



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (dziesiąta izba)

z dnia 22 października 2015 r.*

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym — Wartość zamówienia poniżej progu wymaganego dla zastosowania tej dyrektywy — Podstawowe zasady traktatu FUE — Oświadczenie o przyjęciu porozumienia o zgodności z prawem dotyczącego zwalczania działalności przestępczej — Wykluczenie z powodu braku złożenia takiego oświadczenia — Dopuszczalność — Proporcjonalność

W sprawie C-425/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Włochy) postanowieniem z dnia 9 lipca 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 17 września 2014 r., w postępowaniu:

Impresa Edilux Srl, jako pełnomocnik tymczasowego związku przedsiębiorstw (konsorcjum),

Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)

przeciwko

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani,

Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana,

UREGA – Sezione provinciale di Trapani,

Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana,

przy udziale:

Icogen Srl,

TRYBUNAŁ (dziesiąta izba),

w składzie: D. Šváby, prezes ósmej izby, pełniący obowiązki prezesa dziesiątej izby, E. Juhász i C. Vajda (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: P. Cruz Villalón,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

* Język postępowania: włoski.

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Impresa Edilux Srl, działającej jako pełnomocnik tymczasowego związku przedsiębiorstw (konsorcjum), oraz Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) przez F. Lattanziego oraz S. Iacuzza, avvocati,
- w imieniu Icogen Srl przez C. Giurdanelłę, avvocato,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varonego, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez D. Recchię oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 45 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), zmienionej rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. (Dz.U. L 319, s. 43) (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach postępowania pomiędzy Impresa Edilux Srl (zwaną dalej „Edilux”), działającą w charakterze pełnomocnika tymczasowego związku przedsiębiorstw (konsorcjum) składającego się z niej samej i Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), a także pomiędzy ostatnią z wymienionych spółek a Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani (urzędem ds. dziedzictwa kulturowego i tożsamości sycylijskiej – delegaturą na prowincję Trapani), Assessorato ai Beni Culturali e dell’Identità Siciliana (urzędem ds. dziedzictwa kulturowego i tożsamości sycylijskiej), UREGA – Sezione provinciale di Trapani (UREGA, sekcją dla prowincji Trapani) oraz Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (urzędem ds. infrastruktury i mobilności Regione Siciliana) (zwanymi dalej łącznie „instytucją zamawiającą w postępowaniu głównym”), w przedmiocie wykluczenia przez tę instytucję spółek Edilux i SICEF z uczestnictwa w postępowaniu przetargowym z powodu braku złożenia przez nie wraz z ofertą oświadczenia o przyjęciu warunków znajdujących się w porozumieniu o zgodności z prawem.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 stanowi:
„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.
- 4 Na podstawie art. 7 lit. c) tej dyrektywy ma ona zastosowanie do zamówień na roboty budowlane, których szacunkowa wartość wynosi co najmniej 5 000 000 EUR.

- 5 Artykuł 45 tej dyrektywy, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”, stanowi w ust. 1 i 2:

„1. Z udziału w zamówieniu wykluczany jest każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów i który znany jest instytucji zamawiającej [o czym wie instytucja zamawiająca]:

- a) udział w organizacji przestępczej [...];
- b) korupcja [...];
- c) oszustwo [...];
- d) udział w praniu pieniędzy [...].

Państwa członkowskie określają, zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

Mogą one przewidzieć możliwość odstąpienia od przestrzegania wymogu, o którym mowa w akapicie pierwszym, z uwagi na interes ogólny.

[...]

2. Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

- a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego [jego] 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;
- 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;
- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;
- e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”.

Prawo włoskie

- 6 Artykuł 46 ust. 1a 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 (dekretu ustawodawczego nr 163 – kodeksu zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektywy 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.), stanowi:

„Instytucja zamawiająca wyklucza kandydatów lub konkurentów w przypadku niespełnienia wymagań przewidzianych w niniejszym kodeksie, regulaminie oraz innych przepisach obowiązującego prawa, jak również w przypadkach zasadniczej niepewności co do treści lub pochodzenia oferty z powodu braku podpisów lub innych istotnych elementów, ponadto w przypadku braku integralności koperty zawierającej ofertę lub wniosek o udział lub innych nieprawidłowości odnoszących się do zamknięcia kopert, pozwalających na przyjęcie, że doszło do naruszenia zasady tajemnicy ofert; ogłoszenia o przetargu i zaproszenia do składania ofert nie mogą zawierać dodatkowych wymagań pod rygorem wykluczenia. Takie wymagania są w każdym wypadku uważane za nieważne”.

- 7 Zgodnie z art. 1 ust. 17 legge n° 190, disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione (ustawy nr 190 w sprawie przepisów dotyczących przeciwdziałania i zwalczania korupcji oraz bezprawności w administracji publicznej) z dnia 6 listopada 2012 r. (GURI nr 265, z dnia 13 listopada 2012 r., zwanej dalej „ustawą nr 190/2012”):

„Instytucje zamawiające są uprawnione do przewidzenia w ogłoszeniach o przetargu lub zaproszeniach do składania ofert, że nieprzestrzeganie warunków zawartych w porozumieniach o zgodności z prawem lub w paktach o uczciwości stanowi podstawę wykluczenia z przetargu”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 8 Edilux i SICEF są, odpowiednio, spółką będącą liderem i pełnomocnikiem oraz mocodawcą tymczasowego związku przedsiębiorstw (konsorcjum). W dniu 20 maja 2013 r. instytucja zamawiająca w postępowaniu głównym udzieliła im zamówienia na roboty budowlane o szacowanej wartości 2 271 735 EUR, dotyczącego restauracji świątyń greckich na Sycylii.
- 9 W wyniku zażalenia wniesionego przez Icogen Srl, spółkę zaklasyfikowaną na drugim miejscu w wyniku postępowania przetargowego, w dniu 18 czerwca 2013 r. instytucja zamawiająca w postępowaniu głównym uchyliła decyzję dotyczącą udzielenia spornego zamówienia spółkom Edilux i SICEF i przyznała ostatecznie to zamówienie Icogen Srl.
- 10 Instytucja zamawiająca w postępowaniu głównym uzasadniła wspomniane uchylene, a tym samym wykluczenie Edilux i SICEF z postępowania przetargowego, brakiem złożenia z ich ofertą oświadczenia o przyjęciu warunków znajdujących się w porozumieniu o zgodności z prawem, które należało sporządzić zgodnie z wzorem ustanowionym w załączniku 6 do specyfikacji wspomnianego zamówienia. W rubryce „Uwaga” tej specyfikacji zamówienia postanowiono, że oświadczenie to stanowi istotny dokument, który należy złożyć pod sankcją wykluczenia.
- 11 Wspomniane oświadczenie, którego kopia znajduje się w aktach przedstawionych Trybunałowi, stanowi, co następuje:

„[Uczestnik przetargu] wyraźnie zobowiązuje się w przypadku udzielenia mu zamówienia:

- a. do informowania [...] instytucji zamawiającej [...] o stanie zaawansowania robót, o przedmiocie, wartości i podmiotach korzystających z umów o podwykonawstwo i innych [...], a także o sposobie wyboru kontrahentów [...];

- b. do powiadomienia instytucji zamawiającej o każdej zauważonej próbie zaburzenia, nieprawidłowości lub zakłócenia w trakcie postępowania przetargowego lub w wykonaniu umowy przez któregokolwiek z zainteresowanych, pracownika lub jakąkolwiek osobę, która byłaby w stanie wywrzeć wpływ na decyzje dotyczące udzielenia danego zamówienia;
- c. do współpracy z siłami policji poprzez donoszenie o każdej próbie wymuszenia, zastraszenia lub wywarcia wpływu o charakterze przestępczym [...];
- d. do włączenia podobnych warunków do umów z podwykonawcami [...] i jest świadomy, że w przeciwnym przypadku ewentualne zezwolenia nie zostaną udzielone;

Wyraźnie i uroczyście oświadczają

- e. że nie pozostaje pod kontrolą lub w związku (prawnym lub faktycznym) z pozostałymi konkurentami oraz że nie zawarł ani nie zawrze porozumienia z pozostałymi uczestnikami postępowania przetargowego;
 - f. że nie będzie podzlecał żadnego rodzaju zadań pozostałym spółkom uczestniczącym w przetargu [...] i że jest świadomy, że w przeciwnym przypadku nie otrzyma zgody na umowy podwykonawstwa;
 - g. że oferta jest zgodna z zasadami rzetelności, uczciwości, niezależności i poufności oraz że zobowiązuje się on do przestrzegania zasad lojalności, przejrzystości i uczciwości; a także że nie zawarł i nie zawrze z innymi uczestnikami postępowania przetargowego żadnego porozumienia zmierzającego do ograniczenia lub unikania konkurencji;
 - h. że w przypadku udzielenia zamówienia zobowiązuje się on do poinformowania instytucji zamawiającej o każdej zauważonej próbie zaburzenia, nieprawidłowości lub zakłócenia w trakcie postępowania przetargowego lub w wykonaniu umowy przez któregokolwiek z zainteresowanych, pracownika lub jakąkolwiek osobę, która byłaby w stanie wywrzeć wpływ na decyzje dotyczące udzielenia danego zamówienia;
 - i. że zobowiązuje się do współpracy z siłami policji poprzez donoszenie o każdej próbie wymuszenia, zastraszenia lub wywarcia wpływu o charakterze przestępczym [...];
 - j. że zobowiązuje się do włączenia podobnych warunków do umów z podwykonawcami [...] i jest świadomy, że w przeciwnym przypadku ewentualne zezwolenia nie zostaną udzielone;
 - k. [...] że ma świadomość tego, że powyższe oświadczenia i zobowiązania stanowią warunki wymagane dla udziału w przetargu, z tym skutkiem, że jeżeli instytucja zamawiająca ustali w trakcie postępowania przetargowego na podstawie poważnych, dokładnych i spójnych przesłanek istnienie faktycznego powiązania, przedsiębiorstwo zostanie wykluczone z postępowania”.
- 12 Ponieważ Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (regionalny sąd administracyjny dla Sycylii) oddalił skargę wniesioną przez Edilux i SICEF od spornej w postępowaniu głównym decyzji instytucji zamawiającej z dnia 18 czerwca 2013 r., spółki te wniosły odwołanie do Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (rady ds. sądownictwa administracyjnego dla regionu sycylijskiego).
- 13 Sąd odsyłający wyjaśnia, że wprowadzenie porozumień o zgodności z prawem do włoskiego porządku prawnego ma na celu zapobieganie szkodliwemu fenomenowi infiltracji i zwalczanie go, w szczególności w sektorze zamówień publicznych zorganizowanej przestępczości, która jest mocno

zakorzeniona w niektórych regionach południowych Włoch. Protokoły te są również istotne dla ochrony podstawowych zasad konkurencji i przejrzystości leżących u podstaw uregulowań włoskiego i Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych.

- 14 Zgodnie z tym orzecznictwem art. 1 ust. 17 ustawy nr 190/2012 oznacza, że instytucje zamawiające mogą wymagać, pod sankcją wykluczenia, aby przyjęcie takich porozumień, konieczne dla obowiązywania warunków tych porozumień, nastąpiło wcześniej. W rzeczywistości bowiem gdyby brak przestrzegania tych warunków podlegał sankcjom jedynie na etapie wykonania zamówienia, zmierzony i zadeklarowany skutek maksymalnej antycypacji poziomu ochrony i odstraszania zostałby zmniejszony do zera. Ponadto taka przyczyna wykluczenia jest zgodna z art. 46 ust. 1a dekretu ustawodawczego nr 163, który przewiduje wykluczenie z postępowania przetargowego na podstawie obowiązujących przepisów prawnych, w tym na podstawie wspomnianego przepisu ustawy nr 190/2012.
- 15 Niemniej jednak sąd odsyłający ma wątpliwości co do zgodności takiej podstawy wykluczenia z prawem Unii. W tym zakresie sąd odsyłający zauważa, że art. 45 dyrektywy 2004/18, który przewiduje w ust. 1 akapit pierwszy i w ust. 2 akapit pierwszy wyczerpującą listę podstaw wykluczenia, nie zawiera podobnego przepisu. Sąd odsyłający jest jednak zdania, że art. 1 ust. 17 ustawy nr 190/2012 może być zgodny z art. 45 ust. 1 akapit trzeci tej dyrektywy, który jego zdaniem przewiduje wyjątek od wyczerpującego charakteru podstaw wykluczenia dla nadrzędnych względów interesu ogólnego, takich jak te związane z porządkiem publicznym i zapobieganiem przestępczości.
- 16 Sąd odsyłający dodaje, że pomimo iż wartość spornego zamówienia publicznego na roboty budowlane sytuuje się poniżej właściwego progu zastosowania dyrektywy 2004/18, niemniej jednak zastosowanie znajdują zasady prawa Unii. W tym zakresie twierdzi on, że zamówienie to ma określone transgraniczne znaczenie, ponieważ postanowienia szczególnego uregulowania postępowania odnośnie do wspomnianego zamówienia dotyczą uczestnictwa przedsiębiorstw innych niż te, które mają siedzibę we Włoszech.
- 17 W tych okolicznościach Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - „1) Czy prawo Unii, a w szczególności art. 45 dyrektywy 2004/18/WE, stoi na przeszkodzie przepisowi – takiemu jak art. 1 ust. 17 ustawy nr 190/2012 – który zezwala instytucjom zamawiającym przewidzieć, iż niewyrażenie zgody przez przedsiębiorstwa lub brak pisemnego dowodu takiej zgody [...] na zobowiązania zawarte w tzw. porozumieniach o zgodności z prawem, a ogólniej, w porozumieniach między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi przedsiębiorstwami, mających na celu przeciwdziałanie infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych, stanowi zgodną z prawem podstawę wykluczenia tych przedsiębiorstw z danego przetargu?
 - 2) Czy w rozumieniu art. 45 dyrektywy 2004/18 ewentualne zawarcie w prawie państwa członkowskiego prawa do wykluczenia opisanego w poprzednim pytaniu można uznać za wyjątek od zasady enumeratywności podstaw wykluczenia uzasadniony nadrzędną koniecznością zwalczania prób infiltracji zorganizowanej przestępczości do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

- 18 Pytania przedstawione przez sąd krajowy dotyczą wykładni art. 45 dyrektywy 2004/18. Niemniej jednak sąd odsyłający stwierdza we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że sporne w postępowaniu głównym zamówienie na roboty budowlane ma niższą wartość niż właściwy próg zastosowania tej dyrektywy, to znaczy próg przewidziany w jej art. 7 lit. c).
- 19 Należy wskazać, że szczególne i rygorystyczne procedury przewidziane w dyrektywach Unii w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość przekracza próg wyraźnie przewidziany w każdej z tych dyrektyw. W związku z tym przepisy tych dyrektyw nie mają zastosowania do zamówień, których wartość nie osiąga określonego w nich progu (zob. wyrok *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 15 i przytoczone tam orzecznictwo). W związku z tym art. 45 dyrektywy 2004/18 nie ma zastosowania w ramach postępowania głównego.
- 20 Jednakże z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że okoliczność, iż sąd odsyłający zadał pytanie prejudycjalne, powołując się wyłącznie na określone przepisy prawa Unii, nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał przekazał temu sądowi wszelkie wskazówki dotyczące wykładni, które mogą być pomocne w rozstrzygnięciu rozpatrywanej przez niego sprawy, niezależnie od tego, czy sąd ten powołał się na nie w treści pytań. W tym zakresie do Trybunału należy wyprowadzenie z całości informacji przedstawionych mu przez sąd krajowy, a w szczególności z uzasadnienia postanowienia odsyłającego, tych aspektów prawa Unii, które wymagają dokonania wykładni w świetle przedmiotu sporu (zob. w szczególności wyrok *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve i in.*, C-225/13, EU:C:2014:245, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 21 Zgodnie z równie ustalonym orzecznictwem udzielanie zamówień publicznych, które ze względu na ich wartość nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw Unii, podlega jednak podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, w szczególności zasadzie równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada niewątpliwe transgraniczne znaczenie w świetle określonych obiektywnych kryteriów (zob. podobnie wyrok *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 16 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 22 W tym zakresie sąd odsyłający dopuszcza stosowanie w rozpoznawanym przez niego sporze zasad prawa Unii i stwierdza w tym kontekście istnienie określonego znaczenia transgranicznego, ponieważ przepisy szczególnego uregulowania postępowania w sprawie zamówienia będącego przedmiotem sporu dotyczą udziału przedsiębiorstw innych niż przedsiębiorstwa mające siedzibę we Włoszech.
- 23 W tych okolicznościach należy uznać, że pierwsze pytanie dotyczy interpretacji podstawowych i ogólnych zasad traktatowych, o których mowa w pkt 21 niniejszego wyroku.
- 24 Nie ma natomiast konieczności udzielania odpowiedzi na pytanie drugie. W rzeczywistości bowiem, jak wynika z uzasadnienia postanowienia odsyłającego, pytanie to dotyczy w szczególności art. 45 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2004/18, który przewiduje wyjątek dla nadrzędnych wymogów interesu ogólnego od przewidzianego w akapicie pierwszym tego ustępu obowiązku wykluczenia przez instytucję zamawiającą z udziału w przetargu publicznym każdego kandydata lub oferenta, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu jednej z przyczyn lub kilku przyczyn wymienionych w tym przepisie.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 25 Pytanie pierwsze należy w związku z tym rozumieć jako dotyczące zasadniczo tego, czy podstawowe i ogólne zasady traktatowe, a w szczególności zasada równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikający z niej obowiązek przejrzystości, powinny być rozumiane w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisowi krajowemu, na podstawie którego instytucja zamawiająca może przewidzieć, że kandydat lub oferent zostaje wykluczony z przetargu dotyczącego zamówienia publicznego, jeśli nie złoży on wraz z ofertą pisemnego oświadczenia o przyjęciu zobowiązań i deklaracji zawartych w porozumieniu o zgodności z prawem, takiego jak oświadczenie w postępowaniu głównym, które ma na celu zwalczanie infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych.
- 26 Trybunał orzekł już, że należy przyznać państwom członkowskim określony zakres uznania w celu umożliwienia im przyjmowania środków mających zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości, które obowiązują instytucje zamawiające we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić w świetle charakterystycznych dla niego względów historycznych, prawnych, ekonomicznych i społecznych sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tej zasady i tego obowiązku (zob. podobnie wyrok Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 31, 32 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Zdaniem sądu odsyłającego porozumienie o zgodności z prawem, takie jak sporne w postępowaniu głównym, ma na celu zapobieganie fenomenowi infiltracji i zwalczanie go, w szczególności w sektorze zamówień publicznych, zorganizowanej przestępczości, która jest mocno zakorzeniona w niektórych regionach południowych Włoch. Służy ono również ochronie zasad konkurencji i przejrzystości, jakie leżą u podstaw uregulowań włoskiego i Unii w dziedzinie zamówień publicznych.
- 28 Należy stwierdzić, że przeciwdziałając działalności przestępczej i zakłóceniom konkurencji w sektorze zamówień publicznych, środek taki jak obowiązek oświadczenia o przyjęciu takiego rodzaju porozumienia o zgodności z prawem wydaje się być w stanie umocnić równe traktowanie i przejrzystość w udzielaniu zamówień. Ponadto, jako że obowiązek ten ciąży bez różnicy na każdym kandydacie lub ofercie, nie kłóci się on z zasadą niedyskryminacji.
- 29 Niemniej jednak, zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, taki środek nie powinien wychodzić poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu (zob. podobnie wyrok Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 30 W tym zakresie należy, po pierwsze, odrzucić argument Edilux i SICEF, zgodnie z którym oświadczenie o przyjęciu określonych zobowiązań stanowi nieskuteczny środek zwalczania infiltracji zorganizowanej przestępczości, ponieważ przestrzeganie tych zobowiązań może zostać zweryfikowane jedynie po udzieleniu danego zamówienia.
- 31 Sąd odsyłający wyjaśnia bowiem, że aby były one wiążące, warunki porozumień o zgodności z prawem powinny być uprzednio przyjęte jako przesłanka dopuszczenia do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, oraz że jeżeli sam tylko brak przestrzegania tych warunków na etapie wykonania podlegałoby sankcjom, skutek w postaci maksymalnej antycypacji poziomu ochrony i odstraszenia zostałby zmniejszony do zera. W tych okolicznościach, z uwagi na zakres uznania przyznany państwom członkowskim, o którym przypomniano w pkt 26 niniejszego wyroku, nie można uznać, że obowiązek oświadczenia o przyjęciu zobowiązań zawartych w porozumieniu o zgodności z prawem od początku uczestnictwa w przetargu w celu udzielenia zamówienia wychodzi poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonych celów.

- 32 Po drugie, jeżeli chodzi o treść spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem, to zobowiązania, które powinni przyjąć kandydaci lub oferenci na podstawie lit. a)–d) tego porozumienia, polegają zasadniczo na wskazaniu stanu zaawansowania prac, przedmiotu, kwoty i podmiotów korzystających z umów o podwykonawstwo i umów pochodnych, a także sposobu wyboru kontrahentów, na zasygnalizowaniu każdej próby zaburzenia, nieprawidłowości lub zakłócenia w przeprowadzaniu postępowania przetargowego oraz w wykonaniu umowy, na współpracy z siłami policji poprzez donoszenie o każdej próbie wymuszenia, zastraszenia lub wywarcia wpływu o charakterze przestępczym, oraz na włączaniu podobnych warunków do umów o podwykonawstwo. Zobowiązania te pokrywają się z oświadczeniami zawartymi w tym porozumieniu w lit. h)–j).
- 33 Jeżeli chodzi o oświadczenie takie jak znajdujące się pod lit. g) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem, zgodnie z którym uczestnik oświadcza, że nie zawarł lub nie zawarze żadnego porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego zmierzającego do ograniczenia lub uniknięcia konkurencji, to ogranicza się ono do celu polegającego na ochronie zasad konkurencji i przejrzystości postępowań w sprawie udzielenie zamówień publicznych.
- 34 Takie zobowiązania i oświadczenia dotyczą lojalnego zachowania kandydata lub oferenta wobec występującej w postępowaniu głównym instytucji zamawiającej oraz współpracy z siłami porządkowymi. W związku z tym nie wychodzą one poza to, co jest konieczne dla zwalczania infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych.
- 35 Niemniej jednak lit. e) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem obejmuje oświadczenie, zgodnie z którym uczestnik nie pozostaje w żadnym stosunku kontroli lub powiązania z innymi konkurentami.
- 36 Tymczasem, jak podniosła Komisja Europejska w uwagach na piśmie, z orzecznictwa Trybunału wynika, że automatyczne wykluczenie kandydatów lub oferentów, którzy pozostają w takim stosunku z innymi kandydatami lub oferentami, wychodzi poza to, co jest konieczne dla zapobiegania zachowaniem polegającym na zмовie, a tym samym dla zapewnienia stosowania zasady równego traktowania i przestrzegania obowiązku przejrzystości. Takie automatyczne wykluczenie stanowi bowiem niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu ofert złożonych w tym samym przetargu przez przedsiębiorstwa, które łączy stosunek kontroli, lub przez związek przedsiębiorstw. W ten sposób wyklucza ono możliwość wykazania przez tych kandydatów lub oferentów niezależności ich ofert, a tym samym jest sprzeczne z interesem Unii polegającym na zapewnieniu jak najszerszego udziału oferentów w przetargu (zob. podobnie wyroki: *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 28–30; a także *Serrantoni i Consortio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 39, 40).
- 37 We wspomnianej lit. e) znajduje się również oświadczenie, zgodnie z którym uczestnik nie zawarł lub nie zawarze porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego. Wykluczając w ten sposób jakiegokolwiek porozumienie pomiędzy uczestnikami, w tym porozumienia, które nie są w stanie ograniczać gry konkurencyjnej, takie oświadczenie wychodzi poza to, co jest konieczne dla ochrony zasady konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych. Z tego powodu takie oświadczenie różni się od oświadczenia znajdującego się w lit. g) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem.
- 38 Z powyższego wynika, że obowiązek złożenia przez uczestnika postępowania przetargowego oświadczenia, po pierwsze, o braku stosunku kontroli lub pozostawania w związku z innymi konkurentami, oraz po drugie, o braku porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego, z tym skutkiem, że w braku takiego oświadczenia zostaje on automatycznie wykluczony z tego postępowania, narusza zasadę proporcjonalności.
- 39 Podobne rozważania powinny również mieć zastosowanie w odniesieniu do oświadczenia znajdującego się pod lit. f) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem, zgodnie z którym uczestnik oświadcza, że nie podzleci żadnego rodzaju zadania innym przedsiębiorstwom

uczestniczącym w przetargu oraz że ma on świadomość, że w przeciwnym przypadku nie otrzyma on zgody na takie umowy podwykonawstwa. Takie oświadczenie oznacza bowiem niewzruszalne domniemanie, zgodnie z którym ewentualne podzlecenie przez wykonującego zamówienie po udzieleniu zamówienia innemu uczestnikowi tego samego przetargu skutkować będzie znową pomiędzy dwoma odnośnymi przedsiębiorstwami, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że jest przeciwnie. W ten sposób oświadczenie takie wychodzi poza to, co jest konieczne dla zapobiegania zachowaniom stanowiącym znowę.

- 40 Ponadto z uwagi na cel, jakim jest zapobieganie fenomenowi infiltracji zorganizowanej przestępczości i zwalczanie go, każdy ewentualny nacisk wywierany na przedsiębiorstwo, któremu udzielono zamówienia, przez inne przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu w celu przyznania ostatecznie z wymienionych przedsiębiorstw wykonania zamówienia, powinien zostać podany do wiadomości instytucji zamawiającej, a w odpowiednim wypadku doniesiony siłom policji zgodnie z lit. b), c), g), h) i i) spornego w postępowaniu głównym porozumienia o zgodności z prawem.
- 41 Z uwagi na powyższe na pierwsze zadane pytanie należy odpowiedzieć, że podstawowe i ogólne zasady traktatowe, a w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, powinny być interpretowane w ten sposób, iż nie sprzeciwiają się one przepisowi prawa krajowego, na podstawie którego instytucja zamawiająca może przewidzieć, że kandydat lub oferent zostaje automatycznie wykluczony z postępowania przetargowego dotyczącego zamówienia publicznego, z powodu braku złożenia wraz z ofertą pisemnego oświadczenia o przyjęciu zobowiązań i deklaracji zawartych w porozumieniu o zgodności z prawem, takim jak sporne w postępowaniu krajowym, którego celem jest zwalczanie infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych. Niemniej jednak ponieważ porozumienie to zawiera oświadczenia, że kandydat lub oferent nie znajduje się w stosunku kontroli lub powiązania z innymi kandydatami lub oferentami, że nie zawarł on ani nie zawrze porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego i nie podzleci żadnego rodzaju zadań innym przedsiębiorstwom uczestniczącym w tym postępowaniu, brak takich oświadczeń nie może skutkować automatycznym wykluczeniem kandydata lub oferenta ze wspomnianego postępowania.

W przedmiocie kosztów

- 42 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 (dziesiąta izba) orzeka, co następuje:

Podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, a w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, powinny być interpretowane w ten sposób, iż nie sprzeciwiają się one przepisowi prawa krajowego, na podstawie którego instytucja zamawiająca może przewidzieć, że kandydat lub oferent zostaje automatycznie wykluczony z postępowania przetargowego dotyczącego zamówienia publicznego, z powodu braku złożenia wraz z ofertą pisemnego oświadczenia o przyjęciu zobowiązań i deklaracji zawartych w porozumieniu o zgodności z prawem, takim jak sporne w postępowaniu krajowym, którego celem jest zwalczanie infiltracji zorganizowanej przestępczości do sektora zamówień publicznych. Niemniej jednak ponieważ porozumienie to zawiera oświadczenia, że kandydat lub oferent nie znajduje się w stosunku kontroli lub powiązania z innymi kandydatami lub oferentami, że nie zawarł on ani nie zawrze porozumienia z innymi uczestnikami postępowania przetargowego i nie podzleci żadnego rodzaju zadań innym przedsiębiorstwom uczestniczącym w tym postępowaniu, brak takich oświadczeń nie może skutkować automatycznym wykluczeniem kandydata lub oferenta ze wspomnianego postępowania.

Podpisy