

**Sprawa C-403/21**

**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem**

**Data wpływu:**

29 czerwca 2021 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Rumunia)

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

22 czerwca 2021 r.

**Strona skarżąca:**

SC NV Construct SRL

**Instytucja zamawiająca:**

Județul Timiș (Distretto di Timiș)

**Interwenient:**

SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL

---

**Przedmiot postępowania głównego**

Skarga, w drodze której zasadniczo wnosi się o stwierdzenie nieważności decyzji instytucji zamawiającej w sprawie określenia wyniku postępowania przetargowego zorganizowanego w celu udzielenia zamówienia publicznego na wykonanie studium wykonalności i projektu technicznego dotyczącego budowy drogi

**Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego**

Na podstawie art. 267 TFUE tutejszy sąd wnosi o dokonanie wykładni art. 58 i 63 dyrektywy 2014/24/UE a także zasady proporcjonalności, zasady odpowiedzialności oraz zasady przejrzystości.

## **Pytania prejudycjalne**

1) Czy przepisy art. 58 dyrektywy [2014/24], zasadę proporcjonalności i zasadę odpowiedzialności należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma prawo do ustalenia kryteriów zdolności technicznej, to znaczy do dokonania oceny konieczności uwzględnienia, lub nie, w dokumentacji przetargowej kryteriów zdolności technicznej i zawodowej oraz zdolności do prowadzenia działalności technicznej i zawodowej, która wynika z przepisów ustaw szczególnych, dla czynności o znikomej wadze w ramach zamówienia?

2) Czy zasady przejrzystości i proporcjonalności stają na przeszkodzie uzupełnieniu z mocy prawa dokumentacji przetargowej kryteriami kwalifikacyjnymi wynikającymi z przepisów szczególnych mających zastosowanie do czynności związanych z udzielanym zamówieniem, które nie były przewidziane w dokumentacji przetargowej i których instytucja zamawiająca zdecydowała się nie nakładać na wykonawców?

3) Czy art. 63 wspomnianej dyrektywy i zasada proporcjonalności stoją na przeszkodzie wykluczeniu z postępowania [przetargowego] oferenta, który nie wyznaczył nominalnie wykonawcy jako podwykonawcy w celu wykazania, że spełnione są określone kryteria dotyczące zdolności technicznej i zawodowej oraz zdolności prowadzenia działalności technicznej i zawodowej, które wynikają z przepisów ustaw szczególnych, nieprzewidzianych w dokumentacji przetargowej, jeżeli dany oferent wybrał inną umowną formę zaangażowania specjalistów w realizację zamówienia, a mianowicie umowę na dostawę/świadczenie usług, lub złożył oświadczenie o dyspozycyjności ze ich strony? Czy prawo do określenia własnej organizacji i stosunków umownych grupy przysługuje wykonawcy i istnieje możliwość zaangażowania w zamówienie niektórych usługodawców/dostawców, biorąc pod uwagę, że taki usługodawca nie należy do podmiotów, na zdolnościach których oferent zamierza polegać celem wykazania zgodności z odpowiednimi kryteriami?

## **Przywołane przepisy prawa i orzecznictwo Unii**

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, motywy 15 i 90, art. 58 i 63

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2019/1828 z dnia 30 października 2019 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów

Postanowienie z dnia 17 października 2018 r., Beny Alex, C-353/18, EU:C:2018:829 i wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404

## **Przywołane przepisy prawa krajowego**

Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (ustawa nr 101/2016 o środkach odwoławczych i odwołaniach dotyczących udzielania zamówień publicznych, zamówień sektorowych oraz koncesji na roboty budowlane i koncesji na usługi, a także organizacji i funkcjonowania Krajowej Rady Rozstrzygania Sporów (zwanej dalej „CNSC”), art. 12 i 14, mocą których CNSC otrzymuje kompetencje do rozpoznawania sporów dotyczących udzielania zamówień publicznych

Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (ustawa nr 98/2016 o zamówieniach publicznych), art. 3, 55, 154, 172, 179, 181 i 218–220, odnoszące się do procedury udzielania zamówień publicznych

Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (decyzyja rządu nr 395/2016 zatwierdzająca przepisy wykonawcze do przepisów dotyczących udzielenia zamówienia publicznego/umowy ramowej ustawy nr 98/2016 o zamówieniach publicznych), art. 29–31 i 51

Orzeczenia różnych sądów krajowych, z których wynika istnienie niejednolitej praktyki w zakresie możliwości, aby dokumentacje przetargowe były uzupełniane przepisami krajowymi dotyczącymi różnych czynności wchodzących w zakres zamówień publicznych, ale które mają mniejszą wagę w kontekście danego zamówienia, a także w odniesieniu do obowiązku nominalnego oznaczenia w ofercie podwykonawców dla tych czynności

## **Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania głównego**

- 1 Skargą zarejestrowaną w CNSC w dniu 15 kwietnia 2021 r. strona skarżąca SC NV Construct SRL, z siedzibą w Rumuni, wniosła zasadniczo o stwierdzenie nieważności decyzji instytucji zamawiającej Județul Timiș w sprawie określenia wyniku postępowania przetargowego zorganizowanego w celu udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem była realizacja studium wykonalności i projektu technicznego dotyczącego budowy drogi łączącej lotnisko międzynarodowe „Traian Vuia” w Timișoarze z autostradą A1 (Rumunia).
- 2 SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL, mający również siedzibę w Rumunii, brał udział w postępowaniu jako interwenient w charakterze wybranego w ramach tego przetargu oferenta.

- 3 Faktycznie /Mianowicie, oferta strony skarżącej została sklasyfikowana na 4 miejscu, po ofertach złożonych przez interwenienta (zaklasyfikowanej na 1 miejscu) oraz przez dwie inne spółki prawa handlowego (zaklasyfikowane na 2 i 3 miejscu).
- 4 W uzasadnieniu skargi strona skarżąca podnosi, że propozycje techniczne przedstawione przez innych oferentów nie spełniają niektórych wymogów zawartych w dokumentacji przetargowej, ponieważ nie mogą oni zgodnie z prawem wykonywać pewnych czynności związanych z zamówieniem, w tym czynności opracowania studium topograficznego, czynności opracowania dokumentów niezbędnych do uzyskania zgody na odłogowanie gruntów położonych na obszarach pozamiejskich, czynności opracowania operatu szacunkowego nieruchomości objętych wywłaszczeniem, czynności opracowania dokumentacji w celu uzyskania zgód zarządcy infrastruktury kolejowej na połączenie z linią kolejową oraz czynności opracowania studium archeologicznego.
- 5 Jeżeli chodzi o wybraną ofertę, strona skarżąca jest zdania, że należy ją uznać za niezgodną, ponieważ oferent nie może zgodnie z prawem wykonać trzech z wymienionych powyżej czynności. Strona skarżąca podnosi między innymi, że we wspomnianej ofercie musiał być również wskazany podwykonawca uprawniony do świadczenia usług projektowych w zakresie adaptacji połączenia z linią kolejową, gdyż właściwe przepisy prawne stanowią, iż usługi takie wykonują wyłącznie podmioty gospodarcze upoważnione przez zarządcę infrastruktury kolejowej.
- 6 Interwenient wnosi o oddalenie skargi jako bezzasadnej, podnosząc, że dokumentacja przetargowa nie przewiduje wymogów przywołanych przez stronę skarżącą, wobec czego wymogi te nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania w drodze stwierdzenia niezgodności oferty.
- 7 Instytucja zamawiająca wskazuje, że wbrew temu, co twierdzi strona skarżąca, dokumentacja przetargowa nie zawiera wymogu przedstawienia w ofercie upoważnionych specjalistów. Z drugiej strony fakt, że oferent sklasyfikowany na pierwszym miejscu początkowo nie zadeklarował wyboru zlecenia podwykonania niektórych czynności, gdyby uznano go za zwycięzcę przetargu, nie ma znaczenia w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę, że ustawodawstwo krajowe daje mu prawo do korzystania z nowych podwykonawców po podpisaniu umowy z zakresu zamówienia publicznego w czasie jego realizacji

### **Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego**

- 8 W pierwszej kolejności CNSC podnosi, że jej status jako sądu krajowego w rozumieniu art. 267 TFUE został już uznany przez Trybunał w postanowieniu z dnia 17 października 2018 r., Beny Alex (C-353/18, EU:C:2018:829).

- 9 Co się tyczy dopuszczalności jej wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, CNSC uważa, że niniejsza sprawa ma zasięg transgraniczny, z pewnością zarówno pod względem wartości zamówienia na usługi, które ma zostać udzielone, zważywszy, że szacunkowa wartość z tego ostatniego to 1 970 967 RON (równowartość 421 553 EUR), a więc powyżej progu określonego w rozporządzeniu delegowanym Komisji (UE) 2019/1828, zmieniającym dyrektywę 2014/24, jak i pod względem przedmiotu postępowania i źródła finansowania, zważywszy że omawiany projekt, którego celem jest połączenie międzynarodowego lotniska „Traian Vuia” w Timișoarze z paneuropejskim IV korytarzem transportowym, jest częściowo finansowany z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.
- 10 Co do istoty CNSC zasadniczo zwraca się do Trybunału o rozstrzygnięcie tego, czy jest możliwe, aby dokumenty przetargowe były uzupełnione przepisami prawa krajowego dotyczącymi różnych czynności, które wchodzą w zakres zamówienia publicznego, ale które mają mniejszą wagę w kontekście tego zamówienia, także w odniesieniu do obowiązkowego charakteru nominalnego oznaczenia w ofercie podwykonawców dla takich działań.
- 11 Zdaniem CNSC problem ten jest często spotykany w jej praktyce oraz w praktyce sądów krajowych i doprowadził do powstania niejednolitego podejścia, które prawdopodobnie ograniczy udział wielu wykonawców w obszarze europejskim w postępowaniach o udzielenie zamówienia w Rumunii.
- 12 W tym kontekście CNSC odwołuje się do wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), w którym Trybunał wskazał, że wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania przetargowego z powodu wymagań nieprzewidzianych w dokumentacji i że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone, tak aby oferenci mogli dokładnie zapoznać się z ciężącymi na nich wymogami oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów.
- 13 CNSC podkreśla, że instytucja zamawiająca, na podstawie przysługującego jej prawa do oceny, jako jedyna ustala kryteria wyboru, ponieważ CNSC i sądy nie mogą ocenić potrzeby ich określenia w miejsce instytucji zamawiającej. Ponadto poszkodowani wykonawcy w skargach mogą kwestionować jedynie dokumenty przetargowe uznane za zbyt restrykcyjne, bez możliwości ich kwestionowania ze względu na to, że są zbyt liberalne, to znaczy, że powinny zawierać dodatkowe kryteria mogące ograniczyć dostęp do procedury innym wykonawcom.
- 14 CNSC uważa, że z uwagi na niejednorodną praktykę krajową konieczne jest ustalenie, w jakim zakresie możliwe jest zastosowanie orzecznictwa wynikającego z wyroku Pizzo w zakresie uzupełnienia dokumentacji przetargowej przepisami prawa krajowego dotyczącymi różnych czynności wchodzących w zakres

zamówienia publicznego, ale które mają mniejszą wagę w kontekście wspomnianego zamówienia.

- 15 Kolejna kwestia, która powinna zostać wyjaśniona przez Trybunał, dotyczy obligatoryjności /obowiązku nominalnego oznaczania podwykonawców dla wszystkich czynności zamówienia, niezależnie od ich wagi w kontekście tego ostatniego, ponieważ zagadnienie to ma znaczące konsekwencje dla konkurencji w ramach dużych postępowań przetargowych na infrastrukturę w Rumunii, w których pojawia się wiele drugorzędnych rodzajów działalności, które wymagają wspomnianych zezwoleń.
- 16 A zatem, bez względu na termin i wagę interwencji w pracę podwykonawcy – to znaczy, czy jego usługi są niezbędne na początku pracy, czy na jej końcu, czy mają one większą czy mniejszą wagę w ramach zamówienia, czy istnieje pewność, że rzeczne usługi są niezbędne – w wielu sytuacjach uważa się, że podwykonawca ten powinien być nominalnie wyznaczony w momencie składania ofert. Przykładowo, w niniejszej sprawie, strona skarżąca stwierdza między innymi, że konieczne było nominalne wyznaczenie podwykonawcy dla czynności uzyskania zgody na odłogowanie wywłaszczonych gruntów położonych na obszarze pozamiejskim, chociaż w dokumentach przetargowych w odniesieniu do tej czynności używa się określenia „tylko w stosownych przypadkach”.
- 17 CNSC uważa, że tylko instytucja zamawiająca jako jedyna może ustalić odpowiednie kryteria wyboru z poszanowaniem zasad proporcjonalności i przejrzystości. Gdyby przyjąć, że dokumentację przetargową można uzupełnić kryteriami, których konieczność wynikałaby z przepisów szczególnych, bez znaczenia dla zamówień publicznych, naruszone zostałyby przepisy art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24, ponieważ uzupełnienie tymi kryteriami z mocy prawa naruszałoby zasadę proporcjonalności i prawo organu do ustalania kryteriów wyboru.
- 18 Zdaniem CNSC narzucenie podwykonawstwa jako jedynej formy wykonywania działalności narusza zarówno swobodę zawierania umów, jak i prawo zrzeczania się wykonawców, jak i przepisy art. 63 wyżej wskazanej dyrektywy, zgodnie z którymi w sytuacji, w której wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, „przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”.
- 19 W konsekwencji CNSC twierdzi, że w zakresie, w jakim do wykazania określonych kryteriów wyboru wystarczy złożenie zobowiązania, oświadczenie o gotowości upoważnionych specjalistów jest a fortiori wystarczające w sytuacji, gdy takie kryteria nie są przewidziane i chodzi o szereg czynności o mniejszej wadze w ramach zamówienia.