Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
RIMVYDASA NORKUSA
przedstawiona w dniu 10 lipca 2025 r.[1]

Sprawa C-769/23

Mara soc. coop. arl
przeciwko
Ministero della Difesa,
Gruppo Samir Global Service Srl

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Instytucja zamawiająca – Włoskie ministerstwo obrony – Zamówienie na usługi – Transport sprzętu, w tym w szczególności sprzętu wojskowego – Dyrektywa 2009/81/WE – Artykuł 3 – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 16 – Zamówienia mieszane obejmujące aspekty obronności i bezpieczeństwa – Określenie mającej zastosowanie dyrektywy – Usługi znormalizowane – Usługi pracochłonne – Kryteria udzielenia zamówienia – Ustanowiony w prawie krajowym zakaz stosowania kryterium najniższej ceny

I. Wprowadzenie

1. Niniejsza sprawa dotyczy prowadzonej przez Ministero della Difesa (ministerstwo obrony, Włochy; zwane dalej „ministerstwem") procedury otwartej o udzielenie zamówienia na usługi niewymagające kwalifikacji, związane w szczególności z załadunkiem, rozładunkiem i transportem materiałów[2]. Wydaje się, że do tych materiałów zaliczają się amunicja i materiały

[1] Język oryginału: angielski.

[2] Artykuł 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest mowa o usługach „okazjonalnej pracy" polegającej na „czynnościach załadunku i rozładunku, składania i rozkładania paczek, układania w stosy i rozładowywania materiałów przyjmowanych i wydawanych, przemieszczania materiałów oraz wszelkich innych czynnościach określanych jako praca niewymagająca kwalifikacji na potrzeby magazynów, zakładów przemysłowych, instytucji, okrętów wojennych lub lotnisk wojskowych oraz jednostek wojskowych", s. 33. Zobacz pkt 8 wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

wybuchowe[3]. Rozpatrywane usługi są pracochłonne[4], a jednocześnie mają „znormalizowane cechy”[5]. Przedmiotowe zamówienie zostało udzielone na podstawie kryterium najniższej ceny. Prawo włoskie przewiduje jednak, że zamówienia na usługi pracochłonne powinny być udzielane na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, opartego na najlepszym stosunku jakości do ceny[6]. Z kolei zamówienia na usługi o „znormalizowanych cechach”[7] mogą być udzielane na podstawie kryterium najniższej ceny, z wyjątkiem przypadków, w których usługi te są pracochłonne[8].

2. Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) zmierza przede wszystkim do ustalenia, czy zasada proporcjonalności i art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE[9] stoją na przeszkodzie ustanowionemu w prawie krajowym zakazowi stosowania kryterium udzielenia zamówienia w oparciu o najniższą cenę w przypadku, gdy dane usługi są zarówno pracochłonne, jak i znormalizowane. Pomocniczo sąd odsyłający zwraca się do Trybunału z pytaniem, czy instytucja zamawiająca dysponuje zakresem uznania przy wyborze kryterium udzielenia zamówienia, zważywszy w szczególności, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, iż wynagrodzenia pracowników zatrudnionych przy realizacji zamówienia są wypłacane na podstawie odpowiedniego krajowego sektorowego układu zbiorowego pracy oraz iż ewentualna zaoferowana obniżka może zostać udzielona jedynie w odniesieniu do potencjalnego zysku oferenta, który został ustalony na poziomie 5 % wartości zamówienia podanej w ogłoszeniu o zamówieniu[10].

[3] W odpowiedzi na wystosowane przez Trybunał pytania na piśmie (zob. pkt 22 niniejszej opinii) rząd włoski oświadczył, że usługi, o których mowa, dotyczą transportu różnego rodzaju towarów, w związku z czym dla każdej części wymagany był jeden wykonawca. Rząd ten potwierdził również, że część (aczkolwiek nie większą część) tych towarów stanowi „sprzęt wojskowy” w rozumieniu art. 1 pkt 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. 2009, L 216, s. 76). Zobacz Decreto di aggiudicazione prot. N. 0021670 (dekret o udzieleniu zamówienia prot. nr 0021670) z dnia 16 listopada 2022 r., którą zamówienie w części nr 6 zostało udzielone spółce Mara i w której jest mowa w szczególności o amunicji i materiałach wybuchowych. W odpowiedzi na wystosowane przez Trybunał pytania na piśmie spółka Mara zakwestionowała fakt, że przedmiotowe zamówienie dotyczy sprzętu wojskowego. W ostatecznym rozrachunku jest to kwestia faktyczna, której rozstrzygnięcie należy do sądu odsyłającego.

[4] Zgodnie z art. 50 ust. 1 decreto legislativo n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (dekretu ustawodawczego nr 50 – kodeks zamówień publicznych) z dnia 18 kwietnia 2016 r. (zwanego dalej „kodeksem zamówień publicznych”) oznacza to, że koszty pracy wynoszą co najmniej połowę całkowitej wartości zamówienia. Zobacz pkt 13 niniejszej opinii.

[5] Sąd odsyłający wskazał, że w ustawie włoskiej nie zdefiniowano „usług […] o »znormalizowanych cechach«, lecz […] zamierzano odnieść się w niej […] do usług cechujących się dużą powtarzalnością i pozbawionych elementów zindywidualizowanych (np. usług o znaczeniu technologicznym lub innowacyjnym), w przypadku których trudno sobie wyobrazić wkład oferenta, który mógłby wpłynąć na oczekiwanie, że świadczona będzie jednolita usługa; wobec tego, ze względów ekonomii i szybkości postępowania dopuszczalne jest zastosowanie kryterium najniższej ceny, gdyż nie ma szczególnego uzasadnienia dla kryterium, które opiera się na procedurze konkurencyjnej odnoszącej się do najwyższej jakości technicznej”.

[6] Na określenie tego kryterium używa się też niekiedy skrótowca „MEAT”. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa włoskiego w ramach tego kryterium uwzględnia się w szczególności aspekty jakościowe, środowiskowe i społeczne. Zobacz art. 95 ust. 6 kodeksu zamówień publicznych.

[7] W niniejszej opinii będę także określał te usługi mianem „usług znormalizowanych”.

[8] Zobacz: art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych; pkt 15 niniejszej opinii.

[9] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

[10] Zobacz w szczególności pkt 6, 9, 10 wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2009/81

3. Artykuł 1, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„Na użytek niniejszej dyrektywy stosuje się następujące definicje:

[…]

6) »sprzęt wojskowy« oznacza sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicję lub materiały wojenne;

[…]”.

4. Artykuł 2, zatytułowany „Zakres stosowania”, brzmi:

„Z zastrzeżeniem art. 30, 45, 46, 55 i 296 Traktatu, niniejszą dyrektywę stosuje się do zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony, których przedmiotem są:

a) dostawy wyposażenia wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;

b) dostawy newralgicznego wyposażenia, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;

c) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. a) i b) w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania;

d) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi”.

5. Artykuł 3, zatytułowany „Zamówienia mieszane”, ma następujące brzmienie:

„1. Zamówienie dotyczące robót budowlanych, dostaw lub usług objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy i częściowo dyrektywy [2004/17] lub dyrektywy [2004/18] jest przyznawane zgodnie z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

[…]”.

6. Artykuł 47, zatytułowany „Kryteria udzielenia zamówienia”, stanowi:

„1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących wynagradzania z tytułu niektórych usług, instytucje/podmioty zamawiające udzielają zamówień na podstawie:

a) w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, różnych kryteriów odnoszących się do danego zamówienia, przykładowo jakości, ceny, wartości technicznej, właściwości funkcjonalnych, aspektów środowiskowych, kosztów użytkowania, kosztów cyklu życia, rentowności, serwisu posprzedażnego i pomocy technicznej, terminu dostarczenia oraz czasu dostarczenia lub realizacji, bezpieczeństwa dostaw, interoperacyjności oraz właściwości operacyjnych; lub

b) najniższej ceny.

[…]”.

2. Dyrektywa 2014/24

7. Artykuł 2 ust. 1 pkt 9 stanowi, że „zamówienia publiczne na usługi” oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest świadczenie usług innych niż usługi będące przedmiotem „zamówień publicznych na roboty budowlane”, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 6.

8. Artykuł 15, zatytułowany „Obronność i bezpieczeństwo”, brzmi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień publicznych udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz konkursów organizowanych w tych dziedzinach, z wyjątkiem następujących zamówień:

a) zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy [2009/81];

[…]”.

9. Artykuł 16, zatytułowany „Zamówienia mieszane obejmujące aspekty obronności lub bezpieczeństwa”, ma następujące brzmienie:

„1. W przypadku zamówień mieszanych, których przedmiotem jest zamówienie objęte przepisami niniejszej dyrektywy i zamówienie objęte art. 346 TFUE lub przepisami dyrektywy [2009/81], zastosowanie ma niniejszy artykuł.

2. W przypadku gdy poszczególne części danego zamówienia publicznego można obiektywnie rozdzielić, instytucje zamawiające mogą zadecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia.

[…]

W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, mający zastosowanie reżim prawny określa się na podstawie następujących kryteriów:

[…]

b) w przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta dyrektywą [2009/81], zamówienia można udzielić zgodnie z tą dyrektywą, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Niniejsza litera pozostaje bez uszczerbku dla progów i wyłączeń przewidzianych w tej dyrektywie.

Decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie może być jednak podjęta w celu wyłączenia zamówień ze stosowania niniejszej dyrektywy lub dyrektywy [2009/81].

[…]

4. Jeżeli poszczególnych części danego zamówienia nie da się w obiektywny sposób rozdzielić, zamówienia można udzielić bez stosowania niniejszej dyrektywy, gdy obejmuje ono elementy, do których ma zastosowanie art. 346 TFUE; w innym razie można go udzielić zgodnie z dyrektywą [2009/81]".

10. Artykuł 18, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień", stanowi:

„1. Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

[…]

2. Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X".

11. Artykuł 67, zatytułowany „Kryteria udzielenia zamówienia", brzmi:

„1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących cen określonych dostaw lub wynagradzania z tytułu określonych usług, instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie.

2. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia zgodnie z art. 68; może ona obejmować najlepszą

relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. Kryteria takie mogą np. obejmować:

a) jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki;

b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; lub

c) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Składnik kosztowy może również mieć postać stałej ceny lub kosztu stałego, na podstawie których wykonawcy konkurują wyłącznie w oparciu o kryteria jakościowe.

Państwa członkowskie mogą postanowić, że instytucje zamawiające nie mogą stosować wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia, lub ograniczyć ich zastosowanie do określonych kategorii instytucji zamawiających lub określonych rodzajów zamówień.

[…]

4. Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia […]".

12. Artykuł 70, zatytułowany „Warunki realizacji zamówień", ma następujące brzmienie:

„Instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 3 i wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Warunki te mogą obejmować aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem".

B. Prawo włoskie

13. Artykuł 50 ust. 1 kodeksu zamówień publicznych [11] stanowi:

„W przypadku udzielania koncesji oraz zamówień na roboty budowlane i usługi inne niż usługi o charakterze intelektualnym, ze szczególnym uwzględnieniem zamówień pracochłonnych, ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia informacyjne i zaproszenia muszą zawierać, zgodnie z zasadami Unii Europejskiej, szczególne klauzule społeczne mające na celu promowanie stabilności zatrudnienia zatrudnionych pracowników, przewidujące stosowanie przez wybranego

[11] W brzmieniu obowiązującym w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy.

oferenta sektorowych układów zbiorowych pracy, o których mowa w art. 51 decreto legislativo n. 81 [(dekretu ustawodawczego nr 81)] z dnia 15 czerwca 2015 r. Usługi pracochłonne to takie, w których koszt pracy wynosi co najmniej 50 % całkowitej kwoty zamówienia".

14. Artykuł 95 ust. 3 kodeksu zamówień publicznych brzmi:

„Następujących zamówień udziela się wyłącznie na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, określonej na podstawie najlepszego stosunku jakości do ceny:

a) zamówienia dotyczące usług społecznych oraz usług żywienia w szpitalach, szkołach i placówkach opiekuńczych, a także usług pracochłonnych, określonych w art. 50 ust. 1 […],

[…]".

15. Artykuł 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych ma następujące brzmienie:

„Kryterium najniższej ceny może być stosowane:

[…]

b) w przypadku usług i dostaw, które mają znormalizowane cechy lub których warunki określa rynek, z wyjątkiem usług pracochłonnych, o których mowa w ust. 3 lit. a)".

III. Spór w postępowaniu głównym i pytanie prejudycjalne

16. W dniu 14 lipca 2022 r. ministerstwo wszczęło procedurę otwartą w ramach Unii Europejskiej [12] w celu udzielenia zamówienia na usługi niewymagające kwalifikacji, związane między innymi z transportem towarów w 2023 r. [13]. Zamówienie, które mogło zostać przedłużone na okres trzech lat, zostało podzielone na dziewięć części. Postępowanie przed sądem odsyłającym dotyczy części nr 6 [14]. Z uwagi na fakt, że przedmiotem tej części zamówienia były usługi znormalizowane, zastosowanym kryterium udzielenia zamówienia było, zgodnie z art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych, kryterium najniższej ceny. Spółka Mara s.c.r.l. (zwana dalej „spółką Mara"), spółka Gruppo SAMIR Global Service s.r.l. (zwana dalej „spółką Samir") oraz inny oferent zaproponowały obniżkę w wysokości 100% w odniesieniu do zamówienia w części nr 6 [15]. Zamówienie zostało udzielone spółce Mara w wyniku losowania.

[12] Na podstawie art. 60 kodeksu zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy.

[13] Ogłoszenie o zamówieniu nr 3144713.

[14] CIG 9351659124 – kod NUTS ITH41, która to część dotyczy „Aeronautica Militare area nord" (sił powietrznych w obszarze północnym), na kwotę 532 786,89 EUR (szacunkowa całkowita wartość zamówienia w zaproszeniu do składania ofert: 5 200 565,31 EUR bez VAT lub innych podatków i składek przewidzianych ustawą). Według sądu odsyłającego „[d]la celów progu [unijnego], a zatem zgodnie z art. 35 decreto legislativo [(dekretu ustawodawczego)] nr 50 z 2016 r. wartość części zamówienia – w tym kwoty z tytułu ewentualnych przedłużeń zamówienia – została wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako łączna kwota 3 463 114,72 EUR bez VAT (a jako całkowitą wartość zamówienia, również dla celów progu [unijnego], wskazano kwotę 33 803 674,52 EUR bez VAT)".

[15] Sąd odsyłający zauważył, że „art. 17 akapit drugi specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowił, co następuje: »biorąc pod uwagę, że wnioskowana obniżka procentowa będzie miała zastosowanie jedynie do wynagrodzenia za usługę, koszty pracy pozostaną niezmienione, ponieważ wynagrodzenia pracowników są wypłacane na podstawie sektorowego układu zbiorowego pracy. W związku z tym cele, o których mowa w art. 50 [kodeksu zamówień publicznych], polegające przede wszystkim na zapewnieniu poziomu zatrudnienia i ochronie pracowników poprzez stosowanie krajowych układów zbiorowych pracy, pozostają nienaruszone«".

17. Spółka Samir zaskarżyła decyzję o udzieleniu zamówienia do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy) [16]. W dniu 11 kwietnia 2023 r. [17]. sąd ten uwzględnił skargę spółki Samir i stwierdził nieważność ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do rozpatrywanej części. Uznał on, że zgodnie z art. 95 ust. 3 lit. a) kodeksu zamówień publicznych zamówienia należało udzielić na podstawie najlepszego stosunku jakości do ceny. Z uwagi na fakt, że analizowane usługi są pracochłonne, art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych, który odnosi się do stosowania kryterium najniższej ceny w przypadku usług znormalizowanych, nie znajduje zastosowania.

18. Spółka Mara wniosła do sądu odsyłającego apelację od tego wyroku, natomiast spółka Samir wniosła apelację wzajemną. W postępowaniu przed sądem odsyłającym spółka Mara podniosła w szczególności, że art. 95 ust. 3 lit. a) kodeksu zamówień publicznych narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów dyrektywy 2014/24. Kryterium najniższej ceny może być dopuszczalne w przypadku wysoce znormalizowanych towarów lub usług, takich jak te w niniejszej sprawie, ponieważ nie istnieje żadna rzeczywista potrzeba uzyskania zróżnicowanych ofert technicznych, co „niepotrzebnie utrudniłoby procedurę przetargową i naruszyłoby konstytucyjną zasadę dobrej administracji". W art. 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, że wynagrodzenia pracowników należy wypłacać zgodnie z krajowym sektorowym układem zbiorowym pracy. Ewentualna obniżka może zatem być dokonywana wyłącznie w odniesieniu do wynagrodzenia za usługę w ramach zamówienia publicznego. „W związku z tym cele, o których mowa w art. 50 [kodeksu zamówień publicznych], polegające przede wszystkim na zapewnieniu poziomu zatrudnienia i ochronie pracowników poprzez stosowanie krajowych układów zbiorowych pracy, pozostają nienaruszone" [18].

19. Sąd odsyłający zauważa, że zgodnie z art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych kryterium najniższej ceny *może* być stosowane w odniesieniu do usług znormalizowanych. Niemniej jednak zamówienia na usługi pracochłonne muszą być udzielane wyłącznie na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie [19], jak przewiduje to art. 95 ust. 3 lit. a) tego kodeksu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem krajowym zamówienia na usługi pracochłonne w rozumieniu art. 50 ust. 1 i art. 95 ust. 3 lit. a) kodeksu zamówień publicznych są, w każdym wypadku, udzielane na podstawie kryterium najlepszego stosunku jakości do ceny, nawet jeżeli są to usługi znormalizowane w rozumieniu art. 95 ust. 4 lit. b) tego kodeksu. Jest to zgodne z nadrzędnym celem włoskiego prawa konstytucyjnego i prawa Unii, jakim jest ochrona pracowników [20].

20. Sąd odsyłający uważa, że zastosowanie uregulowania krajowego doprowadziłoby do stwierdzenia nieważności zaproszenia do składania ofert, ponieważ nie zastosowano w nim „kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie". Niemniej jednak, z uwagi na fakt, że ochrona pracowników, której zapewnieniu służy zazwyczaj zastosowanie tego kryterium, została

[16] Spółka Mara przystąpiła do tego postępowania w charakterze interwenienta.

[17] Wyrok nr 6259.

[18] Zobacz w szczególności pkt 1 wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

[19] Wydaje się, z zastrzeżeniem weryfikacji przez Consiglio di Stato (radę stanu), że w postępowaniu głównym sformułowanie „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie" jest używane przez ten sąd jako odnoszące się do „najlepszego stosunku jakości do ceny" w rozumieniu art. 95 ust. 3 kodeksu zamówień publicznych, a nie do szerzej rozumianej koncepcji „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie" w rozumieniu art. 67 dyrektywy 2014/24. Zobacz pkt 44, 45 niniejszej opinii.

[20] Zobacz w szczególności wyrok Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (rady stanu orzekającej w pełnym składzie) nr 8 z dnia 21 maja 2019 r. To orzecznictwo zostało następnie uwzględnione w rozstrzygnięciach Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum).

zapewniona w tym samym stopniu w zasadach przetargu z wykorzystaniem innego kryterium, obowiązek stosowania kryterium udzielenia zamówienia w oparciu o ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie wydaje się być oczywiście nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony [21].

21. Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zatem zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy zasady swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, o których mowa w art. 49 i 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a także zasada proporcjonalności [Unii Europejskiej] i art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE stoją na przeszkodzie stosowaniu uregulowania krajowego w dziedzinie zamówień publicznych, takiego jak włoskie uregulowanie zawarte w art. 95 ust. 3 lit. a) i ust. 4 lit. b) [kodeksu zamówień publicznych] oraz w art. 50 ust. 1 tego [kodeksu], jak również uregulowania wynikającego z zasady prawnej wyrażonej przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) orzekającą w pełnym składzie w wyroku nr 8 z dnia 21 maja 2019 r., zgodnie z którą to zasadą prawną w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o znormalizowanych cechach, a jednocześnie pracochłonne, instytucja zamawiająca nie może przewidzieć jako kryterium udzielenia zamówienia kryterium najniższej ceny nawet w przypadku, gdy zasady przetargu przewidują obniżkę wyłącznie od wynagrodzenia za usługi lub potencjalnego zysku przedsiębiorstwa, z zastrzeżeniem kosztów pracy?”.

IV. Postępowanie przed Trybunałem

22. Spółki Mara i Samir, rządy francuski i włoski oraz Komisja Europejska przedstawiły uwagi na piśmie. Trybunał skierował do stron i zainteresowanych pytania na piśmie [22] dotyczące w szczególności zakresu stosowania dyrektywy 2009/81 i dyrektywy 2014/24. Trybunał zwrócił się również do tych stron i zainteresowanych o wyjaśnienie, która z dyrektyw ma zastosowanie do przedmiotowego zamówienia, oraz o wskazanie, czy kryterium udzielenia tego zamówienia byłoby różne w zależności od mającej zastosowanie dyrektywy. Spółka Mara, rząd włoski i Komisja odpowiedziały na te pytania na piśmie. Przedstawiły one również swe wystąpienia ustne i udzieliły odpowiedzi na zadane przez Trybunał pytania podczas rozprawy w dniu 30 kwietnia 2025 r.

[21] Sąd odsyłający uważa, że apelacja wzajemna spółki Samir jest bezzasadna oraz że w celu wydania orzeczenia w przedmiocie apelacji wniesionej przez spółkę Mara należy przedłożyć Trybunałowi pytanie prejudycjalne.

[22] Na podstawie art. 62 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości.

V. Ocena

Uwaga wstępna – w przedmiocie reżimu prawnego mającego zastosowanie do zamówienia analizowanego w postępowaniu głównym

23. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Consiglio di Stato (rada stanu) powołała się na art. 49 i 56 TFUE oraz na dyrektywę 2014/24. Co więcej, zaproszenie do składania ofert zostało wystosowane przez ministerstwo; wydaje się też, że obejmuje ono usługi związane z amunicją i materiałami wybuchowymi [23]. Konieczne jest zatem zbadanie, czy dyrektywa 2009/81 [24] ma zastosowanie do zamówienia, celem określenia kryteriów udzielenia zamówienia [25].

24. Co się tyczy stosowania art. 49 i 56 TFUE, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem każdy przepis krajowy w dziedzinie, która była przedmiotem wyczerpującej harmonizacji na szczeblu Unii, należy oceniać nie w świetle prawa pierwotnego, lecz w świetle owych przepisów harmonizujących [26]. Zarówno dyrektywa 2009/81, jak i dyrektywa 2014/24 przewidują wyczerpującą harmonizację, jeśli chodzi o towary i usługi objęte zakresem ich stosowania. Wynika stąd, że jeśli jedna z tych dyrektyw ma zastosowanie do zaproszenia do składania ofert w odniesieniu do części nr 6, art. 49 i 56 TFUE są pozbawione znaczenia w kontekście niniejszego postępowania.

25. W odpowiedzi na zadane przez Trybunał pytania na piśmie w przedmiocie możliwości zastosowania dyrektywy 2009/81 spółka Mara oświadczyła, że przedmiotowe zamówienie ma zasadniczo związek z operacjami załadunku i rozładunku. Ponieważ zamówienie nie dotyczy sprzętu wojskowego takiego jak amunicja i materiały wybuchowe, nie jest ono objęte zakresem stosowania dyrektywy 2009/81, który został określony w jej art. 2. Rząd włoski zauważa, że nie ma potrzeby rozstrzygać, która z dyrektyw ma zastosowanie. Niezależnie od tego, czy do przedmiotowego zamówienia stosuje się art. 47 dyrektywy 2009/81, czy też art. 67 dyrektywy 2014/24, oba te akty prawne zezwalają na stosowanie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie lub kryterium najniższej ceny. Komisja uważa, że opis usług, które mają być świadczone w ramach części nr 6, może wykazywać „bezpośredni związek" ze „sprzętem wojskowym" w rozumieniu art. 1 pkt 6 i art. 2 lit. c) dyrektywy 2009/81 oraz że przedmiotowe zamówienie może być objęte zakresem stosowania tej dyrektywy. Jeśli chodzi o zamówienia mieszane w dziedzinie obronności, które są regulowane art. 3 dyrektywy 2009/81 i art. 16 dyrektywy 2014/24, z motywu 13 tego drugiego aktu prawnego jasno wynika, że prawodawca Unii pragnął pozostawić instytucji zamawiającej pewien zakres uznania w odniesieniu do wyboru dyrektywy, która będzie miała zastosowanie.

[23] Jak wskazano powyżej, rząd włoski potwierdził, w odpowiedzi na pytania na piśmie, że świadczenie przedmiotowych usług dotyczyło amunicji i materiałów wybuchowych oraz sprzętu pozawojskowego.

[24] Borut Leskovec i R. Škof wskazują, że dyrektywa 2009/81 „określa szczegółowe zasady zamówień publicznych w sektorze obronności i bezpieczeństwa w celu zwiększenia otwartości i konkurencyjności rynku obronnego w Unii, zapewniając jednocześnie ochronę uzasadnionych interesów bezpieczeństwa poszczególnych państw członkowskich. [Dyrektywa 2009/81] zawiera szczegółowe zasady zamówień publicznych i w ten sposób umożliwia ochronę informacji poufnych, zapobiegając wystąpieniu zagrożeń dla podstawowych interesów bezpieczeństwa państw członkowskich". B. Leskovec, R. Škof, Use of security exemption as a way to procure crucial infrastructure projects, *Rechtspraxis der Industrie- und Infrastrukturprojekte*, Vol. 1, Beck-Online 2025, s. 59; artykuł dostępny na stronie https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-RINPRAX-B-2025-S-59-N-1.

[25] Z akt sprawy przed Trybunałem nie wynika w żaden sposób, że art. 346 TFUE, który dotyczy podstawowych interesów bezpieczeństwa państw członkowskich, ma jakiekolwiek znaczenie dla sprawy zawisłej przed sądem odsyłającym. Ponadto na rozprawie strony potwierdziły, że to postanowienie jest pozbawione znaczenia w kontekście niniejszego postępowania. W związku z tym nie będę go analizował w niniejszej opinii.

[26] Zobacz podobnie wyrok z dnia 2 września 2021 r., Sisal i in., C-721/19 i C-722/19, EU:C:2021:672, pkt 32.

26. Na wstępie należy podkreślić, że wartość części nr 6 przekracza progi określone tak w art. 8 lit. a) dyrektywy 2009/81 [27], jak i w art. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24 [28].

27. Co się tyczy możliwości zastosowania dyrektywy 2009/81, okoliczność, że zaproszenie do składania ofert w odniesieniu do części nr 6 zostało wystosowane przez ministerstwo, sama w sobie nie jest wystarczająca do objęcia go zakresem stosowania tej dyrektywy. Z uwagi jednak na fakt, że wydaje się, iż do materiałów objętych zamówieniem na usługi w odniesieniu do części nr 6 zaliczają się amunicja i materiały wybuchowe [29], a więc sprzęt wojskowy w rozumieniu art. 1 pkt 6 dyrektywy 2009/81, należy zbadać art. 2 tej dyrektywy, który określa jej zakres stosowania.

28. Przedmiotowe zamówienie dotyczy świadczenia usług, a nie dostaw towarów lub sprzętu. Artykuł 2 lit. a) dyrektywy 2009/81, w którym jest mowa o dostawach sprzętu wojskowego, i jej art. 2 lit. b), który odnosi się do dostaw newralgicznego wyposażenia [30], nie mają zatem zastosowania. Artykuł 2 lit. c) dyrektywy 2009/81 odnosi się do świadczenia usług „bezpośrednio związanych" ze sprzętem wojskowym, natomiast w jej art. 2 lit. d) jest mowa o usługach „do *szczególnych* celów wojskowych" [31]. Biorąc pod uwagę, że wymienienie amunicji i materiałów wybuchowych pośród materiałów będących przedmiotem zaproszenia do składania ofert na usługi w odniesieniu do części nr 6 miało poniekąd charakter poboczny czy też drugorzędny, uważam, iż art. 2 lit. d) dyrektywy 2009/81 nie ma zastosowania do części nr 6 [32]. Zastosowanie może jednak znaleźć art. 2 lit. c) dyrektywy 2009/81, ponieważ realizacja zamówienia wiąże się w szczególności z transportem sprzętu wojskowego [33]. Ponadto świadczenie takich usług może dawać zarówno fizyczny dostęp do sprzętu wojskowego, jak i dostęp do szczególnie chronionych informacji [34] na jego temat [35].

[27] Z późniejszymi zmianami.

[28] Z późniejszymi zmianami.

[29] Należy podkreślić, że materiały wybuchowe mogą być wykorzystywane zarówno do celów wojskowych, jak i cywilnych. Motyw 10 dyrektywy 2009/81 przewiduje jednak, że „[d]o celów niniejszej dyrektywy termin »sprzęt wojskowy« powinien również obejmować produkty, które – choć pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego – zostają później zaadaptowane do celów wojskowych w charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych".

[30] Zgodnie z art. 1 pkt 7 dyrektywy 2009/81 „newralgiczny sprzęt", „newralgiczne roboty budowlane" i „newralgiczne usługi" oznaczają „sprzęt, roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub zawierają je".

[31] Podkreślenie moje.

[32] Jest to kwestia faktyczna, która powinna zostać zweryfikowana przez sąd odsyłający. Na potrzeby niniejszej opinii wystarczy zauważyć, że w żadnym fragmencie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Consiglio di Stato (rada stanu) nie odniosła się do dyrektywy 2009/81 ani nie wskazała, iż do odnośnych materiałów zaliczają się amunicja lub materiały wybuchowe.

[33] W motywie 6 dyrektywy 2009/81 jest mowa o „zamówie[niach] na usługi logistyczne, transport i magazynowanie". Zobacz także kategoria nr 10 („Usługi pomocnicze i wspomagające transport"), która została wymieniona w załączniku I do tej dyrektywy.

[34] Zobacz motyw 8 dyrektywy 2009/81, który przewiduje: „Wyposażenie obronne i dotyczące bezpieczeństwa jest podstawowym elementem zarówno dla bezpieczeństwa, jak i suwerenności państw członkowskich oraz dla autonomii Unii. Dlatego też zakupy towarów i usług w sektorach obronności i bezpieczeństwa mają często charakter zakupów newralgicznych". Ponadto zgodnie z motywem 9 dyrektywy 2009/81 „[w]ynikają z tego szczególne wymogi, zwłaszcza w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji. Wymogi te dotyczą przede wszystkim zakupu broni, amunicji i materiałów wojennych a także usług i robót budowlanych bezpośrednio z nimi związanych, przeznaczonych dla sił zbrojnych […]".

[35] Takich jak charakter, ilość i lokalizacja takiego sprzętu. Jest to kwestia faktyczna, która powinna zostać zweryfikowana przez sąd odsyłający.

29. Co się tyczy możliwości zastosowania dyrektywy 2014/24, uważam że w myśl jej art. 1 ust. 1 oraz definicji „zamówienia publicznego na usługi", zawartej w jej art. 2 ust. 1 pkt 9, zamówienia w części nr 6 należy, co do zasady, udzielić zgodnie z przepisami tej dyrektywy. Jedynymi dopuszczalnymi odstępstwami od stosowania dyrektywy 2014/24 są wyjątki, które zostały w niej wyraźnie i w sposób wyczerpujący wskazane [36].

30. Wydaje się, że przedmiotem zamówienia w części nr 6 są usługi, które częściowo są objęte zakresem stosowania dyrektywy 2009/81, a częściowo – dyrektywy 2014/24. Zarówno dyrektywa 2009/81, jak i dyrektywa 2014/24 zawiera „normy kolizyjne" pozwalające określić reżim prawny mający zastosowanie do zamówień mieszanych. W związku z tym zamówienia mieszane, których przedmiotem są usługi częściowo objęte zakresem stosowania dyrektywy 2009/81, a częściowo – zakresem stosowania w szczególności dyrektywy 2014/24 [37], podlegają regulacji art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/81 i art. 16 dyrektywy 2014/24 [38].

31. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2009/81 stanowi, że takie zamówienia mieszane *są* przyznawane zgodnie z dyrektywą 2009/81, pod warunkiem, iż udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych [39].

32. Normy kolizyjne zawarte w art. 16 dyrektywy 2014/24 są bardziej złożone i dotyczą szeregu różnych sytuacji.

33. W przypadku gdy poszczególne części zamówienia publicznego można *obiektywnie rozdzielić*, instytucja zamawiająca *może* zadecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia [40]. W art. 16 ust. 2 akapit czwarty dyrektywy 2014/24 wyjaśniono, że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie może być podjęta w celu wyłączenia stosowania dyrektywy 2014/24 lub dyrektywy 2009/81. W przypadku gdy instytucja zamawiająca podejmuje decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, zamówienia *można* udzielić zgodnie z dyrektywą 2009/81, pod warunkiem, że udzielenie jednego zamówienia jest *uzasadnione*

[36] Zobacz: art. 1 ust. 1 dyrektywy 2014/24; wyrok z dnia 7 września 2023 r., Komisja/Polska, C-601/21, EU:C:2023:629, pkt 69, 70. Ponadto art. 15 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2014/24 stanowi, że ta dyrektywa ma zastosowanie do udzielania zamówień publicznych z wyjątkiem zamówień objętych (w pełni) zakresem stosowania dyrektywy 2009/81. Jak wskazała Komisja w odpowiedzi na wystosowane przez Trybunał pytania na piśmie, „gdyby przedmiotowe zamówienie dotyczyło wyłącznie sprzętu wojskowego, całe zamówienie podlegałoby przepisom dyrektywy 2009/81, a instytucja zamawiająca nie mogłaby go udzielić zgodnie z przepisami dyrektywy 2014/24".

[37] Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2009/81 odsyła bowiem do 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. 2004, L 134, s. 114). Zgodnie z art. 91 dyrektywy 2014/24 dyrektywa 2004/18 została uchylona ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r. Odniesienia do dyrektywy 2004/18 są interpretowane jako odniesienia do dyrektywy 2014/24.

[38] Zgodnie z art. 3 ust. 3 akapit drugi dyrektywy 2014/24 w przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta dyrektywą 2009/81, zastosowanie ma art. 16 dyrektywy 2014/24.

[39] Artykuł 3 ust. 3 dyrektywy 2009/81 stanowi, że „[d]ecyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie może być jednak podjęta w celu wyłączenia zamówienia ze stosowania niniejszej dyrektywy lub […] dyrektywy [2014/24]". W myśl motywu 24 dyrektywy 2009/81 „[i]nstytucje/podmioty zamawiające mogą zostać zobligowane do udzielenia pojedynczego zamówienia na zakupy objęte częściowo niniejszą dyrektywą, których pozostała część jest objęta zakresem stosowania […] dyrektywy [2014/24]. Reguła ta ma zastosowanie, gdy poszczególne postępowania z przyczyn obiektywnych nie mogą zostać rozdzielone i przyznane w ramach oddzielnych kontraktów. W takich przypadkach instytucje/podmioty zamawiające powinny móc udzielić pojedyncze zamówienie pod warunkiem jednak, że decyzja nie jest podjęta w celu wyłączenia zamówienia ze stosowania niniejszej dyrektywy lub […] dyrektywy [2014/24]".

[40] Zobacz art. 16 ust. 2 dyrektywy 2014/24. Należy podkreślić, że dyrektywa 2014/24 nie ustanawia wiążących norm dotyczących sposobu ustalania, czy poszczególne części zamówienia można rozdzielić. Zobacz analogicznie art. 3 ust. 3 dyrektywy 2014/24. Niemniej jednak motyw 11 akapit drugi tej dyrektywy przewiduje, że „[u]stalenia [czy poszczególne części można rozdzielić] należy dokonywać dla indywidualnych przypadków, uwzględniając nie tylko wyraźne lub domniemane zamiary instytucji zamawiającej co do traktowania poszczególnych aspektów składających się na zamówienie mieszane jako niemożliwych do rozdzielenia, lecz także obiektywne dowody mogące uzasadnić te zamiary i potwierdzić potrzebę udzielenia jednego zamówienia publicznego […] Należy doprecyzować, że potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może wynikać zarówno ze względów o charakterze technicznym, jak i ekonomicznym". Zobacz analogicznie wyrok z dnia 1 sierpnia 2022 r., Roma Multiservizi i Rekeep, C-332/20, EU:C:2022:610, pkt 54.

z przyczyn obiektywnych[41]. Oznacza to, że instytucja zamawiająca *może* zdecydować o udzieleniu zamówienia zgodnie z dyrektywą 2014/24, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych[42]. Ponadto oznacza to, że zamówienia *należy* udzielić zgodnie z dyrektywą 2014/24, jeżeli udzielenie jednego zamówienia nie jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych[43].

34. Artykuł 16 ust. 4 dyrektywy 2014/24 stanowi w szczególności, że jeżeli poszczególnych części danego zamówienia *nie da się w obiektywny sposób rozdzielić*, zamówienia *można* udzielić zgodnie z dyrektywą 2009/81. Oznacza to, że instytucja zamawiająca może podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia zgodnie z dyrektywą 2014/24. Ponadto wybór ten nie jest obwarowany żadnymi warunkami[44].

35. W odpowiedzi na pytania na piśmie rząd włoski wskazał, że choć części zamówienia w części nr 6 można było *obiektywnie rozdzielić*, to udzielono jednego zamówienia. Zdaniem tego rządu przez wzgląd na potrzebę jednoczesnej obsługi różnych materiałów „konieczne" było udzielenie zamówienia w części nr 6 jednemu oferentowi. Spółka Mara i Komisja oświadczyły jednak na rozprawie, że poszczególnych części przedmiotowego zamówienia *nie dało się w obiektywny sposób rozdzielić*. W ostatecznym rozrachunku jest to kwestia faktyczna, której rozstrzygnięcie należy do sądu odsyłającego.

36. W odniesieniu do części nr 6 wystosowano jedno zaproszenie do składania ofert.

37. Gdyby sąd odsyłający stwierdził, że poszczególne części zamówienia w części nr 6 można *obiektywnie rozdzielić*, należy podkreślić, iż akta sprawy przed Trybunałem nie zawierają żadnych informacji świadczących o tym, że udzielenie jednego zamówienia w tej części nie było uzasadnione z przyczyn obiektywnych[45], ani o tym, że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia została podjęta w celu wyłączenia zastosowania dyrektywy 2009/81 lub dyrektywy 2014/24[46]. Wynika stąd, że w myśl art. 16 dyrektywy 2014/24 ministerstwo mogło podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia w części nr 6 zgodnie z tą dyrektywą lub z dyrektywą 2009/81[47]. Gdyby

[41] Zobacz art. 16 ust. 2 akapit trzeci lit. b) dyrektywy 2014/24. Zobacz także motyw 13 dyrektywy 2014/24, w którym jest mowa o niestosowaniu przepisów tej dyrektywy, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

[42] Zobacz natomiast art. 3 ust. 4 akapit drugi dyrektywy 2014/24, który stanowi w szczególności, że w przypadku zamówień mieszanych, których przedmiotem jest zamówienie objęte tą dyrektywą oraz zamówienie nieobjęte tą dyrektywą, dyrektywa 2014/24 *ma*, jeżeli instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, zastosowanie do zamówienia (o ile art. 16 tej dyrektywy nie stanowi inaczej).

[43] Moim zdaniem wynika stąd, że gdy udzielenie jednego zamówienia nie jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych, dyrektywa 2014/24 ma pierwszeństwo przed dyrektywą 2009/81. Sue Arrowsmith uważa, że „w przypadku gdy udzielenie jednego zamówienia nie jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych, [dyrektywa 2014/24] nie wydaje się stać na przeszkodzie udzieleniu jednego zamówienia. Zastosowanie znajdzie prawdopodobnie [dyrektywa 2014/24], ponieważ [dyrektywa 2009/81 ma pierwszeństwo] tylko wtedy, gdy udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych". S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Vol. 2, Sweet & Maxwell 2018, s. 220.

[44] Zobacz natomiast art. 3 ust. 6 dyrektywy 2014/24, który stanowi, że „[j]eżeli poszczególnych części danego zamówienia nie da się w obiektywny sposób rozdzielić, mający zastosowanie reżim prawny ustala się w oparciu o *główny przedmiot* tego zamówienia". Podkreślenie moje. Według mnie analiza głównego przedmiotu zamówienia nie jest istotna w kontekście stosowania art. 16 dyrektywy 2014/24 czy też art. 3 dyrektywy 2009/81.

[45] Zobacz art. 16 ust. 2 akapit trzeci lit. b) dyrektywy 2014/24.

[46] Zobacz art. 16 ust. 2 akapit czwarty dyrektywy 2014/24.

[47] Należy przypomnieć, że możliwość wyboru przez instytucję zamawiającą, która dyrektywa będzie miała zastosowanie, jest obwarowana warunkiem, zgodnie z którym udzielenie jednego zamówienia w części nr 6 jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych, a decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie została podjęta w celu wyłączenia tej części ze stosowania dyrektywy 2009/81 lub dyrektywy 2014/24.

sąd odsyłający stwierdził, że poszczególnych części zamówienia w części nr 6 *nie da się w obiektywny sposób rozdzielić*, zamówienia *można* udzielić zgodnie z dyrektywą 2014/24 lub dyrektywą 2009/81 [48].

38. Oznacza to, że w myśl zarówno art. 16 ust. 2, jak i art. 16 ust. 4 dyrektywy 2014/24 przedmiotowe zamówienie *może*, co do zasady, zostać udzielone zgodnie z tą dyrektywą.

39. Istnieje zatem oczywista sprzeczność między, z jednej strony, brzmieniem art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/81, w którym posłużono się słowem „jest", oraz, z drugiej strony, brzmieniem art. 16 ust. 2 i art. 16 ust. 4 dyrektywy 2014/24, w których posłużono się słowem „można". Ta sprzeczność jest szczególnie „niefortunna" w kontekście faktu, że dyrektywa 2014/24 w sposób wyraźny przewiduje swój związek z wcześniejszą dyrektywą 2009/81. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2009/81 nie został jednak zmieniony ani uchylony ani dyrektywą 2014/24, ani żadnym innym aktem ustawodawczym Unii. Wykładnia literalna omawianych przepisów [49] nie wystarcza zatem do rozstrzygnięcia kwestii, która dyrektywa ma zastosowanie. Jest to tym bardziej kłopotliwe z tego względu, że zarówno art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/81, jak i art. 16 dyrektywy 2014/24 zostały pomyślane w tym właśnie celu.

40. Uważam, że mimo tego oczywistego konfliktu omawiane przepisy można ze sobą pogodzić w świetle motywu 13 dyrektywy 2014/24, który przewiduje, iż „[n]ależy doprecyzować, że instytucje zamawiające w odniesieniu do niektórych zamówień mieszanych mają możliwość wyboru stosowania [dyrektywy 2014/24] zamiast przepisów dyrektywy [2009/81]". Zamiarem, jaki przyświecał prawodawcy Unii przy przyjmowaniu norm kolizyjnych zawartych w art. 16 dyrektywy 2014/24, było uzupełnienie i poluzowanie bardziej sztywnych norm kolizyjnych ustanowionych zwłaszcza w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/81, a także umożliwienie instytucjom zamawiającym wyboru [50] dyrektywy, która będzie miała zastosowanie [51].

41. Należy również zauważyć, że to podejście jest całkowicie zgodne z głównym celem dyrektywy 2009/81, mianowicie ukształtowaniem europejskiego rynku wyposażenia obronnego [52] oraz zapewnieniem skutecznego otwarcia zamówień w sektorze obronności na konkurencję [53], przy jednoczesnym poszanowaniu wymogów bezpieczeństwa państw członkowskich [54] w świetle

[48] Jak już wskazano, pozostawiona instytucji zamawiającej możliwość wyboru nie jest obwarowana żadnymi dodatkowymi warunkami.

[49] Trybunał orzekł, że przy interpretacji przepisu prawa Unii trzeba brać pod uwagę nie tylko treść danego przepisu, ale także jego kontekst i systematykę uregulowania, którego stanowi on część, oraz zamierzone przez niego cele (wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

[50] Z zastrzeżeniem, w stosownych przypadkach, warunków przewidzianych w art. 16 ust. 2 akapit trzeci lit. b) i w art. 16 ust. 2 akapit czwarty dyrektywy 2014/24.

[51] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 15 września 2022 r., Veridos, C-669/20, EU:C:2022:684, pkt 31.

[52] Zobacz motyw 2 dyrektywy 2009/81. Podstawami prawnymi dyrektywy 2009/81 są art. 47 ust. 2 WE (prawo przedsiębiorczości), art. 55 WE (swoboda świadczenia usług) i art. 95 WE (rynek wewnętrzny).

[53] Zobacz motyw 15 dyrektywy 2009/81. Przed przyjęciem dyrektywy 2009/81 zamówienia w dziedzinie obrony były, co do zasady, objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18. Dlatego też art. 10 dyrektywy 2004/18 stanowił, że ma ona zastosowanie do zamówień publicznych udzielanych przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności, z zastrzeżeniem art. 296 WE (obecnie – art. 346 TFUE). W zielonej księdze – zamówienia publiczne w dziedzinie obrony [COM(2004) 608] Komisja zwróciła jednak uwagę na istnienie niemal regularnej praktyki powoływania się na wyjątek przewidziany w art. 296 WE (obecnie – art. 346 TFUE) w obszarze zamówień publicznych w dziedzinie obronności oraz na fakt, że niektóre państwa członkowskie uważają, iż mogą powoływać się na zawarty w tym postanowieniu wyjątek w sposób automatyczny. Komisja uznała zatem, że „[w]spólnotowe ramy normatywne mogłyby [zostać] uzupełnione nowym instrumentem prawnym specyficznym dla zamówień publicznych w dziedzinie obrony […]. Dyrektywa ta ustaliłaby specjalne zasady mające zastosowanie do umów, które wchodzą w zakres zastosowania ratione materiae artykułu 296 Traktatu WE, ale dla których odwołanie się do wyjątku nie jest uzasadnione […]". Zobacz s. 9. Według S. Arrowsmith „to nadużywanie wyjątków zawsze stanowiło poważne wyzwanie przy tworzeniu otwartego i zintegrowanego rynku obrony, do którego urzeczywistnienia zmierzała Unia, i było jednym z głównych powodów, dla których zdecydowano się na przyjęcie odrębnej dyrektywy dotyczącej zamówień w dziedzinie obrony i bezpieczeństwa". S. Arrowsmith, op. cit. w przypisie 43, s. 152.

[54] Zobacz motyw 4 dyrektywy 2009/81.

newralgicznego charakteru [55] w szczególności usług w tym sektorze w przypadkach, w których jest to niezbędne. Instytucje zamawiające mają lepsze możliwości podejmowania, na podstawie oceny każdego konkretnego przypadku z osobna, decyzji, czy dane zamówienie rzeczywiście wymaga zastosowania norm sui generis zawartych w dyrektywie 2009/81, czy też bardziej ogólnych, elastycznych i sprzyjających konkurencji norm dyrektywy 2014/24. W pewnych przypadkach, w których elementy o charakterze obronnym składające się na dane zamówienie są marginalne lub nieistotne, jak wydaje się to mieć miejsce w niniejszej sprawie [56], podjęcie decyzji o zastosowaniu norm zawartych w dyrektywie 2014/24 może leżeć w interesie instytucji zamawiającej.

42. W związku z tym uważam, że ministerstwo mogło, co do zasady, swobodnie wybrać [57], które przepisy mają mieć zastosowanie, przy czym w rzeczywistości wydaje się [58], iż zastosowało ono przepisy dyrektywy 2014/24. Wynika to z faktu skorzystania z procedury otwartej uregulowanej w art. 27 dyrektywy 2014/24 [59], ponieważ dyrektywa 2009/81 nie przewiduje takiej procedury ani procedury, która byłaby jej odpowiednikiem [60].

Kryterium udzielenia przedmiotowego zamówienia – art. 67 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24

43. Kryteria udzielenia przedmiotowego zamówienia należy oceniać w szczególności przez pryzmat art. 47 dyrektywy 2009/81 lub art. 67 dyrektywy 2014/24, w zależności od tego, która z nich ma zastosowanie [61]. Mając na względzie przedstawione przeze mnie uwagi wstępne na temat mających zastosowanie przepisów prawa Unii, zbadam pytanie sądu odsyłającego w świetle dyrektywy 2014/24 [62], zwłaszcza jej art. 67 ust. 2 akapit trzeci, i zasady proporcjonalności.

44. Artykuł 67 ust. 1 dyrektywy 2014/24 stanowi, że instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W art. 67 ust. 2 akapit pierwszy tej dyrektywy pojęcie to zdefiniowano w sposób niezwykle szeroki. Zgodnie z tym przepisem ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu, przy czym *może* ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny. Najlepszą relację jakości do ceny szacuje się na podstawie kryteriów

[55] Zobacz motyw 8 dyrektywy 2009/81.

[56] W pewnym stopniu świadczą o tym zadane przez sąd odsyłający pytania, w których nie wspomniał on o dyrektywie 2009/81. Ponadto sam wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera wzmianki o sprzęcie wojskowym, takim jak amunicja czy materiały wybuchowe, ani też nawiązań do takiego sprzętu. Spółka Mara oświadczyła również na rozprawie, że aktualnie świadczy tymczasowo usługi transportowe na rzecz ministerstwa, zaś wśród przewożonych towarów nie znajduje się sprzęt wojskowy.

[57] Zobacz w szczególności B. Heuninckx, Mixed procurement involving defence or security, w: *European Public Procurement*, ed. R. Caranta, A. Sanchez-Graells, Edward Elgar 2021, s. 174–175.

[58] Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający.

[59] Zobacz pkt 16 niniejszej opinii.

[60] Zobacz także pkt 3 odpowiedzi rządu włoskiego na pytania na piśmie.

[61] Motyw 89 dyrektywy 2014/24 przewiduje, że „[p]ojęcie »kryteriów udzielenia zamówienia« jest kluczowe dla niniejszej dyrektywy".

[62] W przypadku gdy instytucja zamawiająca podejmuje, na podstawie art. 16 ust. 2 lub art. 16 ust. 4 dyrektywy 2014/24, decyzję o udzieleniu zamówienia zgodnie z tą dyrektywą, musi ona w pełni przestrzegać mających zastosowanie przepisów, które się w niej znajdują. Jak na rozprawie zauważyła Komisja, instytucja zamawiająca nie może wybrać sobie wedle uznania pewnych przepisów z innej dyrektywy, takiej jak dyrektywa 2009/81, nawet jeżeli owa instytucja mogła na wstępie zdecydować o udzieleniu zamówienia zgodnie z tą dyrektywą.

obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe [63] lub społeczne [64] związane z przedmiotem danego zamówienia [65]. Wykaz kryteriów zawartych w art. 67 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 w odniesieniu do najlepszej relacji jakości do ceny ma charakter otwarty [66]. W wyroku Concordia Bus Finland [67] Trybunał potwierdził, że kryteria udzielenia zamówienia przyjęte przez instytucję zamawiającą celem zidentyfikowania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie [68] nie muszą mieć koniecznie charakteru czysto ekonomicznego, ponieważ inne czynniki mogą mieć wpływ na ofertę z punktu widzenia instytucji zamawiającej.

45. Zgodnie z art. 67 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 uwzględnienie przez instytucje zamawiające kryteriów dodatkowych, innych niż cena lub koszt, jest fakultatywne [69]. W przypadku gdy instytucje zamawiające decydują się na zastosowanie dodatkowych kryteriów przy udzielaniu zamówienia, wybrane kryteria muszą być zgodne z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, tak aby zagwarantować obiektywne porównanie relatywnej wartości ofert, a tym samym efektywną konkurencję. Wynika stąd, że instytucje zamawiające nie dysponują nieograniczonym zakresem uznania przy wybieraniu dodatkowych kryteriów [70].

46. Z kolei art. 67 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 stanowi w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy, że każde państwo członkowskie *może* zakazać wszystkim swoim instytucjom zamawiającym stosowania „wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia” [71]. Możliwość wprowadzenia takiego zakazu istnieje niezależnie od konkretnych cech danego zamówienia lub jego przedmiotu. W tym względzie art. 67 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 nie podlega żadnym wyjątkom ani odstępstwom, a tym samym przyznaje państwom członkowskim szeroki zakres uznania przy korzystaniu z przewidzianej w nim możliwości. Ponadto z brzmienia tego przepisu jasno wynika, że państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o skorzystaniu z przysługującego im zakresu uznania w drodze ograniczenia stosowania kryterium ceny lub kosztu do niektórych kategorii instytucji zamawiających lub

[63] W przypadku gdy instytucja zamawiająca podejmuje decyzję o udzieleniu zamówienia oferentowi, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, może ona, co do zasady, wziąć pod uwagę kryteria dotyczące ochrony środowiska naturalnego. Zobacz podobnie wyrok z dnia 17 września 2002 r., Concordia Bus Finland, C-513/99, EU:C:2002:495, pkt 64 (zwany dalej „wyrokiem Concordia Bus Finland”). Sprawa, w której został on wydany, dotyczyła wykładni art. 36 ust. 1 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1). W art. 36 ust. 1 tej dyrektywy wprowadzono rozróżnienie między dwoma kryteriami udzielenia zamówienia, mianowicie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, obejmującym jakość i wartość techniczną, oraz kryterium wyłącznie najniższej ceny. Zawarte w tym wyroku odniesienia do kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie są równoznaczne z odniesieniem do najlepszej relacji jakości do ceny w rozumieniu art. 67 dyrektywy 2014/24. Zobacz analogicznie motyw 89 dyrektywy 2014/24.

[64] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 20 września 1988 r., Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, pkt 28–37), w którym Trybunał uznał, że co do zasady instytucje zamawiające mogą wprowadzić klauzulę społeczną lub warunek zatrudnienia osób długotrwale bezrobotnych. Zobacz także wyroki: z dnia 26 września 2000 r., Komisja/Francja, C-225/98, EU:C:2000:494, pkt 50; z dnia 15 lipca 2010 r., Komisja/Niemcy, C-271/08, EU:C:2010:426, pkt 55, 56; z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 84–88.

[65] Zobacz także analogicznie art. 70 dyrektywy 2014/24, który dotyczy warunków realizacji zamówień.

[66] Zobacz motyw 92 dyrektywy 2014/24.

[67] Zobacz pkt 55.

[68] Jak już wskazano, to pojęcie jest równoważne pojęciu najlepszej relacji jakości do ceny w rozumieniu art. 67 dyrektywy 2014/24.

[69] W motywie 90 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 wyjaśniono, że oferta najkorzystniejsza ekonomicznie „zawsze powinn[a] obejmować element cenowy lub kosztowy”.

[70] Zobacz wyroki: z dnia 20 września 2018 r., Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 17 listopada 2022 r., Antea Polska i in., C-54/21, EU:C:2022:888, pkt 88–91. Zobacz także art. 18 ust. 1, art. 67 ust. 4, motyw 90 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24.

[71] Motyw 90 akapit drugi dyrektywy 2014/24 przewiduje, że „[a]by zachęcić do tego, by w zamówieniach publicznych większą uwagę zwracano na jakość, państwa członkowskie powinny mieć prawo – gdy uznają to za stosowne – zabronić stosowania wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu do celów oceny oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, bądź też ograniczyć stosowanie tych czynników”.

niektórych rodzajów zamówień [72]. Oznacza to, że państwa członkowskie mogą zakazać stosowania ceny lub kosztu jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia przez niektóre instytucje zamawiające lub w przypadku niektórych rodzajów zamówień.

47. Państwa członkowskie, mimo przyznanego im w art. 67 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 szerokiego zakresu uznania w odniesieniu do korzystania z możliwości przewidzianej w tym przepisie, muszą jednak przestrzegać podstawowych zasad traktatu FUE, w szczególności tych dotyczących swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, a także zasad, które z nich wynikają, takich jak zasada równego traktowania i zasada proporcjonalności, które zostały ponadto odzwierciedlone w art. 18 dyrektywy 2014/24 [73].

48. Ustawodawca włoski skorzystał z mniej daleko idącej możliwości przewidzianej w art. 67 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 w drodze uchwalenia art. 95 ust. 3 lit. a) i art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych, które stanowią zasadniczo, że zamówień na usługi pracochłonne, w których koszty pracy wynoszą co najmniej 50 % całkowitej kwoty zamówienia, udziela się na podstawie najlepszego stosunku jakości do ceny. Wymóg ten ma zastosowanie nawet wówczas, gdy usługi są znormalizowane. W związku z tym stosowanie w takich przypadkach kryterium najniższej ceny jest zakazane. Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zdaje się wynikać, że celem art. 95 ust. 3 lit. a) i art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych jest ochrona pracowników [74].

49. Zamówienie w części nr 6 jest regulowane przepisami art. 95 ust. 3 lit. a) i art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych. Niemniej jednak, wbrew tym przepisom, zamówienie w części nr 6 zostało udzielone nie na podstawie najlepszego stosunku jakości do ceny, lecz na podstawie najniższej ceny [75].

50. Spółka Mara uważa, że w przypadku znormalizowanych usług pracochłonnych przewidziany w prawie włoskim ogólny i abstrakcyjny zakaz stosowania kryterium najniższej ceny stanowi środek oczywiście nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony, ponieważ aspekty jakościowe takich usług są nieistotne. Ponadto tego wniosku nie mogą podważyć względy związane z koniecznością ochrony wynagrodzenia lub bezpieczeństwa pracowników. W niniejszej sprawie każda obniżka oparta była jedynie na potencjalnym zysku oferenta (ustalonego na poziomie 5 % wartości części zamówienia), co pozwoliło wykluczyć możliwość erozji kosztów pracy lub przyznawania nadmiernych obniżek ze szkodą dla pracowników. Zasady określone w zaproszeniu do składania ofert były zatem w pełni zgodne z przepisami art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24 oraz z celem ochrony personelu wyrażonym w jej motywie 98. W niniejszej sprawie dochodzi również do oczywistego naruszenia zasady proporcjonalności, ponieważ właściwe organy krajowe i sąd krajowy potwierdziły, że spółka Mara spełniła wymogi w zakresie wynagrodzenia i bezpieczeństwa.

[72] Odzwierciedla to łacińską paremię prawniczą wyrażoną słowami „qui potest plus, potest minus” lub „qui potest majus potest et minus”.

[73] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 6 października 2021 r., Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo), który dotyczył prawa do zastrzeżenia zamówień dla określonych kategorii oferentów na podstawie art. 20 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Zobacz także analogicznie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 45), który dotyczył „podstaw wykluczenia” przewidzianych w art. 57 dyrektywy 2014/24. Zobacz motyw 1 dyrektywy 2014/24.

[74] Zobacz pkt 7 wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w którym sąd odsyłający stwierdził, że Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (rada stanu orzekająca w pełnym składzie) „wskazała, że uzasadnieniem dla wprowadzenia kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w odniesieniu do zamówień na usługi pracochłonne jest realizacja celów ochrony pracy […]”. To jest kwestia dotycząca prawa krajowego, a cele rozpatrywanych przepisów krajowych są w ostatecznym rozrachunku kwestią podlegającą rozstrzygnięciu przez sąd odsyłający.

[75] Skutkiem tego było stwierdzenie przez Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum), w dniu 11 kwietnia 2023 r., nieważności ogłoszenia o zamówieniu w odniesieniu do części nr 6. Zobacz pkt 17 niniejszej opinii.

51. Spółka Samir [76], rządy francuski [77] i włoski [78] oraz Komisja [79] uważają, że ustanowiony w art. 95 ust. 3 lit. a) i art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych zakaz stosowania kryterium najniższej ceny jest proporcjonalny, gdyż zapewnia ochronę praw pracowników i jakość świadczonych usług.

52. Zgodnie z zasadą proporcjonalności [80], która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie w ramach wdrażania przepisów dyrektywy 2014/24, takie jak przepisy zmierzające do przyjęcia warunków stosowania art. 67 ust. 2 akapit trzeci tej dyrektywy, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów określonych w tej dyrektywie [81].

53. Na wstępie należy podkreślić, że art. 67 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 nie zezwala na wyłączenie ceny lub kosztu z kryteriów udzielenia zamówienia [82]. Przepis ten pozwala państwom członkowskim tylko na zakazanie ich stosowania jako *jedynego* kryterium udzielenia zamówienia. W związku z tym instytucje zamawiające mogą swobodnie wybierać spośród zawartych w otwartym wykazie odpowiednich kryteriów udzielenia zamówienia, do których z konieczności zaliczają się cena i koszt. W tym względzie zakaz wyrażony w art. 95 ust. 3 lit. a) i art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych ma ograniczony zakres i jest, zdaniem sądu odsyłającego, dostosowany do potrzeb ochrony pracowników [83]. Wyłączenie przez ustawodawcę włoskiego w sposób abstrakcyjny i ogólny najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielania zamówień na usługi pracochłonne nie pozbawia instytucji zamawiających możliwości uwzględnienia ceny lub kosztu takich zamówień, lecz jedynie wymaga od nich wzięcia dodatkowo pod uwagę charakteru i konkretnych cech takich zamówień, co pozwala zapewnić, że wybrana zostanie najlepsza oferta [84].

54. W przypadku usług pracochłonnych, w tym usług znormalizowanych, nie jest oczywiste [85], że wszystkie kryteria poza ceną lub kosztem są całkowicie zbędne lub nieistotne przy udzielaniu zamówienia na takie usługi. Taki wniosek opiera się na założeniu, że jakość tego rodzaju usług

[76] Spółka Samir twierdzi, że wybrany oferent otrzymał jedynie kwotę równą kosztom pracy. Spowodowało to, że zamówienie zostało udzielone w wyniku losowania, a nie na podstawie innych kryteriów, takich jak jakość usługi. Utrzymuje ona, że kryterium najniższej ceny wpływa negatywnie zarówno na jakość usługi, jak i na prawa pracowników. Według spółki Samir w niniejszej sprawie pracownikom nie wypłacono wyższego wynagrodzenia uzgodnionego w krajowym sektorowym układzie zbiorowym pracy, lecz wynagrodzenie minimalne.

[77] Rząd francuski podnosi, że cena lub koszt stanowią zasadniczo kryteria minimalne, które w stosownych przypadkach należy uzupełnić innymi kryteriami. Wskazuje on również, że cena lub koszt niekoniecznie są kryteriami najważniejszymi. Zdaniem tego rządu z motywów 2, 37, 41, 89–94 i 98 dyrektywy 2014/24 jasno wynika, że jej celem jest, z jednej strony, zwiększenie w sposób bardziej racjonalny pod względem kosztów efektywności wydatków publicznych w ramach procedur udzielania zamówień oraz, z drugiej strony, umożliwienie nabywcom lepszego wykorzystania zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych, takich jak ochrona środowiska, promowanie zatrudnienia i włączenia społecznego lub zapewnienie możliwie jak najlepszych warunków świadczenia wysokiej jakości usług społecznych.

[78] Według rządu włoskiego zawarte w art. 17 akapit drugi specyfikacji istotnych warunków zamówienia ograniczenie dotyczące obniżek może sprzyjać obchodzeniu przepisów w dziedzinie ochrony pracy, zakłócać konkurencję ze szkodą dla mniejszych przedsiębiorstw oraz zachęcać do składania identycznych ofert, czego przykładem jest sprawa zawisła przed sądem odsyłającym, w kontekście której zamówienie zostało udzielone spółce Mara w drodze losowania. Rząd ten zauważa również, że w dłuższej perspektywie przedsiębiorstwa mogą w zakamuflowany sposób próbować rekompensować sobie bardzo niskie lub zerowe marże zysku kosztem wynagrodzeń pracowników. W przypadku usług pracochłonnych siła robocza może być bardziej skutecznie i przejrzyście chroniona w drodze ograniczenia znaczenia ceny i powiązania jej z oceną jakościowych aspektów oferty.

[79] Zdaniem Komisji ochrona wynagrodzenia pracowników jest tylko jednym z powodów uzasadniających stosowanie kryterium najlepszej relacji jakości do ceny. Nie da się ponadto wykluczyć, że stosowanie kryterium najniższej ceny może doprowadzić do pogorszenia warunków bezpieczeństwa w miejscu pracy lub jakości usługi.

[80] Nie została podniesiona żadna inna kwestia, na przykład dotycząca zasady niedyskryminacji, o której mowa w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

[81] Wyrok z dnia 6 października 2021 r., Conacee, C-598/19, EU:C:2021:810, pkt 42.

[82] Zobacz motyw 90 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24.

[83] Która stanowi uzasadniony cel, który w sposób wyraźny uznano w samym art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24.

[84] Zobacz a contrario wyrok z dnia 7 października 2004 r., Sintesi, C-247/02, EU:C:2004:593, pkt 38–42.

[85] Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający.

nie może być w żaden sposób zróżnicowana oraz że prawa pracowników, a także ich zdrowie i bezpieczeństwo, mogą być w pełni zapewnione we wszystkich przypadkach przez prawo krajowe lub art. 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

55. Znaczenie kryteriów dodatkowych, innych niż cena lub koszt, dla zapewnienia – in concreto w przypadku danego zaproszenia do składania ofert oraz in abstracto w odniesieniu do udzielania zamówień publicznych w ujęciu ogólnym – nie tylko poziomu wynagrodzenia pracowników [86], ale także ich zdrowia [87] i bezpieczeństwa, jest oczywiste w kontekście wszystkich usług pracochłonnych, w tym usług znormalizowanych, niezależnie od ich powtarzalnego charakteru [88]. Na przykład znaczenie dodatkowych kryteriów udzielenia zamówienia, innych niż najniższa cena, dla ochrony bezpieczeństwa i zdrowia pracowników ujawnia się ze szczególną mocą w przypadku części nr 6, w ramach której wymagana jest między innymi obsługa amunicji i materiałów wybuchowych. Ponadto, jak zauważa spółka Samir, stosowanie kryterium najniższej ceny, a nie najlepszego stosunku jakości do ceny, może zachęcać do korzystania z niewykwalifikowanej siły roboczej, ze szkodą nie tylko dla jakości świadczonej usługi, lecz także dla bezpieczeństwa. Może to też odwodzić od inwestycji w szkolenia personelu [89].

56. Chociaż nie wydaje się, że rozpatrywane przepisy prawa krajowego zostały opracowane specjalnie z myślą o ochronie jakości świadczonych usług [90], to nie można wykluczyć, iż organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji takich usług znormalizowanych mogą mieć wpływ na poziom realizacji zamówień, a co za tym idzie na wartość ekonomiczną ofert [91]. W tym względzie motyw 93 dyrektywy 2014/24 przewiduje, że „[w] przypadku gdy przepisy krajowe określają wynagrodzenie za niektóre usługi lub ustalają ceny stałe za niektóre dostawy, należy wyjaśnić, że wciąż pozostaje możliwym oszacowanie relacji jakości do ceny na podstawie czynników innych niż sama cena lub wynagrodzenie” [92].

[86] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 17 listopada 2015 r., RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, pkt 77, 79.

[87] Zobacz motyw 99 dyrektywy 2014/24, w którym jest mowa o kryteriach mających na celu ochronę zdrowia personelu.

[88] Roberto Caranta uważa, że „kryteria, w ramach których przywiązuje się zbyt dużą wagę do ceny, w naturalny sposób prowadzą do pogorszenia sytuacji pracowników, przy czym jest tak zwłaszcza w przypadku zamówień, w których personel stanowi najbardziej istotny koszt. W celu walki z dumpingiem socjalnym do treści normatywnej [art.] 95 ust. 3 kodeksu zamówień publicznych włączono [art.] 67 ust. 2 zdanie ostatnie i wskazano, że niedopuszczalne jest stosowanie wyłącznie ceny lub kosztu przy udzielaniu zamówień na […] oraz wszelkich zamówień, w których koszty personelu stanowią co najmniej 50 % całkowitego budżetu zamówienia”. R. Caranta, Towards socially responsible public procurement, *ERA Forum*, Vol. 23, 2022, s. 158; artykuł dostępny na stronie https://doi.org/10.1007/s12027-022-00718-5.

[89] Zobacz motyw 99 dyrektywy 2014/24, w którym wspomniano o „szkoleniach z […] umiejętności”.

[90] Jak już wspomniano, cele przyświecające ustawodawcy włoskiemu powinny zostać zrekonstruowane przez sąd odsyłający.

[91] Zobacz art. 67 ust. 2 lit. b), motyw 94 dyrektywy 2014/24. Chociaż w tym motywie posłużono się przykładem zamówień na usługi intelektualne, takie jak usługi doradcze lub architektoniczne, uważam, że nie można go interpretować jako wyłączającego usługi znormalizowane z zakresu stosowania art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24.

[92] Motyw ten przewiduje ponadto, że „[z] uwagi na liczne możliwości oszacowania relacji jakości do ceny na podstawie merytorycznych kryteriów należy unikać korzystania z losowania jako jedynego sposobu udzielania zamówień”. Wydaje się, że konieczność przeprowadzenia losowania wynikała ze splotu zastosowania najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia i zawartego w art. 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu, aby ewentualne zaoferowane obniżki były udzielane jedynie w odniesieniu do potencjalnego zysku oferenta, który został ustalony na poziomie 5 % wartości zamówienia wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu. Mając na uwadze, że te sztywne ograniczenia zostały wprowadzone przez samo ministerstwo, wydaje się mało prawdopodobne, aby oferenci byli zobowiązani przedstawić tej instytucji zamawiającej, w myśl art. 69 dyrektywy 2014/24, wyjaśnienia dotyczące wszelkich ofert, które wydają się rażąco niskie, oraz przestrzegania przez nich prawa socjalnego i prawa pracy, zgodnie z art. 18 ust. 2 tej dyrektywy. Jak zauważa rząd francuski, wszczęcie procedury uregulowanej w art. 69 tej dyrektywy nie następuje automatycznie. Oznacza to, że wykonawca musi najpierw złożyć ofertę, której cena jest oczywiście zaniżona i może zagrażać prawidłowej realizacji zamówienia. Następnie instytucja zamawiająca powinna powziąć podejrzenia. Wreszcie ta instytucja powinna przeprowadzić, w granicach swoich kompetencji, niezbędne kontrole.

57. W przedstawionych uwagach spółka Mara [93] powołała się także na wyrok Tedeschi i Consorzio Stabile Istant Service [94], w którym analizowano uregulowanie krajowe ograniczające możliwość obniżenia cen mających zastosowanie do usług zlecanych podwykonawcom do 20 % w stosunku do cen określonych w zamówieniu [95]. Trybunał orzekł, że takie ograniczenie może sprawić, iż możliwość korzystania z podwykonawstwa w celu wykonania danego zamówienia będzie mniej atrakcyjna, ponieważ ogranicza ono ewentualną konkurencyjną korzyść w zakresie kosztów, jaką stanowią pracownicy podwykonawców dla przedsiębiorstw zamierzających skorzystać z tej możliwości. Tymczasem taki skutek odstraszający jest sprzeczny z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na konkurencję oraz, w szczególności, ułatwieniu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, do którego to celu dążą odnośne dyrektywy. Ponadto ograniczenie dwudziestoprocentowe wykracza poza to, co konieczne dla zapewnienia ochrony pracownikom podwykonawców w zakresie wynagrodzenia, gdyż nie pozostawia miejsca na ocenę każdego konkretnego przypadku z osobna przez instytucję zamawiającą z tego względu, że ma ono zastosowanie bez uwzględnienia ochrony socjalnej gwarantowanej przez przepisy ustawowe i wykonawcze oraz układy zbiorowe, mające zastosowanie do odnośnych pracowników.

58. Przyjętego w tym wyroku toku rozumowania nie można przenieść na grunt niniejszej sprawy. Ustanowiony w art. 95 ust. 3 lit. a) i art. 95 ust. 4 lit. b) kodeksu zamówień publicznych wymóg stosowania najlepszego stosunku jakości do ceny w przypadku znormalizowanych usług pracochłonnych nie skutkuje automatycznym wykluczeniem żadnego oferenta, a w rzeczywistości wymaga indywidualnej oceny złożonych ofert na podstawie kryteriów, które obejmują między innymi cenę lub koszt.

59. Wydaje się zatem, z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający, że rozpatrywane uregulowanie krajowe transponujące art. 67 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 jest odpowiednie do zagwarantowania osiągnięcia jego głównego celu, jakim jest ochrona pracowników, i nie wykracza poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia, a więc jest zgodne z zasadą proporcjonalności.

VI. Wnioski

60. W świetle powyższego proponuję Trybunałowi, by na pytanie przedstawione przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) odpowiedział następująco:

Artykuł 67 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, oraz zasadę proporcjonalności

należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, takiemu jak to analizowane w postępowaniu głównym, które zakazuje stosowania przez instytucje zamawiające najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia publicznego na usługi, które są zarówno pracochłonne, jak i znormalizowane, nawet jeśli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidziano, iż wynagrodzenia pracowników

[93] Spółka Mara uważa, że wyłączenie przez ustawodawcę włoskiego kryterium najniższej ceny nie pozwala instytucji zamawiającej na ocenę każdego konkretnego przypadku z osobna oraz ma zastosowanie bez uwzględnienia ochrony socjalnej gwarantowanej przez przepisy ustawowe i wykonawcze oraz układy zbiorowe, mające zastosowanie do odnośnych pracowników.

[94] Wyrok z dnia 27 listopada 2019 r., C-402/18, EU:C:2019:1023, pkt 59, 65.

[95] To ograniczenie dwudziestoprocentowe było obowiązkowe.

zatrudnionych przy realizacji zamówienia są wypłacane na podstawie odpowiedniego krajowego sektorowego układu zbiorowego pracy oraz iż ewentualna zaoferowana obniżka może zostać udzielona jedynie w odniesieniu do potencjalnego zysku oferenta.