

Magdalena Czajkowska*

**GŁOSA DO ORZECZENIA TRYBUNAŁU
SPRAWIEDLIWOŚCI UE Z DNIA 17 MARCA 2011
W SPRAWIE C-95/10, *STRONG SEGURANÇA*,
DOTYCZĄCA BRAKU OBOWIĄZKU
STOSOWANIA PRZEPISÓW W ZAKRESIE
POSŁUGIWANIA SIĘ POTENCJAŁEM
PODMIOTÓW TRZECICH PRZY ZAMÓWIENIU
NA USŁUGI NIEPRIORYTETOWE
W ŚWIETLE DYREKTYWY 2004/18/WE**

I. Uwagi wstępne

Dyrektywa 2004/18/WE¹ wskazuje dwa rodzaje usług: priorytetowe (załącznik II A) i niepriorytetowe (załącznik II B)², przy czym za podstawę rozróżnienia przyjęto nie tyle charakter konkretnego działania, co raczej możliwość świadczenia tego rodzaju usług poza granicami kraju (element transgraniczny) oraz fakt, że mogą one wpływać na handel między państwami członkowskimi. Szczególnie widoczne jest to w odniesieniu do usług niepriorytetowych wymienionych w załączniku II B. Usługi te, zwykle o charakterze lokalnym, są w niewielkim stopniu wrażliwe na wpływ międzynarodowej konkurencji, czy to z racji ich charakteru (np. usługi prawnicze bądź administracyjne oparte na znajomości krajowych przepisów prawa i sądownictwa), czy to z powodu miejsca ich świadczenia (np. usługi hotelarskie i restauracyjne). Nie oznacza to, że konkurencja w tego rodzaju zamówieniach jest

* Mgr Magdalena Czajkowska – doktorantka w Instytucie Europeistyki UJ.

¹ Dyrektywa 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. Urz. UE L 134, s. 114).

² Terminologia i podział usług, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy 2004/18/WE, zostały określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68).

niemożliwa, jednakże charakter tych usług czy też ich wartość sprawia, że jest ona mniej prawdopodobna³.

Do udzielenie zamówienia na usługi priorytetowe stosuje się szczegółowe procedury przewidziane przepisami dyrektywy art. 23–55 dyrektywy. Z kolei w postępowaniu, którego przedmiotem są usługi niepriorytetowe, dyrektywa wskazuje enumeratywnie, które przepisy mają zastosowanie do tej kategorii usług (art. 23 i art. 35 ust.4 dyrektywy). Artykuł 23 odnosi się do specyfikacji technicznych, wskazując, co powinno znaleźć się w dokumentacji zamówienia w celu zapewnienia równego dostępu wykonawców i otwarcia zamówienia na konkurencję, natomiast art. 35 ust. 4 dotyczy obowiązku opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

II. Postępowanie przed sądem krajowym i odpowiedź na pytania prejudycjalne

Omawiane orzeczenie zapadło w wyniku postępowania o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącego wykładni art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, złożonego przez portugalski Najwyższy Trybunał Administracyjny (Supremo Tribunal Administrativo). Wniosek został złożony w ramach sporu między Strong Segurança (firma ochroniarska) a Município de Sintra (gminą Sintra, Portugalia) w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na usługi niepriorytetowe, w tym przypadku ochrony instalacji należących do tej gminy. Gmina Sintra wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ochrony instalacji należących do gminy. Usługi detektywistycznie i ochroniarskie mają charakter niepriorytetowy (załącznik II B do dyrektywy) i nie mają do nich zastosowania wszystkie przepisy unijnych zamówień publicznych wynikających z dyrektywy 2004/18. Gmina zdecydowała się zamieścić ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Zamawiający, jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, przyjął najniższą cenę (oferta najbardziej korzystna ekonomicznie jako kryterium udzielenia zamówienia). Wykonawca Strong Segurança, spółka całkowicie kontrolowana przez spółkę akcyjną Trivalor SGPS, złożyła najkorzystniejszą ofertę. Aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, Strong Segurança powołała się na sytuację ekonomiczną i finansową Trivalor SA. Początkowo komisja przetargowa wybrała ofertę Strong Segurança jako najkorzystniejszą, jednak po zaskarżeniu wyboru przez innego wykonawcę zamawiający zmienił stanowisko i wybrał ofertę protestującego jako ofertę najkorzystniejszą. Protestujący podniósł, że Strong Segurança nie była uprawniona do powoływania się na możliwości gospodarcze i finansowe innego podmiotu, w tym przypadku Trivalor. Skarga na decyzję zamawiającego została oddalona przez Trybunał Administracyjny i Podatkowy w Sintrze (Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra) w orzeczeniu utrzymanym w mocy przez Centralny Trybunał Administracyjny dla Południa (Tribunal Central Administrativo Sul). Wykonawca wniósł więc

³ P. Trepte, *Zamówienia publiczne u Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Katowice–Warszawa 2006, s. 32.

kasację do portugalskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego (Supremo Tribunal Administrativo). Sąd, rozpatrując sprawę, zadał szereg pytań ETS.

Pierwsze pytanie dotyczyło bezpośredniej skuteczności w wewnętrznym porządku prawnym art. 47 ust. 2⁴ dyrektywy 2004/18/WE, to znaczy czy stanowi on dla wykonawców źródło uprawnień, których mogą oni dochodzić wobec organów administracji portugalskiej. Drugie pytanie dotyczyło zastosowania art. 47 ust. 2 dyrektywy do zamówień na usługi wymienione w załączniku II B, mimo że dyrektywa nie wskazuje tego przepisu w katalogu przepisów, które należy stosować do postępowań na usługi niepriorytetowe. Orzecznictwo ETS nie daje, zdaniem portugalskiego sądu, odpowiedzi w tej kwestii. Sąd ten zwraca uwagę, że ściśle literalna wykładnia tego przepisu w związku z art. 21 prowadzi do wniosku, że znajduje on zastosowanie wyłącznie do zamówień na usługi priorytetowych wymienione w załączniku II A.

Trybunał ustosunkował się jedynie do pytania drugiego⁵, stwierdzając, że:

„Dyrektywa 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 nie nakłada na państwa członkowskie obowiązku stosowania art. 47 ust. 2 także do zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku II B do tej dyrektywy. Dyrektywa ta jednocześnie nie zakazuje jednak państwom członkowskim lub ewentualnie instytucjom zamawiającym przewidzieć, w ustawodawstwie wewnętrznym lub w dokumentacji zamówienia, że przepis ten będzie miał zastosowanie”.

III. Uwagi o charakterze podsumowującym

Omawiane orzeczenie dotyczy interesującego, z punktu widzenia praktyki i doktryny zamówień publicznych, zagadnienia, czy dyrektywa 2004/18/WE nakłada na państwa członkowskie obowiązek stosowania art. 47 ust. 2, mimo że przepis ten nie został wskazany jako obowiązujący do usług priorytetowych⁶. W orzeczeniu tym ETS po raz kolejny określił zasady, jakimi należy kierować się przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe, wskazał również zakres stosowania przepisów dyrektywy do usług niepriorytetowych (załącznik II B). Ustawodawca wspólnotowy

⁴ Artykuł 47 zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa”, przewiduje w ust. 2: „Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach [możliwościach – przyp. M.Cz.] 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”.

⁵ ETS w pkt 47 orzeczenia stwierdził, że „mając na uwadze odpowiedź na pytanie drugie, nie ma konieczności udzielania odpowiedzi na pytanie pierwsze”.

⁶ Usługi niepriorytetowe wymienione są w załączniku II B do dyrektywy: 17. Usługi hotelarskie i restauracyjne; 18. Usługi transportu kolejowego; 19. Usługi transportu wodnego; 20. Dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe; 21. Usługi prawnicze; 22. Usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu; 23. Usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych; 24. Usługi edukacyjne i szkoleniowe; 25. Usługi społeczne i zdrowotne; 26. Usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe; 27. Inne usługi.

słusznie wyszedł z założenia, że usługi niepriorytetowe nie mają *a priori*, z uwagi na swój charakter, dużego znaczenia w stosunkach transgranicznych. Trybunał podtrzymał swoją linię orzeczniczą⁷, wskazującą, że zamówienia tego rodzaju, jeżeli nawet mają znaczenie w stosunkach transgranicznych⁸, podlegają ogólnym zasadom przejrzystości i równego traktowania, wynikającym z art. 49 i 56 TFUE.

W osiemnastym motywie⁹ dyrektywy 2004/18/WE stwierdzono, że dla celów jej stosowania należy podzielić usługi według kategorii i przypisać je do dwóch załączników – II A i II B, w zależności od zasad, jakim podlegają. Artykuł 20, zatytułowany „Zamówienia na usługi wymienione w załączniku II A”, wskazuje, że zamówienia, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II A, udziela się zgodnie z przepisami art. 23–55. Z kolei według art. 21 dyrektywy, zatytułowanego „Zamówienia na usługi wymienione w załączniku II B”, proces udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B, regulują wyłącznie przepisy art. 23 i art. 35 ust. 4. Gdyby przyjąć literalną wykładnię przepisu art. 21, wykluczyłaby ona zastosowanie do zamówień na usługi wymienione w załączniku II B tak zasadniczych norm dyrektywy 2004/18, jak na przykład kryteria kwalifikacji podmiotowej oferentów (art. 45–52) czy kryteria udzielania zamówień (art. 53–55). Jednak Trybunał stanął na stanowisku, że art. 21 jedynie odsyła do art. 23 i art. 35 ust. 4, nakładając tym samym na instytucje zamawiające, w odniesieniu do zamówień na usługi z załącznika II B, „wyłącznie” obowiązki w zakresie specyfikacji technicznych oraz obowiązek informowania o udzielonym zamówieniu. W konsekwencji dyrektywa 2004/18/WE nie nakłada na instytucje zamawiające obowiązku bezpośredniego stosowania innych przepisów niż art. 23 i art. 35 ust. 4, w tym również nie ma obowiązku bezpośredniego stosowania art. 47 ust. 2 tejże dyrektywy. Należy zgodzić się z Trybunałem, że dyrektywa nie wymienia art. 47 ust. 2 wśród przepisów, które zamawiający są obowiązani stosować, udzielając zamówień na usługi niepriorytetowe. Gdyby przyjąć odwrotne założenie, straciłoby w ogóle sens stosowanie rozróżnienia na usługi z załącznika II A i II B. Jednocześnie dyrektywa nie zakazuje państwom członkowskim czy też zamawiającym dopuszczenia stosowania przepisów niewskazanych wprost w dyrektywie jako obowiązujących do usług z załącznika II B. Trafne w swej sentencji orzeczenie budzi jedynie zastrzeżenie odnośnie jednego z argumentów przytoczonego w pkt 43, wskazującego na szczególny charakter usług wymienionych w załączniku II B¹⁰. Według ETS co najmniej niektóre z tych usług mają specyficzne cechy, które uzasadniają wzięcie pod uwagę przez instytucję

⁷ Wyrok z 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98, *Telaustria i Telefonadress*, [2000] ECR I-10745, pkt 60; postanowienie z 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00, *Vestergaard*, [2001] ECR I-9505, pkt 20 i 21; wyroki: z 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03, *Komisja przeciwko Francji*, [2005] ECR, s. I-8831, pkt 32 i z 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05, *Medipac-Kazantidis*, [2007] ECR I-4557, pkt 33.

⁸ Wyrok z 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03, *Komisja przeciwko Irlandii*, ECR 2007, s. I-09777, pkt 26, 29–31.

⁹ Termin „motyw” używany jest zgodnie z nomenklaturą wykorzystywaną w omawianym orzeczeniu, a dotyczy punktów z preambuły dyrektywy.

¹⁰ *Ibidem*, pkt 25.

zamawiającą w sposób jednostkowy indywidualnych ofert (np. „usługi prawnicze”, „usługi edukacyjne i szkoleniowe”, „usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa”). W tym miejscu należy raz jeszcze odwołać się do podstaw rozróżnienia pomiędzy usługami z załączników II A i II B. Trudno zgodzić się ze stanowiskiem Trybunału, że podział ten został przyjęty w oparciu o specyficzny charakter danej usługi¹¹, gdyż postępowania o udzielenie zamówienia zarówno na usługi priorytetowe, jak i niepriorytetowe są realizowane w warunkach konkurencji. Tym bardziej podział nie może być oparty na właściwościach wykonawców, gdyż w obu kategoriach występują specyficzne usługi, które mogłyby uzasadniać szczególne podejście do indywidualnych ofert (z katalogu usług priorytetowych wystarczy wskazać usługi architektoniczne, inżynierskie, urbanistyczne czy związane z tymi usługami konsultacje naukowe).

Podział na usługi II A i II B wynika jedynie z uwagi na ewentualne zainteresowanie wykonawców z krajów UE ich transgranicznym świadczeniem i co za tym idzie – ich wpływem na funkcjonowanie wspólnego rynku w zakresie zamówień publicznych¹². Co więcej, jak wskazuje ustawodawca unijny, podział usług ma jedynie charakter czasowy, o czym świadczy motyw 19 dyrektywy 2004/18/WE: „W odniesieniu do zamówień publicznych na usługi pełne zastosowanie niniejszej dyrektywy powinno zostać ograniczone w okresie przejściowym do zamówień, w przypadku których zastosowanie jej przepisów pozwoli na pełne wykorzystanie możliwości zwiększenia obrotu transgranicznego. Zamówienia na inne usługi powinny być monitorowane przez okres przejściowy, zanim podjęta zostanie decyzja dotycząca pełnego zastosowania niniejszej dyrektywy. Z uwagi na to należy określić mechanizm tego monitorowania. Mechanizm ten powinien jednocześnie umożliwiać zainteresowanym stronom uzyskanie dostępu do odpowiednich informacji”.

Podsumowując, ETS dopuścił możliwość powoływania się na doświadczenie innych podmiotów w postępowaniu na usługi niepriorytetowe. Omawiany wyrok pozytywnie wpisał się w linię orzeczniczą Trybunału poprzez konsekwentne poszerzanie kręgu wykonawców mogących brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo z racjonalnego punktu widzenia niezrozumiałe byłoby bardziej restrykcyjne traktowanie postępowania na usługi, które są mniej istotne dla rynku wewnętrznego niż postępowania na usługi priorytetowe.

¹¹ Punkt 43 orzeczenia: „Dodać trzeba, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału zamówienia dotyczące usług wymienionych w załączniku II B do dyrektywy 2004/18 mają szczególny charakter (ww. wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Irlandii*, pkt 25). Co najmniej niektóre z tych usług mają bowiem specyficzne cechy, które uzasadniają wzięcie pod uwagę przez instytucję zamawiającą w sposób jednostkowy indywidualnych ofert. Ma to miejsce na przykład w odniesieniu do «usług prawniczych», «usług rekrutacji i pozyskiwania personelu», «usług edukacyjnych i szkoleniowych», jak również «usług detektywistycznych i bezpieczeństwa»”.

¹² D. Piasta, *Udzielanie zamówień publicznych na usługi „niepriorytetowe” zgodnie z prawem i orzecznictwem europejskim a przepisy w Polsce – rys historyczny, stan obecny i postulaty de lege ferenda*” (w:) H. Nowicki, J. Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń–Warszawa 2006, s. 108.

SUMMARY

COMMENTARY ON THE ECJ JUDGMENT OF 17 MARCH 2011 ON *STRONG SEGURANÇA* (CASE C-95/10) CONCERNING THE LACK OF OBLIGATION TO APPLY REGULATIONS CONCERNING THE USAGE OF THE POTENTIAL OF THIRD PARTIES WHEN CONTRACTING NON-PRIORITY SERVICES AS STATED IN DIRECTIVE 2004/18/EC.

The Directive 2004/18/EC classifies each service as either ‘priority’ (Annex IIA) or ‘non-priority’ (Annex IIB). According to that directive, contracting authority is not obliged to apply all of the rules of Directive 2004/18/EC to non-priority services. The ECJ has ruled on a distinction between Annex IIA and IIB services. The judgment concerned the reference to a preliminary ruling on whether or not Article 47(2) of Directive 2004/18 should be applied to the award of contracts for Annex IIB services. Article 47(2) is not among the provisions, which contracting authorities were obliged to apply when awarding Annex IIB service contracts and the article permits economic operators for relying on the capacities of other entities, provided they can demonstrate that those resources are at their disposal. The paper focuses on the ECJ judgment that the general principles of transparency and equal treatment do not impose an obligation corresponding to that contained in article 47(2) on the contracting authorities. However, member states and contracting authorities can require such an obligation in their national legislation or in tender documentation.