

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 23 grudnia 2009 r. *

W sprawie C-376/08

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 2 kwietnia 2008 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 18 sierpnia 2008 r., w postępowaniu:

Serrantoni Srl,

Consorzio stabile edili Srl

przeciwko

Comune di Milano,

* Język postępowania: włoski.

przy udziale:

Bora Srl Construzioni edili,

Unione consorzi stabili Italia (UCSI),

Associazione nazionale imprese edili (ANIEM),

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes trzeciej izby pełniący obowiązki prezesa czwartej izby,
R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis i T. von Danwitz, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,
sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez C. Zadrę oraz D. Recchię, 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. 4 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), art. 39 WE, 43 WE, 49 WE i 81 WE oraz zasad równego traktowania i proporcjonalności.
- ² Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy spółką budowlaną Serrantoni Srl (zwaną dalej „Serrantoni”) a Comune di Milano (gminą Mediolan) w przedmiocie decyzji tej ostatniej o wyłączeniu spółki Serrantoni z udziału w procedurze przetargowej w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3 Motyw drugi dyrektywy 2004/18 stanowi:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu [WE], a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu”.

4 W świetle art. 2 dyrektywy:

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

5 Artykuł 4 rzeczony dyrektywy, zatytułowany „Wykonawcy”, stanowi:

„1. Kandydaci lub oferenci, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać odrzuceni jedynie na podstawie tego, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych.

[...]

2. Grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury. W celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału instytucje zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybierały określoną formę prawną; jednakże można wymagać, aby wybrana grupa podlegała wspomnianemu wymogowi, w przypadku gdyby udzielono jej zamówienia w zakresie, w jakim zmiana taka niezbędna jest do zadowalającej realizacji zamówienia”.

6 W świetle art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18 w brzmieniu obowiązującym w okresie, w którym wystąpiły okoliczności faktyczne sprawy rozpatrywanej przed sądem krajowym, a wynikającym ze zmian wprowadzonych rozporządzeniem Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. zmieniającym dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L 333, s. 28), dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do zamówień publicznych na roboty budowlane o wartości 5278 tys. EUR (bez podatku od wartości dodanej) lub wyższej.

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

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

- 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;
- 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”.

Uregulowania krajowe

- 8 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekret ustawodawczy nr 163 w sprawie kodeksu zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r., zwany dalej „dekretem ustawodawczym nr 163/2006”) reguluje we Włoszech całość postępowań z zakresu zamówień publicznych w sektorze robót publicznych, usług i dostaw. Artykuł 34 tego dekretu ustawodawczego w brzmieniu zmienionym dekretem ustawodawczym nr 113 z dnia 31 lipca 2007 r., zatytułowanym „Podmioty, którym można udzielić zamówień publicznych”, stanowi w ust. 1:

„1. Do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uprawnione są następujące podmioty, z zastrzeżeniem przewidzianych wyraźnie ograniczeń:

[...]

- b) konsorcja spółdzielni pracy i spółdzielni produkcyjnych [...] oraz konsorcja rzemieślników [...];
- c) stałe konsorcja, utworzone również w formie zrzeszonych przedsiębiorców [...], pomiędzy indywidualnymi przedsiębiorcami (w tym rzemieślnikami), spółkami prawa handlowego lub spółdzielniami pracy i spółdzielniami produkcyjnymi, zgodnie z przepisami art. 36;

[...]

- f) podmioty, które przystąpiły do Europejskiego Ugrupowania Interesów Gospodarczych (EZIG) [...];
- f bis) przedsiębiorcy [...] mający siedziby w innym państwie członkowskim, których przedsiębiorstwo zostało utworzone zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym państwie”.

9 W świetle art. 36 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 163/2006:

„»Konsorcjum stałe« (»consorzi stabili«) tworzą podmioty [...], które na mocy decyzji ich organów zarządczych wspólnie uczestniczą w zamówieniach publicznych na roboty

budowlane, usługi i dostawy, przez okres nie krótszy niż pięć lat, tworząc w tym celu strukturę wspólnego przedsiębiorstwa”.

- 10 Artykuł 36 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, w brzmieniu obowiązującym w okresie, gdy miały miejsce okoliczności rozpatrywane przed sądem krajowym, stanowił:

„[...] zakazany jest udział konsorcjum stałego i jego członków w tym samym postępowaniu w zakresie zamówień publicznych; w przypadku naruszenia tego zakazu stosuje się art. 353 kodeksu karnego [...]”.

- 11 Artykuł 37 ust. 7 rzeczonego dekretu ustawodawczego, w brzmieniu obowiązującym w okresie, gdy miały miejsce okoliczności rozpatrywane przed sądem krajowym, stanowił:

„[...] Konsorcja, o których mowa w art. 34 ust. 1 lit. b), są zobowiązane do wyszczególnienia w ofercie członków konsorcjum, w imieniu których konsorcjum występuje: ci członkowie są wykluczeni z udziału w jakiegokolwiek formie w tym samym przetargu; w przypadku naruszenia zarówno konsorcjum, jak i członek są wykluczeni z przetargu; w przypadku naruszenia tego zakazu stosuje się art. 353 kodeksu karnego [...]”.

- 12 Zgodnie z art. 353 kodeksu karnego naruszenie wyżej wskazanego zakazu podlega karze do dwóch lat pozbawienia wolności — w pewnych okolicznościach do pięciu lat pozbawienia wolności — i karze grzywny.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- ¹³ Gmina Mediolan ogłosiła w roku 2007 przetarg celem udzielenia zamówienia na roboty budowlane w zakresie „pilnych prac interwencyjnych i usprawnień w dodatkowych biurach wydziału spraw obywatelskich, część V”. W dniu 27 września 2007 r. gmina Mediolan postanowiła wykluczyć z postępowania przetargowego spółkę Serrantoni, członka stałego konsorcjum Consorzio stabile edili Srl, oraz wspomniane konsorcjum, w związku z naruszeniem art. 36 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 163/2006. Gmina Mediolan postanowiła złożyć w trybie tego przepisu doniesienie do prokuratury w celu zastosowania art. 353 kodeksu karnego i przyznała zamówienie innemu przedsiębiorstwu.
- ¹⁴ Spółka Serrantoni i stałe konsorcjum, którego jest ona członkiem, wniosły do sądu krajowego skargę na wspomnianą decyzję instytucji zamawiającej, podnosząc, że art. 36 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 jest niezgodny z art. 4 dyrektywy 2004/18 oraz z art. 39 WE, 43 WE, 49 WE i 81 WE oraz z zasadą niedyskryminacji.
- ¹⁵ Sąd krajowy podkreśla na wstępie, że rozpatrywane przed nim przepisy krajowe rozróżniają z jednej strony konsorcja stałe i z drugiej strony konsorcja spółdzielni pracy i spółdzielni produkcyjnych oraz konsorcja rzemieślników. W odniesieniu do tych pierwszych przewidziano całkowity zakaz — dotyczący konsorcjów i wchodzących w ich skład spółek — jednoczesnego uczestnictwa w tym samym przetargu poprzez odrębne oferty, pod rygorem ich automatycznego wykluczenia i zastosowania sankcji karnych. W odniesieniu do tych drugich zakaz ten stosuje się wyłącznie do konsorcjum i spółki, w której interesie konsorcjum to złożyło ofertę w ramach danego przetargu. Sąd ten wskazuje, że w rozpatrywanej przezeń sprawie konsorcjum stałe, o którym jest mowa, nie działało w interesie spółki Serrantoni.

- ¹⁶ Sąd krajowy wskazuje następnie, że pomiędzy wskazanymi różnymi rodzajami konsorcjów brak jest różnic w zakresie celów lub organizacji, które uzasadniałyby taką różnicę w traktowaniu. Wszystkie wspomniane rodzaje konsorcjów charakteryzują się istnieniem wspólnej struktury mającej na celu ustanowienie współpracy pomiędzy będącymi ich członkami przedsiębiorstwami, zmniejszenie kosztów zarządzania, optymalizację wyników gospodarczych każdego z przedsiębiorstw i zwiększenie konkurencyjności w zakresie zamówień publicznych. Sąd ten zastanawia się zatem, czy taka różnica traktowania jest zgodna z zasadą niedyskryminacji i wspólnotowym wymogiem zapewnienia największego możliwego udziału w postępowaniach przetargowych.
- ¹⁷ Sąd krajowy zastanawia się również, czy ta różnica w traktowaniu jest zgodna z art. 4 dyrektywy 2004/18 w zakresie, w jakim sporne wykluczenie jest wyłącznie wynikiem formy prawnej jednostki uznanej za konsorcjum stałe — oraz z art. 39 WE, 43 WE, 49 WE i 81 WE. Dyskryminacja ta jest ponadto szczególnie istotna ze względu na okoliczność, że ustanawianie konsorcjów jest szeroko przewidziane w porządkach prawnych innych państw członkowskich oraz że znajduje swą syntezę na poziomie wspólnotowym w Europejskim Ugrupowaniu Interesów Gospodarczych (EUIG).
- ¹⁸ Wreszcie sąd krajowy podnosi, że rozpatrywany całkowity zakaz jest oparty wyłącznie na elemencie formalnym, tj. udziale spółki pewnego typu w konsorcjum. Sporne uregulowanie nie wymaga bowiem konkretnej oceny wzajemnego wpływu pomiędzy konsorcjum i będącym jego członkiem przedsiębiorstwem, lecz wprowadza abstrakcyjne domniemanie wzajemnego oddziaływania. Tak więc sąd krajowy stwierdza, że nawet gdy konsorcjum nie uczestniczy w przetargu w interesie zainteresowanej spółki, nie odwołuje się do niej celem wykonania zamówienia i nie uzgadnia z tą spółką składanej oferty, ten całkowity zakaz znajduje zastosowanie. Sąd krajowy zastanawia się zatem, czy całkowity zakaz może być uzasadniony nadrzędnymi względami interesu ogólnego zmierzającymi do ochrony prawidłowości procedur przetargowych i czy nie wykracza on znacznie poza swój cel.

19 Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy prawidłowemu stosowaniu art. 4 dyrektywy 2004/18/WE [...] stoją na przeszkodzie przepisy krajowe art. 36 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 [...], które przewidują:

- w przypadku udziału członka konsorcjum — automatyczne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu zrzeszonego wyłącznie z tego powodu, że posiada on określoną formę prawną (formę konsorcjum stałego), w przeciwieństwie do innych form prawnych co do istoty identycznych (konsorcjum spółdzielni produkcyjnych i spółdzielni pracy lub konsorcjum zakładów rzemieślniczych),
- a jednocześnie w przypadku udziału konsorcjum stałego, które zadeklarowało jedynie, że działa na rachunek innych przedsiębiorstw i że zleci roboty innym przedsiębiorstwom, jeżeli uzyska zamówienie — automatyczne wykluczenie przedsiębiorstwa wyłącznie z powodu formalnego, że przystąpiło ono do tego konsorcjum?

2) Czy prawidłowemu stosowaniu art. 39 WE, 43 WE, 49 WE i 81 WE stoją na przeszkodzie przepisy krajowe art. 36 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, które przewidują:

- w przypadku udziału członka konsorcjum — automatyczne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu zrzeszonego wyłącznie z tego powodu, że posiada on określoną formę prawną (formę konsorcjum stałego), w przeciwieństwie do innych form prawnych co do istoty identycznych (konsorcjum spółdzielni produkcyjnych i spółdzielni pracy lub konsorcjum zakładów rzemieślniczych),

- a jednocześnie w przypadku udziału konsorcjum stałego, które zadeklarowało jedynie, że działa na rachunek innych przedsiębiorstw i że zleci roboty innym przedsiębiorstwom, jeżeli uzyska zamówienie — automatyczne wykluczenie przedsiębiorstwa wyłącznie z powodu formalnego, że przystąpiło ono do tego konsorcjum?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

²⁰ Na wstępie należy wskazać, że jak wynika z przekazanych Trybunałowi akt sprawy, wartość zamówienia, którego dotyczy przetarg będący przedmiotem sporu przed sądem krajowym, jest znacznie niższa aniżeli wskazana w art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18. W konsekwencji zamówienie to nie jest objęte zakresem stosowania procedur przewidzianych w tej dyrektywie.

²¹ Należy jednakże stwierdzić, że okoliczność, iż wartość zamówienia nie osiąga progu przewidzianego w przepisach wspólnotowych, nie oznacza, że zamówienie to wymyka się stosowaniu prawa wspólnotowego.

- 22 Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że przy udzielaniu zamówienia, którego wartość nie osiąga wspomnianego progu, muszą być przestrzegane podstawowe zasady traktatu, w szczególności zasada równego traktowania. Elementem odróżniającym w stosunku do zamówień, których wartość przekracza próg wskazany w przepisach dyrektywy 2004/18, jest to, że wyłącznie te ostatnie podlegają szczególnym i rygorystycznym procedurom wskazanym w tych przepisach (zob. podobnie wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP i Santorso, Zb.Orz. s. I-3565, pkt 19, 20).
- 23 Wykładnia ta jest zgodna z motywem drugim dyrektywy 2004/18, w świetle którego udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy na rzecz jednostek będących instytucjami zamawiającymi, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów i usług, oraz swobody przedsiębiorczości, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.
- 24 Jednakże, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, stosowanie podstawowych norm i ogólnych zasad traktatu do procedur udzielania zamówień publicznych o wartości niższej od progu stosowania dyrektyw wspólnotowych zakłada, że zamówienia te mają niewątpliwe znaczenie transgraniczne (ww. wyrok w sprawie SECAP i Santorso, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 25 W tym zakresie Trybunał podkreślił już, że do sądu krajowego należy przeprowadzenie oceny wszystkich istotnych elementów dotyczących przedmiotowego zamówienia, celem ustalenia, czy w tych przypadkach występuje niewątpliwe znaczenie transgraniczne (ww. wyrok w sprawach połączonych SECAP i Santorso, pkt 34). W niniejszej sprawie odpowiedzi na przedstawione pytania opierają się na założeniu — którego weryfikacja należy jednakże do sądu krajowego — że rozpatrywane przed sądem krajowym zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 26 Przez swoje pytanie sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy wykładni art. 4 dyrektywy 2004/18 należy dokonywać w ten sposób, że przepis ten sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, które przewiduje automatyczne wykluczenie udziału w postępowaniu w zakresie udzielenia zamówienia publicznego i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie złożyły konkurencyjne w stosunku do konsorcjum oferty w ramach rzeczzonego postępowania, nawet jeśli oferta rzeczzonego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.
- 27 W tym zakresie, jak przypomniano w pkt 20 niniejszego wyroku, zamówienie rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym nie jest objęte zakresem stosowania procedur przewidzianych w tej dyrektywie, jako że jego wartość jest niższa od progu przewidzianego w art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18.
- 28 Ze względu na powyższe nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie przedstawione przez sąd krajowy.

W przedmiocie pytania drugiego

- 29 Poprzez to pytanie, rozpatrywane w świetle wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jako całości, sąd krajowy dąży do ustalenia, czy wykładni ogólnych zasad równego traktowania i proporcjonalności wynikających z art. 43 WE i 49 WE oraz art. 39 WE i 81 WE należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, takiemu jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które przewiduje automatyczne wykluczenie z udziału w postępowaniu z sprawie udzielenia zamówienia publicznego i nałożenie sankcji karnych

zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie złożyły konkurencyjne w stosunku do konsorcjum oferty w ramach rzeczzonego postępowania, nawet jeśli oferta rzeczzonego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.

- 30 Co się tyczy przywołanych przez sąd krajowy przepisów traktatu, należy na wstępie stwierdzić, że rozpatrywane przed tym sądem wykluczenie nie jest związane ze swobodą przepływu pracowników ani z porozumieniami między przedsiębiorstwami czy decyzjami związków przedsiębiorstw w rozumieniu art. 39 WE i 81 WE. Nie ma zatem potrzeby przedstawiania odpowiedzi Trybunału w odniesieniu do tych przepisów.
- 31 Co się tyczy zasad równego traktowania i przejrzystości, należy stwierdzić, że państwa członkowskie mają pewien zakres swobodnego uznania w zakresie przyjmowania środków mających zagwarantować poszanowanie tych zasad, które obowiązują instytucje zamawiające w toku całego postępowania w sprawie udzielenia takiego zamówienia publicznego (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, Zb.Orz. s. I-9999, pkt 44).
- 32 Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić — biorąc pod uwagę charakterystyczne dla niego względy historyczne, prawne, ekonomiczne i społeczne - sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tych zasad (zob. ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 56).
- 33 Jednakże zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest ogólną zasadą prawa wspólnotowego (zob. w szczególności wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-210/03 *Swedish Match*, Zb.Orz. s. I-11893, pkt 47), tego rodzaju środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 48, 61; wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur*, Zb.Orz. s. I-4219, pkt 21, 23).

- 34 W pierwszej kolejności w odniesieniu do zasad równego traktowania i proporcjonalności należy stwierdzić, że rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym przepisy przewidują automatyczne wykluczenie z udziału w przedmiotowym zamówieniu publicznym w razie jednoczesnego złożenia konkurencyjnych ofert przez konsorcjum stałe i jedno lub więcej przedsiębiorstw będących jego członkami.
- 35 W tym zakresie należy podkreślić, że rozpatrywane przed sądem krajowym automatyczne wykluczenie ma wyłącznie zastosowanie do konsorcjów stałych i wchodzących w ich skład przedsiębiorstw, a nie innych typów zrzeszeń, takich jak spółdzielnie pracy i spółdzielnie produkcyjne czy przedsiębiorstwa rzemieślnicze. Co się tyczy tych ostatnich typów konsorcjów, wyłączenie ma zastosowanie na mocy art. 37 ust. 7 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 wyłącznie w przypadku konkurencyjnych ofert przedstawionych przez dane konsorcjum i wchodzące w jego skład przedsiębiorstwa, na których rachunek konsorcjum to złożyło ofertę.
- 36 Sąd krajowy stwierdza w tym zakresie, że wszystkie te formy konsorcjów są zasadniczo identyczne i nie przedstawiają między sobą różnic w zakresie celów i organizacji, które mogłyby uzasadniać nierówność traktowania.
- 37 Należy zatem stwierdzić, że środek w postaci rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym automatycznego wykluczenia, dotyczący wyłącznie formy konsorcjum stałego i będących jego członkami przedsiębiorstw oraz mający zastosowanie w przypadku konkurencyjnych ofert, niezależnie od tego, czy dane konsorcjum uczestniczy, czy nie uczestniczy w badanym zamówieniu publicznym na rachunek i w interesie przedsiębiorstw, które złożyły ofertę, stanowi traktowanie dyskryminacyjne na niekorzyść tej formy konsorcjum i nie jest zatem zgodne z zasadą równości.
- 38 Należy dodać, iż nawet zakładając, że rozpatrywane traktowanie byłoby stosowane bez rozróżnienia do wszystkich postaci konsorcjów lub że sąd krajowy stwierdziłby istnienie obiektywnych elementów właściwych dla odróżnienia sytuacji konsorcjów

stałych i innych form konsorcjów, reguła wykluczenia, taka jak będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie jest w żadnym razie zgodna z zasadą proporcjonalności.

39 Reguła ta zawiera bowiem niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu, w przypadku gdy konsorcjum i jedno lub kilka z wchodzących w jego skład przedsiębiorstw złożyły w ramach tego samego postępowania w zakresie zamówień publicznych konkurencyjne oferty, nawet jeśli rzeczzone konsorcjum nie wystąpiło w postępowaniu na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw, nie dając konsorcjum ani zainteresowanym przedsiębiorstwom możliwości wykazania, że ich oferty zostały sformułowane w sposób całkowicie niezależny i że w konsekwencji brak jest ryzyka wpływu na konkurencję pomiędzy oferentami [zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych objętych odpowiednio zakresem stosowania dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) oraz dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), ww. wyroki: w sprawie *Michaniki*, pkt 67; w sprawie *Assitur*, pkt 30].

40 Taka reguła systematycznego wykluczenia, obejmująca bezwzględny obowiązek wykluczenia przez instytucje zamawiające zainteresowanych jednostek, również w przypadku gdy istniejące stosunki między tymi ostatnimi pozostają bez wpływu na ich zachowanie w ramach postępowań, w których uczestniczą, jest sprzeczna z interesem wspólnotowym w zakresie zapewnienia uczestnictwa w przetargu jak największej liczby oferentów i wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia celu polegającego na zapewnieniu stosowania zasad równości traktowania i przejrzystości (zob. podobnie w odniesieniu do zamówień publicznych objętych zakresem stosowania dyrektywy 92/50, ww. wyrok w sprawie *Assitur*, pkt 26–29).

41 W drugiej kolejności należy stwierdzić, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału art. 43 WE i 49 WE sprzeciwiają się wszelkim krajowym środkom, które nawet stosowane bez dyskryminacji ze względu na narodowość są tej natury, że zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli

wspólnotowych ze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług, zagwarantowanych przepisami traktatu (zob. podobnie wyroki: z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-299/02 Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-9761, pkt 15; z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie C-433/04 Komisja przeciwko Belgii, Zb.Orz. s. I-10653, pkt 28).

42 Jak zasadnie zauważyła Komisja Wspólnot Europejskich, taki przepis krajowy jak będący przedmiotem postępowania przed sądem odsyłającym, który przewiduje środek automatycznego wykluczenia na niekorzyść konsorcjów stałych i będących ich członkami przedsiębiorstw, może wpływać zniechęcająco na przedsiębiorców mających siedzibę w innych państwach członkowskich, tj. z jednej strony na przedsiębiorców, którzy chcą założyć siedzibę w danym państwie członkowskim poprzez utworzenie konsorcjum stałego, składającego się zarówno z przedsiębiorstw krajowych, jak i zagranicznych, a z drugiej strony na przedsiębiorców rozważających przystąpienie do takich, istniejących już, konsorcjów, by móc w łatwiejszy sposób uczestniczyć w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych ogłaszanych przez instytucje zamawiające tego państwa członkowskiego i łatwiej oferować swe usługi.

43 Taki środek krajowy mogący mieć skutek zniechęcający przedsiębiorców mających siedzibę w innych państwach członkowskich stanowi ograniczenie w rozumieniu art. 43 WE i 49 WE (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 29), tym bardziej że skutek ten jest zaostrzony przez ryzyko sankcji karnych przewidzianych w rozpatrywanych przed sądem krajowym przepisach.

44 Jednakże takie ograniczenie jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym może być ewentualnie uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel interesu ogólnego, oraz w zakresie, w jakim jest właściwe dla zagwarantowania jego realizacji i nie wykracza poza to co niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

45 W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że omawiane ograniczenie, pomimo zgodnego z prawem celu w postaci walki z potencjalnymi praktykami uzgodnionymi pomiędzy omawianym konsorcjum i składającymi się na nie przedsiębiorstwami, nie może zostać uzasadnione, gdyż, jak wynika z pkt 38–40 niniejszego wyroku, wykracza poza to co niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

46 Na pytanie drugie należy zatem odpowiedzieć, że wykładni prawa wspólnotowego należy dokonywać w ten sposób, iż sprzeciwia się ono uregulowaniu krajowemu, takiemu jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które przewiduje, w ramach postępowania w zakresie udzielania zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza progu wskazanego w art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18, lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, automatyczne wykluczenie z udziału w tym postępowaniu i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie przedstawiły konkurencyjne w stosunku do tego konsorcjum oferty w ramach tego samego postępowania, nawet jeśli oferta rzeczzonego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.

W przedmiocie kosztów

47 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

Wykładni prawa wspólnotowego należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwia się ono uregulowaniu krajowemu, takiemu jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które przewiduje — w ramach postępowania w zakresie udzielania zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza progu wskazanego w art. 7 ust. 1 lit. c) 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, lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne — automatyczne wykluczenie z udziału w tym postępowaniu i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te

ostatnie przedstawiły konkurencyjne w stosunku do tego konsorcjum oferty w ramach tego samego postępowania, nawet jeśli oferta tego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.

Podpisy