

orzeczenie z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 *Hochtief*

WYROK TRYBUNAŁU (siódma izba)

z dnia 18 października 2012 r. (*)

Dyrektywa 2004/18/WE – Zamówienia publiczne na roboty, dostawy i usługi – Artykuł 44 ust. 2, art. 47 ust. 1 lit. b) i art. 47 ust. 2 i 5 – Sytuacja ekonomiczna i finansowa kandydatów lub oferentów – Minimalne wymogi dotyczące zdolności do wykonania zamówienia ustanowione na podstawie jednej danej z bilansu – Dane rachunkowe, na które mogą mieć wpływ rozbieżności między prawami krajowymi w zakresie rocznych sprawozdań finansowych spółek

W sprawie C-218/11

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Fővárosi Ítéltábla (Węgry) postanowieniem z dnia 20 kwietnia 2011 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 11 maja 2011 r., w postępowaniu:

Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig),

Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, obecnie Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe,

przeciwko

Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

przy udziale:

Vegyépszér Építő és Szerelő Zrt,

MÁVÉPCELL Kft,

TRYBUNAŁ (siódma izba),

w składzie: G. Arestis, pełniący obowiązki prezesa izby, J. Malenovský i D. Šváby (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: K. Sztranc-Sławiczek, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 29 marca 2012 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) przez G. Budę, A. Csézę oraz D. Kuti, ügyvédek,

- w imieniu Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe, obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe, przez Z. Mucsányiego, ügyvéd,
- w imieniu rządu węgierskiego przez Z. Fehéra, K. Szíjjártó oraz G. Koósa, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu czeskiego przez M. Smoleka oraz T. Müllera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu niemieckiego przez T. Henzego oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Tokára oraz A. Siposa, 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. 44 ust. 2, art. 47 ust. 1 lit. b) i art. 47 ust. 2 i 5 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).
- 2 Wniosek ten został złożony przez Fővárosi Ítéltábla (sąd apelacyjny w Budapeszcie), do którego wniesiono apelację w sprawie odwołania od decyzji Közbeszerések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (komisji arbitrażowej do spraw zamówień publicznych rady zamówień publicznych), administracyjnego organu arbitrażowego. Powyższa decyzja wydana została w ramach sporu między Hochtief Construction AG Magyarország Fióktelepe, obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe (zwaną dalej „Hochtief Węgry”), węgierskim oddziałem Hochtief Solutions AG, spółki prawa niemieckiego, a Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) (dyrekcją ds. ochrony środowiska i zasobów wodnych Północnego Kraju Zadunajskiego) w przedmiocie ogłoszonego przez tę dyrekcję przetargu ograniczonego. W ramach omawianej apelacji wniesionej przez Hochtief Węgry wspomniany organ arbitrażowy jest stroną pozwaną, natomiast Édukövízig jest uznawana za stronę wnoszącą odwołanie obok Hochtief Węgry.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

- 3 Dyrektywa 2004/18 zawiera następujące motywy:

„[...]”

- (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. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regulami i zasadami oraz innymi regulami traktatu.

[...]

- (39) Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja oferentów w procedurach otwartych oraz kandydatów w procedurach ograniczonych i negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, a także w przypadku dialogu konkurencyjnego, powinny mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje zamawiające mogą wykorzystywać podczas kwalifikacji uczestników, oraz środki, które wykonawcy mogą stosować w celu udowodnienia, iż spełniły te kryteria. Mając na uwadze tę przejrzystość, niezwłocznie po otwarciu konkursu ofert dla danego zamówienia, od instytucji zamawiającej wymaga się również wskazania kryteriów kwalifikacji, które będzie ona stosowała, oraz szczególnego poziomu kompetencji, jakiego może ona żądać od wykonawców w celu dopuszczenia ich do udziału w procedurze udzielania zamówień.

- (40) Instytucja zamawiająca może ograniczyć liczbę kandydatów w procedurach ograniczonych lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia oraz w przypadku dialogu konkurencyjnego. Ograniczenie liczby kandydatów odbywa się na podstawie obiektywnych kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu [...].

[...]”.

- 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 44 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień”, stanowi:
- „1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55 [...], po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców [...], na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47–52, oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3.
2. Instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48.

Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Wspomniane minimalne wymagania określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

3. W przypadku procedur ograniczonych, procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia oraz procedurze [procedury] dialogu konkurencyjnego instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do złożenia ofert, negocjacji lub prowadzenia dialogu, o ile dostateczna liczba odpowiednich kandydatów jest dostępna. Instytucje zamawiające podają w ogłoszeniu o zamówieniu obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub reguły, które zamierzają stosować [...].

[...]”.

6 Artykuł 47 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa”, stanowi:

„1. Według ogólnych zasad dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów:

- a) odpowiednie oświadczenia banków albo stosowny dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego;
- b) bilans lub wyciągi z bilansów, w przypadku gdy opublikowanie bilansów jest wymagane na mocy prawa w kraju, w którym usługodawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz o stosownym obrocie w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych, w zależności od daty utworzenia przedsiębiorstwa lub rozpoczęcia działalności handlowej przez wykonawcę, pod warunkiem dostępności wspomnianych informacji.

2. 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.

3. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

4. Instytucje zamawiające określą w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do składania ofert, który lub które spośród dokumentów wymienionych w ust. 1 wybrały, a także jakie inne dokumenty muszą zostać przedstawione.

5. Jeżeli z jakiegokolwiek uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, może udowodnić swą sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni”.

Dyrektywa 78/660/EWG

- 7 Jak wynika z motywu pierwszego czwartej dyrektywy Rady 78/660/EWG z dnia 25 lipca 1978 r., wydanej na podstawie art. [44 ust. 2 lit. g)] traktatu, w sprawie rocznych sprawozdań finansowych niektórych rodzajów spółek (Dz.U. L 222, s. 11), dyrektywa ta dokonała harmonizacji przepisów krajowych dotyczących w szczególności prezentacji i treści rocznych sprawozdań finansowych oraz metod wyceny stosowanych przy ich sporządzaniu oraz ich ogłaszania w odniesieniu do niektórych spółek akcyjnych i spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Artykuł 1 ust. 1 omawianej dyrektywy, w którym wymieniono objęte dyrektywą rodzaje spółek, w odniesieniu do Republiki Federalnej Niemiec wskazuje między innymi Aktiengesellschaft.
- 8 Jednak harmonizacja dokonana przez omawianą dyrektywę jest jedynie częściowa. Otóż art. 6 stanowi w szczególności, że państwa członkowskie mogą wymagać dostosowania układu bilansu oraz rachunku zysków i strat w celu uwzględnienia przeznaczenia zysku lub pokrycia straty lub zezwolić na nie.

Prawo niemieckie i prawo węgierskie

- 9 Z postanowienia odsyłającego wynika, że oba uregulowania – niemieckie i węgierskie – z zakresu rocznych sprawozdań finansowych spółek stanowią, iż pozycja bilansu dotycząca wyniku zysków i strat musi wykazywać wypłaty dywidendy. Jednak podczas gdy węgierskie przepisy zezwalają na taką wypłatę wyłącznie w zakresie, w jakim nie powoduje ona, że dana pozycja bilansu stanie się ujemna, przepisy niemieckie nie przewidują tego rodzaju ograniczenia, przynajmniej w odniesieniu do przekazywania zysków ze spółki zależnej do jej spółki dominującej.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 10 W drodze publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* z dnia 25 lipca 2006 r. Édukováizig ogłosiła przetarg ograniczony na udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego wykonania robót z zakresu infrastruktury transportowej. Z akt sprawy wynika, że wartość tych robót mieściła się między 7,2 a 7,5 mld HUF, to jest w przybliżeniu między 23 300 000 a 24 870 000 EUR.
- 11 W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej kandydatów instytucja zamawiająca zamieściła wymóg przedstawienia jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z przepisami rachunkowymi oraz ustanowiła minimalne kryterium, zgodnie z którym wynik podany w bilansie nie mógł być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych (zwane dalej „wymogiem ekonomicznym”).
- 12 Hochtief AG jest spółką dominującą grupy, do której należy Hochtief Solutions AG, spółka w 100% zależna od Hochtief AG. Są to spółki prawa niemieckiego. Hochtief Węgry jest węgierskim oddziałem Hochtief Solutions AG. Z postanowienia odsyłającego wynika, że Hochtief Węgry ma przynajmniej możliwość odwołania się wyłącznie do sytuacji Hochtief Solutions AG w zakresie wymogu ekonomicznego.
- 13 Na mocy umowy o przekazywaniu zysku zysk wypracowany przez Hochtief Solutions AG ma być co roku przekazywany jej spółce dominującej, tak że wynik wykazywany w bilansie Hochtief Solutions AG jest regularnie zerowy lub ujemny.

- 14 Spółka Hochtief Węgry zakwestionowała zgodność z prawem wymogu ekonomicznego ze względu na to, że jest on dyskryminacyjny i narusza niektóre przepisy prawa węgierskiego transponujące dyrektywę 2004/18.
- 15 Sąd krajowy wyjaśnia w tym względzie, że przy zastosowaniu norm dotyczących rocznych sprawozdań finansowych obowiązujących spółki prawa niemieckiego, a przynajmniej grupy spółek prawa niemieckiego, jest możliwe, by dana spółka wykazywała dodatni wynik po opodatkowaniu, lecz ujemny wynik w bilansie, ze względu na wypłatę dywidendy lub przekazanie zysku przekraczające zysk po opodatkowaniu, podczas gdy węgierskie przepisy zabraniają wypłaty dywidendy powodującej negatywny wynik w bilansie.
- 16 Spółka Hochtief Węgry zakwestionowała zgodność z prawem wymogu ekonomicznego przed Kőzbeszerezsek Tanácsa Kőzbeszerezési Döntőbizottság. Decyzja tego organu została zaskarżona przez Hochtief Węgry przed sądem pierwszej instancji, a następnie przed sądem krajowym.
- 17 Przed sądem krajowym spółka Hochtief Węgry podniosła, że wymóg ekonomiczny nie pozwala na niedyskryminacyjne i obiektywne porównanie kandydatów, ponieważ normy dotyczące rocznych sprawozdań finansowych spółek w zakresie wypłaty dywidendy wewnątrz grup przedsiębiorstw mogą być odmienne w różnych państwach. Tak w każdym razie jest w przypadku Węgier i Republiki Federalnej Niemiec. Wymóg ekonomiczny jest w opinii Hochtief Węgry pośrednio dyskryminacyjny, ponieważ traktuje mniej korzystnie kandydatów, którzy nie mogą go spełnić – albo mogą to uczynić z trudnością – ponieważ podlegają w państwie członkowskim swojej siedziby przepisom odmiennym niż przepisy obowiązujące w państwie członkowskim instytucji zamawiającej.
- 18 Sąd krajowy zauważa, po pierwsze, że z art. 44 ust. 2 i z art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 wynika, iż instytucja zamawiająca może ustalić minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez odniesienie do bilansu, a po drugie, że wspomniany art. 47 uwzględnia różnice, które mogą istnieć między krajowymi uregulowaniami dotyczącymi rocznych sprawozdań finansowych spółek. Zatem sąd krajowy zastanawia się, jak można określić minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, które będą porównywalne bez względu na siedzibę spółki, gdy o spełnieniu takich wymogów należy zaświadczyć przy pomocy dokumentów, o których mowa w przytoczonym art. 47 ust. 1 lit. b), lecz brzmienie tych dokumentów i zawarte w nich wskazania mogą być różne w zależności od państwa członkowskiego.
- 19 W tych okolicznościach Fővárosi Ítéltábla postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:
 - „1) Czy przepis stanowiący, że określonych minimalnych zdolności, o których mowa w art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 [...], żąda się zgodnie z art. 47 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, można interpretować w ten sposób, że instytucje zamawiające mają prawo powiązać minimum zdolności z pojedynczym wskaźnikiem z dokumentu rachunkowego (bilansu) wybranym przez nie do celów weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej?
 - 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie sąd pragnie się również dowiedzieć, czy wymóg spójności, o którym mowa w przywołanym art. 44 ust. 2 [wskazanej] dyrektywy, spełnia informacja (wynik finansowy za rok obrotowy) wybrana do celów oceny minimalnych zdolności, mająca różną treść

w zależności od przepisów rachunkowych poszczególnych państw członkowskich.

- 3) Czy do skorygowania różnic, które występują bezsprzecznie między państwami członkowskimi, wystarczy, by instytucja zamawiająca, oprócz żądania wybranych dokumentów do celów poświadczenia zdolności ekonomicznej i finansowej, zagwarantowała możliwość posłużenia się danymi zewnętrznymi (art. 47 ust. [2 dyrektywy 2004/18]), czy też, w celu spełnienia wymogu spójności w odniesieniu do wszystkich dokumentów wskazanych przez zamawiającego, ten ostatni powinien zagwarantować, że wspomnianą zdolność można poświadczyć w inny sposób (art. 47 ust. 5 [wspomnianej dyrektywy])?”.

W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 20 Édukóvízig utrzymuje na wstępie, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny z dwóch powodów. Po pierwsze, dotyczy on kwestii prawnych, które, jako że nie były przedmiotem debaty w toku postępowania poprzedzającego wniesienie sprawy przed sąd krajowy, są nieistotne w świetle sporu faktycznie poddanego pod rozstrzygnięcie tego sądu. Po drugie, wymóg ekonomiczny nie powoduje żadnych rzeczywistych trudności, ponieważ spółka Hochtief Węgry mogła albo powołać się na swój własny bilans, który pozwala spełnić omawiany wymóg, albo działać w imieniu Hochtief Solutions AG, która z uwagi na umowę o przekazaniu zysku łączącą ją ze spółką dominującą, Hochtief AG, mogła, zgodnie z przepisami, którym podlega, powołać się na sytuację ekonomiczną i finansową tej ostatniej spółki, prawnie odpowiedzialnej, co również wystarczyłoby do spełnienia wymogu ekonomicznego.
- 21 Jeśli chodzi o pierwszą z podniesionych podstaw niedopuszczalności, należy stwierdzić, że dotyczy ona zakresu odwołania do sądu krajowego w kształcie wynikającym z zastosowania krajowych norm procesowych, która to kwestia nie należy do właściwości Trybunału.
- 22 Co do drugiej podstawy niedopuszczalności, opiera się ona na rzekomych skutkach płynących z oceny okoliczności faktycznych związanych bądź to z prawem węgierskim, to jest możliwością spełnienia przez Hochtief Węgry wymogu ekonomicznego we własnym zakresie, bądź to z niemieckim prawem spółek, to jest możliwością spełnienia przez Hochtief Solutions AG tego wymogu z racji obowiązku powołania się na sytuację ekonomiczną jej spółki dominującej. Ocena tych okoliczności nie jest zadaniem Trybunału.
- 23 Ponadto należy przypomnieć, że w ramach ustanowionej na mocy art. 267 TFUE współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi jedynie do sądu krajowego należy ocena, na podstawie konkretnych okoliczności danej sprawy, zarówno tego, czy do wydania wyroku konieczne jest wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jak i znaczenia dla sprawy pytań przedstawionych Trybunałowi. Nieuwzględnienie przez Trybunał przedstawionego przez sąd krajowy wniosku jest możliwe jedynie wówczas, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o której dokonanie się zwrócono, nie pozostaje w jakimkolwiek związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu przed sądem krajowym lub że pytanie jest ogólne bądź hipotetyczne (zob. w szczególności wyrok z dnia 28 października 2010 r. w sprawie C-203/09 Volvo Car Germany, Zb.Orz. s. I-10721, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 24 Ponieważ nie zachodzi żadna z powyższych sytuacji, należy rozpatrzyć przedstawione przez sąd krajowy pytania prejudycjalne.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

- 25 W pytaniach pierwszym i drugim, które należy rozpatrywać łącznie, sąd krajowy pragnie w istocie ustalić, czy art. 44 ust. 2 i art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się przy tym określoną pozycją bilansu, nawet jeżeli mogą istnieć rozbieżności w odniesieniu do tej pozycji między uregulowaniami różnych państw członkowskich, a w związku z tym w bilansach spółek, w zależności od tego, jakiemu ustawodawstwu w zakresie sporządzania rocznych sprawozdań finansowych podlegają te spółki.
- 26 Na mocy art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej zgodnie z art. 47 omawianej dyrektywy. Artykuł 47 ust. 1 lit. b) stanowi, że instytucja zamawiająca może w szczególności żądać od kandydatów i oferentów poświadczenia tej sytuacji za pomocą przedstawienia bilansu.
- 27 Należy jednak stwierdzić, że minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej nie mogą być ustanowione poprzez odesłanie do bilansu w ogóle. Wynika z tego, że uprawnienie, o którym mowa w art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18, można wykonać, jeśli chodzi o omawiany art. 47 ust. 1 lit. b), jedynie poprzez odesłanie od jednego lub kilku konkretnych elementów bilansu.
- 28 Jeśli chodzi o dobór tych elementów, art. 47 dyrektywy 2004/18 pozostawia instytucjom zamawiającym dość dużą swobodę. Odwrotnie niż art. 48 omawianej dyrektywy, który w odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji, jakimi dysponują rzeczono instytucje, a tym samym możliwości redagowania przez nie wymogów (w odniesieniu do analogicznych przepisów dyrektyw poprzedzających dyrektywę 2004/18 zob. wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Transporoute et travaux, Rec. s. 417, pkt 8–10, 15), art. 47 ust. 4 wprost zezwala bowiem instytucjom zamawiającym na dobieranie dokumentów poświadczających, które kandydaci lub oferenci powinni przedstawić w celu poświadczenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ponieważ zaś art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odsyła do art. 47, taka sama swoboda wyboru panuje w zakresie wymogów minimalnych dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej.
- 29 Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona. Zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 minimalny wymóg dotyczący zdolności musi być bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Co za tym idzie, element lub elementy bilansu wybrane przez instytucję zamawiającą w celu wyznaczenia minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej powinny być obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że ma obiektywnie stanowić pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu.

- 30 Ponieważ ustawodawstwa państw członkowskich w zakresie rocznych sprawozdań finansowych spółek nie stały się przedmiotem pełnej harmonizacji, nie można wykluczyć, że między ustawodawstwami tymi istnieją różnice co do konkretnego elementu bilansu, którym instytucja zamawiająca posługuje się przy ustalaniu minimalnych wymogów dotyczących zdolności do wykonania zamówienia. Należy jednakże zauważyć, że – jak wynika z brzmienia art. 47 ust. 1 lit. b) i c) i z art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 – w zamyśle dyrektywy w odniesieniu do poświadczenia sytuacji ekonomicznej i finansowej kandydatów lub oferentów dany dokument może być zgodnie z prawem wymagany przez instytucję zamawiającą, nawet jeżeli obiektywnie nie każdy potencjalny kandydat lub oferent jest w stanie go przedstawić, choćby, w przypadku przytoczonego ust. 1 lit. b), ze względu na różnice w ustawodawstwach. Zatem nie można uznać, że tego rodzaju wymóg stanowi jako taki dyskryminację.
- 31 Z powyższego wynika, że zasadniczo nie można odmówić możliwości nakładania minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że ich spełnienie należy poświadczyć, posługując się przy tym elementem bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności w uregulowaniach różnych państw członkowskich.
- 32 W związku z tym na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć tak, iż art. 44 ust. 2 i art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu, pod warunkiem że są one obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że obiektywnie stanowi on pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykracza poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne. Zasadniczo nie można odmówić możliwości nakładania minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że ich spełnienie należy poświadczyć, posługując się przy tym elementem bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności między uregulowaniami różnych państw członkowskich.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 33 W trzecim pytaniu sąd krajowy pragnie w istocie ustalić, czy art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy dany wykonawca nie może spełnić minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej ze względu na występującą między ustawodawstwami państw członkowskich, w których odpowiednio znajdują się jego własna siedziba i siedziba instytucji zamawiającej, rozbieżność, dotyczącą pozycji bilansu, którą posłużono się, ustalając omawiane minimalne wymogi dotyczące zdolności do wykonania zamówienia, wystarczy, by wspomniany wykonawca mógł powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2, czy też należy zezwolić mu na udowodnienie jego sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą jakiegokolwiek innego odpowiedniego dokumentu, zgodnie z art. 47 ust. 5.
- 34 Należy jednak zauważyć, że, jak wynika z postanowienia odsyłającego, rozbieżność uregulowań, wokół której powstał spór w sprawie przed sądem krajowym, nie dotyczy zakresu pozycji bilansu, do której odnosi się wymóg ekonomiczny, to jest wyniku w bilansie. Obydwa ustawodawstwa, niemieckie i węgierskie, przewidują bowiem, że pozycja ta powinna wykazywać wynik za rok obrotowy i wypłatę dywidendy. Różnica w tych ustawodawstwach polega natomiast na tym, że prawo węgierskie zabrania, by wypłata dywidendy lub przekazanie zysku skutkowało tym, iż pozycja ta będzie

ujemna, podczas gdy prawo niemieckie tego nie zabrania, przynajmniej nie w przypadku takiej spółki zależnej jak Hochtief Solutions AG, którą wiąże ze spółką dominującą umowa o przekazywaniu zysku.

- 35 Zatem omawiana rozbieżność uregulowań polega na tym, że w odróżnieniu od prawa węgierskiego prawo niemieckie nie ogranicza możliwości podjęcia przez spółkę dominującą decyzji o przekazywaniu jej przez spółkę zależną zysków, nawet jeżeli przekazanie to skutkuje ujemnym wynikiem w bilansie tej spółki zależnej, chociaż takiego przekazania zysku nie nakazuje.
- 36 W związku z tym należy uznać, iż poprzez swoje pytanie sąd krajowy dąży do ustalenia, czy art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, takiego jak wymóg ekonomiczny, ze względu na porozumienie, zgodnie z którym wykonawca ten regularnie przekazuje swoje zyski do spółki dominującej, to czy wystarczy, by wykonawca ten mógł powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2, czy też należy mu zezwolić na udowodnienie swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą jakiegokolwiek innego odpowiedniego dokumentu, zgodnie z art. 47 ust. 5, zważywszy na fakt, że ustawodawstwo państwa członkowskiego siedziby tego wykonawcy zezwala bez ograniczeń na takiego rodzaju porozumienia, podczas gdy zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego siedziby instytucji zamawiającej jest ono dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że przekazanie zysku nie spowoduje ujemnego wyniku w bilansie.
- 37 Oznacza to, że jeśli w takiej sytuacji spółka zależna nie może spełnić minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, które ustalono, posługując się konkretnym elementem bilansu, wynika to ostatecznie nie z rozbieżności ustawodawstw, lecz z decyzji jej spółki dominującej, która zobowiązuje tę spółkę zależną do regularnego przekazywania jej całości swoich zysków.
- 38 W takiej sytuacji wspomnianej spółce zależnej pozostaje jedynie możliwość przewidziana w art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18, pozwalająca jej na powołanie się na sytuację ekonomiczną i finansową innego podmiotu w drodze przedstawienia zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia jej wszelkich niezbędnych środków. Należy stwierdzić, że taka możliwość jest szczególnie dobrze dopasowana do tego rodzaju sytuacji, ponieważ spółka dominująca może w ten sposób sama zaradzić niemożności spełnienia minimalnych wymogów dotyczących zdolności do wykonania zamówienia przez jej spółkę zależną.
- 39 Na trzecie pytanie należy zatem odpowiedzieć tak, iż art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wynik podany w bilansie kandydatów lub oferentów nie może być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych, ze względu na porozumienie, zgodnie z którym wykonawca ten regularnie przekazuje swoje zyski do spółki dominującej, to aby spełnić omawiany minimalny wymóg dotyczący zdolności, nie ma on innej możliwości, niż powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2. Nie ma przy tym znaczenia, że ustawodawstwa państwa członkowskiego siedziby wspomnianego wykonawcy i państwa członkowskiego siedziby instytucji zamawiającej różnią się w ten sposób, iż ustawodawstwo pierwszego z tych państw członkowskich zezwala bez ograniczeń na takiego rodzaju porozumienia, podczas gdy zgodnie z ustawodawstwem drugiego państwa

członkowskiego są one dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że przekazanie zysku nie spowoduje ujemnego wyniku w bilansie.

W przedmiocie kosztów

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

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

- 1) **Artykuł 44 ust. 2 i art. 47 ust. 1 lit. b) 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 instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu, pod warunkiem że są one obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że obiektywnie stanowi pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykracza poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne. Zasadniczo nie można odmówić możliwości nakładania minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że dotyczą one elementu bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności między ustawodawstwami różnych państw członkowskich.**
- 2) **Artykuł 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wynik podany w bilansie kandydatów lub oferentów nie może być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych, ze względu na porozumienie, zgodnie z którym wykonawca ten regularnie przekazuje swoje zyski do spółki dominującej, to aby spełnić omawiany minimalny wymóg dotyczący zdolności, nie ma on innej możliwości, niż powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2. Nie ma przy tym znaczenia, że ustawodawstwa państwa członkowskiego siedziby wspomnianego wykonawcy i państwa członkowskiego siedziby instytucji zamawiającej różnią się w ten sposób, iż ustawodawstwo pierwszego z tych państw członkowskich zezwala bez ograniczeń na takiego rodzaju porozumienia, podczas gdy zgodnie z ustawodawstwem drugiego państwa członkowskiego są one dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że przekazanie zysku nie spowoduje ujemnego wyniku w bilansie.**

Podpisy

* Język postępowania: węgierski