Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
EVGENIEGO TANCHEVA
przedstawiona w dniu 29 kwietnia 2021 r. [1]

Sprawa C-598/19

Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE)
przeciwko
Diputación Foral de Guipúzcoa,
Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (Feacem)

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (wyższy trybunał sprawiedliwości Kraju Basków, Hiszpania)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuły 18 i 20 – Uregulowanie krajowe zastrzegające prawo udziału w niektórych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy społecznej – Dodatkowe warunki nieprzewidziane w dyrektywie

1. W rozpatrywanym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (wyższy trybunał sprawiedliwości Kraju Basków, Hiszpania) zwrócił się do Trybunału o zinterpretowanie po raz pierwszy art. 20 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych [2].

2. W pytaniu prejudycjalnym Trybunał jest zasadniczo proszony o wyjaśnienie, czy przy korzystaniu z przewidzianej w art. 20 dyrektywy 2014/24 możliwości zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla niektórych wykonawców państwa członkowskie muszą zezwolić wszystkim wykonawcom spełniającym kryteria określone w tym przepisie na udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, czy też państwa członkowskie mogą – przy korzystaniu z tej możliwości – dodatkowo zawęzić krąg wykonawców uprawnionych do udziału i składania ofert w odniesieniu do tychże zamówień.

3. Doszedłem do wniosku, że państwa członkowskie istotnie mogą określić krąg wykonawców uprawnionych do udziału w drodze ustanowienia kryteriów ściślejszych aniżeli wymogi przewidziane w art. 20 dyrektywy 2014/24, które – w mojej opinii – są wymogami minimalnymi. Jeżeli jednak państwo członkowskie decyduje się na takie rozwiązanie, to nadal pozostaje zobowiązane do przestrzegania wszystkich przepisów dyrektywy, w tym art. 18, zatytułowanego „Zasady udzielania zamówień”, jak również powszechnie obowiązujących wymogów unijnego prawa zamówień publicznych.

[1] Język oryginału: angielski.
[2] Dz.U. 2014, L 94, s. 65.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

4. Motyw 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje:

„Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję”.

5. Motyw 2 dyrektywy 2014/24 brzmi następująco:

„Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii »Europa 2020« zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym »Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu« (»strategia Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu«) jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. W tym celu należy zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych przyjęte na podstawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE[3] oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE[4], aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych, oraz aby umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych […]”.

6. Motyw 36 dyrektywy 2014/24 jest sformułowany w następujący sposób:

„Zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. To samo dotyczy innych form społecznej działalności gospodarczej mających głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, takich jak bezrobotni, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych. Takie zakłady lub podmioty gospodarcze mogą nie być jednak w stanie uzyskać zamówień w zwykłych warunkach konkurencji. W związku z tym właściwe jest, by państwa członkowskie mogły zastrzegać, że prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub pewnych ich częściach mają jedynie takie zakłady lub podmioty gospodarcze, bądź też zastrzegać realizację zamówień dla programów zatrudnienia chronionego”.

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

[4] Dyrektywy 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).

7. W art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 „zamówienia publiczne” zdefiniowano na jej użytek jako „umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług”.

8. Artykuł 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24 definiuje „wykonawcę” jako „każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług”.

9. Artykuł 18 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:

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

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

[…]”.

10. Artykuł 20 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Zamówienia zastrzeżone”, brzmi:

„1. Państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, lub mogą przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani.

[…]”.

B. Prawo hiszpańskie

11. Artykuł 20 dyrektywy 2014/24 został transponowany do prawa hiszpańskiego czwartym przepisem dodatkowym Ley 9/2017 de contratos del sector público (ustawy 9/2017 w sprawie zamówień publicznych) (zwanej dalej „ustawą 9/2017”) z dnia 8 listopada 2017 r., którego brzmienie jest następujące:

„1. Na mocy decyzji Rady Ministrów lub właściwego organu na szczeblu wspólnot autonomicznych i samorządów lokalnych określa się minimalne wartości procentowe w celu zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniach o udzielenie niektórych zamówień lub niektórych części tych zamówień dla specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy społecznej oraz przedsiębiorstw integracyjnych […], które spełniają wymogi określone w [odpowiednich] przepisach w celu uzyskania takiego statusu, lub minimalne wartości procentowe w celu zastrzeżenia realizacji tych zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem, że odsetek pracowników niepełnosprawnych lub znajdujących się w sytuacji wykluczenia społecznego zatrudnionych przez specjalne ośrodki zatrudnienia, przez

przedsiębiorstwa integracyjne lub w ramach tych programów odpowiada odsetkowi przewidzianemu w odnośnych przepisach, a w każdym przypadku stanowi co najmniej 30%.

W przywołanej wyżej decyzji Rady Ministrów lub właściwego organu na szczeblu wspólnot autonomicznych czy samorządu lokalnego ustanawia się minimalne warunki w celu zagwarantowania wykonania przepisów poprzedniego akapitu.

[…]

2. Ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać odniesienie do niniejszego przepisu.

[…]”.

12. Przepis końcowy 14 ustawy 9/2017 stanowi:

„[…]

4. Za specjalne ośrodki zatrudnienia z inicjatywy społecznej uznaje się placówki, które, spełniając wymogi określone w ust. 1 i 2 niniejszego artykułu, są prowadzone i tworzone w ponad 50%, bezpośrednio lub pośrednio, przez jeden lub kilka podmiotów, publicznych lub prywatnych, nienastawionych na zysk lub mających uznany w swoim statucie charakter społeczny, czy to stowarzyszeń, fundacji, organizacji prawa publicznego, spółdzielni z inicjatywy społecznej czy innych podmiotów gospodarki społecznej, jak również placówki, których właścicielem są spółki handlowe, w których większość kapitału należy do wyżej wymienionych podmiotów, bezpośrednio lub pośrednio […] i pod warunkiem, że we wszystkich przypadkach w swoim statucie lub umowie spółki zobowiążą się one do reinwestowania całości swoich zysków w celu stworzenia możliwości zatrudnienia osób niepełnosprawnych oraz ciągłej poprawy swojej konkurencyjności i działalności na rzecz gospodarki społecznej, mając w każdym przypadku prawo wyboru reinwestowania w ten sam dany specjalny ośrodek zatrudnienia lub inne specjalne ośrodki zatrudnienia z inicjatywy społecznej”.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

13. Spór w postępowaniu głównym ma swoje źródło w decyzji z dnia 15 maja 2018 r. (zwanej dalej „decyzją z dnia 15 maja 2018 r.”), na mocy której Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa (zarząd prowincji Guipúzcoa, Hiszpania) zatwierdził instrukcje dla instytucji zamawiających tego organu. Rzeczone instrukcje dotyczą zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie hiszpańskich przepisów transponujących dyrektywę 2014/24.

14. Skargę w postępowaniu głównym wniosło stowarzyszenie Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (krajowa konfederacja specjalnych ośrodków zatrudnienia, zwana dalej „CONACEE”), reprezentujące specjalne ośrodki zatrudnienia w Hiszpanii. Jego członkami są między innymi specjalne ośrodki zatrudnienia „z inicjatywy przedsiębiorców”.

15. Jak wynika z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, dotychczas obowiązujące przepisy hiszpańskie zezwalały specjalnym ośrodkom zatrudnienia w Hiszpanii na udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do „zamówień zastrzeżonych” niezależnie od tego, czy owe ośrodki były podmiotami nienastawionymi na zysk,

czy też podmiotami o charakterze komercyjnym [5]. Ta sytuacja uległa zmianie wraz z uchwaleniem ustawy 9/2017.

16. Ustawą 9/2017 wprowadzono nową kategorię tak zwanych „specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy społecznej" i zastrzeżono dla nich prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zamówień zastrzeżonych [6], o których mowa w art. 20 [dyrektywy 2014/24].

17. Specjalne ośrodki zatrudnienia z inicjatywy społecznej nie tylko muszą spełniać wymogi określone dla specjalnych ośrodków zatrudnienia na podstawie wcześniejszej ustawy, lecz także być podmiotami nienastawionymi na zysk lub spełniać pewne kryteria dotyczące struktury właścicielskiej oraz reinwestować osiągane zyski w ramach bądź to własnej działalności, bądź też działalności realizowanej przez podobne specjalne ośrodki zatrudnienia z inicjatywy społecznej.

18. Zdaniem CONACEE te dodatkowe wymogi skutkują wykluczeniem znacznej części hiszpańskich specjalnych ośrodków zatrudnienia z udziału w hiszpańskich postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego, nawet jeżeli owe ośrodki spełniają wymogi przewidziane w art. 20 dyrektywy 2014/24.

19. Z uwagi na taki stan rzeczy CONACEE zaskarżyło decyzję z dnia 15 maja 2018 r. do Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (wyższego trybunału sprawiedliwości Kraju Basków, Hiszpania) i podniosło zasadniczo, że nowy hiszpański system jest sprzeczny z prawem Unii.

20. Sąd odsyłający powziął wątpliwości co do tego, czy ów nowy system jest zgodny z prawem Unii, zwłaszcza zaś z art. 20 dyrektywy 2014/24.

21. W tych okolicznościach Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (wyższy trybunał sprawiedliwości Kraju Basków, Hiszpania) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 20 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych należy interpretować w ten sposób, że nie można ograniczyć przewidzianego w nim podmiotowego zakresu zastrzeżenia w zamówieniach publicznych w taki sposób, aby wyłączyć z zakresu jego stosowania przedsiębiorstwa lub wykonawców, którzy mogą wykazać, że co najmniej 30% ich pracowników stanowią osoby niepełnosprawne oraz że realizują cel integracji społecznej i zawodowej tych osób, poprzez ustanowienie dodatkowych wymogów dotyczących tworzenia, charakteru i celów tych podmiotów, ich działalności lub inwestycji, lub innego rodzaju wymogów?".

22. Uwagi na piśmie przedstawiły CONACEE, Diputación Foral de Guipúzcoa (rada prowincji Guipúzcoa, Hiszpania), Królestwo Hiszpanii i Komisja.

[5] CONACEE powołuje się na Ley estatal 31/2015 por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social (ustawę krajową 31/2015 zmieniającą i uaktualniającą przepisy dotyczące samozatrudnienia i ustanawiającą środki służące promowaniu i wspieraniu pracy na własny rachunek oraz gospodarki społecznej) z dnia 9 września 2015 r.

[6] Dla wygody będę określał postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zamówień zastrzeżonych zgodnie z art. 20 dyrektywy 2014/24 mianem „postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20".

23. Złożono wniosek o przeprowadzenie rozprawy, która się jednak nie odbyła. Trybunał skierował do zainteresowanych stron, o których mowa w art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, pytania wymagające odpowiedzi na piśmie. CONACEE, Diputación Foral de Guipúzcoa (rada prowincji Guipúzcoa), Królestwo Hiszpanii i Komisja przekazały odpowiedzi na piśmie.

III. Analiza

24. Poprzez swoje pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2014/24 lub inne mające zastosowanie przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych uniemożliwiają państwom członkowskim nakładanie dodatkowych ograniczeń lub wymogów na przedsiębiorstwa lub wykonawców, którzy mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20, innych aniżeli ograniczenia wynikające z tego artykułu. Szczególne, choć nie jedyne, wątpliwości sądu odsyłającego tyczą się „dodatkowych wymogów dotyczących tworzenia, charakteru i celów tych podmiotów, ich działalności lub inwestycji".

25. Moim zdaniem lepszym rozwiązaniem jest przyjęcie, że – w razie skorzystania przez państwo członkowskie z przewidzianej w art. 20 dyrektywy 2014/24 możliwości zastrzeżenia zamówień – art. 20 owej dyrektywy ustanawia wymogi minimalne, których spełnienie przez uprawnionych uczestników[7] musi zostać zagwarantowane przez państwo członkowskie, oraz że rzeczony przepis sam w sobie nie uniemożliwia państwom członkowskim nakładania dodatkowych wymogów lub ograniczeń na uprawnionych uczestników, czy to w ujęciu ogólnym, czy w odniesieniu do szczególnych procedur udzielania zamówień, czy też w związku poszczególnymi częściami zamówień. Niemniej jednak przy korzystaniu z możliwości zastrzeżenia zamówień, o której mowa w art. 20, państwa członkowskie nadal pozostają zobowiązane do przestrzegania przepisów dyrektywy 2014/24 oraz ogólnych zasad prawa Unii mających zastosowanie do zamówień publicznych; w niniejszym przypadku chodzi w szczególności o art. 18 owej dyrektywy oraz o zasadę równego traktowania i zasadę proporcjonalności.

A. Uwagi wstępne

26. Zgodnie z art. 4 dyrektywy 2014/24 ma ona zastosowanie do zamówień, których wartość oszacowano na poziomie lub powyżej określonych progów wskazanych w tym artykule[8]. Zamówienia poniżej tych progów nie podlegają przepisom owej dyrektywy, jednak muszą być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności z postanowieniami dotyczącymi swobodnego przepływu, jak również z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak między innymi zasada równego traktowania, zasada wzajemnego uznawania, zasada niedyskryminacji i zasada proporcjonalności[9].

[7] Przedsiębiorstwa i wykonawców uprawnionych przez państwo członkowskie do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 określam mianem „uprawnionych uczestników".

[8] Te progi są weryfikowane co dwa lata, jak wskazano w art. 6 dyrektywy 2014/24. Zamówienia publiczne, których udzielają instytucje zamawiające działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych i które wchodzą w zakres tych rodzajów działalności, są – co do zasady – objęte dyrektywą 2014/25/UE, a nie dyrektywą 2014/24. W art. 4 lit. d) przewidziano znacznie wyższy próg, który ma zastosowanie w przypadku zamówień publicznych na niektóre wymienione „usługi społeczne i inne szczególne usługi". Te zamówienia podlegają szczególnemu reżimowi udzielania zamówień zgodnie z tytułem III rozdział I dyrektywy 2014/24.

[9] Zobacz w tym względzie motyw 1 dyrektywy 2014/24.

27. Przedmiotem niniejszej sprawy są wyłącznie zamówienia publiczne objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/24. Należy dodać, że wydaje się, iż okoliczności sprawy w postępowaniu głównym dotyczą jedynie podmiotów hiszpańskich, zaś okoliczności faktyczne, na tle których sąd odsyłający musi wydać rozstrzygnięcie, najwyraźniej nie zawierają żadnego elementu transgranicznego.

28. Artykuł 20 dyrektywy 2014/24 stanowi, że państwa członkowskie mogą zastrzec „prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego" dla zakładów pracy chronionej i wykonawców realizujących pewne konkretne „główn[e] cel[e]" lub mogą przewidzieć „realizacj[ę] takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego". Ta możliwość jest obwarowana zastrzeżeniem, zgodnie z którym „co najmniej 30%" osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią „pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani".

29. Hiszpania skorzystała z tej możliwości i przyjęła kwestionowane przez CONACEE w postępowaniu głównym uregulowanie dotyczące swoich specjalnych ośrodków zatrudnienia, nakładające dodatkowe ograniczenia na wykonawców pragnących wziąć udział w hiszpańskich postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20. Zasadniczo w tym uregulowaniu wskazano, że zainteresowane podmioty lub osoby mają być nienastawione na zysk oraz że mają one zobowiązać się do reinwestowania wszystkich uzyskanych zysków w ramach bądź to własnego specjalnego ośrodka zatrudnienia, bądź też innego specjalnego ośrodka zatrudnienia.

30. Ponadto Hiszpania określiła próg zatrudnienia pracowników defaworyzowanych w specjalnych ośrodkach zatrudnienia na poziomie znacznie wyższym (70%) aniżeli próg minimalny wymagany na podstawie art. 20 dyrektywy 2014/24 (30%). Owo ograniczenie nie wydaje się kwestionowane w postępowaniu głównym; być może jest tak dlatego, że członkowie CONACEE w rzeczywistości spełniają to kryterium.

31. Inna państwa członkowskie również przyjęły uregulowania przewidujące w odniesieniu do uczestników, którzy mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20, surowsze ograniczenia aniżeli te wynikające z brzmienia dyrektywy 2014/24[10].

B. Zakres uznania państw członkowskich

32. W art. 20 dyrektywy 2014/24 ustanowiono szereg kryteriów, jakie muszą spełnić „uprawnieni uczestnicy", jeżeli dane państwo członkowskie postanawia skorzystać z możliwości wprowadzenia zamówień zastrzeżonych z art. 20 do swoich procedur udzielania zamówień publicznych[11]. Artykuł 20 ust. 1 wymaga albo tego, by uprawnieni do udziału w tych postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego uczestnicy należeli do jednej z dwóch kategorii uczestników, mianowicie do kategorii „zakładów pracy chronionej" lub „wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych" (opcja pierwsza), albo tego, by „zamówie[nia] [były realizowane] w ramach programów zatrudnienia chronionego" (opcja druga). Postępowanie przed Trybunałem dotyczy jedynie kategorii „wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja

[10] Komisja, w pkt 16 swoich uwag, wskazała – tytułem przykładu – że Francja, Czechy i Chorwacja wprowadziły surowsze wymogi dotyczące odsetka pracowników niepełnosprawnych lub pracowników defaworyzowanych, zaś Czechy biorą w tym względzie pod uwagę jedynie osoby niepełnosprawne i pomijają inne osoby defaworyzowane.

[11] Dla wygody będę określał zamówienia udzielone oferentom w ramach postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 mianem „zamówień zastrzeżonych z art. 20".

osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych", oraz ewentualnego nałożenia takich wymogów dotyczących udziału tej grupy wykonawców, które mają charakter dodatkowy względem wymogów wyraźnie ustanowionych w dyrektywie.

33. Ponadto art. 20 ust. 1 dyrektywy 2014/24 nakłada wymóg, by co najmniej 30% osób zatrudnionych przez uprawnionych uczestników stanowili pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani.

34. Wreszcie, art. 20 ust. 2 dyrektywy 2014/24 zobowiązuje państwa członkowskie, które postanawiają skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 20, do wskazania w sposób wyraźny odniesienia do tego artykułu w ogłoszeniu o zamówieniu. Ten wymóg nie jest rozpatrywany w niniejszej sprawie.

35. CONACEE podnosi w gruncie rzeczy, że art. 20 dyrektywy 2014/24 w sposób wyczerpujący określa wymogi, jakie wykonawcy muszą spełnić, aby móc się kwalifikować do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżonego na podstawie tego przepisu, oraz że wykonawcy spełniający te kryteria nie mogą zatem być wykluczani z udziału wskutek nałożenia dodatkowych wymogów, takich jak wymóg nienastawienia na zysk i wymóg reinwestowania zysków, które są przewidziane w rozpatrywanych przepisach hiszpańskich.

36. Komisja utrzymuje zasadniczo, że państwom członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania przy określaniu w przepisach krajowych, co należy rozumieć przez pojęcie „wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych" [12].

37. Nie mogę się zgodzić z analizą Komisji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem z wymogu jednolitego stosowania prawa Unii oraz zasady równego traktowania wynika, że treść przepisu prawa Unii, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla celów ustalenia jego znaczenia i zakresu, powinna zwykle w całej Unii Europejskiej być przedmiotem autonomicznej i jednolitej wykładni, którą należy ustalić z uwzględnieniem nie tylko brzmienia tego przepisu, ale również kontekstu tego przepisu oraz celu danego uregulowania [13].

38. W związku z tym nie uważam, aby państwom członkowskim przysługiwał szeroki zakres uznania przy określaniu znaczenia pojęć zawartych w art. 20 dyrektywy 2014/24. Moim zdaniem te pojęcia powinny być przedmiotem jednolitej wykładni. Zatem uznanie, jakie może przysługiwać państwom członkowskim przy wdrażaniu art. 20 dyrektywy 2014/24, nie wypływa z dowolności w nadawaniu przez nie pojęciom używanym w dyrektywie takiego znaczenia, jakie same uznają za stosowne.

39. Wymogi ustanowione w art. 20 dyrektywy 2014/24 można natomiast traktować albo jako *wymogi minimalne*, jakie państwo członkowskie musi nałożyć na uprawnionych uczestników, aby prowadzone przez nie postępowania o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 były zgodne z prawem, albo – jak utrzymuje CONACEE – jako *wyczerpująco zdefiniowane* kryteria określające,

[12] Punkt 14 uwag Komisji: „[…] [L]es États membres sont en droit de préciser dans leur législation ce qu'il convient d'entendre par « *opérateurs économiques dont l'**objet principal** est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées*»" („Państwa członkowskie mogą wskazać w swoich przepisach, co należy rozumieć przez pojęcie »wykonawców, których ***głównym celem*** jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych«").

[13] Wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, pkt 24.

którzy wykonawcy są przyjmowani przez państwo członkowskie jako uprawnieni uczestnicy, jeżeli to państwo członkowskie postanawia korzystać z postępowania o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20.

40. Jak wyjaśnię w tej opinii, moim zdaniem wymogi określone w art. 20 dyrektywy 2014/24 najlepiej jest traktować jako wymogi minimalne, które pozostawiają państwom członkowskim swobodę nakładania dodatkowych ograniczeń i zawężenia w ten sposób kręgu uczestników uprawnionych do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20, pod warunkiem przestrzegania przez nie ograniczeń narzuconych przez pozostałe przepisy dyrektywy 2014/24 oraz inne mające zastosowanie przepisy unijnego prawa zamówień publicznych. Tak więc to nie art. 20 dyrektywy 2014/24 może ograniczać możliwość nakładania przez państwa członkowskie dodatkowych wymogów na uprawnionych uczestników, lecz mogą to czynić art. 18 oraz zasada równego traktowania i zasada proporcjonalności, a także zakaz sztucznego zawężania konkurencji.

41. Po pierwsze, z brzmienia art. 20 dyrektywy 2014/24 nie wynika żaden wymóg przewidujący, że wszyscy wykonawcy spełniający określone w nim kryteria mają zostać dopuszczeni do każdego prowadzonego przez państwo członkowskie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zamówień zastrzeżonych z art. 20.

42. Jest wręcz przeciwnie: art. 20 dyrektywy 2014/24 daje państwom członkowskim pewną możliwość – z której mogą one (albo i nie) skorzystać – i określa warunki, jakie państwa członkowskie muszą spełnić, jeśli decydują się na skorzystanie z tejże możliwości. Rzeczone warunki wskazują w sposób szeroki i niedookreślony rodzaje przedsiębiorstw lub wykonawców, dla których państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak również minimalny odsetek pracowników niepełnosprawnych lub pracowników defaworyzowanych zatrudnionych przez te przedsiębiorstwa lub przez tych wykonawców.

43. Po drugie, jak zaznaczono w motywie 36 dyrektywy 2014/24 i w motywie 28 dyrektywy 2004/18, ratio legis art. 20 dyrektywy 2014/24 oraz będącego jego poprzednikiem art. 19 dyrektywy 2004/18 należy rozpatrywać w kontekście celu polegającego na „zagwarantowaniu wszystkim równych szans", którego „kluczowymi elementami" są zatrudnienie i praca. Artykuł 20 dyrektywy 2014/24 (tak jak będący jego poprzednikiem art. 19 dyrektywy 2004/18) umożliwia zatem państwom członkowskim realizację celów polityki społecznej i polityki zatrudnienia z wykorzystaniem instrumentarium zamówień publicznych.

44. W tym względzie należy przypomnieć, że państwa członkowskie dysponują szerokim marginesem uznania nie tylko przy wyborze jakiegoś konkretnego celu w dziedzinie polityki społecznej i polityki zatrudnienia [14], lecz również w zakresie określenia środków pozwalających go zrealizować [15]. Sądzę, mając na uwadze ratio legis art. 20 dyrektywy 2014/24, że zdefiniowanie kręgu uprawnionych uczestników stanowi kwestię należącą przede wszystkim do zakresu polityki społecznej i polityki zatrudnienia, w przypadku których państwom członkowskim przysługuje szeroki margines uznania.

[14] Wpisuje się to w wybór dokonany przez prawodawcę Unii, który postanowił, że skorzystanie przez państwa członkowskie z postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 będzie fakultatywne.

[15] Wyrok z dnia 19 września 2018 r., Bedi, C-312/17, EU:C:2018:734, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

45. Należy także podkreślić, że o ile art. 20, jako wyjątek od ustanowionego dyrektywą 2014/24 ogólnego systemu udzielania zamówień publicznych, należy interpretować ściśle, o tyle logicznie rzecz biorąc, owa zasada wykładni znajdzie moim zdaniem zastosowanie do *szerokości wyłomu* czynionego w stosunku do zwykłych procedur udzielania zamówień, a więc części objętego nim rynku (który to aspekt nie jest rozważany w niniejszej sprawie, a w każdym razie nie podlega żadnym wyraźnym ograniczeniom na podstawie dyrektywy 2014/24, w przypadku których mogłaby znaleźć zastosowanie ścisła lub zawężająca interpretacja wyodrębnienia), oraz do *głębokości wyłomu*, to jest zakresu przepisów, których stosowanie do wyodrębnionych procedur udzielania zamówień jest wyłączone. Nie należy jej stosować w taki sposób, że w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 wymagany jest możliwie jak najszerzej zakreślony krąg uprawnionych uczestników. Skoro część rynku zamówień publicznych zostaje wyłączona ze zwykłego rynku i zarezerwowana dla wykonawców, których uznaje się za niekonkurencyjnych ze względu na zapewniane przez nich istotne korzyści społeczne, nie dostrzegam żadnego rzeczywistego pożytku, jaki z punktu widzenia zasad gospodarki rynkowej, konkurencji lub równego traktowania mógłby wynikać z obstawania przy tym, że krąg uprawnionych uczestników (uznanych za niekonkurencyjnych) należy zakreślić tak szeroko, jak to tylko możliwe. Uważam, że – z perspektywy gospodarki rynkowej – istotne znaczenie ma szerokość wyłomu, podczas gdy określenie kręgu beneficjentów należy traktować jako zagadnienie (oraz narzędzie) polityki społecznej i polityki zatrudnienia, w przypadku których państwom członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania.

46. W związku z tym wykładnia językowa i teleologiczna art. 20 dyrektywy 2014/24 pozwalają moim zdaniem stwierdzić, że ów artykuł *nie* zobowiązuje państw członkowskich do uznania, iż każdy wykonawca spełniający określone w tym artykule kryteria może brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20. Jakiekolwiek dodatkowe ograniczenia muszą jednak odpowiadać wymogom ustanowionym w art. 18 dyrektywy 2014/24 oraz w innych mających zastosowanie przepisach lub zasadach unijnego prawa zamówień publicznych.

47. Wniosek ten potwierdza również geneza art. 20 dyrektywy 2014/24 oraz będącego jego poprzednikiem art. 19 dyrektywy 2004/18, którym do dyrektyw w sprawie zamówień publicznych wprowadzono pojęcie „zamówień zastrzeżonych” [16].

48. Artykuł 20 dyrektywy 2014/24 i przepis będący jego poprzednikiem zezwalają państwom członkowskim na zastrzeżenie prawa udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub pewnych jego części z tego względu, że zakłady lub przedsiębiorstwa społeczne mogą nie być w stanie uzyskać zamówień w zwykłych warunkach konkurencji; u podstaw tego uregulowania leży założenie, iż zatrudnianie ostatecznych beneficjentów postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20, mianowicie osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, których społeczna i zawodowa integracja musi stanowić główny cel wykonawców uznawanych przez dane państwo członkowskie za uprawnionych uczestników, jest lub może być na tyle niekorzystne gospodarczo dla tychże wykonawców, że nie można od nich oczekiwać zdolności do konkurowania w zwykłych warunkach rynkowych. Tym samym państwa

[16] Dyrektywa 2014/24 została uchwalona wraz z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1) i dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243), których, odpowiednio, art. 24 i art. 38 są niemal słowo w słowo zbieżne z brzmieniem art. 20 dyrektywy 2014/24. Dyrektywa 2004/18 została uchwalona wraz z dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1), której art. 28 odpowiada niemal słowo w słowo brzmieniu art. 19 dyrektywy 2004/18.

członkowskie mogą, z zastrzeżeniem określonych gwarancji i ograniczeń, stworzyć swojego rodzaju bezpieczną przestrzeń dla zamówień publicznych, w której tacy wykonawcy konkurują jedynie z innymi wykonawcami znajdującymi się w porównywalnej sytuacji.

49. Na podstawie analizy art. 20 dyrektywy 2014/24 w oderwaniu od innych przepisów widoczne jest, że naprawdę równe, a nawet mniej więcej równe warunki konkurencji dla tych podmiotów można zapewnić jedynie w drodze uszczegółowienia ogólnego zarysu określonego w tymże przepisie dyrektywy. Jeśli przyjmujemy, że ci wykonawcy mogą nie być w stanie konkurować w zwykłych warunkach rynkowych z uwagi na wnoszony przez nich znaczący wkład społeczny, to musimy także przyznać, że pojęcie „niepełnosprawni lub […] defaworyzowani" obejmuje bardzo różnorodne grupy osób oraz że jednostki należące do każdego podzbioru tych grup znacząco różnią się od siebie pod względem możliwości oraz potencjalnej produktywności. I tak wykonawca zamierzający pomóc w integracji, przykładowo, osoby dotkniętej długotrwałym bezrobociem, mierzy się ze znacząco innymi wyzwaniami aniżeli wykonawca pragnący pomóc w integracji osoby dotkniętej trwałą niepełnosprawnością wskutek – znów jedynie tytułem przykładu – ślepoty. Mając na uwadze zarówno tę kwestię, jak i wskazany w motywie 36 dyrektywy 2014/24 cel, jakim jest „gwarantowanie wszystkim równych szans", uważam, że osiągnięcie celu przyświecającego art. 20 dyrektywy 2014/24 jest zapewnione w największym stopniu wówczas, gdy państwom członkowskim zezwoli się na nakładanie bardziej szczegółowych wymagań dotyczących udziału w prowadzonych przez nie postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20.

50. Jeszcze wyraźniej widać to wówczas, gdy art. 20 dyrektywy 2014/24 zostaje poddany analizie w kontekście przepisu będącego jego poprzednikiem, to jest art. 19 dyrektywy 2004/18. Artykuł 19 dyrektywy 2004/18 nakładał o wiele surowsze wymagania dotyczące pracowników zatrudnianych przez uprawnionych uczestników mogących brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego, gdyż wymagał, aby większość pracowników stanowiły „osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach"; a tym samym stawiał on poprzeczkę znacznie wyżej, i to zarówno w odniesieniu do minimalnego odsetka pracowników defaworyzowanych, jak i do stopnia oraz charakteru dotykającego ich problemu.

51. Poszerzeniu w dyrektywie 2014/24 podmiotowego zakresu zastrzeżenia dotyczącego zamówień zastrzeżonych z art. 20 z pewnością nie towarzyszył przyświecający prawodawcy Unii zamiar, aby skutkiem tego zabiegu było „równanie w dół" i pokonanie przez przedsiębiorstwa społeczne zatrudniające niższy odsetek osób w mniejszym stopniu dotkniętych niepełnosprawnością lub problemem defaworyzacji – jak przewidują to nowe i złagodzone wymogi – przedsiębiorstw społecznych spełniających surowsze wymagania obowiązujące pod rządami poprzedniego uregulowania i mające zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20. Mając jednak na uwadze założenie leżące u podstaw motywu 36 dyrektywy 2014/24 i motywu 28 dyrektywy 2004/18, w których wskazano ratio legis przepisu wprowadzającego zamówienia zastrzeżone, mianowicie fakt, że odnośni wykonawcy mogą nie być w stanie konkurować w zwykłych warunkach rynkowych, skutek, jakiego należy oczekiwać w sytuacji, w której wykonawcy zatrudniającemu jedynie 30% osób w mniejszym stopniu dotkniętych niepełnosprawnością lub problemem defaworyzacji umożliwia się konkurowanie na równych warunkach z wykonawcami spełniającymi dotychczasowe, znacznie surowsze wymogi, byłby właśnie taki: wykonawcy spełniający dotychczasowe i surowsze wymogi zostaliby zmuszeni do zwolnienia najmniej produktywnych i zapewne najbardziej potrzebujących

pracowników, tak aby osiągnąć pułap 30%, gdyż w przeciwnym wypadku groziłoby im przegranie urządzanych z myślą o nich przetargów na zamówienia zastrzeżone na rzecz wykonawców ponoszących znacznie mniejsze obciążenia społeczne.

52. Należy podkreślić, że powyższa analiza nie pozwala państwom członkowskim na dowolne wykluczanie wykonawców z możliwości udziału w prowadzonych przez nie postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20, jak również nie przesądza o tym, czy wyłączenie en bloc specjalnych ośrodków zatrudnienia „z inicjatywy przedsiębiorców" z możliwości udziału w hiszpańskich postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 jest zgodne z prawem. Ta kwestia powinna natomiast zostać rozstrzygnięta przede wszystkim w oparciu o kryteria i zasady określone w art. 18 dyrektywy 2014/24.

C. Granice uznania państw członkowskich

1. Kwestia stosowania art. 18 dyrektywy 2014/24

53. Państwa członkowskie nie mogą w sposób nieskrępowany nakładać ograniczeń na uprawnionych uczestników biorących udział w prowadzonych przez nie postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20. Jest wręcz przeciwnie: postępowania o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 cały czas podlegają przepisom dyrektywy 2014/24, w tym art. 18; w związku z tym wszelkie nakładane dodatkowo wymogi muszą być zgodne z art. 18 i z określonymi w nim zasadami.

54. Ten wniosek znajduje potwierdzenie w brzmieniu art. 20 dyrektywy 2014/24, z którego w żaden sposób nie wynika, że zamówienia zastrzeżone mają być wyłączone spod zakresu stosowania pozostałych przepisów owej dyrektywy, jak również w fakcie umieszczenia tego artykułu w tytule I rozdział II („Przepisy ogólne"), a nie w tytule I rozdział I sekcja 3 („Wyłączenia"), co byłoby naturalnym wyborem w przypadku przepisu przewidującego wyłączenie spod regulacji dyrektywy.

55. Ponadto geneza przepisu będącego poprzednikiem art. 20 dyrektywy 2014/24, mianowicie art. 19 dyrektywy 2004/18, jasno pokazuje, że postępowania o udzielenie zamówienia zastrzeżonego nie miały w założeniu być wyłączone spod zakresu stosowania pozostałych przepisów owej dyrektywy.

56. Artykułu 19 dyrektywy 2004/18, którym, razem z art. 28 dyrektywy 2004/17, wprowadzono do unijnego prawa zamówień publicznych pojęcie „zamówień zastrzeżonych", nie było w pierwotnym projekcie dyrektywy przedstawionym przez Komisję. Znajduje on swoje źródło w poprawce 9 zawartej w opinii Komisji Przemysłu, Handlu Zagranicznego, Badań Naukowych i Energii Parlamentu Europejskiego z dnia 29 czerwca 2001 r. w sprawie projektowanej dyrektywy, zgodnie z którą – w jej brzmieniu pierwotnym – „zamówienia publiczne na dostawy, usługi i roboty budowlane" udzielane w ramach „programów pracy chronionej" miały być w ogóle wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2004/18 [17].

[17] Opinia Komisji Prawnej i Rynku Wewnętrznego dotycząca wniosku w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane [)](2000) 275 – C5-0367/2000 – 2000/0115(COD)]; dostępna pod adresem: https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2001-0378+0+DOC+XML+V0//EN (data ostatniego dostępu: 23 marca 2021 r.).

57. Ta poprawka była kilkakrotnie zmieniana, a jako uzasadnienie poszczególnych proponowanych wersji przepisu, zanim jeszcze przyjął on swoją ostateczną formę, w szczególności jako art. 19 dyrektywy 2004/18, powoływano różne względy. W uwadze Komisji dotyczącej wersji proponowanego przepisu zawartej w „zmienionym wniosku" przedłożonym w dniu 6 maja 2002 r.[18] wyjaśniono, że „zastrzeżenie nie oznacza wyłączenia spod zakresu stosowania wszystkich pozostałych przepisów dyrektywy mających zastosowanie do zamówień publicznych". Powyższe znalazło także odzwierciedlenie w przyjętym tekście dyrektywy 2004/18, która nie wyłącza owych zamówień z zakresu swego stosowania (tak jak proponowana poprawka w pierwotnym brzmieniu), lecz stanowi jedynie, że udział w procedurach udzielania zamówień publicznych w odniesieniu do tych zamówień może być zastrzeżony na rzecz tych zakładów. Z przebiegu poszczególnych etapów procesu legislacyjnego, którego zwieńczeniem była końcowa wersja art. 19 dyrektywy 2004/18, również przebija wyraźny zamiar prawodawcy, aby „zamówienia zastrzeżone" nadal podlegały konkurencji na szczeblu Unii zgodnie z pozostałymi przepisami dyrektywy 2004/18 oraz „odpowiednimi zapisami traktatu"[19].

58. Powoływane na różnych etapach procesu legislacyjnego względy przemawiające za uchwaleniem tego nowego przepisu, jak również motyw 28, który znalazł się w ostatecznej wersji dyrektywy, wyraźnie pokazują, że ratio legis art. 18 dyrektywy 2004/18 zasadza się na tym, iż odnośne zakłady oraz programy zatrudnienia mogą nie być zdolne do „uzyskania zamówień w normalnych warunkach konkurencji". W owym motywie uznano, że owe zakłady i programy zatrudnienia „skutecznie przyczyniają się do integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy". Ponadto wskazano w nim w tym kontekście, że „[z]atrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse".

59. W świetle genezy art. 19 dyrektywy 2004/18 i jej motywu 28 jasne jest zatem, że celem owego przepisu było umożliwienie państwom członkowskim wykorzystania postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z myślą o udzielaniu pewnym uprawnionym uczestnikom zamówień, których nie byliby oni w stanie uzyskać w zwykłych warunkach rynkowych, zaś uzasadnieniem tego preferencyjnego traktowania jest skuteczne przyczynianie się do integracji lub reintegracji zamierzonych ostatecznych beneficjentów tego systemu, którymi są – w przypadku art. 19 dyrektywy 2004/18 – „osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach". Ten cel wpisywał się w cel wyższego rzędu, jakim jest „zagwarantowanie wszystkim równych szans". Korzystanie z zamówień zastrzeżonych miało się odbywać z poszanowaniem wszystkich pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, przy czym przedmiotem szczególnej troski uczyniono w tym względzie konkurencję transgraniczną w odniesieniu do zamówień zastrzeżonych[20].

[18] Zmieniony wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane, COM(2002) 236 wersja ostateczna – 2000/0115(COD), poprawka 36.

[19] Zobacz na przykład poprawka 9 w pierwotnej wersji i późniejsze uzasadnienie poprawki kompromisowej 29 przedłożonej przez A.I. de Palacio y del Valle Lersundi, przywołane w przypisie 20 do niniejszej opinii. Aby zapoznać się z informacjami na temat genezy art. 19 dyrektywy 2004/18, zob. J.M. Helby, *European Public Procurement – Legislative History of the 'Classic' Directive 2004/18/EC*, s. 603 i nast.

[20] Zobacz uzasadnienie poprawki kompromisowej 29 przedłożonej przez A.I. de Palacio y del Valle Lersundi, w której odchodzi się od rozwiązania polegającego na wyłączeniu zamówień udzielanych zakładom i programom pracy chronionej oraz przyjmuje się model przewidujący zastrzeganie zamówień na ich rzecz: „Należy także zapewnić, że tego rodzaju zamówienia […] będą mogły być udzielane takim zakładom w każdym miejscu [Unii] oraz że nie staną się one kolejnym narzędziem służącym przyznawaniu preferencyjnego traktowania regionalnym lub lokalnym oferentom". To założenie utrzymano w sposób dorozumiany w uwadze Komisji dotyczącej poprawki 36 zawartej w zmienionym wniosku dotyczącym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane [COM(2002) 236 wersja ostateczna – 2000/0115(COD), Dz.U. 2002, C 203E, s. 210]: „Ta poprawka może zostać uwzględniona, o ile wprowadzi się zmiany w celu doprecyzowania, że zastrzeżenie nie oznacza wyłączenia z zakresu stosowania wszystkich pozostałych przepisów dyrektywy dotyczących zamówień publicznych".

60. Dyrektywą 2014/24 wprowadzono szereg zmian w reżimie „zamówień zastrzeżonych” [21]. I tak w art. 20 dyrektywy 2014/24 potwierdzono i poszerzono przyznaną pierwotnie państwom członkowskim w art. 19 dyrektywy 2004/18 możliwość zastrzeżenia dla niektórych wykonawców prawa udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W porównaniu z art. 19 dyrektywy 2004/18 art. 20 dyrektywy 2014/24 znacząco rozszerza krąg wykonawców, których można uznać za uprawnionych uczestników w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zamówień zastrzeżonych. Żadna z wprowadzonych zmian nie wskazuje jednak na jakikolwiek zamiar prawodawcy Unii wyłączenia postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 z zakresu stosowania pozostałych przepisów dyrektywy 2014/24 ani na jakikolwiek zamiar zmniejszenia zobowiązań społecznych ciążących na poszczególnych uprawnionych uczestnikach. Podmiotowy zakres stosowania tego przepisu zostaje natomiast po prostu poszerzony w ten sposób, że do kategorii uprawnionych uczestników może się kwalifikować więcej wykonawców, co prawdopodobnie ma w założeniu służyć rozszerzeniu stosowania tego narzędzia polityki społecznej i polityki zatrudnienia z myślą o zapewnieniu korzyści większej, szerzej zdefiniowanej i liczniejszej grupie ostatecznych beneficjentów (którymi są pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani).

61. Sama geneza dyrektywy 2014/24 dostarcza stosunkowo niewielu wskazówek w przedmiocie wykładni art. 20. Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny zaproponował, w swojej opinii w sprawie „wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych” [COM(2011) 896 wersja ostateczna], wprowadzenie pewnych zmian, które nie zostały jednak przyjęte, w tym wymogu przewidującego, aby „zakłady pracy chronionej i podmioty gospodarcze, których głównym celem jest włączenie społeczne i zawodowe osób niepełnosprawnych lub osób znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, »były wspierane i współtworzone przede wszystkim przez organizacje nienastawione na zysk«”, co jego zdaniem dodatkowo uzasadniłoby taki preferencyjny dostęp do wsparcia ze strony administracji [22].

2. Uwagi ogólne na temat art. 18 dyrektywy 2014/24

62. Artykuł 18 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi – w ust. 1 akapit pierwszy – że instytucje zamawiające mają zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców, a także działać „w sposób […] proporcjonalny”. W istocie mamy tu do czynienia z ponownym przywołaniem zasad równego traktowania i proporcjonalności, które znajdywałyby zastosowanie nawet w braku wyżej wymienionego przepisu [23]. Zgodnie z art. 18 ust. 1 akapit drugi „[z]amówień nie organizuje się w sposób mający na celu […] sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”. Wprawdzie okoliczności faktyczne sprawy w postępowaniu głównym

[21] Dyrektywa 2014/24 nie tylko zmieniła art. 20, lecz także wprowadziła, w tytule III (zatytułowanym „Szczególne reżimy udzielania zamówień”) rozdział I (który nosi tytuł „Usługi społeczne i inne szczególne usługi”) (art. 74–77), odmienny rodzaj zamówień zastrzeżonych w odniesieniu do niektórych usług zdrowotnych, społecznych i kulturalnych. Ten reżim jest odmienny i odrębny od reżimu określonego przepisami analizowanymi w niniejszej sprawie, choć nie da się wykluczyć, że ustawodawca hiszpański, przy wprowadzaniu określonego w uregulowaniach krajowych wymogu „reinwestowania zysków”, opierał się na art. 77 ust. 2 lit. b).

[22] Punkty 4.10 i 4.11 opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie „wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych” [COM(2011) 895 wersja ostateczna – 2011/0439 (COD)]; „wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych” [COM(2011) 896 wersja ostateczna – 2011/0438 (COD)]; „wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji” [COM(2011) 897 wersja ostateczna – 2011/0437 (COD)] (Dz.U. 2012, C 191, s. 84).

[23] Ten przepis stanowi rozwinięcie przepisu będącego jego poprzednikiem, mianowicie art. 2 dyrektywy 2004/18, który nakładał jedynie wymogi równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty, natomiast nie zawierał wzmianki o proporcjonalności.

dotyczą, jak się wydaje, wyłącznie podmiotów hiszpańskich, jednak należy pamiętać, że dyrektywa 2014/24 obejmuje zakresem stosowania zasad równego traktowania oferentów, proporcjonalności i niezakłóconej konkurencji sytuacje wewnętrzne [24].

63. Co się tyczy sprawy w postępowaniu głównym, Hiszpania przyjęła uregulowanie, które wydaje się wyłączać en bloc duży segment pewnego konkretnego sektora, mianowicie specjalne ośrodki zatrudnienia z inicjatywy przedsiębiorców, z możliwości udziału w prowadzonych przez to państwo członkowskie postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20. Co więcej, to uregulowanie zastrzega możliwość udzielenia tych zamówień wyłącznie na rzecz innego podzbioru specjalnych ośrodków zatrudnienia, mianowicie na rzecz „specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy społecznej", i rezerwuje znaczną jak się zdaje część zamówień publicznych dla postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20.

64. Tym samym powstają dość oczywiste wątpliwości co do tego, czy dochowana jest zgodność z zasadami równego traktowania i proporcjonalności, a także czy przestrzegany jest zakaz sztucznego zawężania konkurencji.

3. Artykuł 18 dyrektywy 2014/24 i zasada równego traktowania

65. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada równego traktowania należy do podstawowych zasad prawa Unii [25], których poszanowanie jest obowiązkiem państw członkowskich, wówczas gdy działają one w zakresie objętym prawem Unii. Rzeczona zasada, stanowiąca jedno z praw podstawowych, którego poszanowanie zapewnia Trybunał [26], wymaga, aby podobne lub porównywalne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, chyba że odmienne traktowanie jest obiektywnie uzasadnione [27]. Poszanowanie zasady równego traktowania, jako zasady ogólnej prawa Unii, wiąże państwa członkowskie w trakcie wprowadzania w życie przepisów unijnych. Wobec tego są one zobowiązane, w najszerszym możliwym zakresie, stosować te przepisy na warunkach, które nie naruszają wymogów wynikających z ochrony praw podstawowych w unijnym porządku prawnym [28].

66. W dziedzinie unijnego prawa zamówień publicznych zasada równego traktowania znalazła szczególny wyraz w zasadzie równego traktowania oferentów, która wymaga zapewnienia im takich samych szans przy formułowaniu przez nich ofert [29]. Jak wskazał rzecznik generalny Y. Bot w opinii w sprawie Wall [30], zasada równego traktowania oferentów ma na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie

[24] Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Grupo Hospitalario Quirón, C-552/13, EU:C:2015:394, pkt 40 i nast., w odniesieniu do art. 23 ust. 2 dyrektywy 2004/18 dotyczącego jednakowego dostępu dla oferentów i braku nieuzasadnionych przeszkód dla konkurencji w kontekście specyfikacji technicznej.

[25] Wyroki: z dnia 19 października 1977 r., Ruckdeschel i in., 117/76 i 16/77, EU:C:1977:160, pkt 7; z dnia 16 grudnia 2008 r., Arcelor Atlantique et Lorraine i in., C-127/07, EU:C:2008:728, pkt 23; z dnia 17 grudnia 2020 r., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in., C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 85.

[26] Wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., Rodríguez Caballero, C-442/00, EU:C:2002:752, pkt 32; z dnia 17 stycznia 2008 r., Velasco Navarro, C-246/06, EU:C:2008:19, pkt 32.

[27] Wyroki: z dnia 25 listopada 1986 r., Klensch i in., 201/85 i 202/85, EU:C:1986:439, pkt 9; z dnia 12 grudnia 2002 r., Rodríguez Caballero, C-442/00, EU:C:2002:752, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 17 grudnia 2020 r., Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in., C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 85.

[28] Wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r., Rodríguez Caballero, C-442/00, EU:C:2002:752, pkt 30. Zobacz także opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie Wall, C-91/08, EU:C:2009/659, pkt 35, 36.

[29] Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36.

[30] C-91/08, EU:C:2009/659, pkt 38.

publiczne. Poszanowanie tej zasady winno umożliwiać zapewnienie obiektywnego porównania ofert i obowiązuje w każdym stadium postępowania. Innymi słowy, reguły gry winny być znane wszystkim potencjalnym oferentom i stosowane do wszystkich jednakowo.

67. Wyłączenie z udziału w prowadzonych przez państwo członkowskie postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 jednej grupy potencjalnych oferentów, przynoszące korzyść innej grupie oferentów, takie jak przewidziane w prawie hiszpańskim wyłączenie specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy przedsiębiorców, na czym korzystają specjalne ośrodki zatrudnienia z inicjatywy społecznej, jest zatem dozwolone jedynie wówczas, gdy owe dwie grupy potencjalnych oferentów nie znajdują się w podobnej lub porównywalnej sytuacji lub gdy odmienne traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

68. To do sądu odsyłającego, który jako jedyny jest władny do dokonania oceny okoliczności faktycznych w sprawie w postępowaniu głównym, należy zweryfikowanie, czy specjalne ośrodki zatrudnienia „z inicjatywy przedsiębiorców" i specjalne ośrodki zatrudnienia z inicjatywy społecznej znajdują się w podobnej lub porównywalnej sytuacji lub też czy odmienne traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Wydaje się, że specjalne ośrodki zatrudnienia „z inicjatywy przedsiębiorców" pełniły wcześniej, a także nadal pełnią, te same funkcje społeczne, których pełnienia wymaga się od specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy społecznej. Zatem prima facie można raczej zasadnie zakładać, że te dwie grupy specjalnych ośrodków zatrudnienia znajdują się w podobnej lub porównywalnej sytuacji pod względem zdolności do pełnienia funkcji polegającej na wspieraniu społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych. Jednocześnie między specjalnymi ośrodkami zatrudnienia „z inicjatywy przedsiębiorców" a specjalnymi ośrodkami zatrudnienia z inicjatywy społecznej istnieją różnice organizacyjne, dotyczące w szczególności nienastawienia tych ostatnich na zysk, jak również wymogu reinwestowania zysków, które to różnice mogłyby zapewne uzasadnić przyjęcie wniosku, że te dwie grupy podmiotów nie znajdują się w podobnej lub porównywalnej sytuacji lub też że odmienne traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. W ostatecznym rozrachunku rozstrzygnięcie tej kwestii będzie się wiązać z dokonaniem wykładni mających zastosowanie przepisów prawa hiszpańskiego, co należy do sądu odsyłającego.

4. Artykuł 18 dyrektywy 2014/24 i zasada proporcjonalności

69. Jak Trybunał wyjaśnił w swoim orzecznictwie, celem uregulowania krajowego dotyczącego procedur zamówień publicznych jest, co do zasady, zagwarantowanie równego traktowania oferentów. W związku z tym, zgodnie z zasadą proporcjonalności, takie uregulowanie nie może wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego zamierzonego celu [31].

70. Gdy państwa członkowskie przyjmują uregulowanie krajowe wdrażające art. 20 dyrektywy 2014/24 i rezerwują „zamówienia zastrzeżone" w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz podmiotów pracy chronionej, wówczas cel takiego uregulowania jest przynajmniej dwojaki: chodzi mianowicie o zapewnienie równego traktowania oferentów, o których mowa w punkcie powyżej, jak również o urzeczywistnianie polityki społecznej i polityki zatrudnienia polegającej na zapewnieniu podmiotom pracy chronionej dostępu do zamówień zastrzeżonych.

[31] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 8 lutego 2018 r., Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, pkt 32; z dnia 2 maja 2019 r., Lavorgna, C-309/18, EU:C:2019:350, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 45; z dnia 14 maja 2020 r., T-Systems Magyarország, C-263/19, EU:C:2020:373, pkt 71.

71. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku zasady równego traktowania, to do sądu odsyłającego, który jako jedyny jest władny do dokonania oceny okoliczności faktycznych w sprawie w postępowaniu głównym, należy zweryfikowanie, czy nałożenie dodatkowych wymogów istotnie stanowi odpowiedni środek służący realizacji zgodnych z prawem celów zamierzonych przez państwo członkowskie w związku z osiągnięciem w jak najwyższym stopniu celów społecznych polegających na integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, a jeżeli tak jest, to czy owe wymogi wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia owych celów.

72. Moim zdaniem wymogi przewidujące, że uczestnicy postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 muszą być zorganizowani w formie podmiotu nienastawionego na zysk lub stanowić własność takiego podmiotu oraz że muszą oni reinwestować zyski pochodzące z zamówień zastrzeżonych z art. 20, z powodzeniem można uznać za odpowiednie środki służące realizacji zgodnego z prawem celu polegającego na społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych. Żaden z tych wymogów nie pozostaje bez związku ze sformułowanym w art. 20 ust. 1 zastrzeżeniem, że „głównym celem" uprawnionych wykonawców (innych niż „zakłady pracy chronionej") ma być „społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych". Co do zasady jednym z „celów" podmiotu nastawionego na zysk jest osiąganie zysków dla właścicieli. Nie jest w swej naturze nieracjonalne stanowisko, że odwraca to uwagę od realizacji celu społecznego. W związku z tym wymóg przewidujący, że uprawniony uczestnik ma być podmiotem nienastawionym na zysk lub należeć do podmiotu nienastawionego na zysk, wydaje się służyć realizacji zgodnego z prawem celu. Wymóg reinwestowania zysków w to samo przedsiębiorstwo społeczne lub w podobne przedsiębiorstwa społeczne, których celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, jeszcze wyraźniej wpisuje się w ten cel, zaś mając na uwadze przewidywany transfer środków publicznych, który jest nieodłącznie związany z postępowaniami o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 (z samego ratio legis tego przepisu, które stanowi fakt, że uprawnieni uczestnicy mogą nie być w stanie konkurować na zwykłych zasadach stosunku ceny do jakości, wynika, iż instytucje zamawiające będą najpewniej przepłacać za zamówienia zastrzeżone z art. 20), reinwestowanie uzyskanych w ten sposób zysków z myślą o urzeczywistnieniu odnośnych celów społecznych wydaje się szczególnie właściwe.

73. Przewidziany w uregulowaniu hiszpańskim wymóg zatrudnienia na poziomie 70% również w sposób oczywisty przyczynia się do osiągnięcia ostatecznego celu przyświecającego postępowaniom o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20, mianowicie „społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji" [32].

74. Rzeczone wymogi zdają mi się zatem odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu. Niemniej jednak wymóg przewidujący, że specjalne ośrodki zatrudnienia muszą przyjmować pewną szczególną formę prawną podmiotu nienastawionego na zysk lub spełniać wymagania w zakresie struktury właścicielskiej, wydaje się wykraczać moim zdaniem poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tych celów. Trudno jest bowiem zrozumieć, w jaki sposób wykluczenie dużego podzbioru wykonawców, którzy dotychczas służyli, nadal służą i zamierzają służyć w przyszłości dokładnie tym samym celom społecznym i temu samemu segmentowi populacji, tylko ze względu na przybraną przez tych wykonawców formę prawną lub formę prawną podmiotów będących ich właścicielami, nie wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia

[32] Motyw 36 dyrektywy 2014/24.

zgodnego z prawem celu społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych. Jest tak tym bardziej w sytuacji utrzymania wymogu reinwestowania zysków.

75. Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający uważam zatem, że wymogi dotyczące formy prawnej lub struktury właścicielskiej wykonawców uznawanych za uprawnionych uczestników prowadzonych przez państwo członkowskie postępowań o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20, takie jak hiszpańskie wymogi rozpatrywane w niniejszej sprawie, są sprzeczne z zasadą proporcjonalności.

5. Artykuł 18 dyrektywy 2014/24 i zakaz sztucznego zawężania konkurencji

76. Zgodnie z art. 18 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24 zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu sztuczne zawężanie konkurencji. Konkurencję uznaje się za sztucznie zawężoną, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

77. Jest oczywiste, że rozpatrywane uregulowanie hiszpańskie działa na korzyść specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy społecznej i na niekorzyść specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy przedsiębiorców. Bezsprzeczne wydaje się również, że jest to zamierzone. Artykuł 18 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24 nie zabrania jednak wszystkich bez wyjątku zamierzonych działań na korzyść lub niekorzyść. Rzeczony zakaz znajduje zastosowanie jedynie wówczas, gdy zamiarem jest „nieuzasadnione" działanie na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

78. Trybunał jak dotąd nie uściślił znaczenia terminów „nieuzasadnione" (lub „sztuczne") w kontekście art. 18 dyrektywy 2014/24. Pewne wskazówki dotyczące wykładni tych pojęć można jednak wyprowadzić z zasady równego traktowania i zasady proporcjonalności. O ile pojęcia równego traktowania i „konkurencji, która nie jest sztucznie zawężona" są oczywiście odrębne, o tyle „działanie na korzyść" lub „działanie na niekorzyść" niektórych wykonawców wiąże się z odmiennym traktowaniem. Trudno jest bowiem wyobrazić sobie „działanie na korzyść" bądź „działanie na niekorzyść", które jest „nieuzasadnione" i jednocześnie „obiektywnie uzasadnione" oraz vice versa; tym samym wydaje się, że te dwa odrębne pojęcia muszą się w pewnym stopniu pokrywać. Podobnie – gdy chodzi o związek między sztucznie zawężoną konkurencją a proporcjonalnością – trudno jest wyobrazić sobie działanie na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców, które „w sposób uzasadniony" wykracza poza to, co niezbędne do osiągnięcia zamierzonych i zgodnych z prawem celów. Sztucznie zawężona konkurencja również wydaje się więc w pewnym sensie pokrywać z naruszeniem proporcjonalności.

79. Zdefiniowanie „sztucznego zawężania konkurencji" jedynie w oparciu o dwie przywołane w powyższym punkcie zasady może się wydawać kuszące. Niemniej jednak umieszczenie w art. 18 ust. 1 akapit drugi zakazu sztucznego zawężania konkurencji byłoby zbędne, gdyby miał on się tyczyć jedynie działań, które byłyby już zakazane w świetle zasady równego traktowania i zasady proporcjonalności. W związku z tym sądzę, że zakaz sztucznego zawężania konkurencji należy rozumieć szerzej.

80. Jak zostało to już omówione w ramach analizy proporcjonalności w pkt 74 niniejszej opinii, zawężenie konkurencji wynikające z wyłączenia specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy przedsiębiorców z możliwości udziału w hiszpańskich postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego z art. 20 nie jawi się jako środek proporcjonalny do osiągnięcia zgodnego z prawem celu w zakresie, w jakim chodzi o wymóg przewidujący, że wykonawcy muszą

przybierać formę podmiotów nienastawionych na zysk lub należeć bądź częściowo należeć do podmiotów nienastawionych na zysk. Uważam, że niezależnie od tego, jaki jest dokładny zakres zakazu sztucznego zawężania konkurencji, rzeczony wymóg najpewniej go narusza. Niemniej to ostatecznie do sądu odsyłającego należy rozstrzygnięcie, w zawisłej przed nim sprawie, czy istnieje zamiar nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść.

81. W odniesieniu do wymogu reinwestowania zysków uważam, że można uznać – nawet w razie zaakceptowania mojego stanowiska, zgodnie z którym ów wymóg może spełniać wymogi równego traktowania i proporcjonalności – iż sztucznie zawęża on konkurencję. Jeżeli jest on nakładany nie tylko po to, aby ułatwić osiągnięcie zgodnego z prawem celu polegającego na społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, lecz także po to, by w sposób zamierzony uprzywilejować pewną grupę potencjalnych oferentów względem innej grupy oferentów z powodów niezwiązanych z zamierzonym i zgodnym z prawem celem [33], to moim zdaniem taki zabieg należy uznać za nieuzasadnione działanie na korzyść i działanie na niekorzyść tych odpowiednich grup oraz sztuczne zawężenie konkurencji. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy taka sytuacja może mieć miejsce.

IV. Wnioski

82. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, by na pytanie sądu odsyłającego odpowiedział następująco:

Artykuł 20 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych nie stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu przewidującemu, że prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zamówień zastrzeżonych zgodnie z tym artykułem zostaje poddane warunkom dodatkowym w stosunku do tych przewidzianych w owym artykule.

Niemniej jednak takie dodatkowe warunki muszą być zgodne ze wszystkimi mającymi zastosowanie wymogami prawa Unii, w tym z art. 18 dyrektywy 2014/24 oraz z zasadą równego traktowania i zasadą proporcjonalności, a przy tym nie mogą one sztucznie zawężać konkurencji.

W tym względzie wymóg przewidujący, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zamówień zastrzeżonych mogą brać udział jedynie wykonawcy, którzy nie są podmiotami nastawionymi na zysk lub którzy należą lub częściowo należą do podmiotów nienastawionych na zysk, wydaje się, prima facie, wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zgodnego z prawem celu polegającego na wspieraniu społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych i osób defaworyzowanych.

Zamierzone wyłączenie dużego segmentu wykonawców z powodów niezwiązanych ze zgodnym z prawem celem polegającym na wspieraniu społecznej i zawodowej integracji osób niepełnosprawnych i osób defaworyzowanych wydaje się, prima facie, sztucznie zawężać konkurencję.

[33] Tytułem przykładu takie powody mogą znajdować swoje źródło w motywowanych ideologicznie lub politycznie chęciach wspierania tej, a nie innej grupy lub formy przedsiębiorstw.