Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MELCHIORA WATHELETA
przedstawiona w dniu 3 marca 2016 r.[1]

Sprawa C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
przeciwko
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal
[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym
złożony przez Tribunal Central Administrativo Sul

(centralny sąd administracyjny dla regionu południowego, Portugalia)]

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) — Bezpośrednia skuteczność — Procedury udzielania zamówień — Wykonawcy — Kwalifikacje techniczne lub zawodowe — Dowód

I – **Wprowadzenie**

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach sporu pomiędzy Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA (zwaną dalej „Ambisigiem") a AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (zwaną dalej „AICP").

2. Wniosek ten dotyczy wykładni art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi[2].

3. Przepis ten dotyczy dowodów kwalifikacji technicznych lub zawodowych wykonawców zainteresowanych danym przetargiem. W pytaniach prejudycjalnych Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego, Portugalia) zapytuje Trybunał o ewentualną bezpośrednią skuteczność tego przepisu, a także o dobór przewidzianych w tym przepisie środków dowodowych.

II – **Ramy prawne**

A – *Prawo Unii*

4. Tytuł II dyrektywy 2004/18 zawiera przepisy mające zastosowanie do przetargów. Kryteria doboru jakościowego zostały opisane w sekcji 2 rozdziału VII, który zawiera m.in. art. 45 i 48.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132.

5. Artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18 stanowi, że każdy wykonawca „winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy" może zostać wykluczony z udziału w danym zamówieniu.

6. Artykuł 48 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe", ma następujące brzmienie:

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

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

[…]

(ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw i usług należy przedstawić:

— w przypadku gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca – w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ;

— w przypadku gdy odbiorcą był nabywca prywatny – w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy;

[…]".

B – *Prawo portugalskie*

1. Kodeks zamówień publicznych

7. Dyrektywa 2004/18 została transponowana do portugalskiego porządku prawnego na mocy Código dos Contratos Públicos (kodeksu zamówień publicznych), zatwierdzonego dekretem z mocą ustawy nr 18/2008 z dnia 29 stycznia 2008 r., zmienionego i opublikowanego ponownie w załączniku do dekretu z mocą ustawy nr 278/2009 z dnia 2 października 2009 r. (*Diário da República*, seria 1, nr 192 z dnia 2 października 2009 r., zwanego dalej „kodeksem zamówień publicznych").

8. Artykuł 165 kodeksu zamówień publicznych ma następujące brzmienie:

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

a) doświadczenie zawodowe kandydatów;

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

c) model i możliwości organizacyjne kandydatów, w szczególności jeśli chodzi o zarządzanie i integrowanie specjalistycznych kompetencji, informatycznych systemów wsparcia oraz systemów kontroli jakości;

d) możliwości kandydatów do stosowania środków zarządzania środowiskiem w zakresie wykonywania udzielanego zamówienia;

e) informacje zawarte w bazie danych Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. dotyczące przedsiębiorców, w przypadku zamówienia publicznego lub koncesji na roboty budowlane.

[…]

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

2. Ogłoszenie o zamówieniu

9. Artykuł 12 ogłoszenia o zamówieniu stanowi:

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

[…]

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

[…]

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

III – **Okoliczności sporu w postępowaniu głównym**

10. Z postanowienia odsyłającego wynika, że w dniu 23 kwietnia 2013 r. AICP postanowiło wszcząć procedurę przetargu ograniczonego z preselekcją w celu udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usług wdrożenia systemów zarządzania środowiskiem i jakością oraz platformy technologicznej.

11. Zgodnie z art. 8 ust. 1 lit. a)–c) ogłoszenia o przetargu kandydaci musieli łącznie spełnić szereg wymogów dotyczących zdolności technicznej.

12. Artykuł 12 ust. 1 lit. c) i f) tego samego ogłoszenia o przetargu przewidywał, że ubiegający się o wybór kandydaci powinni przedstawić potwierdzenie spełnienia tych wymogów za pomocą oświadczeń klientów na opieczętowanym papierze firmowym. Oświadczenia te powinny zawierać także poświadczenie podpisu i funkcji osoby podpisującej dokonane przez notariusza, adwokata lub inny właściwy podmiot.

13. W ramach tego przetargu w dniu 30 sierpnia 2013 r. AICP zatwierdziło ostateczne sprawozdanie z preselekcji przygotowane przez komisję selekcyjną. W sprawozdaniu tym została wybrana spółka Índice ICT & Management Lda, a wykluczeni zostali dwaj pozostali kandydaci, w tym Ambisig.

14. Z przyczyn niewskazanych w uzasadnieniu postanowienia odsyłającego, w dniu 14 listopada 2013 r. decyzja ta została uchylona wyrokiem Tribunal Central Administrativo Sul (centralnego sądu administracyjnego dla regionu południowego). Nakazał on AICP m.in. przyjęcie w terminie 20 dni nowej decyzji o wyborze postępowania i wydanie nowego ogłoszenia o zamówieniu pozbawionego stwierdzonych uchybień oraz podjęcie wszystkich związanych z tym czynności i środków.

15. Zgodnie z tym wyrokiem w dniu 10 grudnia 2013 r. AICP postanowiło o ogłoszeniu nowego ograniczonego postępowania przetargowego w celu udzielenia zamówienia na świadczenie usług wdrożenia systemów zarządzania środowiskiem i jakością oraz platformy technologicznej w trzynastu spółkach.

16. Po zakończeniu nowej preselekcji w dniu 27 marca 2014 r. zarząd AICP postanowił o przyjęciu ostatecznego sprawozdania z preselekcji przygotowanego przez komisję selekcyjną, wybierając kandydaturę Índice ICT & Management Lda i wykluczając kandydaturę Ambisiga.

17. Ambisig wniósł skargę na tę decyzję do Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (sądu ds. administracyjnych i podatkowych w Leirii, Portugalia), który uchylił tę decyzję w dniu 11 czerwca 2014 r. Ambisig zaskarżył jednak ów wyrok do tego samego sądu w kolegialnym składzie w zakresie, w jakim nie uznał on zarzutów, w szczególności tych dotyczących niezgodności art. 12 ust. 1 lit. c) i f) ogłoszenia o zamówieniu z wymogami dowodowymi określonymi w art. 48 dyrektywy 2004/18, a także z zasadami konkurencji, bezstronności i proporcjonalności wynikającymi z kodeksu zamówień publicznych.

18. Wyrokiem z dnia 6 sierpnia 2014 r. Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (sąd ds. administracyjnych i podatkowych w Leirii) oddalił odwołanie Ambisiga, utrzymując w mocy swój wyrok z dnia 11 czerwca 2014 r. Ambisig postanowił odwołać się od tego wyroku do Tribunal Central Administrativo Sul (centralnego sądu administracyjnego dla regionu południowego).

19. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został wystosowany w ramach tego odwołania. Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego) wyraża bowiem wątpliwości co do zakresu wymogów dowodowych przewidzianych w art. 48 dyrektywy 2004/18 oraz zgodności tego artykułu z ogłoszeniem o zamówieniu.

IV – **Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem**

20. Postanowieniem z dnia 29 stycznia 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 5 lutego 2015, Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy wobec braku uregulowania przez prawo portugalskie dziedziny objętej zakresem art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 […] przepis ten znajduje bezpośrednie zastosowanie w portugalskim porządku prawnym w ten sposób, iż przyznaje jednostkom prawo, które mogą podnieść przeciwko instytucjom zamawiającym?

2) Czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie świadczenia usług za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż jest niemożliwe lub bardzo utrudnione uzyskanie oświadczenia od prywatnego nabywcy?

3) Czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia wymagają, aby oświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ?”.

21. Ambisig, rząd portugalski i Komisja Europejska przedstawiły uwagi na piśmie. Podczas rozprawy w dniu 28 stycznia 2016 r. rząd portugalski i Komisja przedstawiły ponadto uwagi ustne.

V – **Analiza**

A – *W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego*

22. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w braku przepisu transponującego w prawie krajowym przepis ten może przyznawać jednostkom prawo, które mogą podnieść przeciwko jednostkom zamawiającym w ramach sporów toczących się przed sądami krajowymi. Należy zatem ustalić ewentualną bezpośrednią skuteczność tego przepisu.

1. Ocena bezpośredniej skuteczności art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18

23. Znane są warunki i granice uznania bezpośredniej skuteczności dyrektywy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w każdym przypadku, gdy przepisy dyrektywy okazują się, ze względu na swoją treść, bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostki mają prawo powoływać się na nie przed sądami krajowymi wobec państwa, zarówno gdy państwo nie dokonało w terminie transpozycji dyrektywy do prawa krajowego, jak i gdy dokonana transpozycja jest nieprawidłowa [3].

24. Przepis prawa Unii uznaje się za bezwarunkowy, jeżeli ustanawia zobowiązanie nieobwarowane żadnymi warunkami ani nieuzależnione w zakresie jego wykonania lub skutków od wydania przez instytucje Unii Europejskiej lub państwa członkowskie jakiegokolwiek aktu [4].

3 — Zobacz podobnie wśród szeregu wyroków wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 18 i przytoczone orzecznictwo).

4 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 15 maja 2014 r., Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, pkt 32); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 49).

25. W mojej ocenie art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 wydaje się spełniać ww. przesłanki bezwarunkowości i precyzyjności. Aby stosować ten przepis, nie są wszakże wymagane żadne dodatkowe środki, gdyż z jednej strony stanowi on, że dowód możliwości technicznych może stanowić wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych, a z drugiej precyzuje, że jeżeli odbiorcą jest nabywca prywatny, dowód stanowi zaświadczenie wystawione przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – oświadczenie wykonawcy.

26. Dodatkowo Trybunał miał już okazję orzec, że art. 26 dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczący koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane [5] może być powoływany przez jednostkę przed sądami krajowymi, ponieważ „żaden szczególny środek wdrażający nie jest konieczny do spełnienia zawartych tam wymogów” [6]. A przecież, nawet jeżeli ów artykuł dyrektywy 71/305 dotyczył wyłącznie zamówień na roboty budowlane, a nie na usługi, przewidziane w tym przepisie zasady dowodzenia możliwości technicznych mogą być uznane za analogiczne do norm art. 48 dyrektywy 2004/18 w aspekcie ich bezwarunkowości i precyzyjności.

27. Wskazuję także, że w ogólnym zarysie Trybunał stwierdził, iż przepisy tytułu VI dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi [7] mogą być podnoszone przez jednostkę przed sądami krajowymi „w takim zakresie, w jakim z indywidualnej analizy ich treści wynika, że są bezwarunkowe i wystarczająco dokładne” [8]. Wśród tych przepisów znajduje się także art. 32, który w ust. 2 przewiduje, że dowodem możliwości technicznych usługodawcy może być „wykaz głównych usług świadczonych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych, [zaś] w przypadku nabywców prywatnych usługę poświadcza nabywca, a w razie braku takiego zaświadczenia wystarczy oświadczenie”.

28. Stwierdzić wszakże należy, że art. 48 ust. 2 dyrektywy 2004/18 powtarza ten przepis prawie w identycznym brzmieniu. Ten ostatni przepis wydaje mi się zatem bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, żeby można było powoływać się na niego przed sądami krajowymi.

2. Konieczność zakwalifikowania instytucji zamawiającej jako „państwa”

29. Jednakowoż, aby Ambisig mógł powoływać się przed sądem krajowym na art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, sąd musi upewnić się, że dana instytucja zamawiająca w postępowaniu głównym nie jest „jednostką”.

30. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa sama nie może bowiem rodzić obowiązków dla jednostki. Zatem przed sądem krajowym nie można powoływać się na nią samą w sobie przeciwko takiej osobie [9].

31. Niemniej, chociaż na bezpośrednią skuteczność przepisów dyrektywy można się powoływać tylko przeciwko państwu, nie ma jednak znaczenia, w jakim charakterze ono występuje [10].

5 — Dz.U. 1971, L 185, s. 5.

6 — Wyrok z dnia 20 września 1988 r., Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, pkt 43).

7 — Dz.U. 1992, L 209, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 322.

8 — Wyrok z dnia 24 września 1998 r., Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, pkt 47).

9 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 26 lutego 1986 r., Marshall (152/84, EU:C:1986:84, pkt 48); z dnia 14 lipca 1994 r., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, pkt 20); a także z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 22).

10 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 23).

32. Tym samym zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „wśród podmiotów, przeciwko którym dopuszczalne jest powołanie się na dyrektywę, która może być bezpośrednio skuteczna, figuruje również podmiot, któremu – niezależnie od jego formy prawnej – na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono wykonywanie usług użyteczności publicznej i który w tym celu dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami” [11].

33. Wydaje się, iż z nazwy instytucji zamawiającej występującej w postępowaniu głównym wynika, że chodzi o zrzeszenie przedsiębiorstw czysto prywatnych, które nie świadczą usług użyteczności publicznej, a w każdym razie nie dysponują wykraczającymi poza obowiązujące normy uprawnieniami do realizacji swoich zadań.

34. W odpowiedzi na pytania Trybunału zadane podczas rozprawy w dniu 28 stycznia 2016 r. przedstawiciel rządu portugalskiego potwierdził, że AICP jest zrzeszeniem prawa prywatnego, które nie wykonywało zadań użyteczności publicznej ani któremu nie powierzono ich świadczenia. Zgodnie z jego wyjaśnieniami wyłącznie w przeważającej części publiczne finansowanie działalności AICP pociągało za sobą stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych [12].

35. W tych okolicznościach Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego) powinien sprawdzić, czy w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych w sporze w postępowaniu głównym AICP było podmiotem, któremu powierzono świadczenie, pod kontrolą organu władzy publicznej, usług użyteczności publicznej, i czy to zrzeszenie przedsiębiorstw dysponowało w tym celu uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami [13].

36. Jeżeli nie miało to miejsca, nie można przeciwko AICP powoływać się na art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18. W takiej sytuacji sąd odsyłający powinien jednak zastosować zasadę wykładni zgodnej i dokonywać wykładni wszelkich właściwych przepisów prawa krajowego tak dalece, jak jest to możliwe, w świetle brzmienia i celu dyrektywy 2004/18, by osiągnąć zamierzony przez nią rezultat, a zatem zastosować się do art. 288 akapit trzeci TFUE [14].

B – *W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego*

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

11 — Wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).

12 — Zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18.

13 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 31).

14 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo). W wyroku z dnia 26 marca 2015 r., Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200) Trybunał wyraźnie potwierdził, w jakiej kolejności odpowiednie rozwiązania powinny mieć zastosowanie w sporze pomiędzy jednostkami: „jeśli prawo krajowe nie może uzyskać wykładni zgodnej z […] dyrektywą – czego zweryfikowanie należy do sądu odsyłającego – na jej [odpowiedni] artykuł nie można się powoływać w sporze pomiędzy jednostkami […], w celu zapewnienia pełnej skuteczności [danego przepisu] prawa [krajowego] i niedopuszczenia do stosowania [żadnego] przepisu prawa sprzecznego z dyrektywą. Ponadto w takiej sytuacji strona pokrzywdzona niezgodnością prawa krajowego z prawem Unii mogłaby jednak powołać się na orzecznictwo [dotyczące odpowiedzialności pozaumownej państw członkowskich z tytułu naruszenia prawa Unii] wynikające z wyroku z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428) w celu ewentualnego uzyskania naprawienia poniesionej szkody (zob. wyrok z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 43)” (pkt 48). Innymi słowy, jeżeli w sporze pomiędzy jednostkami sąd krajowy nie zdoła dokonać wykładni prawa krajowego zgodnie z odpowiednią dyrektywą, nie będzie mógł tej dyrektywy zastosować, przy czym nie będzie także mógł odstąpić od stosowania niezgodnego [z prawem Unii] przepisu krajowego. W takim przypadku jedynym środkiem zaradczym, którym dysponuje poszkodowany podmiot prywatny, jest pociągnięcie do odpowiedzialności państwa członkowskiego za naruszenie prawa Unii.

38. Sąd odsyłający zwraca się zatem do Trybunału z pytaniem o ewentualną hierarchię środków dowodowych dopuszczalnych w świetle art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18.

39. Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) dyrektywy 2004/18 stanowi, że dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat. W przypadku gdy odbiorcą był nabywca prywatny, aby udowodnić rzeczywistą realizację rzeczonych świadczeń (dostaw lub usług), tiret drugie tego przepisu przewiduje dwie możliwości. Może to być „zaświadczeni[e] wystawion[e] przez nabywcę, a *w razie braku* [takiego zaświadczenia] oświadczeni[e] wykonawcy” [15].

40. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przy dokonywaniu wykładni przepisu prawa Unii należy brać pod uwagę nie tylko jego brzmienie, lecz także kontekst, w jakim został umieszczony, oraz cele regulacji, której stanowi on część [16].

41. A zatem – jak stwierdziła rzecznik generalna V. Trstenjak w pkt 37 swojej opinii w sprawie Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99) – „*punktem wyjścia* i jednocześnie granicą każdej wykładni jest zawsze brzmienie przepisu” [17]. Podzielam ponadto stanowisko rzecznika generalnego P. Légera, który twierdzi, że wykładnie inne niż w oparciu o samo brzmienie nie znajdą zastosowania, gdy dany przepis jest zupełnie jasny i jednoznaczny. „W takim bowiem przypadku przepisy prawa [Unii] są samowystarczalne” [18].

42. W tej sprawie uznać należy zatem, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) dyrektywy 2004/18 posiada wymaganą jasność i jednoznaczność i to we wszystkich wersjach językowych.

43. Wyrażenie „w razie braku” użyte w tym przepisie oznacza „pod nieobecność” [19], „zamiast”, a także „przy niedoborze” [20]. Tym samym nie można interpretować go inaczej niż w sensie hierarchizacji pojęć. Dokładniej środek dowodowy, który następuje po wyrażeniu „w razie braku” – tj. oświadczenie wykonawcy – w sposób nieunikniony przybiera charakter pomocniczy w stosunku do tego, co go poprzedza, tj. zaświadczenia nabywcy.

44. Niektóre wersje językowe są jeszcze wyraźniejsze, ponieważ nie zadowalają się wyrażeniem analogicznym do „w razie braku”, ale oświadczenie wykonawcy dopuszczają dopiero pod wyraźną nieobecność zaświadczenia nabywcy, o którym mowa wcześniej [21].

45. Ponadto, gdyby wykonawca mógł dowolnie wybierać środek dowodowy spomiędzy dopuszczonych w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, wyrażenie „w razie braku” nie miałoby sensu. Samodzielne sporządzenie oświadczenia zawsze byłoby dla wykonawcy łatwiejsze niż występowanie o zaświadczenie do osoby trzeciej.

15 — Wyróżnienie moje.

16 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 3 grudnia 2009 r., Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, pkt 24); z dnia 22 listopada 2012 r., Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, pkt 13); z dnia 19 grudnia 2013 r., Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, pkt 34); a także z dnia 16 lipca 2015 r., Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, pkt 35).

17 — Wyróżnienie moje.

18 — Opinia rzecznika generalnego P. Légera w sprawie Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, pkt 88). Zobacz także, a contrario, wyrok z dnia 11 listopada 2015 r., Tecom Mican i Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, pkt 35).

19 — Zgodnie z definicją słownika *Le Petit Robert*, 2014.

20 — Zgodnie z definicjami słownika *Larousse.fr*.

21 — Zobacz m.in. wersja hiszpańska, w której art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) dyrektywy 2004/18 ma następujące brzmienie: „cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [à défaut de ce certificat], simplemente mediante una declaración del operador económico” (wyróżnienie moje). W wersji włoskiej jest mowa także o sytuacji „in mancaza di tale attestazione”. Także w wersji włoskiej prawodawca Unii nawiązuje do sytuacji, w której „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist”. Wersja grecka jest jeszcze jaśniejsza, ponieważ dotyczy „niemożliwości” zaświadczenia od nabywcy: „εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [jeżeli nie jest to możliwe], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα” (wyróżnienie moje).

46. Oświadczenie wykonawcy stanowi zatem pomocniczy środek dowodowy, w sytuacji gdy niemożliwe było uzyskanie zaświadczenia nabywcy. W takim przypadku na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że otrzymanie rzeczonego zaświadczenia było niemożliwe.

47. Skoro art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18 dopuszcza wykluczenie z przetargu każdego wykonawcy, który „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy", instytucja zamawiająca musi mieć możliwość potwierdzenia prawdziwości tych informacji lub powodu ich braku.

48. Możliwość weryfikacji przez instytucję zamawiającą jest konieczna, tym bardziej że Trybunał orzekł już, iż zgodnie z zasadą równego traktowania oraz wynikającym zeń obowiązkiem przejrzystości, którym podlegają instytucje zamawiające na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18, muszą one „ściśle przestrzegać kryteriów, które sam[e] ustalił[y], przez co mu[szą] on[e] wykluczyć z przetargu wykonawcę, który nie dostarczył dokumentu lub informacji, których dostarczenie było wymagane przez dokumentację przetargową pod rygorem wykluczenia"[22].

49. Niemniej, jak podkreśla Komisja w swoich uwagach na piśmie, ten dodatkowy wymóg musi być zgodny z zasadą proporcjonalności.

50. Oznacza to z jednej strony, że skorzystanie z oświadczenia wykonawcy nie może zostać ograniczone do absolutnej niemożliwości uzyskania od nabywcy zaświadczenia (jak np. w przypadku upadłości). Wystarczyłaby przeszkoda w uzyskaniu takiego zaświadczenia w postaci zwyczajnej, niczym nieuzasadnionej odmowy nabywcy lub żądania przez nabywcę finansowej gratyfikacji. Z drugiej strony dowód tej niemożliwości powinien zostać oceniony in concreto. Tym samym, o ile w przypadku upadłości można byłoby wymagać przedłożenia dokumentu urzędowego, o tyle do udowodnienia złej woli nabywcy wystarczyłaby zwykła wymiana korespondencji lub brak odpowiedzi (potwierdzony np. ponagleniem lub szeregiem ponagleń).

51. Podsumowując, uważam, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie świadczenia usług za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż jest niemożliwe lub bardzo utrudnione uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy.

C – *W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego*

52. W trzecim pytaniu sąd odsyłający zwraca się o udzielenie odpowiedzi, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia wymagają, aby zaświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

53. Wątpliwości sądu odsyłającego wynikają z brzmienia portugalskiej wersji językowej art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18. Rzeczywiście jest tam mowa o „declaração *reconhecida* do adquirente"[23], tj. o zaświadczeniu „uznanym" lub „poświadczonym". Tymczasem przymiotnik ten nie występuje w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie rzeczonej dyrektywy w innych wersjach językowych.

22 — Wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 42). Zobacz także pkt 43 tego wyroku, jeśli chodzi o odwołanie do zasad równego traktowania i przejrzystości, a także art. 2 dyrektywy 2004/18.

23 — Wyróżnienie moje.

54. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału sformułowania użytego w jednej z wersji językowych przepisu prawa Unii nie można traktować jako jedynej podstawy jego wykładni lub przyznawać mu w tym zakresie pierwszeństwa względem innych wersji językowych. Przepisy prawa Unii należy bowiem interpretować i stosować w sposób jednolity w świetle wersji sporządzonych we wszystkich językach urzędowych Unii. W przypadku wystąpienia rozbieżności między różnymi wersjami językowymi aktu prawa Unii dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego jest on częścią [24].

55. Owa zasada równorzędności lub równości językowej nie sięga aż tak daleko, aby uniemożliwiać Trybunałowi odstąpienie od stosowania wersji językowej o treści sprzecznej z powszechnym rozumieniem przyjętym w innych wersjach językowych, stosując wykładnię kontekstową lub celowościową tego przepisu [25].

56. W omawianym przypadku powszechne rozumienie terminu użytego w innych wersjach językowych niewątpliwie samo w sobie nie daje zdecydowanej odpowiedzi na postawione pytanie prejudycjalne. Niemniej kontekst, w jaki wpisuje się art. 48 dyrektywy 2004/18, i jego ewolucja, a także jego wykładnia celowościowa prowadzą do uznania, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 nie wymaga, aby zaświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

1. Brzmienie art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18

57. Porównując różne wersje językowe art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, okazuje się, że określenie „reconhecida” („uznany” lub „poświadczony”) figuruje wyłącznie w portugalskiej wersji językowej i jest to także jedyna wersja, która używa tego samego terminu na obydwa przewidziane środki dowodowe.

58. W innych wersjach językowych słowo „oświadczenie” jest zarezerwowane dla drugiej sytuacji (oświadczenie wykonawcy), a tymczasem sytuacja pierwsza dotyczy „zaświadczenia” przez nabywcę realizacji dostaw lub usług. I tak właśnie w wersjach m.in. hiszpańskiej, niemieckiej, angielskiej, a także francuskiej pojawiają się terminy „certificado” i „declaración”, „Bescheinigung” i „Erklärung”, „certification” i „declaration”, a także „certification” i „déclaration” [26].

59. Użycie różnych słów w każdej z dwóch hipotez art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 może potwierdzać wolę prawodawcy Unii, aby zróżnicować ciężar dowodu w każdej z tych dwóch hipotez. Różnice między terminami „zaświadczenie” a „oświadczenie” wskazywałyby na ściślejsze wymogi formalne w pierwszym przypadku. Taką wykładnię potwierdzałoby brzmienie portugalskiej wersji językowej, która stosuje termin „oświadczenie” w obydwu przypadkach, ale tylko w pierwszym przypadku opatruje ten termin przymiotnikiem „uznany” lub „poświadczony”.

24 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2015 r., Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

25 — Zobacz podobnie K. Lenaerts i J.A.Guttiérrez-Fons, „To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice”, *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, s. 3–61, w szczególności s. 14 oraz autorzy cytowani w przypisie 78.

26 — Pragnę zauważyć, że wersja słowacka używa terminów „potvrdením”, które można tłumaczyć raczej jako „uznanie” niż „zaświadczenie”, oraz „vyhlásením” [w wersji polskiej: „zaświadczenie” i „oświadczenie” – przyp. tłum.].

60. Niemniej jednak nie mogę pominąć całkowicie faktu, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 dopuszcza zaświadczenie *nabywcy* jako dowód świadczenia usług, na które powołuje się wykonawca, przy czym nie wspomina o żadnym dokumencie urzędowym ani o działaniu osoby trzeciej. Tymczasem, w braku takiego doprecyzowania, powszechne rozumienie słowa „zaświadczenie" nie oznacza niczego innego jak czynność zapewnienia czegoś w formie pisemnej [27].

61. Należy zatem stwierdzić, że dosłowne brzmienie analizowanego przepisu nie pozwala samo w sobie uzyskać wymaganej pewności co do jego wykładni.

2. Wykładnia systemowa art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18

62. Przede wszystkim z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że art. 48 dyrektywy 2004/18 ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji, którymi dysponują instytucje zamawiające, a tym samym *możliwości redagowania przez nie wymogów* [28].

63. Trybunał uściślił ponadto, że nawet przy katalogu otwartym (takim jak przewidziany w art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18, jeśli chodzi o dowody zdolności finansowej i ekonomicznej kandydatów), prawo instytucji zamawiających nie jest ograniczone, a elementy powinny być wybierane „pod warunkiem że są one obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat [tej] zdolności […], lecz nie wykracza[ją] poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne" [29].

64. Tym bardziej nie może być inaczej w przypadku wymogów przewidzianych w zamkniętym katalogu środków dowodowych art. 48 dyrektywy 2004/18. Wymaganie notarialnie poświadczonego podpisu nabywcy prywatnego, który zaświadcza o realizacji usługi przez wykonawcę przystępującego do przetargu, w mojej ocenie wydaje się wykraczać poza to, co jest niezbędne w celu dostarczenia dowodu na możliwości techniczne kandydata i przesadnie sformalizowane w porównaniu z oświadczeniem przystępującego do przetargu wykonawcy, stanowiącym pomocniczy środek dowodowy dopuszczony na mocy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18.

65. Jeżeli instytucja zamawiająca ma wątpliwości co do prawdziwości przedłożonego jej dokumentu, w mojej ocenie może także zażądać dodatkowych informacji, które mogą wykazać autentyczność przekazanego zaświadczenia. W ramach analizy kontekstowej nie można zapomnieć, że art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18 dopuszcza wykluczenie z przetargu wykonawcy, który jest „winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania [wymaganych] informacji".

66. Dodatkowo ewolucja właściwych przepisów także przemawia za wymogiem zaświadczenia bez formy szczególnej.

67. Idea leżąca u podstaw art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 przedstawiona już była w dyrektywie 92/50, ale w odrobinę innym brzmieniu. Zgodnie z art. 32 ust. 2 lit. b) tiret drugie dyrektywy 92/50 usługa, na którą powoływał się wykonawca jako na dowód swoich możliwości technicznych, miała bowiem „być poświadczona *przez nabywcę*" [30].

68. O ile w czasowniku „poświadczać" odnajdujemy ideę „zaświadczenia", to brak działania jakiejkolwiek zinstytucjonalizowanej osoby trzeciej jest jeszcze bardziej widoczny, gdyż akcent położony był jasno na działaniu nabywcy, gdyż to *przez* niego poświadczona miała zostać usługa.

27 — Zgodnie ze słownikiem *Le Petit Robert*, 2014 „certification" (zaświadczenie), w pierwszej kolejności, jest terminem prawniczym i oznacza „assurance donnée par écrit" (zapewnienie udzielone w formie pisemnej). W języku hiszpańskim, zgodnie ze słownikiem on-line Real Academia Española, słowo „certificado" odsyła do terminu „certificación", który można zdefiniować jako dokument, w którym zapewniona jest prawdziwość jakiejś okoliczności faktycznej.

28 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., Édukövízig i Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 28.

29 — Wyrok z dnia 18 października 2012 r., Édukövízig i Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 29.

30 — Wyróżnienie moje.

69. Ponadto można także stwierdzić, że portugalska wersja językowa dyrektywy 92/50 stosowała już termin „declaração” dla obydwu środków dowodowych, ale w pierwszym przypadku nie był on opatrzony żadnym przymiotnikiem.

70. Tymczasem brzmienie art. 32 ust. 2 dyrektywy 92/50 w projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi i roboty budowlane [COM(2000) 275 wersja ostateczna] [31] początkowo nie było zmieniane i wynikiem tego było przyjęcie art. 48 ust. 2 dyrektywy 2004/18.

71. Dopiero po wprowadzeniu poprawek Parlamentu Europejskiego, które dotyczyły z jednej strony udziału zgrupowania wykonawców, a z drugiej strony kwestii związanych z ochroną środowiska i zdrowia, a także bezpieczeństwa pracowników, art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 został zredagowany w swoim obecnym brzmieniu [32].

72. Zmiana brzmienia spornego przepisu nie może zatem stanowić argumentu, ponieważ względy, które doprowadziły do takiej zmiany, absolutnie nie wskazują na to, że wolą prawodawcy było większe sformalizowanie środków dowodowych w przypadku zaświadczenia nabywcy o realizacji usług przez wykonawcę.

73. Przeciwnie, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18 [33] idzie jeszcze dalej w kierunku łagodzenia formy szczególnej środków dowodowych, eliminując wszelkie odniesienia do jakiegokolwiek zaświadczenia nabywcy.

74. Obecnie art. 60 ust. 4 tej dyrektywy, który zastąpił art. 48 ust. 2 dyrektywy 2004/18, stanowi po prostu, że „[w] zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw lub usług, zdolność techniczną wykonawcy można udowodnić za pomocą co najmniej jednego ze środków wymienionych w załączniku XII część II”.

75. Zaś zgodnie z częścią II lit. a) ppkt (ii) załącznika XII do dyrektywy 2014/24 środki stanowiące dowód zdolności technicznej wykonawców to „wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych nie wcześniej niż w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców publicznych lub prywatnych; w razie potrzeby, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji, instytucje zamawiające mogą wskazać, iż dowody dotyczące odpowiednich dostaw lub usług zrealizowanych bądź wykonanych ponad trzy lata wcześniej nie zostaną uwzględnione”. Znikła zatem konieczność dołączania do tej listy zaświadczenia nabywcy.

76. Nawet jeżeli ta nowa dyrektywa 2014/24 uchylająca dyrektywę 2004/18 nie znajduje zastosowania do sprawy w postępowaniu głównym, to jest ona użyteczna, ponieważ ujawnia współczesną wolę prawodawcy Unii. Ta nowa dyrektywa może zatem pomóc w nadaniu aktualnego znaczenia wcześniejszemu podobnemu przepisowi, jednakże pod warunkiem, że nie będzie to contra legem.

77. W mojej ocenie w omawianym przypadku wydaje się, że dyrektywa 92/50 oraz dyrektywa 2014/24 nie zakłócają brzmienia przepisu, który znajduje zastosowanie, i potwierdzają ustawiczną wolę prawodawcy Unii, aby nie nakładać na dowód zdolności technicznej wykonawcy wymogu formy szczególnej.

31 — Dz.U. 2001, C 29 E, s. 11. Zobacz art. 49 ust. 3 ww. projektu dyrektywy.

32 — Zobacz zmieniony projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczący koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane [COM(2002) 236 wersja ostateczna, Dz.U. 2002, C 203 E, s. 210, w szczególności s. 223 i 224].

33 — Dz.U. 2014, L 94, s. 65.

78. Innymi słowy, umieszczony w swoim kontekście i w perspektywie historycznej art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 nie wymaga niczego innego niż zapewnienie przez nabywcę, że usługa wskazana przez wykonawcę w celu otrzymania zamówienia była rzeczywiście świadczona.

3. Wykładnia celowościowa art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18

79. Dodatkowo taka wykładnia jest zgodna z celem dyrektywy 2004/18 polegającym na ułatwianiu swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także, bardziej ogólnie, zapewnienie otwarcia zamówień publicznych na konkurencję [34].

80. Żądanie zaś od nabywcy zaświadczenia uwiarygodnionego przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ w mojej ocenie byłoby sprzeczne z zamierzonym celem.

81. Wymóg ten mógłby faktycznie zniechęcić niektórych potencjalnych kandydatów, którzy w obliczu praktycznych trudności (np. z uwagi na terminy ustalone w ogłoszeniu o zamówieniu) w spełnieniu tego dodatkowego warunku mogliby zrezygnować ze złożenia oferty.

4. Wnioski w przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego

82. W związku z powyższym uważam, że wykładnia kontekstowa i celowościowa art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 potwierdza powszechne rozumienie zawartego tam terminu „zaświadczenie" i nie należy wyciągać nadzwyczajnych wniosków z faktu dodania w wersji portugalskiej słowa „reconhecida".

83. Kontekst, w jaki wpisuje się art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, oraz jego ewolucja, a także wykładnia celowościowa prowadzą do wniosku, że należy przepis ten interpretować w taki sposób, że słowo zaświadczenie" lub użyty w portugalskiej wersji językowej termin „poświadczone oświadczenie" nie wymaga formy szczególnej.

84. W związku z powyższym uważam, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia wymagają, aby zaświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

VI – **Wnioski**

85. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne, z którymi wystąpił Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego, Portugalia) w następujący sposób:

1) Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że w razie braku jego transpozycji do prawa krajowego może przyznawać jednostkom prawo, które mogą podnieść przeciwko instytucjom zamawiającym w sporach prowadzonych w sądach krajowych, pod warunkiem że dana instytucja zamawiająca odpowiada pojęciu państwa w rozumieniu orzecznictwa Trybunału.

34 — Zobacz motyw 2 dyrektywy 2004/18.

2) Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie świadczenia usług za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż jest niemożliwe lub bardzo utrudnione uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy.

3) Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia wymagają, aby zaświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.