011 r., postanowił, że postępowanie należy prowadzić nadal zgodnie ze zwykłą procedurą. Kwota odszkodowania dochodzonego przez Cartiera dell'Adda przekracza 9 mln EUR.
- 18 Sąd odsyłający rozważa w istocie, czy prawo Unii sprzeciwia się wykładni przepisu prawa krajowego mającego na celu transpozycję do prawa wewnętrznego art. 45

dyrektywy 2004/18, zgodnie z którą to wykładnią instytucja zamawiająca ma obowiązek wykluczyć z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oferenta, który w swoim wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nie oświadczył, że w stosunku do osoby wskazanej jako jego dyrektor techniczny nie toczy się postępowanie ani że osoba ta nie została skazana w rozumieniu tego przepisu prawa krajowego, nawet jeśli ten oferent jest w stanie wykazać, po pierwsze, że status dyrektora technicznego został przypisany tej osobie omyłkowo, a po drugie, że tak czy inaczej spełnia ona warunki do przedstawienia wymaganego oświadczenia.

- 19 W ramach postanowienia odsyłającego sąd ten podnosi ponadto, że przewidziana w art. 46 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 możliwość zwrócenia się przez instytucję zamawiającą w trakcie postępowania o wyjaśnienia lub uzupełnienia, które uzna on za niezbędne, ma zastosowanie wyłącznie w przypadkach określonych enumeratywnie w tym przepisie, przez co ta instytucja zamawiająca nie może zdaniem tego sądu swobodnie prowadzić postępowania w przypadkach, gdy oświadczenia nie zostaną złożone.
- 20 Ponadto sąd odsyłający utrzymuje, powołując się w szczególności na wyroki Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178), Kempfer (C-2/06, EU:C:2008:78), a także Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506), że krajowe orzeczenie, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, takie jak wyrok Consiglio di Stato z dnia 31 marca 2012 r., może nie móc być stosowane w zakresie, w jakim jest niezgodne z prawem Unii. Tymczasem z orzecznictwa Trybunału wynika, że kontrola warunków uczestnictwa w przetargach publicznych powinna dotyczyć ich istoty – to jest powinno się weryfikować spełnienie warunków wymaganych w celu udziału w tych postępowaniach – nie zaś tylko tego, czy dokumenty administracyjne zawarte w złożonych w terminie ofertach są kompletne z formalnego punktu widzenia. Podsumowując, sąd odsyłający zastanawia się, czy art. 38 ust. 1 lit. b) i c) dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 jest zgodny z art. 45 dyrektywy 2004/18.
- 21 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - „1) Czy wykładnia, w myśl której w przypadku, kiedy przedsiębiorstwo uczestniczące w postępowaniu przetargowym w swoim wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nie oświadczyło, że w stosunku do jego dyrektora technicznego nie toczą się postępowania ani nie zostały wydane wyroki, o których mowa w art. 38 ust. 1 lit. b) i c) [dekretu z mocą ustawy nr 163/2006], instytucja zamawiająca ma obowiązek nakazać wykluczenie tego przedsiębiorstwa, nawet jeśli udowodniło ono w sposób wiarygodny, iż określenie »dyrektor techniczny« zostało użyte wyłącznie w wyniku zwykłego błędu faktycznego, jest niezgodna z prawem [Unii]?
 - 2) Czy wykładnia, w myśl której w przypadku, kiedy przedsiębiorstwo uczestniczące w postępowaniu przetargowym przedstawiło odpowiedni i wiarygodny dowód, że w stosunku do osób, w odniesieniu do których wymagane są oświadczenia wskazane w art. 38 ust. 1 lit. b) i c) [dekretu z mocą ustawy nr 163/2006], nie toczą się postępowania ani nie zostały wydane wyroki tam przewidziane, instytucja zamawiająca ma obowiązek nakazać wykluczenie tego przedsiębiorstwa jako skutek nieprzestrzegania wymogów *lex specialis*, w oparciu o którą ogłoszony został przetarg, jest niezgodna z prawem [Unii]?”
- 22 Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 18 lipca 2013 r. wniosek sądu odsyłającego dotyczący rozpatrzenia niniejszej sprawy w postępowaniu

przyśpieszonym przewidzianym w art. 105 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem został oddalony.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

- 23 CEM Ambiente i rząd włoski podnoszą, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach skargi o egzekucję wyroku sądu odsyłającego – oraz skargi odszkodowawczej z tytułu zwłoki w wykonaniu tego wyroku – który to wyrok został jednakże zmieniony wyrokiem Consiglio di Stato z dnia 31 marca 2012 r., który z kolei nabrał powagi rzeczy osądzonej, przez co zgodność z prawem decyzji o wykluczeniu TZP ze spornego w sprawie głównej postępowania przetargowego nie może już być kwestionowana przez sąd odsyłający w ramach rozpoznawania rzeczonych skarg. CEM Ambiente i rząd włoski wywodzą z tego, że przedłożone przez sąd odsyłający pytania mają charakter hipotetyczny i są z tej racji niedopuszczalne.
- 24 Wspomniani zainteresowani podnoszą również, że przedłożone pytania oparte są na okolicznościach faktycznych odmiennych od ustaleń Consiglio di Stato dokonanych w wyroku z dnia 31 marca 2012 r. Sąd ów mianowicie nie stwierdził okoliczności faktycznej, na której oparto pierwsze pytanie, to jest istnienia błędu faktycznego w przypisaniu A. Galbiatiemu statusu dyrektora technicznego. Co do drugiego pytania, sąd odsyłający zaniechał wskazania, że wspomniane przez niego dowody zostały przedstawione po terminie.
- 25 Ponadto rząd włoski uważa, że przedłożone pytania nie mają na celu dokonania wykładni prawa Unii, lecz zbadanie stanu faktycznego sprawy głównej. Należałoby bowiem zweryfikować spełnienie warunków pozwalających na usunięcie braków niepełnego dokumentu, co Consiglio di Stato wykluczył.
- 26 Należy przypomnieć w pierwszej kolejności, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 267 TFUE przyznaje sądom krajowym najszersze możliwe uprawnienia do wystąpienia do Trybunału, jeśli sądy te uznają, że w zawisłej przed nimi sprawie pojawiły się kwestie wymagające wykładni lub oceny ważności przepisów prawa Unii niezbędnych do rozstrzygnięcia zawisłego przed nimi sporu. Sądy krajowe mają ponadto swobodę skorzystania z tego uprawnienia na każdym etapie postępowania, jaki uznają za stosowny (wyrok Bericap Záródástechnikai, C-180/11, EU:C:2012:717, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Trybunał doszedł do wniosku, że przepis prawa krajowego, zgodnie z którym sądy nieorzekające w ostatniej instancji są związane oceną dokonaną przez sąd wyższej instancji, nie może pozbawić tych sądów uprawnienia do przedłożenia pytań dotyczących wykładni prawa Unii będącego przedmiotem tej oceny prawnej. Trybunał stwierdził bowiem, że sąd, który nie orzeka w ostatniej instancji, powinien mieć swobodę wystąpienia do Trybunału z nurtującymi go zagadnieniami, jeśli uzna, że ocena prawna dokonana przez wyższą instancję mogłaby doprowadzić go do wydania orzeczenia sprzecznego z prawem Unii (zob. wyroki: Elczinow, C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 25, 27; a także Interedil, C-396/09, EU:C:2011:671, pkt 35).
- 28 Wynika z tego, że wyrok Consiglio di Stato z dnia 31 marca 2012 r., choć ma powagę rzeczy osądzonej zgodnie z prawem krajowym, nie stanowi przeszkody w tym, by sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi, jeżeli uzna, że wspomniany wyrok może być niezgodny z prawem Unii.

- 29 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o hipotetyczny charakter pytań prejudycjalnych, należy przypomnieć, że pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwraca się sąd krajowy w ramach stanu prawnego i faktycznego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny i którego prawidłowość nie podlega ocenie Trybunału, korzystają z domniemania znaczenia dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o które wnioskował sąd krajowy, jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą się zwrócono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu w sprawie głównej, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na przedstawione mu pytania (zob. w szczególności wyrok Genil 48 i Comercial Hostalera de Grandes Vinos, C-604/11, EU:C:2013:344, pkt 26).
- 30 W niniejszym przypadku nie można uznać, że stawiane pytania są hipotetyczne. Zostały one przedłożone w ramach postępowania, w którym Cartiera dell'Adda dochodzi między innymi odszkodowania za zwłokę w wykonaniu wyroku sądu odsyłającego z dnia 25 maja 2011 r. stwierdzającego nieważność decyzji CEM Ambiente o wykluczeniu TZP ze spornego w postępowaniu głównym przetargu. Widoczne jest więc, że pytania te, dotyczące zgodności z prawem Unii tego rodzaju decyzji o wykluczeniu, nie są pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu w sprawie głównej. Ponadto, pomimo wyroku Consiglio di Stato z dnia 31 marca 2012 r., nie można stwierdzić a priori, że spór ten stał się bezprzedmiotowy.
- 31 W trzeciej kolejności, jeśli chodzi o podnoszone nieścisłości i braki w przedstawieniu stanu faktycznego w sprawie głównej, wystarczy stwierdzić, co wynika również z pkt 29 niniejszego wyroku, że wyłącznie do sądu krajowego należy ustalenie stanu faktycznego sporu, w ramach którego powstały pytania, a Trybunał nie powinien wypowiadać się w przedmiocie oceny dokonanej w tym względzie przez rzeczony sąd (zob. podobnie wyrok van Delft i in., C-345/09, EU:C:2010:610, pkt 114).
- 32 Wreszcie, w czwartej kolejności, z samego brzmienia pytań wynika, że sąd odsyłający wnosi do Trybunału nie o dokonanie analizy omawianego stanu faktycznego, lecz o dokonanie wykładni prawa Unii, która będzie dla niego użyteczna w celu rozstrzygnięcia zawisłego przed nim sporu.
- 33 Z powyższego wynika, że pytania prejudycjalne są dopuszczalne.

Co do istoty

- 34 Na wstępie należy stwierdzić, po pierwsze, że chociaż sąd odsyłający nie wspomina o art. 45 dyrektywy 2004/18 w treści swych pytań, to z samego postanowienia odsyłającego, a zwłaszcza z akapitu stanowiącego wprowadzenie do pytań, wynika, że sąd ten zastanawia się nad zgodnością art. 38 ust. 1 lit. b) i c) dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 z tymże art. 45.
- 35 Po drugie, tylko w pytaniu drugim mowa jest o nieprzebrzeganiu przez podmiot gospodarczy uczestniczący w przetargu postanowienia zawartego w dokumentacji przetargowej, takiej jak ogłoszenie o przetargu i specyfikacja warunków zamówienia, dotyczącej spornego w sprawie głównej postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Niemniej podstawa wykluczenia, o której mowa w obu pytaniach, jest taka sama i znajduje się, jak wynika to z pkt 10 niniejszego wyroku, w art. 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- 36 Należy zatem uznać, że poprzez swoje pytania, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zadaje w istocie pytanie, czy art. 45 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie wykluczeniu z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia podmiotu gospodarczego na tej podstawie, iż podmiot ten nie dochował obowiązku, określonego w dokumentacji przetargowej, załączenia do oferty, pod rygorem wykluczenia, oświadczenia, że osoba wskazana w tej ofercie jako dyrektor techniczny tego podmiotu gospodarczego nie jest przedmiotem postępowania karnego lub skazania, jeżeli po upływie terminu do składania ofert oświadczenie takie zostanie przekazane instytucji zamawiającej lub zostanie wykazane, że status dyrektora technicznego został przypisany tej osobie omyłkowo.
- 37 Jeśli chodzi o to, czy sporny w postępowaniu głównym przetarg jest objęty zakresem przedmiotowym dyrektywy 2004/18, Komisja Europejska uznała na rozprawie, że zamówienie to stanowi zamówienie publiczne na usługi, zdefiniowane w art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy i ujęte konkretnie w pkt 16 załącznika II A do tej dyrektywy.
- 38 Natomiast CEM Ambiente uważa, że przedmiotem omawianego zamówienia jest umowa kupna i sprzedaży rzeczy ruchomych lub – zważywszy na towarzyszący jej obowiązek przetwarzania odpadów – że jest nim co najwyżej koncesja na usługi. Nie wchodzi zatem w zakres zastosowania dyrektywy 2004/18.
- 39 W pierwszej kolejności, gdyby sporne w postępowaniu głównym zamówienie było objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18, co powinien ocenić sąd odsyłający, należy przypomnieć, że art. 45 tej dyrektywy ustanawia w ust. 1 i 2 szereg podstaw wykluczenia oferenta dotyczących jego sytuacji podmiotowej. Artykuł 45 ust. 3 wskazuje, które dokumenty muszą zostać przyjęte przez instytucje zamawiające jako wystarczający dowód na to, że oferenta nie dotyczy żaden z przypadków wskazanych w ust. 1 i 2, z wyjątkiem sytuacji, o których mowa w ust. 2 lit. d) i g).
- 40 Z postanowienia odsyłającego nie wynika, aby w ramach sporu w postępowaniu głównym kwestionowano zgodność podstaw wykluczenia wymienionych w art. 38 ust. 1 lit. b) i c) dekretu z mocą ustawy nr 163/2006 oraz obowiązku złożenia „oświadczenia zastępczego”, o którym mowa w ust. 2 tego artykułu, z tymi przepisami dyrektywy 2004/18. Postanowienie odsyłające nie zawiera również twierdzenia, że wykluczenie oferenta z przetargu z racji niedochowania przez niego rzezonego obowiązku jest samo w sobie niezgodne z tą dyrektywą. Sąd odsyłający ma natomiast wątpliwości co do zgodności z prawem Unii tego, że po złożeniu oferty wspomniany oferent nie może zaradzić temu, iż nie załączył do tejże oferty takiego oświadczenia, czy to poprzez przekazanie tego oświadczenia instytucji zamawiającej, czy to poprzez wykazanie, że status dyrektora technicznego został danej osobie przypisany omyłkowo.
- 41 W tym względzie bezsporne jest, że z dokumentacji spornego w postępowaniu głównym przetargu wynika, po pierwsze, iż „oświadczenie zastępcze”, o którym mowa w art. 38 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006, w odniesieniu do osoby wskazanej jako dyrektor techniczny danego podmiotu gospodarczego powinno być dołączone do złożonej przez ten podmiot oferty pod rygorem wykluczenia z przetargu, a po drugie, że możliwe było zarządzenie a posteriori jedynie czysto formalnym nieprawidłowościom, niemającym decydującego znaczenia dla oceny oferty.
- 42 Tymczasem Trybunał orzekł już, że instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła, przez co musi ona wykluczyć z przetargu podmiot gospodarczy, który nie dostarczył dokumentu lub informacji, których

dostarczenie było wymagane przez dokumentację przetargową pod rygorem wykluczenia (zob. podobnie wyrok Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40).

- 43 Ten ścisły obowiązek ciążyący na instytucjach zamawiających mieści się w ramach zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, obowiązujących te instytucje na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18.
- 44 Z jednej strony bowiem 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. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, 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, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 108–111).
- 45 Wynika z tego, że w okolicznościach takich jak te w sporze w postępowaniu głównym art. 45 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy nie stoi na przeszkodzie wykluczeniu oferenta ze względu na to, że nie załączył on do swojej oferty oświadczenia zastępczego dotyczącego osoby wskazanej jako dyrektor techniczny w tej ofercie. W szczególności jeżeli instytucja zamawiająca uważa, że zaniechanie to nie stanowi czysto formalnej nieprawidłowości, nie może ona pozwolić temu oferentowi na późniejsze naprawienie tego braku, obojętnie w jaki sposób, po upływie terminu wyznaczonego na złożenie ofert.
- 46 Ponadto w takich okolicznościach art. 51 omawianej dyrektywy, stanowiący, że instytucja zamawiająca może wezwać wykonawcę do uzupełniania lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 tej dyrektywy, nie może być interpretowany w ten sposób, że zezwala on na dopuszczenie jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferty.
- 47 W drugiej kolejności, gdyby sporne w postępowaniu głównym zamówienie stanowiło koncesję na usługi, należy przypomnieć, że chociaż w czasie okoliczności faktycznych sporu w postępowaniu głównym umowy koncesyjne na usługi nie podlegały żadnej z dyrektyw, w których prawodawca Unii uregulował materię zamówień publicznych, to organy administracji publicznej zawierające takie umowy były zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu FUE, a w szczególności zasad równego traktowania i przejrzystości (zob. podobnie wyroki: Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, pkt 46–49; Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 33), jeżeli dana koncesja na usługi posiadała niewątpliwe transgraniczne znaczenie w świetle w szczególności swojej wagi i miejsca wykonania (zob. podobnie wyrok Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 48 Jeżeli sporne w postępowaniu głównym zamówienie ma takie znaczenie, co powinien zweryfikować sąd odsyłający, to zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości wymagają, by instytucja zamawiająca, jak wynika z pkt 42

i 44 niniejszego wyroku, przestrzegała kryteriów, które sama ustaliła, przez co musi ona wykluczyć z przetargu podmiot gospodarczy, który nie dostarczył dokumentu lub informacji, których dostarczenie było wymagane przez dokumentację przetargową pod rygorem wykluczenia.

- 49 W tych okolicznościach należy uznać, że wykluczenie oferenta takiego jak Cartiera dell'Adda z przetargu takiego jak ten sporny w postępowaniu głównym jest zgodne z zasadą równego traktowania i z obowiązkiem przejrzystości jako podstawowymi zasadami traktatu FUE.
- 50 W świetle powyższego na przedstawione pytania należy odpowiedzieć, że art. 45 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie wykluczeniu podmiotu gospodarczego z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia na tej podstawie, iż podmiot ten nie dochował określonego w dokumentacji przetargowej obowiązku załączenia do oferty, pod rygorem wykluczenia, oświadczenia, że osoba wskazana w tej ofercie jako dyrektor techniczny tego podmiotu gospodarczego nie jest przedmiotem postępowania karnego lub skazania, nawet jeżeli po upływie terminu do składania ofert oświadczenie takie zostanie przekazane instytucji zamawiającej lub zostanie wykazane, że status dyrektora technicznego został przypisany tej osobie omyłkowo.

W przedmiocie kosztów

- 51 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 (dziesiąta izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 45 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, zmieniony rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r., w związku z art. 2 tej dyrektywy oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie wykluczeniu podmiotu gospodarczego z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia na tej podstawie, iż podmiot ten nie dochował określonego w dokumentacji przetargowej obowiązku załączenia do oferty, pod rygorem wykluczenia, oświadczenia, że osoba wskazana w tej ofercie jako dyrektor techniczny tego podmiotu gospodarczego nie jest przedmiotem postępowania karnego lub skazania, nawet jeżeli po upływie terminu do składania ofert oświadczenie takie zostanie przekazane instytucji zamawiającej lub zostanie wykazane, że status dyrektora technicznego został przypisany tej osobie omyłkowo.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.