

Sprawa C-6/20**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

7 stycznia 2020 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Tallinna Ringkonnakohus (Estonia)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

19 grudnia 2019 r.

Strona wnosząca odwołanie:

Sotsiaalministeerium

Druga strona postępowania:

Innove SA

Przedmiot postępowania głównego

Odwołanie wniesione przez Sotsiaalministeerium (ministerstwo spraw społecznych, Estonia) od wyroku Tallinna Halduskohus (sądu administracyjnego w Tallinie, Estonia) z dnia 22 maja 2019 r. oddalającego skargę wniesioną przez ministerstwo spraw społecznych o uchylenie stwierdzenie nieważności decyzji SA Innove (zwanej dalej „Innove”) w sprawie korekty finansowej. Na mocy tej decyzji zostały odrzucone wnioski o płatność złożone przez ministerstwo spraw społecznych w ramach projektu udzielenia pomocy żywnościowej – z powodu rzekomego naruszenia przepisów dotyczących zamówień publicznych

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wniosek na podstawie art. 267 ust. 3 TFUE o wykładnię art. 2 i 46 dyrektywy 2004/18

Pytania prejudycjalne

1. Czy art. 2 i 46 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 sprzeciwiają się one przepisom krajowym takim jak § 41 ust. 3 Riigihangete seadus (RHS, ustawy o zamówieniach publicznych), zgodnie z którymi w przypadku gdy prawo określa szczególne wymogi dotyczące czynności, które mają być wykonywane na podstawie zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca musi określić w ogłoszeniu o zamówieniu, jakie rejestracje lub pozwolenia na prowadzenie działalności są wymagane do zakwalifikowania oferenta, oraz musi zażądać przedłożenia dowodu posiadania pozwolenia na prowadzenie działalności lub dowodu rejestracji w celu sprawdzenia, czy spełnione są szczególne wymogi prawne zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli oferent nie posiada odpowiedniego pozwolenia na prowadzenie działalności lub rejestracji, musi odrzucić go jako niekwalifikującego się do udziału?

2. Czy art. 2 i 46 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 grudnia 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, należy interpretować łącznie w ten sposób, że sprzeciwiają się one temu, aby instytucja zamawiająca, w przypadku zamówienia na pomoc żywnościową przekraczającą próg międzynarodowy, ustanowiła dla oferentów kryterium wyboru, zgodnie z którym wszyscy oferenci, niezależnie od ich dotychczasowego miejsca prowadzenia działalności, muszą już w chwili składania ofert posiadać pozwolenie na prowadzenie działalności lub być zarejestrowani w kraju, w którym pomoc żywnościowa jest udzielana, nawet jeśli dany oferent nie prowadził dotychczas działalności w tym państwie członkowskim?

3. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na poprzednie pytanie:

3.1. Czy art. 2 i 46 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 uznać za przepisy, które są na tyle jasne, że nie można powoływać przeciwko nim zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań?

3.2. Czy art. 2 i 46 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 jeśli instytucja zamawiająca w ramach zamówienia publicznego dotyczącego pomocy żywnościowej wymaga od oferentów na podstawie ustawy o środkach spożywczych posiadania pozwolenia na prowadzenie działalności już w chwili składania ofert, to sytuacja taka może zostać uznana za oczywiste naruszenie obowiązujących uregulowań, niedbalstwo lub nadużycie, które uniemożliwiają powołanie się na zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań?

Powołane przepisy prawa Unii

Dyrektywa 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), art. 2 i 46

Rozporządzenie (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz.U. 2004, L 139, s. 1), art. 6 ust. 3 lit. a), b) i c)

Rozporządzenie (WE) nr 853/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. ustanawiające szczególne przepisy dotyczące higieny w odniesieniu do żywności pochodzenia zwierzęcego (Dz.U. 2004, L 139, s. 55)

Decyzja Komisji C(2013) 9527 final z dnia 19 grudnia 2013 r. w sprawie określenia i zatwierdzenia wytycznych dotyczących określania korekt finansowych dokonywanych przez Komisję w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w ramach zarządzania dzielonego, w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych

Powołane przepisy krajowe

Riigihangete seadus (RHS, ustawa o zamówieniach publicznych) w wersji obowiązującej do 31 sierpnia 2017 r. (tekst jednolity RT I, 25.10.2016, 20), § 3, § 15 ust. 2, § 39 ust. 1 i § 41 ust. 3

Toiduseadus (ToiduS, ustawa o środkach spożywczych) (RT I 1999, 30, 415 z dalszymi zmianami), § 7, § 8 i § 10

Perioodi 2014–2020 struktuuritoetuse seadus (STS) (ustawa o pomocy strukturalnej w okresie 2014–2020), § 3 i § 4

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 W latach 2015 i 2017 ministerstwo spraw społecznych przeprowadziło nieograniczone przetargi nr 157505 i 189564 na „pomoc żywnościową dla osób najbardziej potrzebujących”, których wartość przekroczyła próg międzynarodowy (szacowana wartość każdego przetargu wynosiła 4 mln EUR). Ogłoszenie o zamówieniu publicznym nr 157505 przewidywało, że oferent musi posiadać niezbędne dla realizacji zamówienia zatwierdzenie Veterinaar- ja Toiduamet (urzędu ds. weterynarii i środków spożywczych, Estonia, zwanego dalej „VTA”), a także przedłożyć potwierdzenie uzyskania zatwierdzenia i jego numer. Dokumentacja przetargowa dla zamówienia publicznego nr 157505 została

zmieniona w trakcie procedury przetargowej. Po tej zmianie oferent nie był już zobowiązany do przedkładania potwierdzenia uzyskania zatwierdzenia VTA z numerem zatwierdzenia, ale wystarczyło potwierdzenie przestrzegania obowiązków w zakresie zgłoszenia względnie uzyskania pozwolenia. Ten sam wymóg został ustanowiony dla zamówienia publicznego nr 189564. W przypadku obu zamówień publicznych umowy ramowe zostały zawarte z trzema zwycięskimi oferentami.

- 2 Na mocy decyzji z dnia 30 października 2018 r. w sprawie korekty finansowej Innove odmówiła przyjęcia wniosków o płatność złożonych przez ministerstwo spraw społecznych na kwotę 463 291,55 EUR w ramach „Warunków zakupu i dystrybucji pomocy żywnościowej dla osób najbardziej potrzebujących” celem wsparcia projektu „Dostawa środków spożywczych i transport do miejsca przechowywania”. Powodem było niedochowanie przez ministerstwo spraw społecznych obowiązku wynikającego z Periodi 2014–2020 struktuuritoetuse seadus (ustawy o pomocy strukturalnej w okresie 2014–2020), a dotyczącego przestrzegania obowiązującej do 31 sierpnia 2017 r. Riigihangete seadus (ustawy o zamówieniach publicznych, zwanej dalej „RHS”).
- 3 Innove uważała, że oba zamówienia publiczne przewidywały kryteria wyboru, które nadmiernie ograniczały krąg oferentów, w szczególności oferentów zagranicznych. Nadmierne ograniczenie polegało na tym, że od oferentów wymagano posiadania zatwierdzenia przez władze estońskie względnie spełnienia obowiązku zgłoszenia i posiadania pozwolenia w Estonii. Nawet jeśli oferent mógł spełnić nałożony warunek, polegając na zasobach innej osoby lub składając wspólną ofertę z osobą spełniającą warunki, nie oznacza to, że nałożony warunek stał się przez to zgodny z prawem, tzn. nie ograniczał zbytnio kręgu oferentów. Oferenci, którzy nie mogli polegać na zasobach innej osoby lub złożyć wspólnej oferty, mogli ewentualnie zrezygnować z udziału w przetargu, ponieważ nie byli w stanie dotrzymać wyznaczonego terminu składania ofert. Zdaniem Innove ministerstwo spraw społecznych naruszyło § 3 i § 39 ust. 1 RHS. Rozstrzygnięcie to opiera się na kontroli przeprowadzonej przez Rahandusministeerium (ministerstwo finansów, Estonia), w trakcie której zbadano sporne zamówienia publiczne. Z końcowego sprawozdania z kontroli wynika, że kryteria wyboru określone w ogłoszeniu o zamówieniach publicznych nr 157505 i nr 189564 są nadmiernie restrykcyjne w stosunku do oferentów zagranicznych.
- 4 Innove oddaliła sprzeciw ministerstwa spraw społecznych decyzją z dnia 25 stycznia 2019 r. i przedstawiła pogląd, że przewidziany w ogłoszeniach o zamówieniu obowiązek zgłoszenia i posiadania pozwolenia na działalność dyskryminuje oferentów ze względu na ich pochodzenie i stanowi nieproporcjonalne ograniczenie, które umożliwiło nierówne traktowanie oferentów.
- 5 Ministerstwo spraw społecznych złożyło do Tallinna Halduskohus (sądu administracyjnego w Tallinie) skargę i wniosło o uchylenie wydanej przez Innove decyzji o korekcie finansowej z dnia 30 października 2018 r. Skarżący podniósł,

że przetargi zostały przeprowadzone prawidłowo i że skarżący nie dysponował zakresem uznania przy podejmowaniu decyzji co do tego, na jakim etapie postępowania należy wprowadzić wymóg posiadania pozwolenia na działalność. W przypadku zamówień publicznych nr 157505 i 189564 wymogi zgłoszenia i posiadania pozwolenia wynikające z § 7 i § 8 Toiduseadus (ustawy o środkach spożywczych, zwanej dalej ToiduS) i z art. 6 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady stanowią szczególne, przewidziane prawnie wymogi w zakresie udzielania zamówień publicznych, dotyczące czynności, które mają być realizowane. Zdaniem skarżącego w zaskarżonej decyzji błędnie uznano, że instytucja zamawiająca nie może wymagać zezwolenia na prowadzenie działalności na podstawie art. 46 dyrektywy 2004/18 ze względu na to, iż chodzi o zamówienie publiczne na produkty spożywcze (dostawy). W przypadku fizycznego kontaktu ze środkami spożywczymi w Estonii zleceniobiorca lub podmiot magazynujący, zaangażowany przez zleceniobiorcę w ramach umów lub na zasadzie podzlecenia, musi posiadać pozwolenie na działalność wydane przez VTA, a pozwolenia na działalność mającą za przedmiot środki spożywcze nie są wzajemnie uznawane przez państwa członkowskie. Instytucja zamawiająca nie mogła zakwalifikować oferenta na podstawie pozwolenia na prowadzenie działalności z kraju, w którym miał on siedzibę. Ze względu na termin składania ofert w ramach międzynarodowego przetargu (co najmniej 40 dni) oraz termin przewidziany w ToiduS na przeprowadzenie postępowania o wydanie pozwolenia (30 dni), oferent miał wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie tego postępowania. Zdaniem skarżącego nie wykazano wystąpienia szkody. Ponadto zamówienie publiczne nr 157505 było wcześniej dwukrotnie kontrolowane przez audytorów ministerstwa finansów, a kontrola wykazała, że warunki (w tym te dotyczące pozwolenia na działalność) były zgodne z RHS. Zmiana interpretacji z mocą wsteczną nie jest zgodna z zasadą dobrej administracji.

- 6 Innove wniosła o oddalenie skargi. Potwierdziła ona, że chociaż wydaje się, iż w ramach literalnej wykładni § 41 ust. 3 RHS instytucja zamawiająca może żądać od oferenta przedstawienia wymaganych na mocy prawa estońskiego pozwolenia na działalność lub rejestracji lub innego odpowiedniego zaświadczenia w celu wykazania spełnienia szczególnych wymogów, to jednak wymóg ten należy interpretować w świetle odpowiednich aktów Unii (w szczególności dyrektywy 2004/18) oraz w związku z orzecznictwem. Ponadto warunek, zgodnie z którym instytucja zamawiająca wymaga od oferentów spełnienia szczególnych wymogów prawa estońskiego już w momencie składania oferty, nie jest zgodny z zasadą równego traktowania ustanowioną w § 3 pkt 3 RHS. Innove przedstawiła również stanowisko, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości zasada równego traktowania oferentów stoi na przeszkodzie wprowadzeniu warunków udziału w zamówieniu publicznym, które wymagają znajomości praktyki organów państwa, w którym instytucja zamawiająca ma siedzibę (wyroki z dnia 14 grudnia 2016 r., Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 42 oraz z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 45, 46 i 51).

- 7 Zdaniem Innove w ramach procedur przetargowych powinno zostać zbadane, czy oferenci, którzy wcześniej świadczyli usługi w innym państwie członkowskim, oraz oferenci, którzy wcześniej zajmowali się środkami spożywczymi w Estonii, znajdowali się w takiej samej sytuacji wobec nałożenia przedmiotowego warunku, a tym samym czy spełniali wymogi prawa estońskiego. Innove podkreśliła, że zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań nie została naruszona. Uzasadnione oczekiwania beneficjenta, że wsparcie zostanie utrzymane, musi zostać zrównoważone z prawem osób trzecich do udziału w zgodnym z regułami konkurencji postępowaniu i w procedurze udzielania zamówień publicznych pozbawionej niezgodnych z prawem warunków ograniczających oraz z interesem publicznym, w tym z interesem Unii polegającym na zapewnieniu właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez sprzyjające konkurencji procedury udzielania zamówień publicznych i przejrzyste wykorzystanie funduszy unijnych. W niniejszej sprawie prawa osób trzecich i interesy Wspólnoty jako całości należy uznać za nadrzędny interes publiczny, który przeważa nad wszelkimi uzasadnionymi oczekiwaniami odbiorcy wsparcia co do tego, że zaskarżona decyzja nie zostanie wydana.
- 8 Ministerstwo finansów wniosło o oddalenie skargi. Ministerstwo podniosło, że skarżący nie ma legitymacji czynnej do wniesienia skargi i że sąd administracyjny nie jest właściwy do orzekania w jej przedmiocie, ponieważ prawo krajowe przewiduje inne postępowanie dla rozstrzygnięcia tego sporu prawnego. Według ministerstwa finansów kryteria wyboru zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu były nadmiernie restrykcyjne. Argumentowało ono, że zagraniczni oferenci, których miejsce prowadzenia działalności nie znajduje się w Estonii, muszą spełniać wymogi państwa, w którym prowadzą działalność, i znajdują się pod nadzorem właściwego organu państwa, w którym mają swoją siedzibę. Estonia nie jest w stanie ocenić pozwolenia na prowadzenie przez zagranicznych oferentów działalności mającej za przedmiot środki spożywcze, ponieważ Estonia nie jest w stanie kontrolować działalności zagranicznego przedsiębiorstwa. Obowiązek zgłoszenia i posiadania pozwolenia jest wymogiem prawa unijnego, który ma zastosowanie w całej Unii. Aby przewidziane ograniczenie było proporcjonalne w stosunku do zagranicznych oferentów i jednocześnie dawało instytucji zamawiającej pewność, że nie ma ona do czynienia z działającym nielegalnie wykonawcą, instytucja zamawiająca powinna była zezwolić na przedstawienie – do celów kwalifikacji – równoważnego pozwolenia lub zaświadczenia wydanego przez kraj siedziby zagranicznego oferenta lub przez inny właściwy organ oraz powinna była żądać od zagranicznego oferenta spełnienia wymogów wynikających z prawa estońskiego, które są niezbędne do realizacji zamówienia publicznego, dopiero w trakcie jego realizacji. Ministerstwo finansów podniosło, że zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań nie rozciąga się na władzę wykonawczą. W wyrokach Trybunału jest również zawarty wniosek, że odbiorca wsparcia nie może powoływać się na uzasadnione oczekiwania, jeżeli nie wywiązał się w istotny sposób ze swojego zobowiązania.
- 9 Wyrokiem z dnia 22 maja 2019 r. Tallinna Halduskohus (sąd administracyjny w Tallinie) oddalił skargę. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oferent w celu

wykonania zamówienia potrzebował zatwierdzenia VTA, w odniesieniu do którego musiał przedstawić potwierdzenie jego uzyskania i numer zatwierdzenia. Sąd stwierdził, że wymaganie to doprowadziło do nierównego traktowania zagranicznych oferentów, ponieważ zagraniczny oferent, który wcześniej nie prowadził działalności w Estonii, w momencie składania oferty nie był w stanie spełnić obowiązków dotyczących zgłoszenia i posiadania pozwolenia. Oferenci estońscy, którzy wcześniej zdobyli doświadczenie prowadząc działalność w Estonii, byli w lepszej sytuacji niż inne podmioty gospodarcze mające podobne doświadczenie w innych krajach Unii.

- 10 Sąd administracyjny odniósł się do dokumentu przygotowanego przez Komisję Europejską zatytułowanego „Porady dla osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych dotyczące unikania najczęstszych błędów popełnianych w projektach finansowanych z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych”, w którym pod nagłówkiem „Powszechne błędy na etapie zaproszenia do składania ofert skutkujące koniecznością dokonywania korekt finansowych” jako przykład dyskryminującego wymagania podano wymóg posiadania, już w momencie składania ofert, świadectwa kwalifikacji / kompetencji zawodowych uznawanego przez organ państwa, w którym instytucja zamawiająca ma siedzibę, ponieważ na etapie składania ofert kryterium to byłoby trudne do spełnienia dla zagranicznych oferentów.
- 11 Wymaganie posiadania pozwolenia i dokonania zgłoszenia określone w ogłoszeniu o zamówieniu nie stanowi szczególnego wymogu w rozumieniu dyrektywy [2004/18]. Artykuł 46 dyrektywy 2004/18 odnosi się do (szczególnych) kryteriów wyboru oferentów, a nie do wymogów określonych w odniesieniu do pozwolenia na prowadzenie działalności. Szczególnym wymogiem w rozumieniu dyrektywy [2004/18] mogłoby być to, że działalność mająca za przedmiot środki spożywcze byłaby na przykład uzależniona od wpisu do odpowiedniego rejestru podmiotów prowadzących przedsiębiorstwo spożywcze lub od posiadania szczególnego świadectwa zawodowego, które byłoby niezbędne do ubiegania się o pozwolenie na prowadzenie działalności. Cel art. 46 dyrektywy jest lepiej odzwierciedlony w angielskiej wersji językowej dyrektywy, w której używa się wyrażenia „particular authorisation”. Słowa te odnoszą się dokładnie do szczególnych wymogów nałożonych na oferentów. Dyrektywa 2004/18 nie odnosi się do (zwyczajowych) dozwolonych działań, takich jak działalność mająca za przedmiot środki spożywcze. Te ostatnie podlegają ponadto zharmonizowanym wymogom w ramach UE, tak więc nie może tu być mowy o „szczególnym wymogu”.
- 12 Paragraf 41 ust. 3 RHS należy interpretować zgodnie z prawem Unii. Zdaniem sądu instytucja zamawiająca nie musiała zaakceptować odpowiedniego pozwolenia na działalność z kraju pochodzenia oferenta z innego państwa członkowskiego, lecz powinna była umożliwić uzyskanie takiego pozwolenia w Estonii. Odesłania drugiej strony postępowania do wyroków Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 października 2005 r., Contse i in. (C-234/03, EU:C:2005:644), z dnia 26 września 2000 r., Komisja/Francja (C-225/98,

EU:C:2000:494) oraz z dnia 7 lipca 2016 r., *Ambisig* (C-46/15, EU:C:2016:530), nie mają znaczenia, ponieważ ograniczenia w niniejszej sprawie wynikają z krajowego aktu prawnego (*ToiduS*), o którym mowa w dokumentacji przetargowej.

- 13 Tallinna Halduskohus (sąd administracyjny w Tallinie) przyjął również, że zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań jest zasadą prawa Unii, na którą skarżący może się powołać. Wcześniejsze kontrole nie mogą zagwarantować pewności prawnej, że później nie zostaną stwierdzone żadne naruszenia. Kontrole ministerstwa finansów nie były prawnie wiążące. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału na zasadę uzasadnionych oczekiwań nie można powoływać się przeciwko jasnemu przepisowi prawa Unii, zaś zachowanie organu krajowego zobowiązanego do stosowania prawa Unii, które to zachowanie pozostaje w sprzeczności z tym prawem, nie może rodzić uzasadnionych oczekiwań po stronie podmiotu gospodarczego, prowadzących do czerpania korzyści z traktowania sprzecznego z prawem Unii (wyrok z dnia 5 marca 2019 r. w sprawie *Eesti Pagar*, C-349/17, EU:C:2019:172, pkt 104 i przytoczone w nim orzecznictwo). Korekta finansowa nie ma charakteru kary. Państwo nie ma żadnego prawa podmiotowego do pomocy strukturalnej. Zakaz działania z mocą wsteczną nie ma zatem zastosowania.

Istotne argumenty stron w postępowaniu odwoławczym

- 14 Ministerstwo spraw społecznych złożyło odwołanie do Tallinna Ringkonnakohus (sądu apelacyjnego w Tallinie, Estonia), w którym wnioskuje o uchylenie wyroku Tallinna Halduskohus (sądu administracyjnego w Tallinie) z dnia 22 maja 2019 r. i o wydanie nowego wyroku uwzględniającego skargę.
- 15 Według ministerstwa spraw społecznych sąd administracyjny niesłusznie uznał, że zamiast kryterium wyboru należało przewidzieć wymogi na etapie realizacji zamówienia publicznego. Zgodnie z § 39 ust. 1 i § 41 ust. 3 RHS instytucja zamawiająca, uzyskując świadczenie usługi, dla której wymagane jest pozwolenie na prowadzenie działalności, musi ustanowić takie wymaganie posiadania pozwolenia na prowadzenie działalności jako kryterium wyboru. Istnienie takiego obowiązku po stronie instytucji zamawiającej potwierdziła również praktyka administracyjna [zob. wyrok Tallinna Halduskohus (sądu administracyjnego w Tallinie) z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie nr 3–12–2349].
- 16 Nie ma sprzeczności między art. 46 dyrektywy 2004/18/WE i § 41 ust. 3 RHS. Dyrektywa nie określa, w którym momencie wymagane jest posiadanie przez oferenta pozwolenia na prowadzenie działalności. Sąd administracyjny błędnie stwierdził, że § 41 ust. 3 RHS daje instytucji zamawiającej prawo, w przypadku wymaganych prawem pozwoleń na prowadzenie działalności, do interpretowania tego wymagania w taki sposób, że oferent może zawsze spełnić to wymaganie, przedstawiając pozwolenie na prowadzenie działalności z kraju, w którym ma siedzibę. Regulacje dotyczące sektora środków spożywczych składają się ze

specjalnych przepisów prawnych dotyczących zamówień publicznych, których szczególne cechy nie zostały jednak wyjaśnione przez sąd administracyjny.

- 17 Ministerstwo spraw społecznych uważa również, że odniesienia do wyroków Trybunału Sprawiedliwości w sprawach *Contse i inni* (C-234/03), *Komisja/Francja* (C-225/98) i *Ambisig* (C-46/15) nie są istotne. Wymogi, o których mowa w tych przypadkach (istnienie biura w kraju, w którym świadczona jest usługa, wymóg członkostwa w stowarzyszeniu projektantów w państwie członkowskim instytucji zamawiającej oraz wymóg uwierzytelnienia podpisu nabywcy), różnią się znacznie od wymogu, o którym mowa w niniejszej sprawie. Celem wymagania posiadania pozwolenia na prowadzenie działalności jest zapewnienie zgodności z wymogami związanymi z ochroną zdrowia i dystrybucją bezpiecznej żywności wśród odbiorców pomocy. Wyrok w sprawie *Eesti Pagar* (C-349/17), na który powołał się sąd administracyjny, również nie ma znaczenia, ponieważ dotyczy on roszczenia o zwrot pomocy państwa, które jest bezpośrednio regulowane prawem Unii Europejskiej. Podobnie jest mało prawdopodobne, aby potencjalny oferent powstrzymał się od złożenia oferty ze względu na wymaganie posiadania pozwolenia na prowadzenie działalności. Oferenci zagraniczni mogą odwołać się do zasobów innej osoby lub złożyć wspólną ofertę, jeżeli nie chcą lub nie mogą spełnić wymagania posiadania pozwolenia na działalność.
- 18 Wreszcie ministerstwo spraw społecznych stwierdza, że zachowanie drugiej strony postępowania narusza zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań i dobrej administracji. Choć zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań nie ma zastosowania w przypadku oczywistego naruszenia obowiązujących uregulowań, niedbalstwa lub nadużycia (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 marca 2008 r., *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening i in.*, C-383/06 do C-385/06, EU:C:2008:165, pkt 52 i 56), to jednak w niniejszej sprawie taka sytuacja nie ma miejsca.
- 19 Innove wnosi o oddalenie odwołania, podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko i zgadza się z uzasadnieniem wyroku sądu administracyjnego.
- 20 Ministerstwo finansów wnosi o oddalenie odwołania i również potwierdza swoje dotychczasowe stanowisko.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 21 Istotną kwestią w tym sporze prawnym jest to, czy w przypadku zamówienia dotyczącego pomocy żywnościowej można nałożyć – jako warunek udzielenia zamówienia publicznego powyżej progu międzynarodowego – wymóg, aby oferent w momencie składania oferty posiadał zatwierdzenie wydane przez władze estońskie na podstawie ustawy o środkach spożywczych względnie, by dopełnił obowiązku zgłoszenia i posiadania pozwolenia w Estonii. Zakładając, że taki wymóg zbyt ogranicza zagranicznych oferentów, istotną kwestią jest także to, czy decyzja o korekcie finansowej może zostać podjęta w oparciu o zmienioną

wykładnię ustawy i dyrektywy w sytuacji, gdy zamówienie to zostało wcześniej zbadane przez właściwy organ w Estonii.

- 22 Artykuł 46 akapit drugi dyrektywy 2004/18 przewiduje możliwość wymagania od oferentów zezwolenia od właściwego organu państwa członkowskiego ich siedziby jako dowodu predyspozycji do prowadzenia działalności zawodowej. Jednakże w niniejszej sprawie instytucja zamawiająca (skarżący) wymagała zgodnie z § 41 ust. 3 RHS pozwolenia na prowadzenie działalności lub spełnienia obowiązku zgłoszenia przewidzianego w ustawie o środkach spożywczych. Wykonanie zamówienia publicznego wymaga spełnienia tego obowiązku posiadania pozwolenia względnie zgłoszenia, co nie jest sporne między stronami. W celu zapewnienia bezpieczeństwa żywności wymaganie posiadania takiego pozwolenia jest dozwolone na mocy rozporządzenia (WE) nr 852/2004 w sprawie higieny środków spożywczych. Warunki udzielenia pozwolenia (zatwierdzenia) przez właściwy organ nie są jednak w pełni zharmonizowane (por. art. 6 ust. 3 dyrektywy), a podmiot gospodarczy dla prowadzenia działalności w innym państwie członkowskim musi uzyskać niezbędne zatwierdzenie od państwa, w którym prowadzi działalność, tzn. nie może polegać na zatwierdzeniu w swoim kraju pochodzenia.
- 23 Jeżeli oferent został zakwalifikowany wyłącznie na podstawie zobowiązania do ubiegania się o wymagane na podstawie ustawy o środkach spożywczych pozwolenie na prowadzenie działalności lub rejestrację, możliwość realizacji zamówienia publicznego może stać pod znakiem zapytania, jeżeli oferent nie wywiąże się z tego obowiązku lub nie spełni wymogów dotyczących posiadania pozwolenia lub dokonania rejestracji. W tym przypadku cele zamówienia publicznego nie zostaną osiągnięte a instytucja zamawiająca będzie musiała przeprowadzić nową procedurę udzielenia zamówienia publicznego.
- 24 Sąd administracyjny słusznie stwierdził, że skoro od oferentów oczekiwano, iż zdobyli już oni doświadczenie, to ocena wpływu tego warunku na oferentów, którzy dopiero rozpoczynają działalność w branży spożywczej, jest nieistotna. A zatem nie można w rezultacie twierdzić, że zagraniczni oferenci znajdują się w takiej samej sytuacji jak oferenci estońscy, którzy dopiero rozpoczynają działalność dotyczącą środków spożywczych. Oferenci estońscy, którzy wcześniej zdobyli doświadczenie, prowadząc działalność w Estonii, byli w lepszej sytuacji w porównaniu z innymi podmiotami gospodarczymi mającymi podobne doświadczenie w innych krajach Unii.
- 25 Ważne jest zatem, by zbadać, czy zagwarantowanie bezpieczeństwa żywności i osiągnięcie celów zamówienia publicznego uzasadniają nałożenie na oferentów ograniczenia, które *de facto* stawia zagranicznych oferentów w trudniejszej sytuacji. Zagraniczni oferenci muszą bowiem przed złożeniem oferty albo ubiegać się o niezbędne pozwolenie lub rejestrację albo złożyć wspólną ofertę z już zatwierdzonym lub zarejestrowanym przedsiębiorcą, tj. przedsiębiorcą działającym w Estonii. Zdaniem sądu apelacyjnego takie wymaganie w stosunku

do oferentów jest nieproporcjonalne w przypadku międzynarodowego przetargu powyżej progu.

- 26 Artykuł 46 dyrektywy 2004/18 nie może być uznany za wystarczająco jasny. Kwestia ta nie została na razie poruszona w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału zasada równego traktowania oferentów stoi na przeszkodzie wprowadzeniu warunków udziału w zamówieniu publicznym, które wymagają znajomości praktyki organów państwa, w którym instytucja zamawiająca ma siedzibę (wyrok w sprawie Connexion Taxi Services, C-171/15, pkt 42, względnie wyrok w sprawie Pizzo, C-27/15, pkt 45, 46 i 51). Prawo estońskie jest jasne w porównaniu z wyżej wymienionymi przypadkami. Kryteria ubiegania się o pozwolenie lub rejestrację wynikają z ustawy o środkach spożywczych, a VTA wyjaśniła również na swojej stronie internetowej (<https://vet.agri.ee>), jak złożyć wniosek o pozwolenie; żaden z oferentów nie podniósł, że nie zrozumiał tych warunków ani nie zwrócił się o ich wyjaśnienie. Sporne kryterium wyboru jest również jasne i nie pociąga za sobą żadnego ryzyka dwuznaczności.
- 27 W sprawach C-225/98 i C-234/03 nie zbadano dopuszczalności warunków nałożonych w interesie publicznym Unii jako całości. Wymaganie otwarcia biura w państwie członkowskim oferenta lub przynależności do stowarzyszenia osób wykonujących ten sam zawód w państwie członkowskim oferenta nie służy interesowi publicznemu, który chroni społeczeństwo i konsumentów w ten sam sposób we wszystkich państwach członkowskich. W przeciwieństwie do okoliczności faktycznych wskazanych powyżej przypadków, w niniejszej sprawie wymogi dotyczące bezpieczeństwa żywności są w ocenie sądu apelacyjnego uzasadnione jako warunek wykonania zamówienia. Jediną kwestią sporną jest moment, w którym oferent musi spełnić ten warunek, tzn. czy jest to moment złożenia oferty czy też moment wykonania zamówienia. W związku z tym w niniejszym przypadku pewna nierówność między oferentami może być również uzasadniona koniecznością zapewnienia skuteczności procedury udzielenia zamówienia (późniejszego wykonania zamówienia publicznego).
- 28 W związku z tym pozostaje niejasne dla sądu apelacyjnego, czy art. 2 i 46 dyrektywy 2004/18 należy interpretować łącznie w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca, w przypadku zamówienia na pomoc żywnościową przekraczającą próg międzynarodowy, ustanowiła dla oferentów kryterium wyboru, zgodnie z którym wszyscy oferenci, niezależnie od ich dotychczasowego miejsca prowadzenia działalności, muszą już w chwili składania ofert posiadać pozwolenie na prowadzenie działalności lub być zarejestrowani w kraju, w którym pomoc żywnościowa jest udzielana. W celu uzyskania wyjaśniającej wykładni należy również uwzględnić szczególne cechy działalności mającej za przedmiot środki spożywcze, w przypadku gdy świadczenie usługi wymaga kontaktu ze środkami spożywczymi w kraju instytucji zamawiającej i gdy na prowadzenie działalności mającej za przedmiot środki spożywcze należy uzyskać pozwolenie, wymagane na mocy § 8 ust. 1 pkt 2–9 [ToiduS], w ramach zakresu uznania przyznanego państwom członkowskim

częściowo przez art. 6 ust. 3 lit. b) i c), a częściowo przez art. 6 ust. 3 lit. a) rozporządzenia nr 852/2004.

- 29 Jeżeli zatem odpowiedź na poprzednie pytanie jest taka, że przepisy krajowe, takie jak § 41 ust. 3 RHS, są sprzeczne z wyżej wymienionymi przepisami dyrektywy 2004/18, należy ponadto zbadać, czy art. 2 i 46 dyrektywy 2004/18 można uznać za jasne na tyle, że nie można powoływać się przeciwko nim na zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań (zob. wyrok Eesti Pagar, C-349/17, pkt 104), oraz czy przepisy te należy interpretować w ten sposób, że postępowanie instytucji zamawiającej, takie jak w niniejszej sprawie, w wyniku którego wszyscy oferenci byli zobowiązani w momencie składania oferty do posiadania pozwolenia na prowadzenie działalności na podstawie ustawy o środkach spożywczych, można uznać za oczywiste naruszenie obowiązujących uregulowań, niedbalstwo lub nadużycie, które uniemożliwiają powołanie się na zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań (zob. wyrok Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening i in., od C-383/06 do C-385/06, pkt 52 i 56).