

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

M. POIARES A MADURA

przedstawiona w dniu 8 października 2008 r.¹

1. Czy państwo członkowskie może dodać podstawę wykluczenia z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane do wykazu znajdującego się w art. 24 dyrektywy 93/37/EWG²? Na jakich warunkach i w jakich granicach? Pytania te są przedmiotem niniejszego odesłania prejudycjalnego i dotyczą problemu istnienia i, stosownie do okoliczności, zakresu władzy prawodawczej państw członkowskich w dziedzinie objętej harmonizacją prawa na szczeblu wspólnotowym. Problem nie jest nowy i został już rozstrzygnięty w orzecznictwie. Niemniej jednak szczególnym aspektem niniejszej sprawy jest to, że wspomniany krajowy środek normatywny jest zapisem konstytucyjnym. Czy może to wpłynąć na treść odpowiedzi? Oto główne elementy niniejszego sporu.

I — Ramy prawne

A — Uregulowania wspólnotowe

2. Artykuł 24 dyrektywy 93/37 określa podstawy wykluczenia z udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane i stanowi, co następuje:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54).

a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem

sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

f) nie wypełnił zobowiązań odnośnie do obowiązku płatności podatków zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma przedsiębiorstwo, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;

b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, które mogą być wymagane na mocy niniejszego rozdziału.

[...]”.

c) został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;

B — *Prawo krajowe*

d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego za pomocą jakichkolwiek środków przez instytucje zamawiające;

3. Artykuł 14 ust. 9 akapity 5, 6 i 7 konstytucji greckiej z 1975 r. w brzmieniu nadanym w wyniku zmiany konstytucji z dnia 6 kwietnia 2001 r. stanowi, co następuje:

e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma przedsiębiorstwo, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;

„Status właściciela, współnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu nie podlega łączeniu ze statusem właściciela, współnika, głównego akcjonariusza lub

członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub publiczna osoba prawna sensu largo udziela zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi.

przekazu (właścicielowi, wspólnikowi, głównemu akcjonariuszowi lub członkowi kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu);

Zakaz określony w poprzednim akapicie dotyczy również osób występujących w charakterze pośrednika, w tym współmałżonków, członków rodziny, osób lub spółek zależnych ekonomicznie.

Ustawa określa zasady, stosowane sankcje, które mogą polegać również na odebraniu koncesji stacji radiowej lub telewizyjnej oraz na zakazie zawarcia umowy lub unieważnieniu określonej umowy, a także zasady kontroli i gwarancje, które mają zapobiec, by przepisy akapitów poprzedzających nie były obchodzone”.

4. Na podstawie art. 14 ust. 9 akapit siódmy konstytucji greckiej ustawa nr 3021/2002 w sprawie ograniczeń w udzielaniu zamówień publicznych osobom świadczącym pracę w przedsiębiorstwach prowadzących działalność w sektorze środków masowego przekazu ustanawia zakaz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane:

— przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego

— przedsiębiorstwom, których wspólnicy, główni akcjonariusze, członkowie organów zarządzających lub kadry kierowniczej są przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub wspólnikami, głównymi akcjonariuszami, członkami organów zarządzających lub kadry kierowniczej w przedsiębiorstwach prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu;

— przedsiębiorcom (właścicielowi, wspólnikowi, głównemu akcjonariuszowi lub członkowi kadry zarządzającej przedsiębiorstwem budowlanym) będącym *współmałżonkami lub członkami rodziny* właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, o ile nie wykażą, że są niezależni ekonomicznie od takich osób.

5. Ustawa nr 3021/2002 stanowi ponadto, że przed udzieleniem zamówienia publicznego instytucja zamawiająca, pod rygorem nieważ-

ności umowy lub zamówienia publicznego, musi zwrócić się do krajowej rady radiofonii i telewizji (Ethniko Symvoulio Radiotileorasis; zwanej dalej „ESR”) o wydanie zaświadczenia, z którego wynika, że nie zachodzi przypadek łączenia funkcji, o którym mowa w ustawie.

II — Spór przed sądem krajowym i odesłanie prejudycjalne

6. Decyzją z dnia 13 grudnia 2001 r. spółka Erga będąca przedsiębiorstwem publicznym ogłosiła przetarg na roboty ziemne i budowę obiektów infrastruktury technicznej nowej dwutorowej linii szybkiej kolei łączącej Korynt z Kiatos o budżecie wynoszącym 51 700 000 EUR. W procedurze przetargowej wzięły udział między innymi spółka Michaniki i spółka Sarantopoulos.

7. W dniu 22 maja 2002 r. instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia spółce Sarantopoulos, która następnie została wchłonięta przez spółkę Pantechniki. Wcześniej instytucja zamawiająca otrzymała od ESR wymagane grecką ustawą nr 3021/2002 zaświadczenie o niewystępowaniu przypadku łączenia funkcji po stronie spółki Pantechniki. ESR uznała, że chociaż K. Sarantopoulos będący głównym akcjonariuszem i wiceprezesem zarządu spółki Pantechniki jest członkiem rodziny (a dokładnie ojcem) G. Sarantopoulosa będącego członkiem zarządu kilku greckich spółek prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, nie dotyczy go zakaz łączenia funkcji przewidziany w ustawodawstwie greckim, ponieważ

jest on niezależny ekonomicznie od G. Sarantopoulosa.

8. Przedsiębiorstwo Michaniki będące pokonanym konkurentem spółki, która wygrała przetarg, zwróciło się do greckiej rady stanu o stwierdzenie nieważności wydanego przez ESR zaświadczenia o niewystępowaniu przypadku zakazanego łączenia funkcji, argumentując, że przepisy ustawy nr 3021/2002, na podstawie której zaświadczenie zostało wydane, są sprzeczne z art. 14 ust. 9 konstytucji greckiej.

9. Zgadając się ze stroną skarżącą w postępowaniu przed sądem krajowym, sąd ten uważa, że zakwestionowane przepisy ustawowe — w zakresie w jakim umożliwiają przedsiębiorcy wykonującemu roboty publiczne ominięcie zawartego w nich zakazu łączenia funkcji, o ile wykaże, iż jest niezależny ekonomicznie od członka rodziny posiadającego status właściciela, współnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwem prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego przekazu — są niezgodne z art. 14 ust. 9 konstytucji greckiej, na mocy którego rzeczony przedsiębiorca, nawet jeżeli jest niezależny ekonomicznie od tego członka rodziny, musi udowodnić, że nie występował w charakterze pośrednika, lecz działał w sposób niezależny, na własny rachunek i we własnym interesie.

10. Sąd krajowy zastanawia się jednak nad zgodnością wspomnianego przepisu konstytucyjnego z art. 14 ust. 9 konstytucji greckiej.

tucyjnego z prawem wspólnotowym, które pozwala wykluczyć przedsiębiorstwo wykonujące roboty publiczne z udziału w zamówieniu, jeżeli jego główny akcjonariusz nie jest w stanie obalić domniemania, że jako członek rodziny właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry kierowniczej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu nie działał na własny rachunek, lecz występował w charakterze pośrednika. Wydaje się, że wykaz podstaw wykluczenia zawarty w art. 24 dyrektywy 93/37 jest wyczerpujący, a zatem wyklucza dodanie takich przyczyn wykluczenia, jak zawarta w art. 14 ust. 9 konstytucji greckiej. Nawet przy założeniu, że harmonizacja dokonana w tej kwestii przez dyrektywę 93/37 jest częściowa, zgodność z prawem w świetle prawa wspólnotowego dodatkowych podstaw wykluczenia wprowadzonych przez państwo członkowskie jest uzależniona od dążenia do celu związanego z interesem ogólnym, który jest zgodny z prawem wspólnotowym, a także od poszanowania zasady proporcjonalności. Wreszcie jeżeli Trybunał miałby uznać wykaz podstaw wykluczenia zawarty w art. 24 dyrektywy za wyczerpujący, sąd krajowy zastanawia się, czy zakaz wprowadzania systemu niełączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze zamówień publicznych, jaki należałoby z tego wynioskować, nie byłoby sprzeczny z zasadami związanymi z ochroną normalnego funkcjonowania demokracji, poszanowaniem przejrzystości w procedurach udzielania zamówień publicznych, zasadą wolnej i uczciwej konkurencji, a także zasadą subsydiarności.

11. Sąd krajowy skierował zatem do Trybunału trzy pytania prejudycjalne. Pierwsze dotyczy wyczerpującego charakteru wykazu

podstaw wykluczenia zawartego w art. 24 dyrektywy 93/37. Drugie odnosi się do zgodności, po pierwsze celu, który ma zostać osiągnięty poprzez ustanowienie zakazu łączenia statusu właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry kierowniczej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu ze statusem właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry kierowniczej przedsiębiorstwa, któremu zostało udzielone zamówienie na roboty budowlane, dostawy lub usługi, z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego, a po drugie wynikającego z powyższego całkowitego zakazu udzielania zamówień publicznych danym przedsiębiorcom ze wspólnotową zasadą proporcjonalności. Trzecie pytanie dotyczy ważności dyrektywy 93/37 w świetle ogólnych zasad ochrony konkurencji, przejrzystości i zasady subsydiarności, w przypadku gdyby należało przyjąć, że dyrektywa wprowadza zakaz uznania za podstawę wykluczenia przedsiębiorstwa z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane sytuacji, w której przedsiębiorstwo, jego kierownictwo (czyli właściciel przedsiębiorstwa, jego wspólnik, główny akcjonariusz lub członek kadry kierowniczej) lub osoby występujące w charakterze pośredników rzeczonoego kierownictwa prowadzą działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, która może oddziaływać w sposób niezgodny z prawem na procedurę udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane z uwagi na szeroki zakres wpływów, którymi dysponują.

12. Przed próbą sformułowania odpowiedzi na pytania prejudycjalne należy wypowiedzieć się w przedmiocie zarzutów podniesionych co do ich dopuszczalności.

III — Dopuszczalność pytań prejudycjalnych

13. Rząd grecki zakwestionował właściwość Trybunału do orzekania w przedmiocie niniejszego odesłania, argumentując, że spór w postępowaniu przed sądem krajowym dotyczy jedynie dwóch przedsiębiorstw greckich w związku z udzieleniem zamówienia przez grecką instytucję zamawiającą. Ponieważ sprawa przed sądem krajowym dotyczy wyłącznie sytuacji wewnętrznej w odniesieniu do państwa greckiego, prawo wspólnotowe nie ma w stosunku do niej zastosowania, a w konsekwencji pytania prejudycjalne mające na celu uzyskanie wykładni jego przepisów nie są zasadne. Rząd grecki poddał również w wątpliwość zasadność zadanych pytań, argumentując, że nie mają one związku z wykładnią prawa wspólnotowego, która odpowiada obiektywnej potrzebie rozstrzygnięcia sporu przed sądem krajowym, gdyż spór ten dotyczy wyłącznie zgodności greckiej ustawy z konstytucją.

14. W celu oddalenia obydwu zarzutów niedopuszczalności niniejszego odesłania rządowi greckiemu można przede wszystkim odpowiedzieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, „w ramach współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi ustanowionej na mocy art. 177 traktatu do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za wydanie wyroku, należy, przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy, zarówno ocena, czy do wydania wyroku jest niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia dla sprawy pytań,

z którymi zwraca się do Trybunału”, oraz że „w konsekwencji, w sytuacji gdy postawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest, co do zasady, zobowiązany do wydania orzeczenia”³. Jednakże z orzecznictwa wynika także, że w szczególnych okolicznościach i w celu zweryfikowania jego własnej właściwości to do Trybunału należy ocena sytuacji, w jakiej sąd krajowy kieruje do niego wnioski, oraz że może on uznać pytanie prejudycjalne za niedopuszczalne, w szczególności gdy wnioskowana wykładnia prawa wspólnotowego w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym czy przedmiotem sporu przed sądem krajowym lub nie odpowiada obiektywnej potrzebie wydania przez sąd krajowy orzeczenia w toczącym się przed nim postępowaniu, lub też gdy problem ma charakter hipotetyczny⁴.

15. Jeżeli chodzi o pierwszy zarzut oparty na braku wspólnotowego wymiaru sporu rozpoznawanego przez sąd krajowy, z pewnością Trybunał nie jest właściwy do orzekania w sprawie pytań prejudycjalnych dotyczących przepisów wspólnotowych w sytuacjach, gdy stan faktyczny sprawy przed sądem krajowym wykracza poza zakres stosowania prawa

3 — Wyrok z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 *PreussenElektra*, Rec. s. I-2099, pkt 38; zob. również wyroki z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 *Bosman*, Rec. s. I-4921, pkt 59 i z dnia 21 stycznia 2003 r. w sprawie C-318/00 *Bacardi-Martini i Cellier des Dauphins*, Rec. s. I-905, pkt 41.

4 — Zobacz postanowienia z dnia 16 maja 1994 r. w sprawie C-428/93 *Monin Automobiles*, Rec. s. I-1707 i z dnia 25 maja 1998 r. w sprawie C-361/97 *Nour*, Rec. s. I-3101; ww. wyrok w sprawie *PreussenElektra*, pkt 39; wyroki z dnia 15 czerwca 1999 r. w sprawie C-421/97 *Tarantik*, Rec. s. I-3633, pkt 33 i z dnia 9 marca 2000 r. w sprawie C-437/97 *EKW i Wein & Co*, Rec. s. I-1157, pkt 52.

wspólnotowego⁵. Trybunał wielokrotnie przypominał, że prawo wspólnotowe⁶, a w szczególności postanowienia traktatu dotyczące swobodnego świadczenia usług i przepisy przyjęte w celu ich wykonania⁷, nie mają zastosowania do sytuacji, w których wszystkie elementy zamykają się w obrębie jednego państwa członkowskiego i z tego względu nie mają żadnego łącznika z jakąkolwiek sytuacją regulowaną przez prawo wspólnotowe. W takich przypadkach wnioskowana wykładnia prawa wspólnotowego nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, a udzielona odpowiedź nie może być pomocna dla sądu krajowego, chyba że prawo krajowe państwa członkowskiego nakazuje, aby jego obywatel mógł korzystać z takich samych praw jak prawa, które przysługują obywatelowi innego państwa członkowskiego znajdującemu się w identycznej sytuacji na podstawie prawa wspólnotowego⁸, lub odsyłać do treści przepisu wspólnotowego, aby ustalić zasady mające zastosowanie do sytuacji mającej wyłącznie wewnętrzny charakter⁹.

16. Jednakże Trybunał zawsze udzielał odpowiedzi na pytania prejudycjalne, jeżeli dotyczyły spraw związanych z zamówieniami publicznymi lub, szerzej, z umowami z zakresu zamówień publicznych, nawet jeżeli okoliczności faktyczne sprawy wskazywały na sytuację mającą wyłącznie wewnętrzny charakter. Poza jednym przypadkiem¹⁰, miało to miejsce, kiedy wnioskowana wykładnia dotyczyła przepisów prawa pierwotnego, w szczególności swobody świadczenia usług¹¹. Działo się tak bez wyjątku, kiedy wykładnia dotyczyła przepisów dyrektyw regulujących zamówienia publiczne¹². Zasadniczo wiąże się to z celami wspólnotowego prawa zamówień publicznych, które ma zapewniać jak najszerszy dostęp do umów z zakresu zamówień publicznych, bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz promować skuteczną i uczciwą konkurencję w tej dziedzinie. Zatem fakt, że wszyscy uczestnicy postępowania o udzielenie danego zamówienia pochodzą z tego samego państwa członkowskiego co instytucja zamawiająca, ma niewielkie znaczenie, gdyż przedsiębiorstwa mające siedzibę w innych państwach członkowskich mogły być również zainteresowane tym postępowaniem¹³. Zresztą zgodnie z tym podejściem przepisami dyrektyw dotyczących zamówień publicznych objęto wszystkie zamówienia o wartości przekraczającej określoną w nich kwotę, bez względu na przynależność państwową lub miejsce siedziby

5 — Zobacz ponadto wydane ostatnio postanowienie z dnia 16 kwietnia 2008 r. w sprawie C-186/07 Club Náutico de Gran Canaria*, pkt 19.

6 — Zobacz na przykład wyroki z dnia 19 marca 1992 r. w sprawie C-60/91 Batista Morais, Rec. s. I-2085, pkt 6–9; z dnia 2 lipca 1998 r. w sprawach połączonych od C-225/95 do C-227/95 Kapasakalis i in., Rec. s. I-4239, pkt 17–24 i z dnia 11 października 2001 r. w sprawach połączonych od C-95/99 do C-98/99 i C-180/99 Khalil i in., Rec. s. I-7413, pkt 70 i 71.

7 — Zobacz wyroki z dnia 21 października 1999 r. w sprawie C-97/98 Jägerskiöld, Rec. s. I-7319, pkt 42–44 i z dnia 11 listopada 2002 r. w sprawie C-60/00 Carpenter, Rec. s. I-6279, pkt 28.

8 — Zobacz wyroki z dnia 5 grudnia 2000 r. w sprawie C-448/98 Guimont, Rec. s. I-10663, pkt 18–24; z dnia 5 marca 2002 r. w sprawach połączonych C-515/99 od C-519/99 do C-524/99 i od C-526/99 do C-540/99 Reisch i in., Rec. s. I-2157, pkt 24–26; z dnia 15 maja 2003 r. w sprawie C-300/01 Salzmann, Rec. s. I-4899, pkt 32 i 33, i z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie C-380/05 Centro Europa 7, Zb.Orz. s. I-349, pkt 69.

9 — Zobacz w szczególności wyroki z dnia 18 października 1990 r. w sprawach połączonych C-297/88 i C-197/89 Dzodzi, Rec. s. I-3763; z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-28/95 Leur-Bloem, Rec. s. I-4161 i z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-280/06 ETI i in., Zb.Orz. s. I-10893, pkt 21.

10 — Zobacz wyrok z dnia 9 września 1999 r. w sprawie C-108/98 RLSAN, Rec. s. I-5219, pkt 21–23.

11 — Zobacz wyroki z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585; zob. również moją opinię w sprawie C-347/06 ASM Brescia, w której wydano wyrok z dnia 17 lipca 2008 r., Zb.Orz. s. I-5641, pkt 33.

12 — Zobacz wyroki z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043; ww. w sprawie Telaustria i Telefonadress; z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. s. I-11037 i postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, Rec. s. I-4685.

13 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 33; ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 17; ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 55.

oferentów¹⁴. Podobnie jak w przypadku pozostałych dyrektyw przyjętych na podstawie art. 95 WE (dawniej art. 100 A WE), ich zastosowanie nie może zależeć od tego, czy konkretne sytuacje będące przedmiotem postępowań przed sądem krajowym mają dostateczny związek z korzystaniem z podstawowych swobód przepływu¹⁵. Dlatego też pierwszy zarzut rządu greckiego dotyczący dopuszczalności niniejszego odesłania prejudycjalnego oparty na występowaniu sytuacji wyłącznie wewnętrznej można jedynie oddalić.

17. Drugi zarzut kwestionujący zasadność zadanych pytań, oparty na fakcie, że wnioskowana wykładnia prawa wspólnotowego nie odpowiada obiektywnej potrzebie rozstrzygnięcia sporu przed sądem krajowym, gdyż dotyczy on wyłącznie zgodności greckiej ustawy z konstytucją, również nie może zostać uwzględniony. Niewątpliwie należy przyznać, że w niniejszej sprawie udowodnienie niezgodności przepisów ustawy nr 3021/2002 z art. 14 ust. 9 konstytucji pozbawiłoby podstawy prawnej wydane przez ESR zaświadczenie o niewystępowaniu przypadku zakazanego łączenia funkcji i wystarczyłoby do uwzględnienia skargi wniesionej

przez skarżącą w postępowaniu przed sądem krajowym.

18. Niemniej jednak, jak podkreślił sąd krajowy, względy ekonomii procesowej przemawiają za zasadnością, już na obecnym etapie, pytania dotyczącego zgodności omawianego przepisu konstytucyjnego z prawem wspólnotowym. Jeżeli Trybunał miałby uznać, że nie może odpowiedzieć na pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni, i pozostawić sądowi krajowemu rozstrzygnięcie kwestii zgodności przepisów ustawy nr 3021/2002 z art. 14 ust. 9 konstytucji, można by słusznie założyć, że — w przypadku gdyby rzeczony sąd stwierdził nieważność zaświadczenia z powodu naruszenia konstytucji przez ustawę — kwestia zgodności zakwestionowanego przepisu konstytucyjnego z prawem wspólnotowym mogłaby wcześniej czy później wrócić przed Trybunał, gdyż według wszelkiego prawdopodobieństwa ESR byłaby zmuszona odmówić wydania zaświadczenia niezbędnego do udzielenia wspomnianego zamówienia publicznego, argumentując, że zainteresowany przedsiębiorca prowadzący działalność w dziedzinie robót publicznych (K. Sarantopoulos) nie zdołał udowodnić, że nie dotyczy go zakaz łączenia funkcji, o którym mowa w konstytucji. Ostateczne rozstrzygnięcie sporu przed sądem krajowym zależy zatem od zgodności z prawem wspólnotowym szczególnego systemu zakazów łączenia funkcji w sektorze robót publicznych i sektorze środków masowego przekazu. Zatem w interesie ekonomii procesowej należy już teraz zapewnić sądowi krajowemu wykładnię prawa wspólnotowego, która umożliwi mu podjęcie decyzji, gdyż jak przyznaje sąd krajowy, jeżeli miałby on orzec o braku zgodności z prawem wspólnotowym systemu określonego w konstytucji i wdrożonego ustawą nr 3021/2002, musiałby stwier-

14 — Tytułem przypomnienia, z którego wynika, że nie można mówić o braku zastosowania dyrektywy w sprawie zamówień publicznych w odniesieniu do sytuacji, która może zostać uznana za wyłącznie wewnętrzną, zob. ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 31–33.

15 — Zobacz podobnie, w odniesieniu do dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych przyjętej, podobnie jak dyrektywa 93/37, na podstawie art. 100 A traktatu WE, wyroki z dnia 20 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/01 Österreichischer Rundfunk i in., Rec. s. I-4989, pkt 39–43 i z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-101/01 Lindqvist, Rec. s. I-12971, pkt 40 i 41.

dzić, iż nie znajduje on zastosowania, a w konsekwencji oddalić powództwo przedsiębiorstwa Michaniki i potwierdzić decyzję o udzieleniu zamówienia przedsiębiorstwu Pantechniki.

IV — Odpowiedzi na pytania prejudycjalne

A — *Wyczerpujący charakter podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 24 dyrektywy 93/37*

19. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym Trybunał jest proszony o ustalenie, czy państwa członkowskie mogą przewidzieć inne podstawy wykluczenia z udziału w przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane niż te, które zostały wyszczególnione w art. 24 dyrektywy 93/37.

20. Chcąc zakwestionować wyczerpujący charakter wykazu podstaw wykluczenia w art. 24 dyrektywy 93/37, rząd grecki twierdzi, że rzeczona dyrektywa ograniczyła się do koordynacji krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane i nie wprowadziła pełniej harmonizacji w dziedzinie zamówień publicznych na

roboty budowlane. Niewątpliwie ma rację. Trybunał uznał, że „z tytułu i motywu drugiego dyrektywy wynika, że ma ona na celu jedynie koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, tak że nie ustanawia ona pełnego systemu przepisów wspólnotowych w tym zakresie”¹⁶. Podobnie w odniesieniu do dyrektywy 71/305 Trybunał orzekł, że nie ustanawia ona jednolitych i wyczerpujących uregulowań wspólnotowych¹⁷. Dlatego też „w ramach wspólnych zasad, które ustanawia, państwom członkowskim przysługuje swoboda utrzymania w mocy lub uchwalania nowych przepisów prawa materialnego lub proceduralnego w dziedzinie zamówień publicznych, pod warunkiem iż będą one zgodne z wszystkimi odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego. Dotyczy to w szczególności zakazów, które wynikają z traktatowych zasad w dziedzinie prawa podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej oraz swobodnego świadczenia usług”¹⁸. Istnieją liczne przykłady środków lub uregulowań krajowych uzupełniających wspólnotowe przepisy w dziedzinie zamówień publicznych, które zostały uznane za zgodne z prawem. Wystarczy wspomnieć uznanie względów ekologicznych¹⁹ lub zwalczania bezrobocia²⁰ jako kryteriów udzielania zamówień publicznych albo dopuszczenie uregulowań krajowych wprowadzających zakaz zmieniania składu grupy przedsiębiorców uczestniczących w procedurze udzielania zamówienia publicznego na roboty budowlane po złożeniu oferty²¹.

16 — Wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 33.

17 — Zobacz wyroki z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Rec. s. 4635, pkt 20 i z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 CEI i Bellini, Rec. s. 3347, pkt 15.

18 — Ibidem.

19 — Zobacz wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. s. I-7213.

20 — Zobacz wyrok z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-7445.

21 — Zobacz wyrok z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 Makedoniko Metro i Michaniki, Rec. s. I-1091.

21. Niemniej jednak fakt, że dyrektywa 93/37 nie wprowadziła pełnej harmonizacji zasad udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, nie oznacza, że niektóre z jej przepisów nie mogą być uważane za wyczerpujące uregulowania pewnych aspektów. Ponadto wiele elementów wyraźnie wskazuje na zamknięty charakter katalogu podstaw wykluczenia przedsiębiorcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, wymienionych w art. 24 rzeczony dyrektywy. Za takim wnioskiem przemawiają już same cele tego aktu prawnego. Ponieważ dyrektywa 93/37 dąży do rozwoju konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane poprzez promowanie możliwie najszerszego udziału w procedurach udzielania zamówień²², dodanie nowych podstaw wykluczenia oferentów niewątpliwie ogranicza dostęp kandydatów do takich zamówień i w związku z tym ogranicza konkurencję. Co więcej, wydaje mi się, że takie rozwiązanie zostało przyjęte w orzecznictwie. W tym kierunku zmierzał już nałożony na państwa członkowskie zakaz wymagania od oferenta potwierdzenia zdolności technicznej, ekonomicznej i finansowej oraz uczciwości za pomocą innych dokumentów niż te, które zostały wymienione w art. 23–26 poprzednio obowiązującej dyrektywy 71/305 w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane; inaczej mówiąc, kontrola pod kątem zaistnienia jednej z przyczyn wykluczenia wymienionych w art. 24 wskazanej dyrektywy, mających związek z kandydatem do udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane, mogła odbywać się wyłącznie na podstawie dowodów, które zostały określone

w sposób wyczerpujący²³. Co więcej, orzeczono już, że art. 17–25 poprzednio obowiązującej dyrektywy 77/62 w sprawie zamówień publicznych na dostawy wymieniały „w sposób wyczerpujący i bezwzględnie obowiązujący” jakościowe kryteria wyboru, w tym — w art. 20 — kryteria związane z uczciwością zawodową kandydata oraz kryteria udzielania zamówienia, a w konsekwencji wykluczały możliwość ograniczenia udziału w zamówieniu na dostawy wyłącznie do przedsiębiorstw, w których udział w kapitale zakładowym miał w dominującym stopniu charakter publiczny²⁴. Wreszcie i przede wszystkim dokonując wykładni art. 29 dyrektywy nr 92/50 w sprawie zamówień publicznych na dostawy, który pokrywa się z treścią art. 24 dyrektywy 93/37, Trybunał orzekł, że przepis ten, który przewiduje siedem podstaw wykluczenia kandydatów z udziału w zamówieniu odnoszących się do ich uczciwości zawodowej, wypłacalności i wiarygodności, „sam określa wyłączne granice uprawnień państw członkowskich w tym znaczeniu, że nie mogą one ustanawiać innych przypadków wykluczenia niż przypadki tam wskazane”²⁵.

22. Rząd grecki przeciwstawia temu orzecznictwu rozstrzygnięcie przyjęte przez Trybunał w sprawie Fabricom²⁶. Spór dotyczył zgodności dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z uregulowaniami krajowymi, które wprowadzały zakaz składania ofert w ramach postępowania o udzielenie zamówienia

22 — Jak bowiem wynika z preambuły oraz drugiego i dziesiątego motywu dyrektywy, dyrektywa ta dąży do zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w stosunku do zamówień publicznych na roboty budowlane w celu otwarcia tych rynków na rzeczywistą konkurencję między przedsiębiorcami z państw członkowskich (tytułem przypomnienia orzecznictwa zob. na przykład ww. wyrok w sprawach połączonych Lombardini i Mantovani; oraz wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. s. I-11617, pkt 89).

23 — Zobacz wyroki z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 *Transporoute et travaux*, Rec. s. 417 i z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 *Komisja przeciwko Francji*, Rec. s. I-7445, pkt 88.

24 — Wyrok z dnia 26 kwietnia 1994 r. w sprawie C-272/91 *Komisja przeciwko Włochom*, Rec. s. I-1409, pkt 35.

25 — Wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 *La Cascina i in.*, Zb.Orz. s. I-1347, pkt 22.

26 — Wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb.Orz. s. I-1559.

wienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi osobom, na których spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z tym zamówieniem publicznym. Pominąwszy analizę zakazu łączenia udziału na etapie przygotowawczym zamówienia publicznego ze złożeniem oferty w tym zamówieniu w świetle przepisów wspomnianych dyrektyw wymieniających sytuacje powodujące wykluczenie z udziału w postępowaniach przetargowych, w szczególności w kontekście art. 24 dyrektywy 93/37, Trybunał ograniczył się do sprawdzenia, czy sporny środek przedmiotowy do zapewnienia równego traktowania oferentów oraz czy różnica w traktowaniu nie wykroczyła poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu.

23. Takie rozstrzygnięcie nie przystaje do innych rozstrzygnięć, potwierdzających zamknięty charakter katalogu podstaw wykluczenia wymienionych w odpowiednich przepisach dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Sprzecznosc jest jednak tylko pozorna. Niewątpliwie dyrektywy wspólnotowe co do zasady mają na celu uregulowanie w sposób wyczerpujący podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Taki właśnie jest cel art. 24 dyrektywy 93/37. Jednakże poszanowanie innych reguł i zasad zapisanych w wymienionej dyrektywie lub z niej wynikających może również wymagać ustalenia sytuacji powodujących wykluczenie. Dotyczy to w szczególności zasady równego traktowania kandydatów do udziału w zamówieniu publicznym. Zasada ta — która wiąże się w konieczny sposób z obowiązkiem zachowania

przejrzystości²⁷ — wynikająca z podstawowych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług²⁸, a także stanowiąca podstawę wszystkich uregulowań wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych²⁹, może uzasadniać wykluczenie konkurentów z udziału w zamówieniu w zakresie, w jakim konkurencja między wykonawcami, promowana przez dyrektywę w sprawie zamówień publicznych i zakładająca możliwie jak najszerszy udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia, jest efektywną konkurencją wyłącznie wtedy, gdy występuje z poszanowaniem zasady równego traktowania kandydatów³⁰. Tytułem przykładu, wydaje mi się, że trudno uznać, iż prawo wspólnotowe jest sprzeczne z zasadą ustanawiania przez państwo członkowskie zakazu łączenia niektórych funkcji publicznych z udziałem w zamówieniu publicznym w charakterze kandydata. Należy zatem stwierdzić, że państwa członkowskie mogą przewidzieć inne sytuacje powodujące wykluczenie niż te, które zostały wyszczególnione w art. 24 dyrektywy 93/37, jeżeli okaże się to konieczne do zapobieżenia ewentualnym konfliktom interesów, a zatem do zapewnienia przejrzystości i równego traktowania. Takie jest zresztą znaczenie treści art. 6 ust. 6 dyrektywy 93/37, zgodnie z którym „[i]nstytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani będą w niedyskryminujący sposób”. Takie wnioski potwierdza również sprawa *Fabricom*³¹. Zakaz łączenia udziału na etapie

27 — Zobacz w szczególności wyroki z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. s. I-10745, pkt 61 i z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 *HI*, Rec. s. I-5553, pkt 45; ww. wyrok w sprawie *Universale Bau*, pkt 91.

28 — Jak przy okazji przypomina Trybunał: zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Beentjes*, pkt 20; ww. wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Francji*, pkt 50.

29 — Zobacz ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 91; ww. wyrok w sprawie *HI*, pkt 45 i wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 *GAT*, Rec. s. I-6351, pkt 73.

30 — Jak miałem już okazję podkreślić (zob. moją opinię w sprawach połączonych *La Cascina i in.*, wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04, *Zb.Orz.* s. I-1347, pkt 26); zob. również opinię rzecznika generalnego P. Légera w ww. sprawie *Fabricom*, pkt 22 i 36.

31 — W której, przypominam, chodziło w szczególności o wykładnię art. 6 ust. 6 dyrektywy 93/37.

przygotowawczym zamówienia publicznego z udziałem w tym zamówieniu w charakterze kandydata, który został przewidziany w ustawodawstwie krajowym, miał na celu uniknięcie sytuacji, w której osoba uczestnicząca w niektórych pracach przygotowawczych mogłaby wpłynąć na warunki zamówienia w taki sposób, który ułatwiłby później złożenie przez nią oferty, lub mogłaby znaleźć się w uprzywilejowanej sytuacji przy składaniu oferty z powodu informacji w przedmiocie danego zamówienia publicznego pozyskanych przez nią w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych³².

24. Na pierwsze pytanie prejudycjalne należy zatem odpowiedzieć, że wykaz podstaw wykluczenia przedsiębiorców znajdujący się w art. 24 dyrektywy 93/37 nie jest wyczerpujący.

B — Warunki wprowadzania dodatkowych podstaw wykluczenia

25. Dyrektywa 93/37 nie zakazuje zatem państwu członkowskim ustanawiania dodatkowych podstaw wykluczenia z udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane, nieujętych w wykazie znajdującym się w jej art. 24, o ile ich celem jest zapewnienie przejrzystości i równego traktowania.

26. W taki właśnie sposób rząd grecki uzasadnił zakaz łączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze robót publicznych, o którym mowa w art. 14 ust. 9 konstytucji greckiej. Rząd grecki utrzymuje, że celem wspomnianego zakazu łączenia funkcji jest zagwarantowanie przejrzystości i równego traktowania podczas udzielania zamówień publicznych poprzez wykluczenie możliwości wykorzystania przez przedsiębiorstwo składające ofertę w przetargu posiadanej przez nie władzy w środkach masowego przekazu w celu wywarcia wpływu na swoją korzyść przy podejmowaniu ostatecznej decyzji w sprawie udzielenia zamówienia. Wykluczenie przedsiębiorców prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu i przedsiębiorców powiązanych z przedsiębiorstwem prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego przekazu wynika zatem z faktu, że — zważywszy na presję, którą mogą wywierać na instytucję zamawiającą dzięki posiadanej w mediach władzy — mają większe szanse na uzyskanie zamówienia niż konkurenci, a w związku z tym, jeżeli chodzi o procedurę udzielania zamówienia i w świetle celu prawa wspólnotowego, jakim jest otwarcie na konkurencję, niekoniecznie znajdują się w takiej samej sytuacji co ich konkurenci.

27. Niewątpliwie rząd grecki twierdzi także, że zakaz łączenia funkcji przewidziany w konstytucji krajowej ma również na celu obronę pluralizmu prasy i innych środków masowego przekazu. Chodzi o to, aby uniknąć sytuacji, w której instytucja zamawiająca może wywierać presję na przedsiębiorstwo prowadzące działalność w dziedzinie środków masowego przekazu występujące jako kandydat ubiegający się o udzielenie zamówienia na roboty budowlane i zapewnić sobie w ten sposób swego rodzaju przychyłność w prezentacji jej polityki, albo też, jak

32 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Fabricom, pkt 29 i 30.

podkreślał rząd grecki, zapobiec sytuacji, w której przedsiębiorstwo prowadzące działalność w dziedzinie środków masowego przekazu występujące jako kandydat ubiegający się o zamówienie na roboty budowlane stara się — poprzez zobowiązanie do przychylnego prezentowania polityki instytucji zamawiających lub stosowanie takich zabiegów kosztem niezależności i różnorodności prasy — wpłynąć na końcową decyzję o udzieleniu zamówienia. Prawdę mówiąc, w szczególnym kontekście udzielania zamówień publicznych cel obrony pluralizmu w prasie ma jednak wyłącznie charakter pomocniczy, który nie jest faktycznie niezależny od celu zagwarantowania przejrzystości i równego traktowania. Tylko wtedy gdy — i tylko w takim zakresie, w jakim instytucja zamawiająca nie respektowałaby obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących kryteriów w procesie wyboru kandydatów, mogłaby wykorzystać swoje uprawnienia do udzielenia zamówienia, żeby albo wpłynąć na politykę redakcyjną przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu występującego jako kandydat w procedurze udzielania zamówienia na roboty budowlane, albo „odwdzięczyć się” za politykę redakcyjną tego przedsiębiorstwa.

28. Innymi słowy podstawy wykluczenia przewidziane w prawie greckim mają zapobiegać konfliktom interesów między instytucjami zamawiającymi a przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, które mogłyby zachęcać do praktykowania aktywnej lub pasywnej korupcji wypaczającej proces wyboru wykonawców zamówień na roboty budowlane. Wydaje się zatem, że przepisy takie jak uregulowania będące przedmiotem sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym przyczyniają się do przestrzegania równego traktowania, które jest niezbędne do osiągnięcia celu wspólnotowych przepisów

w dziedzinie zamówień publicznych, polegającego na rozwoju efektywnej konkurencji. Wydaje się również, że odpowiadają one potrzebie w tej dziedzinie, która nie została uregulowana przepisami dyrektywy 93/37. Świadczy o tym fakt, że w dyrektywie 2004/18, która zastąpiła dyrektywę 93/37, zostały dodane nowe podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dopuszczenie się korupcji³³, które częściowo pokrywają się z sytuacjami, o których mowa w konstytucji greckiej.

29. Jeden z interwenientów w postępowaniu przed sądem krajowym w uwagach przedstawionych na rozprawie nie zgodził się, że taki cel można przypisać ogólnemu zakazowi łączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze robót publicznych ustanowionemu w konstytucji greckiej. W jego opinii nie można z góry zakładać, że prowadzenie działalności gospodarczej jako takie może zagrażać przejrzystości i równemu traktowaniu w ramach procedur udzielania zamówień publicznych. Jeżeli należałoby uznać zasadność stanowiska władz greckich, zgodnie z którym prowadzenie działalności w dziedzinie środków masowego przekazu może mieć wpływ na decyzję o udzieleniu zamówienia, podobny zarzut można by wysunąć wobec wielu innych rodzajów działalności gospodarczej. W szczególności bank, który ponadto byłby akcjonariuszem przedsiębiorstwa robót publicznych, mógłby również wywierać presję na instytucję zamawiającą i wpływać na jej decyzję o udzieleniu zamówienia, wykorzystując swoją działalność w dziedzinie subskrypcji pożyczek publicznych.

33 — Zobacz art. 45 lit. b) 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. L 134, s. 114.

30. Każdemu państwu członkowskiemu należy jednak przyznać, pod kontrolą Trybunału, pewną swobodę uznania w definiowaniu sytuacji powodujących wykluczenie, które mają służyć zapewnieniu przejrzystości i równego traktowania kandydatów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Poszczególne państwo członkowskie może lepiej ocenić, jakie rodzaje konfliktu interesów w danym kontekście krajowym mogą pojawiać się najczęściej i najbardziej zagrażać zasadom przejrzystości i równego traktowania, które muszą być przestrzegane przy udzielaniu zamówień publicznych. Władze greckie, w wyniku przeprowadzonej oceny, nabrały obaw, że we właściwym dla Grecji kontekście istnieją konflikty interesów, które mogłyby prowadzić do rozwoju czynnej i biernej korupcji ze strony instytucji zamawiających, jeżeli z postępowań przetargowych nie zostaną wykluczone przedsiębiorstwa prowadzące działalność w dziedzinie robót budowlanych powiązane z przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu. Stąd zakaz łączenia funkcji przewidziany w art. 14 ust. 9 konstytucji greckiej. W swojej szczególnej analizie tego, czego w ich opinii wymaga w Grecji poszanowanie wspólnotowych zasad przejrzystości i równego traktowania przy udzielaniu zamówień publicznych, greckie władze publiczne kładą w pewnym sensie nacisk na ocenę wynikającą z konstytucji krajowej. Z uzasadnienia postanowienia odsyłającego wynika zatem, że przedmiotem debaty stała się kwestia, czy wspomniana okoliczność mogła wpłynąć na ocenę zgodności spornej podstawy wykluczenia z prawem wspólnotowym.

31. Niewątpliwie zachowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich

stanowi obowiązek Unii Europejskiej. Obowiązek ten spoczywa na Unii od początku. Wynika on z istoty projektu europejskiego zainicjowanego na początku lat pięćdziesiątych, który polega na pogłębianiu integracji przy zachowaniu politycznej egzystencji państw. Dowodem tego jest fakt, że został on wyraźnie wyrażony po raz pierwszy przy okazji rewizji traktatów, kiedy przewidywane postępy integracji sprawiły, że — w oczach założycieli — konieczne stało się jego przypomnienie. Dlatego też art. F ust. 1 traktatu z Maastricht, obecnie art. 6 ust. 3 traktatu o Unii stanowi: „Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich”. Wskazana tożsamość narodowa obejmuje bezsprzecznie tożsamość konstytucyjną państwa członkowskiego. Fakt ten znajduje potwierdzenie, w razie potrzeby, w próbie wyszczególnienia elementów tożsamości narodowej w art. I-5 konstytucji dla Europy i w art. 4 ust. 2 traktatu o Unii w brzmieniu wynikającym z traktatu lizbońskiego. Z identycznej treści obydwu tekstów wynika, że Unia respektuje „tożsamość narodową [państw członkowskich], nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi”.

32. Z tego obowiązku poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich, również w wymiarze konstytucyjnym, nałożonego na Unię Europejską w aktach założycielskich w orzecznictwie wyciągnięte zostały pewne wnioski. Z jego uważnej analizy wynika, że państwo członkowskie, w niektórych przypadkach i bezsprzecznie pod kontrolą Trybunału, może domagać się

ochrony swojej tożsamości narodowej, aby uzasadnić odstępstwo od stosowania podstawowych swobód przepływu. Po pierwsze, może wyraźnie powołać się na nią jako zgodny z prawem i autonomiczny powód odstępstwa. Trybunał uznał bowiem wyraźnie, że ochrona tożsamości narodowej „stanowi uprawniony cel respektowany we wspólnotowym porządku prawnym”³⁴, nawet jeżeli orzekł, że we wspomnianej sprawie ograniczenie jest nieproporcjonalne, gdyż przywołany interes mógł być chroniony za pomocą innych środków. Ochrona krajowej tożsamości konstytucyjnej może również dawać państwu członkowskiemu możliwość, w określonych granicach, ustalania własnego rozumienia słusznego interesu, który może uzasadniać ograniczenie którejs z podstawowych swobód przepływu. Dlatego też Trybunał odpowiedział państwu członkowskiemu, które powoływało się na konieczną ochronę zasady zachowania godności człowieka gwarantowanej konstytucją krajową w celu uzasadnienia ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług, że godność ludzka jest chroniona we wspólnotowym porządku prawnym jako ogólna zasada prawna. Niemniej jednak Trybunał uznał, że państwo członkowskie ma dużą swobodę w określaniu treści i zakresu prawa do zachowania godności ludzkiej zgodnie z własną koncepcją ochrony należnej takiemu prawu podstawowemu przyjętą na swoim terytorium, przy uwzględnieniu specyfiki krajowej³⁵. W konsekwencji fakt, że pozostałe państwa członkowskie nie podzielają koncepcji prawa podstawowego przyjętej przez dane państwo członkowskie, nie oznacza, że państwo to nie może się na nią powoływać, aby uzasadnić ograniczenie w swobodnym świadczeniu usług.

33. Jeżeli wymagane zachowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich może zatem stanowić słuszny interes, mogący co do zasady uzasadniać ograniczenie obowiązków nałożonych prawem wspólnotowym, państwo członkowskie może tym bardziej powoływać się na niego, aby uzasadnić swoją ocenę środków konstytucyjnych, które powinny uzupełniać prawodawstwo wspólnotowe w celu zagwarantowania poszanowania na jego terytorium zasad i reguł w nim zawartych lub leżących u jego podstaw. Należy jednak sprecyzować, że zachowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich nie może być rozumiane jako bezwzględne poszanowanie wszystkich krajowych zasad konstytucyjnych. Gdyby tak było, konstytucje krajowe mogłyby stać się instrumentem umożliwiającym państwom członkowskim uwolnienie się od prawa wspólnotowego w określonych dziedzinach³⁶. Co więcej, wynikiem takiego podejścia mogłaby być dyskryminacja między państwami członkowskimi w zależności od treści, jaką każde z nich nadałoby swojej konstytucji krajowej. Tak samo jak prawo wspólnotowe uwzględnia tożsamość konstytucyjną państw członkowskich, krajowe prawo konstytucyjne musi dostosować się do wymogów wspólnotowego porządku prawnego. W niniejszej sprawie krajowe zasady konstytucyjne mogą zostać uwzględnione w zakresie, w jakim mieszczą się w zakresie swobodnego uznania, jakim dysponują państwa członkowskie, aby zapewnić zachowanie zasady równego traktowania narzuconej dyrektywą. Korzystanie z tego swobodnego uznania musi jednak pozostać w granicach wyznaczonych wspomnianą zasadą i samą dyrektywą. Zatem krajowa zasada konstytucyjna jest istotna — w niniejszej sprawie — dla określenia kontekstu krajowego, w którym zasada

34 — W sprawie, w której państwo członkowskie powoływało się na ochronę tożsamości narodowej, aby uzasadnić wykluczenie obywateli pozostałych państw członkowskich z dostępu do zatrudnienia w szkolnictwie publicznym (zob. wyrok z dnia 2 lipca 1996 r. w sprawie C-473/93 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Rec. s. I-3207, pkt 35).

35 — Zobacz wyrok z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 Omega, Zb.Orz. s. I-9609.

36 — Należy przypomnieć, że z orzecznictwa Trybunału zasadniczo wynika, iż państwo członkowskie nie może powoływać się na swoje konstytucyjne prawo do wyrażenia sprzeciwu wobec skutków normy wspólnotowej na jego terytorium (wyrok z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 11/70 Internationale Handelsgesellschaft, Rec. s. 1125).

równego traktowania kandydatów ubiegających się o zamówienie publiczne musi być stosowana, dla ustalenia w tymże kontekście, jakie jest ryzyko konfliktu interesów, a wreszcie dla dokonania oceny, jaką wagę należy przykładać do zapobiegania takim konfliktom w krajowym porządku prawnym, a zatem na jakim poziomie normatywnym powinna ona zostać wykorzystana.

34. Prawo wspólnotowe nie zakazuje zasadniczo państwu członkowskiemu wykluczenia przedsiębiorców prowadzących działalność w dziedzinie robót publicznych powiązanych z przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w celu zagwarantowania wspólnotowych zasad przejrzystości i równego traktowania ofertów. Niemniej jednak zakaz łączenia funkcji w sektorze robót publicznych i sektorze środków masowego przekazu musi być zgodny z zasadą proporcjonalności. Musi on być zatem konieczny i proporcjonalny do celu, jakim jest zagwarantowanie równego traktowania i w konsekwencji rozwój efektywnej konkurencji. Jeżeli natomiast podstawa wykluczenia dodana na mocy prawa krajowego zostanie zdefiniowana jako zasada obejmująca zbyt wielu potencjalnych wykonawców w stosunku do tego, co jest konieczne do zagwarantowania równego traktowania ofertów, w rzeczywistości uniemożliwia ona rozwój efektywnej konkurencji, chociaż w założeniu ma jej sprzyjać. Również w tym przypadku należy zapewnić państwu członkowskiemu pewien margines swobodnego uznania w celu określenia zakresu zakazu łączenia funkcji, który wydaje mu się zgodny z wymogami zasady proporcjonalności w danym kontekście krajowym. Nie można

zatem odmówić zastosowanemu rozwiązaniu niezbędnemu i proporcjonalnemu charakteru tylko z tego powodu, że nie zostało ono przyjęte przez pozostałe państwa członkowskie³⁷.

35. Należy pamiętać, że wspomniana swoboda uznania nie jest nieograniczona. Korzystanie z niej podlega kontroli sądu. Nawet jeżeli zasadniczo to nie Trybunał na podstawie art. 234 WE, lecz sąd krajowy rozstrzygający spór w postępowaniu przed tym sądem przeprowadza taką kontrolę, wydaje się, że w każdym razie zakres zakazu ustanowionego na mocy art. 14 ust. 9 konstytucji greckiej jest niezgodny z zasadą proporcjonalności. Jest tak w szczególności dlatego, że zakaz obejmuje wszystkich przedsiębiorców prowadzących działalność w dziedzinie robót publicznych powiązanych z przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, bez względu na zasięg takich mass mediów. Tego rodzaju zakaz wykracza w istocie poza środek niezbędny do zachowania zasady równego traktowania, a zatem ochrony efektywnej konkurencji, ponieważ trudno byłoby utrzymywać, że przedsiębiorca prowadzący działalność w dziedzinie środków masowego przekazu o zasięgu regionalnym posiada władzę w mediach, która umożliwia mu wywieranie presji na instytucję zamawiającą znajdującą się w innym regionie, lub odwrotnie, że instytucja zamawiająca byłaby skłonna wywoływać presję na takiego przedsiębiorcę. Dzieje się tak również dlatego, że zakaz dotyczy wszystkich przedsiębiorców prowadzących działalność w dziedzinie robót publicznych związanych więzami rodzinnymi

37 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Omega, pkt 37 i 38.

z przedsiębiorcą prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego przekazu. Wydaje się mało prawdopodobne, aby instytucja zamawiająca mogła wywierać presję na przedsiębiorcę prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu związanego dalekimi więzami rodzinnymi z przedsiębiorcą prowadzącym działalność w dziedzinie robót publicznych lub odwrotnie, że taki przedsiębiorca prowadzący działalność w dziedzinie środków masowego przekazu mógłby wywierać presję na instytucję zamawiającą.

konieczne do rozwoju efektywnej konkurencji, oraz jeżeli jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Narusza zasadę proporcjonalności przepis, który przewiduje ogólny zakaz łączenia statusu właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry kierowniczej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu ze statusem właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry kierowniczej przedsiębiorstwa, któremu zostało powierzone wykonanie robót, dostaw lub świadczenie usług na rzecz państwa lub osoby prawnej z szeroko rozumianego sektora publicznego.

36. Na drugie pytanie prejudycjalne należy zatem odpowiedzieć, że dodanie podstawy wykluczenia do wykazu znajdującego się w art. 24 dyrektywy 93/37 na mocy prawa krajowego jest zgodne z prawem wspólnotowym, jeżeli ma na celu zagwarantowanie przejrzystości i równego traktowania, które są

37. Mając na uwadze odpowiedź udzieloną na pytanie drugie, należy stwierdzić, że udzielanie odpowiedzi na trzecie pytanie prejudycjalne nie jest konieczne.

V — Wnioski

38. W świetle powyższych uwag proponuję, aby Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania prejudycjalne skierowane przez Symvoulio tis Epikrateias (grecką radę stanu):

- Wykaz podstaw wykluczenia przedsiębiorców prowadzących działalność w dziedzinie robót publicznych, który znajduje się w art. 24 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, nie jest wyczerpujący.

- Dodanie podstawy wykluczenia do wykazu znajdującego się w art. 24 dyrektywy 93/37 na mocy prawa krajowego jest zgodne z prawem wspólnotowym, jeżeli ma na celu zagwarantowanie przejrzystości i równego traktowania, które są konieczne do rozwoju efektywnej konkurencji, oraz jeżeli jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Narusza zasadę proporcjonalności przepis, który przewiduje ogólny zakaz łączenia statusu właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry kierowniczej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu ze statusem właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry kierowniczej przedsiębiorstwa, któremu zostało powierzone wykonanie robót, dostaw lub świadczenie usług na rzecz państwa lub osoby prawnej z szeroko rozumianego sektora publicznego.