Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 13 lipca 2017 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 47 ust. 1, 4 i 5 – Ekonomiczna i finansowa sytuacja oferenta – Dyrektywy 89/665/EWG i 2007/66/WE – Zaskarżenie do sądu decyzji o wykluczeniu oferenta z procedury przetargowej – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej – Artykuł 47 – Prawo do skutecznego środka prawnego

W sprawie C-76/16

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Najvyšší súd Slovenskej republiky (sąd najwyższy Republiki Słowackiej) postanowieniem z dnia 28 stycznia 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 11 lutego 2016 r., w postępowaniu:

**Ingsteel spol. s r. o.,**

**Metrostav a.s.**

przeciwko

**Úrad pre verejné obstarávanie,**

przy udziale

**Slovenský futbalový zväz,**

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: M. Ilešič, prezes izby, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader (sprawozdawca) i E. Jarašiūnas, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

– w imieniu rządu słowackiego przez B. Ricziovą, działającą w charakterze pełnomocnika,

– w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Tokára, działającego w charakterze pełnomocnika,

* Język postępowania: słowacki.

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 21 marca 2017 r.,

wydaje następujący

## Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 i 5 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), art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 3 i 6–8 dyrektywy 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), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665"), oraz art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą").

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Ingsteel spol. s r. o. i Metrostav a.s. (zwanymi dalej łącznie „wykluczonym oferentem") a Úrad pre verejné obstarávanie (urzędem zamówień publicznych, Słowacja) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez Slovenský futbalový zväz (słowacki związek piłki nożnej, zwany dalej „instytucją zamawiającą").

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

#### *Dyrektywa 2004/18*

3 Zgodnie z art. 91 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), dyrektywa 2004/18 została uchylona ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r. Jednakże z uwagi na czas wystąpienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym niniejsze odesłanie prejudycjalne podlega badaniu w świetle dyrektywy 2004/18, w brzmieniu obowiązującym przed jej uchyleniem.

4 Motyw 39 dyrektywy 2004/18 brzmiał następująco:

„Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja oferentów w procedurach otwartych oraz kandydatów w procedurach ograniczonych i negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, a także w przypadku dialogu konkurencyjnego, powinny mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje zamawiające mogą wykorzystywać podczas kwalifikacji uczestników oraz środki, które wykonawcy mogą stosować w celu udowodnienia, iż spełniły te kryteria. Mając na uwadze tę przejrzystość, niezwłocznie po otwarciu konkursu ofert dla danego zamówienia, od instytucji zamawiającej wymaga się również wskazania kryteriów kwalifikacji, które będzie ona stosowała oraz szczególnego poziomu kompetencji, jakiego może ona żądać od wykonawców w celu dopuszczenia ich do udziału w procedurze udzielania zamówień".

5 Artykuł 44 tej dyrektywy, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień”, stanowił w ust. 2:

„Instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48.

Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia [muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego].

Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu”.

6 Artykuł 47 tej samej dyrektywy, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa”, miał następujące brzmienie:

„1. Według ogólnych zasad, dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów:

a) odpowiednie oświadczenia banków albo stosowny dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego;

[…]

4. Instytucje zamawiające określą w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do składania ofert, który lub które spośród dokumentów wymienionych w ust. 1 wybrały, a także, jakie inne dokumenty muszą zostać przedstawione.

5. Jeżeli z jakiejkolwiek uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów, wymaganych przez instytucję zamawiającą, może udowodnić swą sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni”.

7 Artykuł 48 omawianej dyrektywy określał warunki dotyczące kwalifikacji technicznych lub zawodowych wykonawców.

### *Dyrektywy 89/665 i 2007/66*

8 Motyw 36 dyrektywy 2007/66 stanowi:

„Niniejsza dyrektywa uwzględnia prawa podstawowe i przestrzega zasad uznanych w szczególności w [karcie]. W szczególności niniejsza dyrektywa ma na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka odwoławczego i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 akapit pierwszy i drugi karty”.

9 Artykuł 1 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie [2004/18], chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej dyrektywy.

[…]

Państwa członkowskie przedsiębiorą niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień [publicznych] objętych zakresem zastosowania dyrektywy [2004/18] – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

[…]

3. Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

[…]

5. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby zainteresowany podmiot w pierwszej kolejności wniósł odwołanie do instytucji zamawiającej. W takim przypadku państwa członkowskie czuwają, by wniesienie odwołania powodowało natychmiastowe zawieszenie możliwości zawarcia umowy.

[…]

Zawieszenie, o którym mowa w akapicie pierwszym, nie wygasa przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym instytucja zamawiająca wysłała swoją odpowiedź, jeśli korzystała z faksu lub środków elektronicznych, lub jeśli korzystała z innych środków komunikacji przed upływem okresu albo co najmniej 15 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym instytucja zamawiająca wysłała swoją odpowiedź, albo co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu otrzymania odpowiedzi”.

10 Artykuł 2 tej dyrektywy, regulujący wymogi dotyczące procedur odwoławczych, stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewnią wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1 odpowiednich środków obejmujących prawo do:

a) przedsięwzięcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze postanowienia, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą;

b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;

c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia.

2. Uprawnienia, o których mowa w ust. 1 oraz w art. 2d i 2e, mogą zostać przyznane odrębnym organom odpowiedzialnym za poszczególne aspekty procedury odwoławczej.

3. W sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, państwa członkowskie zapewniają, aby instytucja zamawiająca nie mogła zawrzeć umowy przed podjęciem przez organ odwoławczy decyzji w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub o odwołanie. Zawieszenie wygasa nie wcześniej niż okres zawieszenia typu standstill, o którym mowa w art. 2a ust. 2 i art. 2d ust. 4 i 5.

4. Z wyjątkiem przypadków przewidzianych w ust. 3 i art. 1 ust. 5 procedury odwoławcze nie muszą koniecznie skutkować automatycznym zawieszeniem procedur udzielenia zamówienia, do których się odnoszą.

[…]

6. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia.

7. Z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 2d–2f, skutki korzystania z uprawnień, o których mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, w odniesieniu do umowy zawartej po udzieleniu zamówienia określane są w prawie krajowym.

Ponadto z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja musi zostać uchylona przed przyznaniem odszkodowania, państwo członkowskie może przewidzieć, że po zawarciu umowy zgodnie z art. 1 ust. 5, ust. 3 niniejszego artykułu lub art. 2a–2f uprawnienia organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze są ograniczone do przyznawania odszkodowań wszystkim podmiotom, które poniosły szkodę w wyniku naruszenia.

8. Państwa członkowskie zapewniają efektywne wykonywanie decyzji podjętych przez organy odwoławcze.

9. W przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje są zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto w takim przypadku należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. 234 traktatu [WE, obecnie art. 267 TFUE] i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego.

[…]”.

## Prawo słowackie

### *Ustawa nr 25/2006 o zamówieniach publicznych*

11 Zgodnie z § 9 ust. 3 ustawy nr 25/2006 o zamówieniach publicznych w wersji mającej zastosowanie w postępowaniu głównym:

„Postępowanie w sprawie udzielania zamówień publicznych nie może naruszać zasad równego traktowania, niedyskryminacji oferentów lub osób zainteresowanych, przejrzystości, gospodarności i skuteczności”.

12 Paragraf 27 tej ustawy, zatytułowany „Sytuacja finansowa i ekonomiczna”, stanowi:

„1. Według ogólnych zasad dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej mogą być:

a) oświadczenia banków lub oddziałów zagranicznych banków, takich jak zobowiązanie do udzielenia pożyczki przez bank lub oddział zagranicznego banku.

[…]

3. Jeżeli z jakiejkolwiek obiektywnej przyczyny oferent lub osoba zainteresowana nie może przedstawić informacji finansowych i ekonomicznych, może udowodnić swą sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą każdego innego dokumentu poświadczającego sytuację ekonomiczną i finansową”.

13 Paragraf 32 ust. 1 lit. b) wspomnianej ustawy ma następujące brzmienie:

„Instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria kwalifikacji dotyczące:

[…]

b) sytuacji finansowej i ekonomicznej i dokumentów poświadczających, o których mowa w § 27.

[…]”.

**Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

14 W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 16 listopada 2013 r. w suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* pod numerem 223/2013 oraz w tym samym dniu w słowackim biuletynie zamówień publicznych pod nr 18627-MSP instytucja zamawiająca ogłosiła przetarg na realizację zamówienia publicznego dotyczącego przebudowy, modernizacji i budowy 16 stadionów piłkarskich (zwany dalej „przetargiem publicznym” lub „zamówieniem publicznym”).

15 Z informacji dostarczonych przez sąd odsyłający w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienia wynika, że wartość rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia publicznego wynosiła 25 500 000 EUR bez podatku od wartości dodanej (VAT).

16 W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej ogłoszenie o zamówieniu, odsyłając do art. 27 ust. 1 lit. a) ustawy nr 25/2006, wymagało od każdego uczestnika przetargu złożenia oświadczenia słowackiego banku lub słowackiego oddziału zagranicznego banku o przyznaniu przez bank kredytu w kwocie co najmniej 3 mln EUR, którą ów uczestnik musi dysponować przez cały okres realizacji zamówienia publicznego. Zaświadczenie to miało mieć postać umowy pożyczki lub kredytu oraz musiało być wystawione przez osobę upoważnioną do zaciągania zobowiązań w imieniu instytucji bankowej, do której zwrócił się oferent.

17 Wykluczony oferent brał udział w omawianym przetargu. Aby wykazać, że spełnia opisane w poprzednim punkcie wymogi, przedstawił zaświadczenie od banku z informacją o otwarciu kredytu w rachunku bieżącym na kwotę ponad 5 mln EUR oraz oświadczenie, w którym zaświadczał, że w przypadku wybrania jego oferty jego rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR w dniu zawarcia umowy na roboty i przez cały okres realizacji zamówienia.

18 Wykluczony oferent podniósł obiektywną niemożność spełnienia w inny sposób ustalonych przez instytucję zamawiającą wymogów w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, opierając się na oświadczeniach słowackich banków składanych na zapytanie instytucji zamawiającej, że wiążące

zobowiązanie udzielenia pożyczki, takie jak to żądane w ogłoszeniu o zamówieniu, jest możliwe jedynie wtedy, gdy transakcja kredytowa zostanie zatwierdzona i gdy zostaną spełnione wszystkie wymogi nałożone przez bank w celu zawarcia umowy pożyczki.

19 Instytucja zamawiająca uznała, że wskazany oferent nie spełnił w szczególności wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, o których mowa w art. 27 ust. 1 lit. a) ustawy nr 25/2006, i postanowiła wykluczyć go z przetargu. Decyzję tę utrzymał w mocy urząd zamówień publicznych. Krajský súd w Bratysławie (sąd okręgowy w Bratysławie, Słowacja) oddalił skargę na tę decyzję wyrokiem z dnia 13 stycznia 2015 r., po czym wykluczony oferent zaskarżył ten wyrok do sądu odsyłającego, Najvyšší súd Slovenskej republiky (sądu najwyższego Republiki Słowackiej).

20 Sąd odsyłający zastanawia się nad zgodnością z prawem decyzji instytucji zamawiającej, która, mimo że wykluczony oferent miał w trakcie procedury wyboru oferty zobowiązanie od banku do udzielenia kredytu w kwocie 5 mln EUR, uznała, że nie spełnia on określonych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej.

21 Sąd odsyłający zastanawia się również, czy sytuację ekonomiczną i finansową można wykazać innymi środkami, a w tym kontekście, czy złożenie przez wykluczonego oferenta oświadczenia, w którym zaświadcza on, że w przypadku wybrania jego oferty jego rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR w dniu zawarcia umowy na roboty i przez cały okres realizacji zamówienia, mogłoby być w tym celu wystarczające.

22 Sąd odsyłający zastanawia się wreszcie, czy możliwość wystąpienia do sądu, przysługującą wykluczonemu oferentowi na szczeblu krajowym, można uznać za „skuteczną” w rozumieniu prawa Unii, skoro przedmiot skargi zniknął, gdyż wybrany wykonawca zamówienia publicznego prawie w całości je zrealizował.

23 W tych okolicznościach Najvyšší súd Slovenskej republiky (sąd najwyższy Republiki Słowackiej) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy organ krajowy postępuje zgodnie z celem art. 47, a w szczególności jego ust. 1 lit. a) i ust. 4, dyrektywy [2004/18], w przypadku gdy stwierdza, że oferent biorący udział w zamówieniu, którego wartość szacuje się na 3 mln EUR, nie spełnia kryteriów kwalifikacji dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, podczas gdy dostarczone przez niego honorowe oświadczenie oraz przesłana przez jego bank deklaracja świadczą o tym, że jest w stanie pobierać środki pieniężne na podstawie pożyczki bankowej bez określonego celu do limitu, którego wysokość przekracza wartość zamówienia?

2) Czy zachowanie banku w sektorze usług bankowych państwa członkowskiego, który w zobowiązaniu do udzielenia pożyczki uzależnia udostępnienie wnioskowanych funduszy od spełnienia warunków przyznania pożyczki, które nie zostały określone bardziej szczegółowo w umowie pożyczki w czasie procedury udzielania zamówienia, stanowi »uzasadnioną przyczynę« w rozumieniu art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 uniemożliwiającą oferentowi przedstawienie dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, wobec czego wspomniany oferent będzie mógł wykazać swoją sytuację ekonomiczną i finansową poprzez honorowe oświadczenie poświadczające, że umowa pożyczki między nim a jego bankiem jest wystarczająca?

3) Czy można uznać, że sąd krajowy ma do czynienia z obiektywną przeszkodą uniemożliwiającą mu zastosowanie się do art. 47 akapity pierwszy i drugi [karty] w związku z art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 3, 6, 6 i 8 dyrektywy [89/665], jeżeli musi wydać orzeczenie w przedmiocie skargi wniesionej przez oferenta wykluczonego w drodze decyzji organu administracyjnego w dziedzinie zamówień publicznych, podczas gdy realizacja poszczególnych zamówień została prawie zakończona przez oferenta, którego oferta została wybrana?”.

## W przedmiocie pytań prejudycjalnych

### *W przedmiocie pytania pierwszego*

24 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wykluczyła oferenta z przetargu publicznego z tego powodu, że nie spełnia on określonego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, odnoszącego się do przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia.

25 Na wstępie należy przypomnieć, że art. 267 TFUE nie upoważnia Trybunału do stosowania przepisów prawa Unii do określonego przypadku, lecz wyłącznie do orzekania w kwestii wykładni traktatów oraz aktów przyjętych przez instytucje Unii Europejskiej. W ramach współpracy sądowej ustanowionej w tym postanowieniu Trybunał może jednak, na podstawie informacji zawartych w aktach sprawy, dostarczyć sądowi krajowemu elementów wykładni prawa Unii, które mogą być dla niego przydatne w celu oceny skutków danego przepisu prawa Unii (wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., CEZ Razpredelenie Byłgarija, C-83/14, EU:C:2015:480, pkt 71 i przytoczone tam orzecznictwo).

26 Zgodnie z brzmieniem art. 44 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające mogą żądać od oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności. Wspomniane minimalne zdolności określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

27 W tym względzie art. 47 ust. 1 tej dyrektywy zawiera wykaz dokumentów, których według ogólnych zasad można żądać od wykonawcy celem wykazania sytuacji finansowej i ekonomicznej. Mają one na celu wykazanie, że oferent dysponuje środkami niezbędnymi do realizacji zamówienia publicznego. Należą do nich „odpowiednie oświadczenia banków".

28 Zgodnie z ust. 4 tego artykułu instytucje zamawiające określają w ogłoszeniu o zamówieniu, który lub które spośród dokumentów wybrały, a także jakie inne dokumenty muszą zostać przedstawione.

29 W niniejszym wypadku ogłoszenie o zamówieniu wymagało w zakresie kryterium dotyczącego wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej przedstawienia przez oferenta dokumentu z banku, zaświadczającego, że został mu przyznany kredyt w kwocie co najmniej 3 mln EUR, ważny przez cały czas realizacji zamówienia, czyli przez 48 miesięcy.

30 Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, że wykluczony oferent przedstawił oświadczenie wydane przez bank, zawierające informacje dotyczące jego sytuacji finansowej oraz zaświadczenie o otwarciu linii kredytowej w rachunku bieżącym na kwotę powyżej 5 mln EUR. Wykluczony oferent złożył też oświadczenie, zgodnie z którym zaświadczał, że w przypadku wybrania jego oferty jego rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR przez cały okres realizacji zamówienia.

31 Instytucja zamawiająca uznała jednak, że wykluczony oferent nie spełnia wymogów z zakresu sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdyż jego sytuacja ekonomiczna i finansowa nie spełnia warunku udziału wymagającego przedstawienia dowodu o wymaganej formie i treści.

32 W tym względzie należy przypomnieć, że art. 47 dyrektywy 2004/18 pozostawia instytucjom zamawiającym dość dużą swobodę, jak w szczególności wynika z użytego w tym przepisie zwrotu „według ogólnych zasad". Jak wynika z orzecznictwa Trybunału, w odróżnieniu od art. 48 omawianej dyrektywy, który ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji, jakimi dysponują rzeczone instytucje, a tym samym możliwości redagowania przez nie wymogów, art. 47 ust. 4 wprost zezwala instytucjom zamawiającym na wybranie dokumentów poświadczających, które

kandydaci lub oferenci powinni przedstawić w celu poświadczenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ponieważ zaś art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odsyła do art. 47, taka sama swoboda wyboru panuje w zakresie wymogów minimalnych dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., Éduközvízig i Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 28).

33 Przy tym z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 wyraźnie wynika, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Co za tym idzie, wymagania w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej powinny być obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, i muszą być dostosowane do wagi danego zamówienia w tym sensie, żeby obiektywnie stanowiły pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie mogą wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., Éduközvízig i Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 29).

34 Należy ponadto przypomnieć, po pierwsze, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wypływa wprost z tej zasady, ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

35 W odniesieniu, po pierwsze, do wyraźnie wyrażonego w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu, że gwarancja finansowa powinna być udzielona „w celu realizacji zamówienia", z brzmienia pierwszego pytania prejudycjalnego zdaje się wynikać, że instytucja zamawiająca uznała, iż taki wymóg nie jest spełniony, jeżeli przyznana oferentowi pożyczka, mimo że przekraczała wymaganą w ogłoszeniu o zamówieniu kwotę, była kredytem w rachunku bieżącym, a nie pożyczką celową na realizację zamówienia.

36 W tym względzie należy uznać, że wymóg uzyskania pożyczki celowej na realizację zamówienia jest obiektywnie właściwym środkiem zdobycia informacji o tym, że sytuacja ekonomiczna oferenta pozwala mu na właściwe wykonanie zamówienia. Jak bowiem wskazała Komisja Europejska, pożyczka celowa pozwala wykazać, że oferent faktycznie dysponuje środkami, których sam nie jest właścicielem, a które są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r., Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29). Sąd odsyłający powinien jednak jeszcze upewnić się, że wymagana w ogłoszeniu o zamówieniu kwota jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia.

37 Z kolei jeśli chodzi o również określony w ogłoszeniu o zamówieniu wymóg dotyczący przyznania pożyczki na minimalną kwotę 3 mln EUR „w czasie realizacji zamówienia (48 miesięcy)", to wprawdzie art. 47 dyrektywy 2004/18 nie stanowi wyraźnie, że instytucja zamawiająca może wymagać od oferenta, by środki niezbędne do wykonania zamówienia znajdowały się do jego dyspozycji przez cały czas realizacji zamówienia, jednak należy uznać, podobnie jak uczynił to rzecznik generalny w pkt 46 opinii, że zbadanie przestrzegania kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej przez instytucję zamawiającą w ramach postępowania o udzielanie zamówienia oznacza, że powinna ona uzyskać pewność, iż oferent będzie rzeczywiście mógł korzystać z wszelkiego rodzaju zasobów, na których polega, w okresie objętym zamówieniem (zob. podobnie wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r., Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).

38 Ponadto utrzymanie w dyspozycji wymaganej kwoty przez czas realizacji zamówienia jest użytecznym elementem służącym ocenie, w konkretny sposób, sytuacji ekonomicznej i finansowej oferenta w stosunku do jego zobowiązań. Właściwe wykonanie zamówienia wiąże się bowiem nierozerwalnie z tym, że oferent będzie dysponował środkami finansowymi na jego realizację.

39 Zatem w niniejszym przypadku warunek zobowiązujący oferenta do dysponowania środkami przez cały czas realizacji zamówienia może gwarantować osiągnięcie celów art. 47 ust. 1 dyrektywy 2004/18.

40 Jednak to sąd krajowy powinien ocenić, czy dostarczone przez oferenta w tym celu dowody, w tym w szczególności umowa otwarcia linii kredytowej w rachunku bieżącym, mają istotny charakter.

41 Z powyższego rozumowania wynika, że odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć: art. 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie wykluczeniu przez instytucję zamawiającą z przetargu oferenta z tego powodu, że ów oferent nie spełnia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej ustanowionego w ogłoszeniu o zamówieniu, odnoszącego się do przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia.

### *W przedmiocie pytania drugiego*

42 W pytaniu drugim sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy jeżeli ogłoszenie o zamówieniu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia, okoliczność, że banki, do których wystąpi oferent, nie uznają, że są w stanie wystawić oferentowi zaświadczenie w takim właśnie brzmieniu, może stanowić „uzasadnioną przyczynę" w rozumieniu art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18, uprawniającą w odpowiednim razie tego oferenta do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą dowolnego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni, takiego jak oświadczenie, w którym zaświadcza, że jeżeli jego oferta zostanie wybrana, jego rachunek bieżący będzie zasilony kwotą równą kwocie ustalonej w ogłoszeniu o zamówieniu od dnia zawarcia umowy przez cały okres realizacji zamówienia.

43 Artykuł 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 upoważnia oferentów, którzy z uzasadnionej przyczyny nie mogą przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, do udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni.

44 W niniejszym przypadku wykluczony oferent złożył oświadczenie, w którym zaświadczał, że w przypadku wybrania jego oferty jego rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR przez cały okres realizacji zamówienia, podnosząc, że nie ma możliwości uzyskać zaświadczenia z banku, w którym ten zobowiąże się do przyznania mu pożyczki na kwotę określoną w ogłoszeniu o zamówieniu.

45 W tym względzie to sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy wykluczony oferent obiektywnie nie miał możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów. Byłoby tak w szczególności, gdyby, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 53 opinii, oferent ten nie mógł otrzymać na Słowacji dokumentów o treści żądanej w ogłoszeniu o zamówieniu.

46 Tylko gdyby sąd odsyłający stwierdził istnienie takiego obiektywnego braku możliwości, powinien on sprawdzić, czy instytucja zamawiająca zasadnie uznała, że oświadczenie, które przedstawił oferent, nie stanowi odpowiedniego dokumentu do celów wykazania jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Powinien także sprawdzić, zgodnie z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy w świetle jej motywu 39, że wymagany zakres informacji i zdolności jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego oraz że kryteria kwalifikacji są stosowane w sposób niedyskryminujący.

47 Jeśli chodzi o aspekt stanu faktycznego, sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy wkluczony oferent obiektywnie nie miał możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów, a jeśli tak było, czy instytucja zamawiająca zasadnie uznała, że oświadczenie, które przedstawił oferent, nie stanowi odpowiedniego dokumentu do celów wykazania jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

48 Dlatego też na pytanie drugie odpowiedź powinna brzmieć następująco: art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy ogłoszenie o zamówieniu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia, okoliczność, że banki, do których wystąpi oferent, nie uznają, że są w stanie wystawić oferentowi zaświadczenie w takim właśnie brzmieniu, może stanowić „uzasadnioną przyczynę" w rozumieniu tego przepisu, uprawniającą w odpowiednim razie tego oferenta do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej przy pomocy dowolnego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni, o ile oferent ten nie miał obiektywnie możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

### *W przedmiocie pytania trzeciego*

49 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału procedura przewidziana w art. 267 TFUE stanowi instrument współpracy pomiędzy Trybunałem i sądami krajowymi, dzięki któremu Trybunał przedstawia sądom krajowym elementy wykładni prawa Unii, które są im niezbędne dla rozstrzygnięcia zawisłych przed nimi sporów (zob. w szczególności postanowienie z dnia 8 września 2016 r., Caixabank i Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 i C-120/16, niepublikowane, EU:C:2016:673, pkt 13 i przytoczone tam orzecznictwo).

50 W tym względzie Trybunał wielokrotnie podkreślał, że konieczność dokonania wykładni prawa Unii, która będzie przydatna dla sądu krajowego, wymaga, aby ów sąd określił okoliczności faktyczne i prawne, na tle których wyłoniły się przedstawione przezeń pytania, albo co najmniej wskazał stan faktyczny stanowiący podstawę tych pytań (zob. w szczególności postanowienie z dnia 8 września 2016 r., Caixabank i Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 i C-120/16, niepublikowane, EU:C:2016:673, pkt 14 i przytoczone tam orzecznictwo).

51 Wymogi dotyczące treści wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym są wyraźnie określone w art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem oraz w pkt 15 zaleceń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dla sądów krajowych, dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (Dz.U. 2016, C 439, s. 1), zgodnie z którymi wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powinien zawierać „zwięzłe omówienie przedmiotu sporu oraz istotnych okoliczności faktycznych sprawy, jakie ustalił sąd odsyłający, lub co najmniej wskazanie okoliczności faktycznych, na jakich oparte są pytania", „treść przepisów krajowych mogących mieć zastosowanie w sprawie oraz, w stosownym wypadku, wskazanie istotnego dla sprawy orzecznictwa sądów krajowych", a także „omówienie powodów, dla których sąd odsyłający powziął wątpliwości w kwestii wykładni lub ważności określonych przepisów prawa Unii Europejskiej, jak również związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a uregulowaniami krajowymi, które znajdują zastosowanie w postępowaniu głównym" (zob. podobnie postanowienie z dnia 20 lipca 2016 r., Stanleybet Malta i Stoppani, C-141/16, niepublikowane, EU:C:2016:596, pkt 8, 9 i przytoczone tam orzecznictwo).

52 W niniejszym przypadku postanowienie odsyłające nie wskazuje żadnych przepisów krajowych mających na celu transpozycję przepisów dyrektywy 89/665 dotyczących postępowań odwoławczych i ich skutków, ze zmianami wprowadzonymi dyrektywą 2007/66. Nie wskazał w szczególności, czy Republika Słowacka wprowadziła przepis, że – jak stanowi art. 2 ust. 6 tej dyrektywy – aby móc dochodzić odszkodowania, najpierw musi zostać stwierdzona nieważność kwestionowanej decyzji, czy też – jak zezwala art. 2 ust. 7 akapit drugi tej dyrektywy – że po zawarciu umowy uprawnienia organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze są ograniczone do przyznawania odszkodowań.

53 Postanowienie odsyłające jest ponadto nieprecyzyjne w zakresie stanu faktycznego sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, dotyczącego przedmiotu odwołania wniesionego przez wykluczonego oferenta oraz powodów, dla których postępowanie o udzielenie zamówienia toczyło się dalej, mimo że odwołanie od decyzji instytucji zamawiającej było w toku.

54 W braku tych informacji Trybunał nie jest w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi na trzecie z przedstawionych pytań, które jest w związku z tym niedopuszczalne.

## W przedmiocie kosztów

55 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

1) **Artykuł 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 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 wykluczeniu przez instytucję zamawiającą z przetargu oferenta z tego powodu, że ów oferent nie spełnia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej ustanowionego w ogłoszeniu o zamówieniu, odnoszącego się do przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia.**

2) **Artykuł 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy ogłoszenie o zamówieniu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia, okoliczność, że banki, do których wystąpi oferent, nie uznają, że są w stanie wystawić oferentowi zaświadczenie w takim właśnie brzmieniu, może stanowić „uzasadnioną przyczynę" w rozumieniu tego przepisu, uprawniającą w odpowiednim razie tego oferenta do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą dowolnego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni, o ile oferent ten nie miał obiektywnie możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.**

Podpisy