Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 6 lutego 2025 r.[1]

Sprawa C-82/24

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.
przeciwko
Veolia Water Technologies sp. z o.o.,
Krüger A/S,
OTV France,
Haarslev Industries GmbH,
Warbud S.A.

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Sąd Okręgowy w Warszawie (Polska)]

Odesłanie prejudycjalne – Udzielanie zamówień publicznych – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 2 – Zasady równego traktowania i przejrzystości – Obowiązek nieprzewidziany wyraźnie w dokumentach przetargowych lub w umowie – Uzupełniające stosowanie prawa cywilnego poprzez odesłanie zawarte w postanowieniach umownych – Przedłużenie gwarancji wynikające z wykładni przepisów prawnych mających zastosowanie w drodze analogii – Rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność oferent

1. Spór leżący u podstaw niniejszego odesłania prejudycjalnego dotyczy okresu gwarancji uzgodnionego między instytucją zamawiającą a wykonawcą zamówienia publicznego, którego przedmiotem była rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków.

2. Spór dotyczy ewentualnego przedłużenia okresu gwarancji poza okres wyraźnie uzgodniony w umowie. Sąd odsyłający ma wątpliwości, czy przedłużenie to, w zakresie, w jakim zostało jednostronnie narzucone przez instytucję zamawiającą, jest zgodne z zasadami ustanowionymi w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE[2], który ma zastosowanie ratione temporis.

[1] Język oryginału: hiszpański.

[2] Dyrektywa 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).

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2004/18

3. Artykuł 2 („Zasady udzielania zamówień”) stanowi:

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

4. Artykuł 12 („Zamówienia udzielane w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych”) ma następujące brzmienie:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych, które zgodnie z dyrektywą 2004/17/WE udzielane są przez instytucje zamawiające prowadzące jeden lub wiele rodzajów działalności określonych w art. 3–7 tej dyrektywy, w celu prowadzenia tej działalności, ani do zamówień publicznych wyłączonych z zakresu wspomnianej dyrektywy na mocy jej art. 5 ust. 2 oraz art. 19, 26 i 30.

Jednakże niniejszą dyrektywę nadal stosuje się do zamówień publicznych udzielanych przez instytucje zamawiające prowadzące co najmniej jeden z rodzajów działalności określonych w art. 6 dyrektywy 2004/17/WE, w celu prowadzenia tej działalności, jak długo dane państwo członkowskie korzysta z możliwości, o której mowa w art. 71 akapit drugi wskazanej dyrektywy w celu odroczenia w czasie stosowania jej przepisów”.

5. Artykuł 26 („Warunki realizacji zamówień”) stanowi:

„Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych”.

2. Dyrektywa 2004/17/WE[3]

6. Zgodnie z art. 4 („Gospodarka wodna”):

„1. Niniejsza dyrektywa dotyczy następujących rodzajów działalności:

a) dostarczanie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej; lub

b) dostawy wody pitnej do takich sieci.

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1).

2. Niniejsza dyrektywa dotyczy również zamówień lub konkursów, udzielanych lub organizowanych przez podmioty, które wykonują rodzaje działalności wymienione w ust. 1 oraz które:

a) są związane z projektami dotyczącymi inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji, pod warunkiem że ilość wody wykorzystywanej do celów dostaw wody pitnej stanowi ponad 20 % łącznej ilości wody dostępnej dzięki wspomnianym projektom lub instalacjom nawadniającym lub melioracyjnym; lub

b) są związane z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków.

[…]".

7. Artykuł 10 („Zasady udzielania zamówień") stanowi:

„Podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty".

8. Artykuł 38 („Warunki realizacji zamówień") stanowi:

„Podmioty zamawiające mogą określić szczególne warunki odnoszące się do realizacji danego zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z prawem wspólnotowym oraz że zostały one podane w ogłoszeniu stanowiącym zaproszenie do ubiegania się o zamówienie lub w specyfikacjach. Warunki odnoszące się do realizacji zamówienia mogą w szczególności dotyczyć kwestii społecznych oraz ochrony środowiska".

B. Krajowe ramy prawne

1. (Dawna) ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [4]

9. Zgodnie z art. 29 ust. 1 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

10. Artykuł 36 ust. 1 pkt 16 stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

2. Kodeks cywilny [5]

11. Zgodnie z art. 353^1:

„Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego".

[4] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 nr 223, poz. 1655 ze zmianami).

[5] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 nr 16, poz. 93 ze zmianami).

12. Artykuł 581 § 1, który znajduje się w tytule dotyczącym umów sprzedaży, stanowi:

„Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej".

II. Okoliczności faktyczne, postępowania główne i pytanie prejudycjalne

13. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.[6] (zwane dalej „instytucją zamawiającą") opublikowało ogłoszenie o otwartym postępowaniu przetargowym w celu udzielenia zamówienia nr 8/JRP/R/2008 „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków Czajka (termiczna utylizacja osadów ściekowych)".

14. Konsorcjum przedsiębiorstw, którego liderem była spółka Veolia Water Technologies sp. z o.o. (zwana dalej „spółką Veolia"), z siedzibą w Warszawie[7], wzięło udział w postępowaniu i udzielono mu zamówienia.

15. W dniu 1 sierpnia 2008 r. została zawarta umowa między spółką Veolia a instytucją zamawiającą.

16. Umowa obejmowała wybudowanie stacji termicznej utylizacji osadów ściekowych, w której miały być zainstalowane dwa rekuperatory na dwóch niezależnych od siebie liniach spalania odpadów.

17. Umowa zawierała również klauzulę („kartę gwarancyjną") przewidującą 36-miesięczny okres gwarancji, który miał się rozpocząć od dnia wydania świadectwa wykonania robót.

18. Subklauzula 6.1 umowy stanowiła, że „w sprawach nieuregulowanych niniejszą kartą gwarancyjną zastosowanie mają odpowiednie przepisy prawa polskiego, w szczególności Kodeksu cywilnego […]".

19. Roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia miały zostać wykonane do dnia 30 października 2010 r. Termin ten został jednak przedłużony do dnia 30 listopada 2012 r. W dniu 21 marca 2013 r. zostało wystawione świadectwo wykonania robót.

20. W dniach 26 września 2014 r. i 3 marca 2015 r. instytucja zamawiająca poinformowała spółkę Veolia, że wystąpiła awaria rekuperatorów, odpowiednio, linii nr 2 i linii nr 1.

21. Zgodnie z kartą gwarancyjną spółka Veolia wymieniła uszkodzone rekuperatory. Rozruch nowych rekuperatorów miał miejsce w dniach 22 lutego i 28 kwietnia 2016 r.

[6] Jest to spółka odpowiedzialna za dostarczanie wody pitnej i odprowadzanie ścieków w Warszawie (Polska).

[7] Oprócz spółki Veolia w skład konsorcjum wchodziły spółki: Krüger A/S, z siedzibą w Søborg (Dania); OTV France, z siedzibą w Saint-Maurice (Francja); Haarslev Industries GmbH, z siedzibą w Bruchsal (Niemcy), oraz Warbud S.A., z siedzibą w Warszawie. W dalszej części przyjmuję, że spółka Veolia działa w imieniu konsorcjum.

22. W dniu 27 listopada 2018 r. instytucja zamawiająca powiadomiła spółkę Veolia o (ponownej) awarii obydwu wymienionych rekuperatorów i zażądała ich naprawy lub wymiany w ramach gwarancji.

23. Spółka Veolia odmówiła uwzględnienia roszczenia, twierdząc, że okres ochrony gwarancyjnej upłynął.

24. Spór między stronami umowy doprowadził do wniesienia dwóch pozwów do Sądu Okręgowego w Warszawie (Polska), które sąd ten połączył do wspólnego rozpoznania:

– z jednej strony instytucja zamawiająca domaga się od spółki Veolia zapłaty kwoty 5 661 772,39 EUR tytułem kar umownych wraz z powództwem ewentualnym oraz kwoty 11 351 601,62 PLN tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy; tytułem żądania ewentualnego wnosi ona o zasądzenie kwoty 2 533 839,65 EUR;

– z drugiej strony spółka Veolia domaga się od instytucji zamawiającej zapłaty kwoty 3 766 666,36 EUR, odpowiadającej kwotom pobranym przez instytucję zamawiającą z udzielonych gwarancji bankowych.

25. W tych okolicznościach sąd rozpoznający te sprawy zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy zasady przejrzystości, równości traktowania i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 2 dyrektywy 2004/18 […], należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie takiej wykładni prawa krajowego, która pozwalałaby ustalać treść umowy o zamówienie publiczne zawartej z konsorcjum złożon[ym] z podmiotów z różnych państw członkowskich Unii Europejskiej, poprzez uwzględnienie w niej obowiązku, mogącego mieć pośrednio wpływ na ustalenie ceny zawartej w ofercie złożonej przez tego wykonawcę, nieprzewidzianego wyraźnie w treści umowy ani w dokumentacji przetargowej, a wynikającego z przepisu prawa krajowego, który nie stosuje się wprost do tej umowy, lecz podlega zastosowaniu w drodze analogii?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem

26. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału w dniu 1 lutego 2024 r.

27. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez spółkę Veolia, instytucję zamawiającą, rząd polski i Komisję Europejską.

28. Nie uznano za konieczne przeprowadzenia rozprawy.

IV. Ocena

A. Uwagi wstępne

1. Mająca zastosowanie dyrektywa

29. Komisja zastanawia się przede wszystkim, czy w niniejszym sporze[8] zastosowanie ma dyrektywa 2004/18, czy też dyrektywa 2004/17.

30. Dyrektywa 2004/17 reguluje w szczególności zamówienia lub konkursy związane z projektami udzielane lub organizowane przez podmioty, które zajmują się dostarczaniem wody pitnej za pośrednictwem stałych sieci dystrybucji, pod warunkiem że takie zamówienia są związane między innymi z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków (art. 4 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/17).

31. Jak wskazuje Komisja[9], z której oceną się zgadzam, wydaje się, że należy wziąć pod uwagę dyrektywę 2004/17, ponieważ:

– instytucja zamawiająca dostarcza wodę pitną mieszkańcom aglomeracji warszawskiej oraz eksploatuje stałe sieci wodociągowe i kanalizacyjne w Warszawie;

– przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków, która obejmuje odprowadzanie lub oczyszczanie ścieków, to znaczy działalność wyraźnie wymienioną w art. 4 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/17.

32. Do sądu odsyłającego, który dysponuje wszystkimi informacjami dotyczącymi zamówienia i działalności instytucji zamawiającej, należy sprawdzenie okoliczności faktycznych, na podstawie których musi on ocenić, która z dwóch dyrektyw wchodzi w grę.

33. W rzeczywistości jest to kwestia o niewielkim znaczeniu praktycznym, ponieważ uregulowanie zasad udzielania zamówień w dyrektywie 2004/18 (art. 2) i dyrektywie 2004/17 (art. 10) jest zasadniczo takie samo.

34. W każdym razie skupię się na wykładni dyrektywy 2004/18, na którą powołano się w postanowieniu odsyłającym i na której skupili się uczestnicy sporu w toku całego postępowania prejudycjalnego.

2. Dyrektywa 2004/18 i realizacja zamówienia

35. Trudniejsze jest ustalenie, czy art. 2 dyrektywy 2004/18 ma zastosowanie do zdarzenia, które miało miejsce na etapie realizacji zamówienia, wiele lat po jego udzieleniu i zawarciu umowy w sprawie tego zamówienia.

[8] Zgodnie z art. 12 dyrektywy 2004/18 dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień publicznych objętych zakresem stosowania dyrektywy 2004/17.

[9] Punkt 35 jej uwag na piśmie, w którym wskazano stronę internetową instytucji zamawiającej (https://www.mpwik.com.pl/view/dane-spolki).

36. Trudność wynika z faktu, że celem dyrektywy 2004/18 była koordynacja *procedur udzielania* niektórych zamówień publicznych. W szczególności art. 2 tej dyrektywy określał trzy zasady, którym musi podlegać „udzielanie zamówień”.

37. Dyrektywa 2004/18 regulowała w szerokim zakresie *udzielanie* zamówień i zawierała pojedyncze odniesienia do *realizacji* zamówień. Natomiast w późniejszej dyrektywie 2014/24/UE [10] zawarto specjalny rozdział dotyczący *realizacji* zamówień publicznych [11].

38. Tę różnicę w uregulowaniach należy jednak zrelatywizować: kwestie, które w dyrektywie 2014/24 włączono do rozdziału dotyczącego realizacji zamówień, zostały ujęte w dyrektywie 2004/18 przy zastosowaniu innej systematyki w tytule dotyczącym specyfikacji i dokumentów zamówienia.

39. Dotyczy to na przykład przepisów odnoszących się do warunków realizacji zamówienia (art. 70 dyrektywy 2014/24 i art. 26 dyrektywy 2004/18) lub podwykonawstwa (art. 71 dyrektywy 2014/24 i art. 25 dyrektywy 2004/18).

40. W odniesieniu do zmiany umów w okresie ich obowiązywania, mimo iż dyrektywa 2004/18 nie zawiera przepisu o treści równoważnej z art. 72 dyrektywy 2014/24, Trybunał dokonał już wykładni art. 2 dyrektywy 2004/18 w ten sposób, że do udzielonego już zamówienia publicznego nie można wprowadzić istotnej zmiany, nie wszczynając przy tym nowego postępowania o udzielenie zamówienia [12].

41. W tym kontekście normatywnym zastosowanie dyrektywy 2004/18 w niniejszej sprawie może opierać się na trzech założeniach: a) że zmiana umowy w rzeczywistości następuje w drodze wykładni treści klauzuli zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wywnioskowanie z niej zobowiązań, które nie wynikają wyraźnie z uzgodnionych postanowień [13]; b) że specyfikacja istotnych warunków zamówienia lub dokumenty zamówienia, poprzez włączenie karty gwarancyjnej na warunkach, w jakich to w nich uczyniono, były niezgodne z zasadami określonymi w art. 2 dyrektywy 2004/18 już na etapie udzielenia zamówienia; oraz c) że karta gwarancyjna sama w sobie stanowiła warunek realizacji zamówienia.

42. W oparciu o te trzy założenia wykluczam, że doszło do *zmiany* umowy, w której to kwestii zgadzam się z rządem polskim. Argument dotyczący zmiany napotyka na przeszkodę w postaci tego, że sporna klauzula była zawarta w umowie od samego początku. Ponadto została ona zastosowana w sposób skuteczny i bezsporny, gdyż spółka Veolia wymieniła uszkodzone rekuperatory, gdy tylko została do tego wezwana.

43. Spółka Veolia zaprzeczyła, że istniało wynikające z gwarancji zobowiązanie wymiany „drugich” rekuperatorów, nie dlatego, że wprowadzono zmianę, lecz dlatego, że jej zdaniem to zobowiązanie umowne wygasło wraz z upływem uzgodnionego terminu.

[10] 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).

[11] Artykuły 70–73 rozdziału IV tytułu II dyrektywy 2014/24.

[12] Wyrok z dnia 7 września 2016 r., Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, sentencja). Zmiana nastąpiła na etapie realizacji zamówienia.

[13] Punkt 29 uwag na piśmie rządu polskiego.

44. Jeżeli spojrzeć na kartę gwarancyjną z punktu widzenia *udzielenia zamówienia*, nie znajduję powodu, aby co do zasady negować jej ważność, a tym bardziej ważność całego zamówienia. Względy pewności prawa i sama systematyka dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych [14] uniemożliwiają ponowne otwarcie debaty na temat zgodności z prawem przyjętej i niezakwestionowanej w odpowiednim czasie decyzji o udzieleniu zamówienia [15].

45. Z postanowienia odsyłającego wynika bowiem, że wykonawca nie wnosi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia ze względu na to, że umowa zawiera klauzulę gwarancyjną, która – gdyby miała zakres czasowy, jaki nadaje jej obecnie instytucja zamawiająca – doprowadziłaby do tego, że nie złożyłby on oferty (lub zaoferowałby wyższą cenę). Wykonawca zmierza po prostu do tego, by interpretować tę klauzulę w ten sposób, że nie oznacza ona obowiązku wymiany uszkodzonych rekuperatorów po raz drugi.

46. W zakresie, w jakim wykładnia przyjęta przez instytucję zamawiającą w celu wywołania skutków na etapie realizacji zamówienia miałaby pociągać za sobą przeinaczenie uzgodnionych postanowień umownych (w znaczeniu, do którego Trybunał odniósł się w wyroku Komisja/CAS Succhi di Frutta) [16], spór rozciągałby się pośrednio na same warunki udzielenia zamówienia.

47. Wreszcie, kartę gwarancyjną można rozumieć jako warunek szczególny związany z *realizacją zamówienia*, podlegający art. 26 dyrektywy 2004/18. Zgodnie z tym przepisem instytucje zamawiające mogą wymagać takiej karty gwarancyjnej, pod warunkiem że jest ona zgodna z prawem Unii i została wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [17].

48. W zakresie, w jakim karta gwarancyjna dotyczy wykonania zobowiązań umownych po zawarciu umowy, nie istnieje żadna niemożliwa do pokonania przeszkoda, aby ostatecznie uznać ją za warunek realizacji zamówienia. Ustaliwszy, że została ona przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [18], należy rozstrzygnąć, czy jest ona zgodna z prawem Unii, w szczególności z zasadami niedyskryminacji, równego traktowania i przejrzystości.

[14] Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33).

[15] Odsyłam do mojej opinii z dnia 17 października 2024 r. w sprawie Fastned Deutschland (C-452/23, EU:C:2024:894).

[16] Wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. (C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 120).

[17] W mojej opinii z dnia 28 stycznia 2021 r. w sprawie Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:79, pkt 79) wyjaśniłem, że „[w] orzecznictwie zwrócono uwagę na te szczególne warunki, gdy są one narzucane ze »względów społecznych«, skupiając w ten sposób uwagę na niektórych warunkach, które są objęte zakresem nieostrego sformułowania art. 26 zdanie końcowe dyrektywy 2004/18. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby rozciągały się one na inne dziedziny, ponieważ odniesienie do »względów społecznych i środowiskowych« zostało poczynione tytułem przykładu (»w szczególności«)".

[18] Z treści postanowienia odsyłającego wynika, że sporna klauzula była zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu oraz że kwestionowana jest jedynie możliwość zastosowania art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego, ponieważ zdaniem spółki Veolia ani w umowie, ani w ogłoszeniu o zamówieniu „nie wskazano, że przepis ten ma zastosowanie do gwarancji udzielonej przez wykonawców".

49. Trybunał dopuszcza powiązanie zasad udzielania zamówień publicznych z etapem realizacji zamówienia [19]: „instytucje zamawiające muszą *w trakcie całego postępowania* przestrzegać zasad udzielania zamówień określonych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się w szczególności zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności” [20].

50. Skoro odniesienie do równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości powtarza się w kolejnych motywach dyrektywy 2014/24, jest logiczne, że wykładni art. 18 ust. 1 tej dyrektywy, który określa te przewodnie zasady zamówień publicznych, należy dokonywać w ten sposób, że owe zasady nie ograniczają się do etapu udzielania zamówień.

51. Niewątpliwie orzecznictwo to dotyczyło dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z 2014 r., które nie mają zastosowania w niniejszej sprawie ratione temporis. Nie widzę jednak niemożliwych do przezwyciężenia trudności – przy zachowaniu wszelkich proporcji – aby rozszerzyć to orzecznictwo na zamówienia podlegające dyrektywie 2004/18, której zasady udzielania zamówień (art. 2) muszą być przestrzegane na wszystkich etapach realizacji zamówienia.

52. W przeciwnym razie wystąpiłby niepożądany skutek, do którego Trybunał odniósł się w wyroku Komisja/CAS Succhi di Frutta: „gdyby instytucja zamawiająca była uprawniona do zmiany według własnego uznania, *na etapie realizacji zamówienia*, samych warunków przetargu, w braku wyraźnego upoważnienia w tym zakresie zawartego w mających zastosowanie przepisach, warunki udzielenia zamówienia, które zostały pierwotnie przewidziane, zostałyby zniekształcone” [21].

53. Nie widzę zatem przeszkód, by Trybunał przedstawił sądowi odsyłającemu w niniejszej sprawie wykładnię art. 2 dyrektywy 2004/18.

B. Odpowiedź na pytanie prejudycjalne

54. Wydaje mi się, że na wstępie należy przedstawić treść sporu między stronami, dotyczącego uzgodnionej klauzuli gwarancyjnej i określenia okresu jej obowiązywania:

– zgodnie z umową ustalono okres gwarancji rozpoczynający się w dniu wydania świadectwa wykonania robót i upływający 36 miesięcy później (to znaczy nie później niż w dniu 30 kwietnia 2015 r.). Gwarancja obowiązywała zatem w chwili, gdy instytucja zamawiająca powiadomiła spółkę Veolia o „pierwszych awariach”, co spółka Veolia przyjęła bez zastrzeżeń;

– natomiast gdy instytucja zamawiająca poinformowała spółkę Veolia o „drugich awariach” (w dniu 27 listopada 2018 r.), ów termin wynoszący 36 miesięcy już upłynął. Kwestią sporną jest, czy pomimo tego upływu termin rozpoczął bieg na nowo od chwili dostarczenia przez spółkę Veolia zastępczych rekuperatorów (odpowiednio, w dniu 22 lutego 2016 r. w przypadku rekuperatora linii nr 2 i w dniu 28 kwietnia 2016 r. w przypadku rekuperatora linii nr 1) w celu usunięcia pierwszych awarii;

[19] Związek między art. 18 ust. 1 i art. 70 dyrektywy 2014/24 można dostrzec w wyrokach: z dnia 8 lipca 2021 r., Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, pkt 63 i pkt 2 sentencji); z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 90).

[20] Wyrok z dnia 26 września 2019 r., Vitali (C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 39). Wyróżnienie moje. Była to kwestia związana z podwykonawstwem, którą, jak już podkreśliłem, i podobnie jak warunki realizacji zamówienia, dyrektywa 2014/24 reguluje w rozdziale dotyczącym realizacji zamówienia.

[21] Wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. (C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 120). Wyróżnienie moje.

– zdaniem instytucji zamawiającej przedłużenie terminu o kolejne 36 miesięcy wynika z zastosowania ogólnych przepisów prawa polskiego, do których odnosiła się karta gwarancyjna. Zgodnie z subklauzulą 6.1 karty gwarancyjnej w sprawach nieuregulowanych tą kartą zastosowanie mają odpowiednie przepisy prawa polskiego, w tym przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 581 § 1 tego kodeksu, dotyczącym umowy sprzedaży, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej;

– natomiast spółka Veolia utrzymuje, że umowa, regulując kartę gwarancyjną, konkretyzowała w sposób pełny i precyzyjny postanowienia dotyczące gwarancji. Z treści umowy wynika, że strony umowy nie zamierzały stosować przedłużenia gwarancji ponad to, co zostało uzgodnione;

– spółka Veolia dodaje, że art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego, który dotyczy umowy sprzedaży, nie miał zastosowania. Ani strony umowy, ani instytucja zamawiająca w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazały, że przepis ten obejmuje udzieloną gwarancję. Jego zastosowanie w drodze analogii byłoby sprzeczne z zawartymi w dyrektywie 2004/18 zasadami przejrzystości, równości traktowania i uczciwej konkurencji, bowiem oznaczałoby odesłanie do warunków, które nie wynikają jasno z dokumentacji przetargowej lub z obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz wynikają jedynie z wykładni tych przepisów.

55. Sąd odsyłający wskazuje jako podstawy odesłania prejudycjalnego takie, które dotyczą prawa krajowego (pkt 34–42 postanowienia odsyłającego), i inne, które dotyczą prawa Unii (pkt 44–53 tego postanowienia).

56. Uważam, że takie systematyczne podejście może pomóc w lepszym zrozumieniu pytania prejudycjalnego. Przed rozważeniem, czy postanowienie umowne lub jego wykładnia są zgodne z dyrektywą 2004/18, należy wyjaśnić, w jaki sposób *interpretuje* je sąd odsyłający.

57. Co do zasady to do sądu odsyłającego, a nie do Trybunału należy dokonywanie wykładni postanowień umownych, co do których między stronami występują rozbieżności, w świetle ich brzmienia, zamiaru stron umowy oraz przepisów prawa krajowego regulujących te umowy.

58. W oparciu o to założenie sąd odsyłający będzie musiał ustalić, czy w odniesieniu do prawa krajowego karta gwarancyjna: a) zawierała wyczerpującą regulację terminu, w którym miała ona obowiązywać, to znaczy 36 miesięcy od wydania świadectwa wykonania robót, bez obowiązku jego przedłużenia; czy też b) prowadziła, poprzez subklauzulę 6.1, do przedłużenia tego terminu, w przypadku gdyby miały zastosowanie przepisy dyspozytywne prawa polskiego, w szczególności przepisy Kodeksu cywilnego.

59. Gdyby sąd odsyłający przyjął pierwsze z tych rozwiązań, spór zostałby rozstrzygnięty i wydanie przez Trybunał orzeczenia w trybie prejudycjalnym prawdopodobnie nie byłoby konieczne.

60. Wszystko wydaje się jednak wskazywać, że sąd odsyłający nie wyklucza, iż w niniejszej sprawie zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego (co oznacza drugą z wymienionych powyżej możliwości).

61. W postanowieniu odsyłającym stwierdza on bowiem, że „w drodze analogii, w zakresie nieuregulowanym postanowieniami umownymi, do udzielonej na przedmiot umowy o roboty budowlane gwarancji stosować należy przepisy [Kodeksu cywilnego] o gwarancji przy sprzedaży” [22]. Jego zdaniem „polskie prawo zamówień publicznych […] nie wyklucza zastosowania w drodze analogii przepisów prawa krajowego, do których brak jest wprost odwołania w postanowieniach umownych, w dokumentacji przetargowej oraz w przepisach prawa regulujących rodzaj umowy, której dotyczy przetarg” [23].

62. W rozważaniach, które przedstawię poniżej, należy przyjąć jako założenie wykładnię spornej umowy dokonaną przez sąd odsyłający. Skupię się na zastosowaniu zasady przejrzystości, która jest ściśle związana z zasadą równego traktowania.

63. Jak ujął to Trybunał, „obowiązek przejrzystości, [który] wypływ[a] z zasady równości, ma w tym kontekście zasadniczo na celu zapewnienie, by wszystkie zainteresowane podmioty mogły zdecydować się na złożenie oferty w przetargach na podstawie wszystkich istotnych informacji, oraz wykluczenie wszelkiego ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony organu rozstrzygającego przetarg” [24].

64. Obowiązek przejrzystości ma dwa aspekty:

– po pierwsze, „wymaga od instytucji zamawiającej odpowiedniego stopnia jawności umożliwiającego z jednej strony otwarcie na konkurencję, a z drugiej strony kontrolę bezstronności procedury udzielenia zamówienia” [25];

– po drugie, „[w]ymaga on, aby wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób […]” [26].

65. W niniejszej sprawie właściwe jest to drugie podejście. Jak już wspomniałem, istotą sporu jest ustalenie, czy biorąc pod uwagę sformułowanie umowy, spółka Veolia była w stanie dowiedzieć się, do czego rzeczywiście się zobowiązuje poprzez zawarcie tej umowy.

66. Sąd odsyłający skupia się w szczególności na ewentualnym zastosowaniu wyroku Pizzo [27] w rozpatrywanej przez niego sprawie, przyznając jednocześnie, że owa sprawa dotyczyła wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia, zaś niniejsza sprawa dotyczy pewnego zdarzenia na etapie realizacji zamówienia.

22 Postanowienie odsyłające, pkt 39.

23 Postanowienie odsyłające, pkt 41.

24 Wyrok z dnia 22 czerwca 2017 r., Unibet International (C-49/16, EU:C:2017:491, pkt 46).

25 Wyrok z dnia 4 kwietnia 2019 r., Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290, pkt 61).

26 Ibidem, pkt 62.

27 Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo (C-27/15, zwany dalej „wyrokiem Pizzo”, EU:C:2016:404).

67. W postanowieniu odsyłającym, po przytoczeniu pkt 51 wyroku Pizzo [28], sąd odsyłający:

– opowiada się za „szerszym stosowaniem" orzecznictwa zawartego w wyroku Pizzo. Tak więc „niedopuszczalne jest […] wywodzenie jedynie z wykładni ustawy krajowej […] obowiązków, które nie wynikają wprost z obowiązującej krajowej ustawy i dokumentacji przetargowej" [29];

– ma wątpliwości co do tego, czy należycie poinformowani i wykazujący staranność oferenci są w stanie skalkulować cenę, którą przedstawiają w swoich ofertach, jeżeli zakres ich obowiązków w odniesieniu do gwarancji jest ustalany poprzez zastosowanie w drodze analogii przepisów (przewidzianych dla innego rodzaju umów), których wykładnia wynika z praktyki organów krajowych, która ponadto nie jest jednolita [30].

68. W sprawie Pizzo przedmiotem sporu było wykluczenie oferenta na tej podstawie, że nie spełniał on jednego z wymogów dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wymóg decydujący o wykluczeniu nie został wyraźnie określony w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz można go było wywnioskować z krajowych przepisów o charakterze ogólnym.

69. Trybunał odrzucił pogląd, że w sprawie Pizzo przestrzegano zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości. Jego zdaniem, krótko rzecz ujmując, taka wykładnia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia (zwłaszcza jeśli chodziło o wykonawców zagranicznych) nie mogli racjonalnie przewidzieć, była niedopuszczalna.

70. Niewątpliwie w wyroku Pizzo dokonano wykładni zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem, gdyby przyjąć, jak wskazałem [31], że na art. 2 dyrektywy 2004/18 można również powoływać się odpowiednio w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w niniejszej sprawie, nie byłoby przeszkód, aby stwierdzenia Trybunału zawarte w tym wyroku rozszerzyć na ten przepis.

71. W oparciu o to założenie to do sądu odsyłającego należy ocena, w jakim stopniu wykładnia karty gwarancyjnej (w tym subklauzuli 6.1), która pozwalała instytucji zamawiającej wymagać przedłużenia uzgodnionego terminu, była lub nie była racjonalnie przewidywalna dla wykonawcy wykazującego staranność.

72. Aby dokonać takiej wykładni, można zastosować dwa podejścia, w zależności od tego, czy weźmie się pod uwagę tylko ścisłe i dosłowne brzmienie karty gwarancyjnej, nie zaś podmiotowe warunki wykonawcy oraz kontekst umowny i regulacyjny, czy też przeciwnie, zwróci się większą uwagę na te ostatnie czynniki.

73. Niezależnie od przyjętego podejścia, moim zdaniem kluczowa jest (racjonalna) przewidywalność przyjętego rozwiązania. Z kolei przewidywalność jest związana ze znajomością prawa krajowego i stopniem pewności prawa, jaką prawo krajowe powinno zapewniać wykonawcom w ramach zamówień publicznych.

[28] „Zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk".

[29] Postanowienie odsyłające, pkt 53.

[30] Postanowienie odsyłające, pkt 53 in fine.

[31] Punkty 35–53 niniejszej opinii.

74. W tym względzie, jak słusznie zauważył sąd odsyłający, długość terminu gwarancji jest istotnym czynnikiem, który pozwala wykonawcom odpowiednio ustalić ceny ich ofert. Terminy te powinny jasno wynikać ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i innych dokumentów zamówienia.

75. Ponadto mogłoby dojść do zakłócenia konkurencji ze szkodą dla wykonawców z innych państw członkowskich, gdyby wykonawcy ci, opierając się na sformułowaniu klauzuli gwarancyjnej, ostatecznie mieli do czynienia z wykładnią jej treści, której nie mogli racjonalnie przewidzieć.

76. Warunki zamówienia muszą same w sobie umożliwiać wszystkim zainteresowanym zrozumienie ich treści i zakresu. Tylko w ten sposób można zapewnić niezbędną przejrzystość i pewność prawa.

77. W mojej opinii w sprawie Pizzo stwierdziłem, że „byłoby nielogiczne, by instytucje zamawiające były także zobowiązane do wyszczególnienia warunków nakładanych przez przepisy regulacyjne o charakterze generalnym, których »rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność« oferent nie może nie znać” [32].

78. Powtarzam teraz to stwierdzenie, ale nie można z niego wywnioskować, że zgadzam się na przyjęcie zobowiązań umownych, których przewidywalności nie można racjonalnie wywnioskować z brzmienia samej umowy, nawet w połączeniu z ogólnymi przepisami prawa, które mają bezspornie zastosowanie.

79. Sąd odsyłający musi zatem ocenić, czy w niniejszej sprawie dopuszczalna była wykładnia karty gwarancyjnej, która, wykraczając poza brzmienie tej karty, prowadziła do uzupełniającego stosowania przepisów polskiego Kodeksu cywilnego dotyczących przedłużenia terminów gwarancji w umowach sprzedaży.

80. Aby pomóc w tej ocenie, Trybunał mógłby udzielić sądowi odsyłającemu następujących wskazówek:

– jeżeli strony umowy wyraźnie ustalą konkretny okres gwarancji poprzez określenie czasu jego trwania oraz dnia rozpoczęcia i dnia zakończenia, nie przewidując jego przedłużenia, system ten mógłby zostać uznany za kompletny i zamknięty sam w sobie. Nie byłoby zatem potrzeby powoływania się na ogólne przepisy prawa krajowego, ponieważ wola strony umowy, której zgodność z prawem nie budziłaby wątpliwości, zostałaby jasno wyrażona;

– treść subklauzuli 6.1 obejmuje jedynie „sprawy nieuregulowane niniejszą kartą gwarancyjną”. Ponieważ kwestia dotycząca terminu gwarancji była *sprawą uregulowaną* w tej karcie, postanowienie subklauzuli 6.1 nie wchodzi w grę;

– gdyby dopuścić stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego (które miałoby raczej charakter dyspozytywny, a nie przez analogię), wykładnia przepisów art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego

[32] Opinia z dnia 21 stycznia 2016 r. (C-27/15, EU:C:2016:48, pkt 52). Należy przypomnieć, że w sprawie Pizzo dokumenty przetargowe nie zawierały żadnego odniesienia do warunku, który doprowadził do wykluczenia oferentów (nieuiszczenie składki przewidzianej ustawą). W niniejszej sprawie karta gwarancyjna podpisana przez spółkę Veolia jest uregulowana w umowie, a w zakresie w niej nieuregulowanym wyraźnie odsyła ona do „odpowiednich przepisów prawa polskiego, w szczególności Kodeksu cywilnego”.

musiałaby być na tyle oczywista, że nie pozostawiałaby miejsca na wątpliwości wykazującego staranność i rozsądnie poinformowanego wykonawcy [33];

– z postanowienia odsyłającego nie wydaje się wynikać, że wykładnia art. 581 § 1 Kodeksu cywilnego, która rozszerza przepisy o umowie sprzedaży na przepisy dotyczące wykonywania robót budowlanych, jest podzielana jednomyślnie w doktrynie ani powszechnie przez sądy krajowe [34]. Istnieją raczej wątpliwości co do prawnej zasadności takiej wykładni;

– wobec braku wyraźnego odesłania do gwarancji wymaganej w przypadku umów sprzedaży (zwykle inspirowanej celem ochrony konsumentów) logika właściwa gwarancji udzielanej w umowach o roboty budowlane zawieranych między przedsiębiorcami wydaje się odmienna z gospodarczego punktu widzenia [35];

– w celu ustalenia, czy mimo wszystko konsorcjum, do którego należała spółka Veolia, było w stanie rozsądnie zapoznać się od samego początku z wykładnią karty gwarancyjnej, za którą następnie opowiedziała się instytucja zamawiająca, można by odnieść się do takich czynników, jak istnienie w Polsce siedziby spółki będącej liderem konsorcjum i innego członka konsorcjum lub ich doświadczenie w sektorze budowlanym, do którego należy przedmiot zamówienia;

– podobnie istotne mogłoby być to, że dokonana przez instytucję zamawiającą wykładnia treści karty gwarancyjnej była wystarczająco dobrze znana w sektorze, w związku z czym spółka Veolia lub inni członkowie konsorcjum mogli mieć do niej łatwy dostęp, w stosownym przypadku po zasięgnięciu porady co do zakresu czasowego gwarancji w świetle przepisów polskiego Kodeksu cywilnego.

81. Podsumowując, uważam, że zasady ustanowione w art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoją co do zasady na przeszkodzie włączeniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane klauzuli, która odsyła do przepisów krajowego Kodeksu cywilnego w celu określenia zakresu czasowego obowiązku gwarancyjnego wykonawcy oraz w kwestiach nieuregulowanych w tej klauzuli. Zasady te są jednak niezgodne z wykładnią owej klauzuli, która poprzez przedłużenie terminu gwarancji poza termin uzgodniony przez strony jest nieprzewidywalna dla rozsądnie poinformowanego i wykazującego zwykłą staranność wykonawcy, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego.

[33] Rząd polski zgadza się, że wykładnia umowy, z której wynika obowiązek nieprzewidziany wyraźnie w umowie, lecz wynikający z przepisów prawa krajowego, do których umowa ta odsyła, byłaby możliwa w zakresie, w jakim rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność wykonawca nie mógłby o tych przepisach nie wiedzieć (pkt 47 jego uwag na piśmie).

[34] Punkt 39 postanowienia odsyłającego: „[…] stosowani[e] przepisów o gwarancji przy umowie sprzedaży przez analogię do umowy o roboty budowlane budzi spory zarówno w orzecznictwie sądów krajowych, jak i doktrynie”. W pkt 36 tego postanowienia wskazano, że w dniu „25 grudnia 2014 r. w życie weszła nowelizacja art. 638 [Kodeksu cywilnego], regulującego umowę o dzieło, wprowadzająca § 2, zgodnie z którym, jeżeli kupującemu udzielono gwarancji na wykonane dzieło, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się odpowiednio, jednakże regulacja ta nie ma zastosowania do spornej sprawy”.

[35] Spółka Veolia odnosi się do tej kwestii w przypisie 3 do swoich uwag na piśmie, podkreślając, że naprawa lub wymiana elementów instalacji wiąże się z kosztami i ryzykiem, które znacznie różnią się od kosztów i ryzyka nieodłącznie związanych ze sprzedażą masowo produkowanych dóbr (których wytworzenie charakteryzuje się minimalnym kosztem krańcowym). Gwarancja udzielana w jednych i drugich umowach nie może być zatem traktowana analogicznie.

V. Wnioski

82. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał udzielił Sądowi Okręgowemu w Warszawie (Polska) następującej odpowiedzi:

Artykuł 2 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:

nie stoi on na przeszkodzie włączeniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane klauzuli, która odsyła do przepisów krajowego Kodeksu cywilnego w celu określenia zakresu czasowego obowiązku gwarancyjnego wykonawcy oraz w kwestiach nieuregulowanych w tej klauzuli.

Ustanowione w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego traktowania i przejrzystości są jednak niezgodne z wykładnią owej klauzuli, która poprzez przedłużenie terminu gwarancji poza termin uzgodniony przez strony jest nieprzewidywalna dla rozsądnie poinformowanego i wykazującego zwykłą staranność wykonawcy, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego.