Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 8 września 2016 r.*

Odesłanie prejudycjalne — Artykuł 49 TFUE — Swoboda przedsiębiorczości — Gry losowe — Ograniczenia — Nadrzędne względy interesu ogólnego — Proporcjonalność — Zamówienia publiczne — Warunki udziału w przetargu i ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej — Wykluczenie oferenta z powodu nieprzedstawienia zaświadczeń na temat jego sytuacji ekonomicznej i finansowej wystawionych przez dwie oddzielne instytucje bankowe — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 47 — Stosowanie

W sprawie C-225/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale di Reggio Calabria (sąd Reggio Calabria, Włochy) postanowieniem z dnia 28 lutego 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 maja 2015 r., w postępowaniu karnym przeciwko:

Domenicowi Politanòwi,

TRYBUNAŁ (druga izba),

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

rzecznik generalny: N. Wahl,

sekretarz: L. Carrasco Marco, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 13 kwietnia 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu D. Politana przez D. Agnello i D. Neta, avvocati,

— w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,

— w imieniu rządu belgijskiego przez M. Jacobs oraz L. Van den Broeck, działające w charakterze pełnomocników, wspierane przez P. Vlaemmincka, R. Verbekego i B. Van Voorena, advocaten,

— w imieniu rządu niemieckiego przez T. Henzego oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu polskiego przez B. Majczynę, działającego w charakterze pełnomocnika,

* Język postępowania: włoski.

— w imieniu Komisji Europejskiej przez E. Montaguti, H. Tserepę-Lacombe oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 16 czerwca 2016 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 49 TFUE, zasad równego traktowania i skuteczności oraz art. 47 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).

2 Wniosek ten został złożony w ramach postępowania karnego prowadzonego przeciwko Domenicowi Politanòwi ze względu na naruszenie włoskich przepisów regulujących przyjmowanie zakładów.

Ramy prawne

Prawo Unii

3 Artykuł 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18 stanowią:

„2.

a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami [pomiędzy jedną instytucją zamawiającą lub większą ich liczbą a jednym wykonawcą lub większą ich liczbą], których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.[…]

d) »Zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II.

[…]

4. »Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością”.

4 Artykuł 17 tej dyrektywy, zatytułowany „Koncesje na usługi”, stanowi:

„Bez uszczerbku dla zastosowania art. 3, niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na usługi określon[e] w art. 1 ust. 4”.

5 Artykuł 47 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa”, ma 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;

b) bilans lub wyciągi z bilansów w przypadku gdy opublikowanie bilansów jest wymagane na mocy prawa w kraju, w którym usługodawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;

c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz, w stosownych przypadkach, o obrocie w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych, w zależności od daty utworzenia przedsiębiorstwa lub rozpoczęcia działalności handlowej przez wykonawcę, pod warunkiem dostępności wspomnianych informacji.

2. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

3. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

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”.

6 Dyrektywa 2004/18 została uchylona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.U. 2014, L 94, s. 65 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 5, t. 4, s. 255).

Prawo włoskie

7 Artykuł 10 ust. 9g i 9h decreto-legge n. 16 – Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento (dekretu z mocą ustawy nr 16 w sprawie pilnych przepisów w dziedzinie uproszczenia podatków, poprawy skuteczności i wzmocnienia procedur kontrolnych) z dnia 2 marca 2012 r. (GURI nr 52 z dnia 2 marca 2012 r., s. 1), zastąpionego, po wprowadzeniu zmian, ustawą nr 44 z dnia 26 kwietnia 2012 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 99 z dnia 28 kwietnia 2012 r.) (zwanego dalej „dekretem z mocą ustawy z 2012 r.”), stanowi:

„9g W ramach uporządkowania przepisów z dziedziny gier publicznych, w tym zakładów sportowych, również dotyczących zawodów hippicznych, oraz zakładów innych niż sportowe, postanowienia niniejszego ustępu mają na celu ułatwienie takiego uporządkowania poprzez pierwsze zrównanie czasu obowiązywania koncesji, których przedmiotem jest przyjmowanie odnośnych zakładów, przy jednoczesnym zachowaniu wymogu dostosowania krajowych zasad wyboru podmiotów, które na rzecz państwa przyjmują zakłady sportowe, również dotyczące zawodów hippicznych, oraz zakłady inne niż sportowe, do zasad wynikających z wyroku wydanego przez Trybunał Sprawiedliwości Unii

Europejskiej w dniu 16 lutego 2012 r. w sprawach połączonych C-72/10 i C-77/10. W tym względzie, w związku z następującym wkrótce wygaśnięciem grupy koncesji na przyjmowanie wskazanych zakładów, niezależny urząd ds. monopoli państwowych wszczyna bezzwłocznie, a w każdym razie najpóźniej do dnia 31 lipca 2012 r., przetarg w zakresie selekcji podmiotów zbierających rzeczone zakłady, z zachowaniem co najmniej następujących kryteriów:

a) możliwości udziału podmiotów, które prowadzą już działalność w zakresie przyjmowania zakładów w jednym z państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego, w którym mają swoją siedzibę lub miejsce prowadzenia działalności, na podstawie ważnego i skutecznego zezwolenia wydanego zgodnie z przepisami obowiązującymi w porządku prawnym rzeczonego państwa, i które to podmioty spełniają również wymogi rzetelności i wiarygodności oraz wymogi ekonomiczne i majątkowe określone przez niezależny urząd ds. monopoli państwowych, z uwzględnieniem przepisów w tej dziedzinie zawartych w ustawie nr 220 z dnia 13 grudnia 2010 r. oraz w dekrecie z mocą ustawy nr 98 z dnia 6 lipca 2011 r., zastąpionym, po wprowadzeniu zmian, ustawą nr 111 z dnia 15 lipca 2011 r.;

b) udzielenia koncesji obowiązujących do dnia 30 czerwca 2016 r. na przyjmowanie, wyłącznie w fizycznej sieci punktów sprzedaży, zakładów sportowych, również w związku z zawodami hippicznymi, oraz zakładów innych niż sportowe przez punkty sprzedaży, maksymalnie w liczbie 2000, których wyłącznym przedmiotem działalności jest prowadzenie sprzedaży gier publicznych, bez wprowadzania ograniczeń co do minimalnej odległości między tymi punktami lub w stosunku do innych, już działających punktów przyjmowania identycznych zakładów;

c) przyjęcia za składnik ceny podstawowej wartości rynkowej w wysokości 11 000 EUR dla każdego punktu sprzedaży;

d) zawarcia umowy koncesyjnej, której treść jest zgodna z ogółem zasad wynikających z ww. wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 lutego 2012 r., a także z właściwymi przepisami krajowymi obowiązującymi w dziedzinie zakładów publicznych;

e) możliwości prowadzenia punktów sprzedaży w każdej gminie lub prowincji, bez ograniczeń ilościowych ze względu na położenie i bez warunków preferencyjnych w stosunku do istniejących koncesjonariuszy upoważnionych już do przyjmowania zakładów identycznych lub takich, które w każdym razie mogą okazać się preferencyjne względem tych ostatnich;

f) ustanowienia kaucji odpowiadających przepisom art. 24 dekretu z mocą ustawy nr 98 z dnia 6 lipca 2011 r., zastąpionego, po wprowadzeniu zmian, ustawą nr 111 z dnia 15 lipca 2011 r.

9h Koncesjonariusze w zakresie przyjmowania zakładów określeni w ust. 9g, których koncesja wygasa w dniu 30 czerwca 2012 r., prowadzą nadal działalność do dnia zawarcia umów o koncesje udzielonych zgodnie z poprzednim ustępem. Uchyla się art. 24 ust. 37 i 38 dekretu z mocą ustawy nr 98 z dnia 6 lipca 2011 r., zastąpionego, po wprowadzeniu zmian, ustawą nr 111 z dnia 15 lipca 2011 r., art. 1 ust. 287 lit. e) ustawy nr 311 z dnia 30 grudnia 2004 r. oraz art. 38 ust. 4 lit. e) dekretu z mocą ustawy nr 223 z dnia 4 lipca 2006 r., zastąpionego, po wprowadzeniu zmian, ustawą nr 248 z dnia 4 sierpnia 2006 r.”.

8 Zgodnie z przepisami dekretu z mocą ustawy z 2012 r. włoskie instytucje ogłosiły przetargi w 2012 r. Artykuł 3.2 administracyjnych zasad udzielania koncesji i podpisywania umów załączonych do rozpatrywanego ogłoszenia o przetargu (zwanego dalej „ogłoszeniem o przetargu Monti”) zobowiązywał oferentów istniejących od mniej niż dwóch lat, których łączne przychody związane z prowadzeniem gier losowych wynosiły mniej niż 2 mln EUR w ostatnich dwóch latach, do przedstawienia zaświadczeń wydanych przez co najmniej dwie instytucje bankowe, poświadczających sytuację ekonomiczną i finansową tych oferentów.

9 Dyrektywa 2004/18 została przetransponowana do włoskiego porządku prawnego decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekretem z mocą ustawy nr 163 ustanawiającym kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.).

10 Zgodnie z art. 41 tego dekretu z mocą ustawy warunki wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej wymaganej do realizacji świadczenia określa instytucja zamawiająca. Jednak przepis ten stanowi, że oferent, który nie jest w stanie z uzasadnionych przyczyn przedstawić wymaganych referencji bankowych lub księgowych, może wykazać swoją zdolność ekonomiczną i finansową przy pomocy jakiegokolwiek innego dokumentu uznawanego za odpowiedni przez instytucję zamawiającą.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

11 W dniu 6 lutego 2015 r. w trakcie kontroli prowadzonej w lokalu handlowym pod nazwą „Betuniq", znajdującym się w miejscowości Polistena (Włochy), prowadzonym przez D. Politana i związanym z UniqGroup Ltd, spółką prawa maltańskiego, służby policji administracyjnej Questura di Reggio Calabria (komendy policji Reggio Calabria, Włochy) stwierdziły prowadzenie działalności przyjmowania zakładów wzajemnych bez wcześniej wydanej koncesji.

12 W związku z tym w drodze decyzji z dnia 13 lutego 2015 r. Giudice per le indagini preliminari (sędzia prowadzący postępowanie przygotowawcze) Tribunale di Palmi (sądu w Palmi, Włochy) nakazał zajęcie w celu zabezpieczenia składników majątkowych wykorzystywanych do tej działalności.

13 Decyzję tę D. Politanò zaskarżył przed sądem odsyłającym, podnosząc niezgodność niektórych postanowień ogłoszenia o przetargu Monti z art. 49 i 56 TFUE.

14 Zdaniem skarżącego w postępowaniu głównym jego zachowanie nie wypełniało znamion naruszenia, ponieważ prowadzenie zakładów sportowych na rzecz maltańskiej spółki UniqGroup należy uznać za zgodne z prawem, gdyż prawo wewnętrzne jest niezgodne z art. 49 i 56 TFUE.

15 Utrzymuje on w tym względzie, że spółka UniqGroup została wykluczona z przetargu ogłoszonego w 2012 r. z tego względu, że nie przedstawiła dwóch zaświadczeń o sytuacji ekonomicznej i finansowej wystawionych przez dwie różne instytucje bankowe, jak wymagał tego art. 3.2 zasad administracyjnych załączonych do ogłoszenia o przetargu Monti.

16 Zdaniem sądu odsyłającego przetarg dla organizatorów gier hazardowych mających siedzibę w różnych państwach członkowskich, taki jak ten będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, musi koniecznie być zgodny z przepisami art. 47 dyrektywy 2004/18, który przewiduje możliwość oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców „przy pomocy jakiegokolwiek innego dokumentu uznawanego za odpowiedni przez instytucję zamawiającą".

17 Ustalenie przez włoskie organy rygorystycznych wymagań związanych z uczestnictwem w przetargu musi koniecznie dać się pogodzić z zasadą jak najliczniejszego udziału w przetargach, a wszystkim zainteresowanym trzeba zapewnić możliwość wykazania zdolności ekonomicznej i finansowej za pośrednictwem dowolnych, innych niż wymagane przez instytucję zamawiającą dokumentów uznanych za odpowiednie.

18 Zdaniem sądu odsyłającego wynika z tego, że organy te były obowiązane wyraźnie wskazać kryteria, które uznają za odpowiednie i użyteczne do celów wykazania wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej, tak by każdy z oferentów mógł w każdym razie poświadczyć tę sytuację w użyteczny sposób.

19 Sąd ten uważa jednak, że w niniejszym przypadku zasady administracyjne załączone do ogłoszenia o przetargu Monti nie pozwoliły spółce UniqGroup udowodnić w sposób inny niż w drodze wyszczególnionych tam dokumentów jej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

20 W tych okolicznościach Tribunale di Reggio Calabria (sąd Reggio Calabria, Włochy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 49 TFUE oraz zasady równego traktowania i skuteczności należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym w dziedzinie gier hazardowych, które w celu udzielenia koncesji przewidują ogłoszenie nowego przetargu (na zasadach unormowanych w art. [10 ust.] 9g [dekretu z mocą ustawy z 2012 r.]) zawierającego postanowienia o wykluczeniu z przetargu ze względu na niespełnienie warunku zdolności ekonomiczno-finansowej, ponieważ nie przewidują kryteriów innych niż dwie referencje bankowe pochodzące od dwóch różnych instytucji finansowych?

2) Czy art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on przepisom krajowym dotyczącym gier hazardowych, które w celu udzielenia koncesji przewidują ogłoszenie nowego przetargu (na zasadach unormowanych w art. [10 ust.] 9g [dekretu z mocą ustawy z 2012 r.] [zawierającego postanowienia o wykluczeniu z przetargu ze względu na niespełnienie warunku]) zdolności ekonomiczno-finansowej, ponieważ nie przewidują alternatywnych dokumentów i możliwości, takich jak przewidziane w prawie ponadnarodowym?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

21 Rząd włoski i, w odniesieniu jedynie do drugiego z pytań, Komisja uważają, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za niedopuszczalny, gdyż postanowienie odsyłające nie naświetla stanu faktycznego w sposób wystarczający do tego, by umożliwić Trybunałowi udzielenie przydatnej odpowiedzi.

22 W tej kwestii należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwrócił się sąd krajowy w ramach stanu prawnego i faktycznego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny, przy czym prawidłowość tych ustaleń nie podlega ocenie przez Trybunał, korzystają z domniemania, iż mają one znaczenie dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia, o które wnioskował sąd krajowy, jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą się zwrócono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego lub prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na przedstawione mu pytania (wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).

23 Z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że konieczność dokonania wykładni prawa Unii, która będzie przydatna dla sądu krajowego, wymaga, aby sąd ten określił okoliczności faktyczne i prawne, na tle których wyłoniły się przedstawione przezeń pytania, albo przynajmniej wyjaśnił okoliczności faktyczne będące podstawą tych pytań. Ponadto postanowienie odsyłające musi wskazywać dokładne powody, dla których sąd krajowy powziął wątpliwości w przedmiocie wykładni prawa wspólnotowego i uznał za konieczne zadanie pytania prejudycjalnego Trybunałowi (wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).

24 Trybunał wskazywał już także, że wymogi wspomniane w pkt 22 i 23 niniejszego wyroku łatwiej jest spełnić, jeżeli wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym osadzony jest w znanym już w znacznej mierze kontekście (zob. w szczególności postanowienie z dnia 17 lipca 2014 r., 3D I, C-107/14, niepublikowane, EU:C:2014:2117, pkt 12 i przytoczone tam orzecznictwo).

25 Tymczasem z postanowienia odsyłającego wynika, że po pierwsze, wystarczająco jasno i precyzyjnie opisano w nim ramy prawne i faktyczne sporu w postępowaniu głównym, a po drugie, podane w nim informacje umożliwiają ustalenie zakresu przedstawionych pytań, o czym zresztą świadczą uwagi na piśmie kilku rządów oraz Komisji.

26 W tych okolicznościach wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za dopuszczalny.

W przedmiocie pytania drugiego

27 W pytaniu drugim, które należy rozpatrzyć w pierwszej kolejności, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie istnieniu krajowego przepisu takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, który nakłada na podmioty pragnące zgłosić się do udziału w przetargu mającym na celu przyznanie koncesji w dziedzinie gier i zakładów obowiązek przedstawienia dowodu ich sytuacji ekonomicznej i finansowej w postaci oświadczeń wydanych przez co najmniej dwie instytucje bankowe i który nie zezwala przy tym na wykazanie tej sytuacji przy pomocy jakiegokolwiek innego dokumentu.

28 Na wstępie należy zbadać, czy omawiana dyrektywa znajduje zastosowanie w sprawie takiej jak ta będąca przedmiotem postępowaniu głównego.

29 W tym względzie należy sprecyzować, że dyrektywa 2004/18 dotyczy procedur udzielania zamówień publicznych, a nie procedur, których przedmiotem są koncesje na usługi, gdyż te ostatnie są wyłączone z zakresu tej dyrektywy na mocy jej art. 17. Ten ostatni przepis wyraźnie wyłącza bowiem koncesje na usługi, które zostały zdefiniowane w art. 1 ust. 4 omawianej dyrektywy jako umowy tego samego rodzaju co zamówienia publiczne na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

30 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału z porównania definicji zamówień publicznych na usługi i koncesji na usługi, zawartych, odpowiednio, w art. 1 ust. 2 lit. a) i d) oraz w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18, wynika, że różnica pomiędzy zamówieniem publicznym na usługi a koncesją na usługi tkwi w wynagrodzeniu za świadczenie usług. Zamówienie na usługi wiąże się z wynagrodzeniem, które – nie będąc wszakże jedynym wynagrodzeniem – jest płacone bezpośrednio przez instytucję zamawiającą usługodawcy, podczas gdy w przypadku koncesji na usługi wynagrodzenie za świadczenie usług polega na prawie do gospodarczego wykorzystania usługi bądź jako takim, bądź wraz z ceną (zob. wyrok z dnia 10 marca 2011 r., Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).

31 Z orzecznictwa tego wynika również, że o ile sposób wynagradzania jest w związku z powyższym jednym z elementów decydujących o zakwalifikowaniu danej czynności jako koncesji na usługi, o tyle taka kwalifikacja oznacza, iż koncesjonariusz przejmuje ryzyko prowadzenia działalności związanej ze świadczeniem danych usług i że brak przeniesienia na usługodawcę ryzyka związanego ze świadczeniem usług wskazuje na to, iż omawiana czynność stanowi zamówienie publiczne na usługi, a nie koncesję na usługi (zob. podobnie wyrok z dnia 10 marca 2011 r., Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).

32 Jak zaś wskazał rzecznik generalny w pkt 51 opinii, w postępowaniu głównym usługodawca, po pierwsze, nie otrzymuje wynagrodzenia od instytucji zamawiającej, a po drugie, ponosi pełne ryzyko prowadzenia działalności w dziedzinie przyjmowania i przekazywania zakładów.

33 Wynika z tego, że koncesji na prowadzenie zakładów takiej jak ta będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym nie można zakwalifikować jako zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i b) dyrektywy 2004/18.

34 W związku z tym odpowiedź na pytanie drugie powinna brzmieć tak, iż omawianą dyrektywę, a w szczególności jej art. 47, należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe regulujące przyznawanie koncesji w dziedzinie gier losowych, takie jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, nie wchodzą w zakres ich zastosowania.

W przedmiocie pytania pierwszego

35 Na wstępie należy wskazać, że wprawdzie sąd odsyłający odniósł się w treści pytania pierwszego do zasad równego traktowania i skuteczności, jednak postanowienie odsyłające nie zawiera żadnego wyjaśnienia na temat tego, co sprawiło, że sąd zaczął się zastanawiać nad wykładnią tych zasad w ramach postępowania głównego, ani jaki jest związek między tymi zasadami a krajowymi przepisami rozpatrywanymi w postępowaniu głównym.

36 W związku z powyższym należy uznać, że w pytaniu pierwszym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie istnieniu przepisu krajowego takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, który nakłada na podmioty pragnące zgłosić się do udziału w przetargu mającym na celu przyznanie koncesji w dziedzinie gier i zakładów obowiązek przedstawienia dowodu ich sytuacji ekonomicznej i finansowej w postaci oświadczeń wydanych przez co najmniej dwie instytucje bankowe i który nie zezwala przy tym na wykazanie tej sytuacji w inny sposób.

37 Przede wszystkim, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że za ograniczenia swobody przedsiębiorczości lub swobody świadczenia usług należy uznać wszelkie środki, które zakazują korzystania ze swobód gwarantowanych w art. 49 i 56 TFUE, ograniczają je lub zmniejszają jego atrakcyjność (zob. wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

38 Przepis państwa członkowskiego taki jak ten będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, uzależniający wykonywanie danej działalności gospodarczej od uzyskania koncesji i nakładający w tym zakresie na oferentów obowiązek przedstawienia zaświadczeń od dwóch różnych instytucji bankowych, może zniechęcać podmioty gospodarcze od udziału w przetargu i tym samym może stanowić ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 49 TFUE.

39 Następnie należy przypomnieć, że regulacje dotyczące gier losowych należą do dziedzin, w których pomiędzy państwami członkowskimi istnieją znaczne rozbieżności dotyczące aspektów moralnych, religijnych i kulturowych. W braku harmonizacji na szczeblu Unii w tej dziedzinie państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uznania, jeżeli chodzi o określenie poziomu ochrony konsumentów i porządku publicznego, jaki uznają za najbardziej odpowiedni (zob. podobnie wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 51, 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

40 Państwa członkowskie mają zatem swobodę w zakresie ustalania celów swojej polityki w dziedzinie gier hazardowych i, w razie potrzeby, szczegółowego określenia poziomu ochrony, do którego dążą. Jednakże nakładane przez państwa członkowskie ograniczenia muszą spełniać warunki wynikające z orzecznictwa Trybunału, gdy chodzi w szczególności o ich uzasadnienie nadrzędnymi względami

interesu ogólnego i ich proporcjonalność (zob. podobnie wyrok z dnia 8 września 2009 r., Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, C-42/07, EU:C:2009:519, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo).

41 Należy więc ocenić, czy ograniczenie takie jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym można dopuścić tytułem odstępstwa, ze względów porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego, wyraźnie wymienionych w art. 51 i 52 TFUE, mających także zastosowanie w dziedzinie swobody świadczenia usług na podstawie art. 62 TFUE, lub uzasadnić, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, nadrzędnymi względami interesu ogólnego (wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Digibet i Albers, C-156/13, EU:C:2014:1756, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).

42 W niniejszym przypadku rząd włoski twierdzi, że rozpatrywany przepis nakładający ograniczenie jest uzasadniony, w świetle celu zwalczania przestępczości związanej z grami, względami zapewnienia ciągłości prowadzonej zgodnie z prawem działalności w zakresie przyjmowania zakładów wzajemnych w celu zahamowania rozwoju równoległej, nielegalnej działalności oraz względami ochrony konsumentów. Jest tym samym niezbędne, by sytuacja ekonomiczna i finansowa właścicieli koncesji umożliwiała trwałe prowadzenie przez nich działalności na rynku.

43 W tym względzie należy przypomnieć, że tego rodzaju cel może stanowić nadrzędny wzgląd interesu ogólnego mogący uzasadniać ograniczenie podstawowych swobód takie jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym (zob. podobnie wyrok z dnia 28 stycznia 2016 r., Laezza, C-375/14, EU:C:2016:60, pkt 34, 35). Trybunał orzekł już ponadto, że cel polegający na zwalczaniu przestępczości związanej z grami losowymi może uzasadniać wynikające z surowych przepisów ograniczenia podstawowych swobód (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 września 2013 r., Biasci i in., C-660/11 i C-8/12, EU:C:2013:550, pkt 23; z dnia 28 stycznia 2016 r., Laezza, C-375/14, EU:C:2016:60, pkt 32).

44 Należy jednak jeszcze zbadać, czy rozpatrywane w postępowaniu głównym ograniczenie jest odpowiednie do realizacji zamierzonego celu i nie wykracza poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia, w szczególności zaś upewnić się przy tym, że dane przepisy krajowe rzeczywiście wynikają z troski o jego osiągnięcie w sposób spójny i systematyczny (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lipca 2012 r., HIT i HIT LARIX, C-176/11, EU:C:2012:454, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).

45 Badając kwestię, czy omawiane ograniczenie jest odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu, należy zauważyć, że oświadczenia bankowe wystawione przez dwie różne instytucje bankowe, takie jak te wymagane w przepisach rozpatrywanych w postępowaniu głównym, mogą wykazać zdolność ekonomiczną i finansową oferenta do prowadzenia działalności przyjmowania zakładów wzajemnych.

46 Obowiązek dostarczenia oświadczeń od dwóch instytucji bankowych niewątpliwie może bowiem gwarantować, że podmiot gospodarczy posiada zdolność ekonomiczną i finansową, pozwalającą mu sprostać zobowiązaniom, które mógłby zaciągnąć wobec wygrywających graczy. W tym względzie Trybunał stwierdził już, że wymóg posiadania kapitału zakładowego określonej wielkości może okazać się użyteczny w celu zapewnienia takiej zdolności ekonomicznej i finansowej (zob. podobnie wyrok z dnia 15 września 2011 r., Dickinger i Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, pkt 77).

47 Ponadto należy ustalić, czy z uwagi na szeroki zakres uznania przysługujący organom krajowym w niezharmonizowanej dziedzinie gier losowych przy określaniu wymogów związanych z ochroną konsumentów i ładu społecznego (zob. podobnie wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Digibet i Albers, C-156/13, EU:C:2014:1756, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo) obowiązek przedstawienia dwóch oświadczeń od dwóch różnych instytucji bankowych nie wykracza poza to, co niezbędne do osiągnięcia zamierzonego celu. Oceny tej należy dokonać w świetle celów, do których dążą właściwe organy danego państwa członkowskiego, oraz poziomu ochrony, jaki pragną one zapewnić (zob. wyrok z dnia 15 września 2011 r., Dickinger i Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, pkt 46 i przytoczone tam przytoczone orzecznictwo).

48 W związku z tym należy zauważyć, jak wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 80 i 81 opinii, że zważywszy na szczególny charakter działalności gospodarczej w branży gier losowych, nałożony na istniejących od mniej niż dwóch lat oferentów, których łączne przychody związane z prowadzeniem gier losowych wynosiły mniej niż 2 mln EUR w ostatnich dwóch latach, wymóg dostarczenia właściwych oświadczeń wystawionych przez co najmniej dwie instytucje bankowe nie wykracza poza to, co niezbędne do osiągnięcia zamierzonego celu.

49 To jednak sąd odsyłający, biorąc pod uwagę udzielone przez Trybunał wskazówki, powinien sprawdzić, w ramach ogólnej oceny okoliczności towarzyszących przyznawaniu nowych koncesji, czy nałożone przez dane państwo członkowskie ograniczenia spełniają przesłanki wynikające z orzecznictwa Trybunału w zakresie proporcjonalności (zob. podobnie wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Digibet i Albers, C-156/13, EU:C:2014:1756, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

50 Z powyższych względów odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć tak, iż art. 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie istnieniu przepisu krajowego takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, który nakłada na podmioty pragnące zgłosić się do udziału w przetargu mającym na celu przyznanie koncesji w dziedzinie gier i zakładów obowiązek przedstawienia dowodu ich sytuacji ekonomicznej i finansowej w postaci oświadczeń wydanych przez co najmniej dwie instytucje bankowe i który nie zezwala przy tym na wykazanie tej sytuacji w inny sposób, ponieważ taki przepis może spełniać określone w orzecznictwie Trybunału przesłanki proporcjonalności, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

W przedmiocie kosztów

51 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) **Dyrektywę 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, a w szczególności jej art. 47, należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe regulujące przyznawanie koncesji w dziedzinie gier losowych, takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie wchodzą w zakres ich zastosowania.**

2) **Artykuł 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie istnieniu przepisu krajowego takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, który nakłada na podmioty pragnące zgłosić się do udziału w przetargu mającym na celu przyznanie koncesji w dziedzinie gier i zakładów obowiązek przedstawienia dowodu ich sytuacji ekonomicznej i finansowej w postaci oświadczeń wydanych przez co najmniej dwie instytucje bankowe i który nie zezwala przy tym na wykazanie tej sytuacji w inny sposób, ponieważ taki przepis może spełniać określone w orzecznictwie Trybunału przesłanki proporcjonalności, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.**

Podpisy