Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 26 września 2019 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Artykuły 49 i 56 TFUE – Udzielanie zamówień publicznych – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 71 – Podwykonawstwo – Przepisy krajowe ograniczające możliwość zlecenia wykonania zamówienia podwykonawcy do 30% całkowitej kwoty zamówienia

W sprawie C-63/18

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionalny sąd administracyjny dla Lombardii, Włochy) postanowieniem z dnia 13 grudnia 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 1 lutego 2018 r., w postępowaniu:

Vitali SpA

przeciwko

Autostrade per l'Italia SpA,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: E. Regan (sprawozdawca), prezes izby, C. Lycourgos, E. Juhász, M. Ilešič i I. Jarukaitis, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

– w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli i V. Nunziatę, avvocati dello Stato,

– w imieniu rządu norweskiego przez K.H. Aarvik, H. Røstuma i C. Ankera, działających w charakterze pełnomocników,

– w imieniu Komisji Europejskiej przez L. Haasbeek, G. Gattinarę i P. Ondrůška, działających w charakterze pełnomocników,

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

* Język postępowania: włoski.

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 49 i 56 TFUE, art. 71 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r. (Dz.U. 2015, L 307, s. 5) (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24"), a także zasady proporcjonalności.

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Vitali SpA a Autostrade per l'Italia SpA w przedmiocie wydanej przez tę ostatnią, jako instytucję zamawiającą, decyzji o wykluczeniu Vitali SpA z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ramy prawne

Prawo Unii

3 W motywach 1, 41, 78, 100 i 105 dyrektywy 2014/24 wskazano:

„(1) Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że [by] zasady te mają praktyczne zastosowanie [miały zastosowanie w praktyce], a zamówienia publiczne są [były] otwarte na konkurencję.

[…]

(41) Żaden z przepisów niniejszej dyrektywy nie powinien uniemożliwiać wprowadzenia lub zastosowania środków niezbędnych dla ochrony porządku publicznego, moralności publicznej, bezpieczeństwa publicznego […], pod warunkiem że środki te są zgodne z TFUE.

[…]

(78) Zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb [małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP)]. Instytucje zamawiające należy zachęcać do korzystania z kodeksu najlepszych praktyk określonego w dokumencie roboczym służb Komisji z dnia 25 czerwca 2008 r. zatytułowanym »Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych«, zawierającego wytyczne mówiące o tym, w jaki sposób instytucje te mogą stosować ramy zamówień publicznych, aby ułatwić udział MŚP. W tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części […].

Państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwiania MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, rozszerzając zakres obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na mniejsze części, żądając od instytucji zamawiających uzasadnienia decyzji o niedokonywaniu podziału zamówień na części lub czyniąc ten podział

obowiązkowym pod pewnymi warunkami. W tym samym celu państwa członkowskie powinny także mieć możliwość zapewnienia mechanizmów służących dokonywaniu bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców.

[…]

(100) Nie należy udzielać zamówień publicznych wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano winnymi [za winnych] korupcji, nadużycia ze szkodą dla interesów finansowych Unii, przestępstw terrorystycznych, prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu.

[…]

(105) Istotne jest, by właściwe organy krajowe, takie jak np. agencje inspekcji pracy lub agencje ds. ochrony środowiska, za pomocą stosownych działań leżących w zakresie ich obowiązków i kompetencji zapewniły, by podwykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w postanowieniach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w niniejszej dyrektywie, pod warunkiem że postanowienia te oraz ich zastosowanie są zgodne z prawem Unii.

[…]

[…] Ponadto należy wyraźnie stwierdzić, że państwa członkowskie powinny mieć możliwość podjęcia dalej idących środków, np. [móc] rozszerzyć obowiązki związane z przejrzystością, umożliwić bezpośrednie płatności na rzecz podwykonawców bądź umożliwić instytucjom zamawiającym sprawdzenie, czy podwykonawcy nie znajdują się w jednej z sytuacji uzasadniających wykluczenie wykonawców, lub nałożyć na instytucje zamawiające wymóg sprawdzenia tego […].

Należy także wyraźnie stwierdzić, że państwa członkowskie zachowują swobodę wprowadzenia na mocy prawa krajowego bardziej rygorystycznych przepisów dotyczących odpowiedzialności lub podjęcia na mocy prawa krajowego dalej idących środków w odniesieniu do bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców".

4 Zgodnie z art. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 ma ona zastosowanie do zamówień, których szacunkowa wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT), sięga co najmniej progu 5 225 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane.

5 Artykuł 18 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień", stanowi w ust. 1 akapit pierwszy:

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

6 Artykuł 57 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Podstawy wykluczenia", stanowi w ust. 1, że instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59–61 lub gdy w inny sposób zdobyły informację – że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się jednego z czynów wymienionych w tym przepisie.

7 Artykuł 63 tej dyrektywy, zatytułowany „Poleganie na zdolności innych podmiotów”, stanowi w ust. 1 akapit pierwszy:

„W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności[ach] innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności[ach] innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności[ach] innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”.

8 Artykuł 71 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Podwykonawstwo”, stanowi:

„1. Przestrzeganie przez podwykonawców obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, zapewnia się za pomocą odpowiednich działań podejmowanych przez właściwe organy krajowe działające w zakresie ich obowiązków i kompetencji.

2. W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców.

3. Państwa członkowskie mogą postanowić, że instytucja zamawiająca – na wniosek podwykonawcy i jeżeli pozwala na to charakter zamówienia – przekazuje bezpośrednio podwykonawcy płatności należne za usługi, dostawy lub roboty budowlane zrealizowane dla wykonawcy, któremu udzielono zamówienia publicznego (głównego wykonawcy). Stosowne środki mogą obejmować odpowiednie mechanizmy umożliwiające głównemu wykonawcy zgłaszanie zastrzeżeń co do nienależnych płatności. Ustalenia dotyczące takiego trybu płatności są określane w dokumentach zamówienia.

4. Przepisy ust. 1–3 pozostają bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy.

5. W przypadku zamówień na roboty budowlane i w odniesieniu do usług, które mają być wykonane na obiekcie pod bezpośrednim nadzorem instytucji zamawiającej, po udzieleniu zamówienia i nie później niż w chwili rozpoczęcia realizacji zamówienia, instytucja zamawiająca wymaga od głównego wykonawcy, by wskazał instytucji zamawiającej nazwę/imię i nazwisko, dane kontaktowe i przedstawicieli prawnych podwykonawców tegoż głównego wykonawcy, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, w zakresie znanym w tym momencie. Instytucja zamawiająca wymaga od głównego wykonawcy, by powiadamiał ją o wszelkich zmianach w odniesieniu do tych informacji w trakcie zamówienia, a także by przekazywał jej wymagane informacje na temat ewentualnych nowych podwykonawców, których w późniejszym okresie angażuje do realizacji takich robót budowlanych lub usług.

Niezależnie od akapitu pierwszego państwa członkowskie mogą ewentualnie nałożyć obowiązek dostarczenia wymaganych informacji bezpośrednio na głównego wykonawcę.

Gdy jest to konieczne do celów ust. 6 lit. b) niniejszego artykułu, wymaganym informacjom towarzyszą oświadczenia własne podwykonawców, przewidziane w art. 59. Środki wykonawcze na mocy ust. 8 niniejszego artykułu mogą przewidywać, że podwykonawcy przedstawiani po udzieleniu zamówienia przedkładają zaświadczenia i inne dokumenty potwierdzające zamiast oświadczeń własnych.

Przepisy akapitu pierwszego nie mają zastosowania do dostawców.

Instytucje zamawiające mogą rozszerzyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do rozszerzenia obowiązków przewidzianych w akapicie pierwszym przykładowo na:

a) zamówienia na dostawy, zamówienia na usługi inne niż te dotyczące usług, które mają być wykonane na obiektach pod bezpośrednim nadzorem instytucji zamawiającej, lub na dostawców uczestniczących w zamówieniach na roboty budowlane lub usługi;

b) podwykonawców będących podwykonawcami podwykonawców głównego wykonawcy lub jeszcze dalej na kolejne elementy łańcucha podwykonawców.

6. Aby uniknąć przypadków naruszenia obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, można podjąć stosowne środki, takie jak:

a) w przypadku gdy przepisy krajowe państwa członkowskiego przewidują mechanizm wspólnej odpowiedzialności między podwykonawcami a głównym wykonawcą, dane państwo członkowskie zapewnia stosowanie odpowiednich przepisów zgodnie z warunkami określonymi w art. 18 ust. 2;

b) instytucje zamawiające mogą, zgodnie z art. 59, 60 i 61 sprawdzić lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do sprawdzenia, czy istnieją podstawy wykluczenia podwykonawców na mocy art. 57. W takich przypadkach instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podwykonawcę, w odniesieniu do którego weryfikacja wykazała, że istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może – samodzielnie lub na żądanie państwa członkowskiego – wymagać, by wykonawca zastąpił podwykonawcę, w odniesieniu do którego weryfikacja wykazała, że istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

7. Państwa członkowskie mogą przewidzieć w ramach prawa krajowego bardziej rygorystyczne przepisy dotyczące odpowiedzialności lub podjąć dalej idące środki na mocy prawa krajowego w odniesieniu do bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców, przykładowo wprowadzając przepisy dotyczące bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców, bez konieczności występowania przez podwykonawców z żądaniem takiej bezpośredniej płatności.

8. Państwa członkowskie, które postanowiły wprowadzić środki na mocy ust. 3, 5 lub 6, określają warunki wykonania tych środków w drodze przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych i z uwzględnieniem prawa unijnego. Państwa członkowskie mogą przy tym ograniczyć możliwość stosowania tych przepisów, np. do określonych rodzajów zamówień, określonych kategorii instytucji zamawiających lub wykonawców lub wprowadzając dolny limit kwoty".

Prawo włoskie

9 Artykuł 105 ust. 2 zdanie trzecie decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (dekretu ustawodawczego nr 50 – kodeks zamówień publicznych) z dnia 18 kwietnia 2016 r. (dodatek zwykły do GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r., zwanego dalej „dekretem legislacyjnym nr 50/2016"), stanowi:

„Z zastrzeżeniem przepisów ust. 5 ewentualne zlecenie wykonania zamówienia podwykonawcy nie może przekroczyć 30% całkowitej kwoty zamówienia na roboty budowlane, usługi lub dostawy".

10 Artykuł 105 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 50/2016 brzmi następująco:

„Dla obiektów budowlanych, o których mowa w art. 89 ust. 11, z zastrzeżeniem ograniczeń przewidzianych w tym samym ustępie, ewentualne zlecenie wykonania zamówienia podwykonawcy nie może przekroczyć 30% kwoty robót i nie może być podzielone bez obiektywnych powodów".

Spór w postępowaniu głównym i pytanie prejudycjalne

11 W sierpniu 2016 r. Autostrade per l'Italia w drodze publikacji ogłoszenia o zamówieniu ogłosiła przetarg ograniczony na roboty budowlane dotyczące poszerzenia o piąty pas włoskiej autostrady A8 pomiędzy punktem poboru opłat Milano Nord (Mediolan, Włochy) a węzłem w Lainate (Włochy), o wartości bazowej 85 211 216,84 EUR bez podatku od wartości dodanej (VAT).

12 Vitali została wykluczona z przetargu na tej podstawie, że przekroczono limit 30% przewidziany w zakresie podwykonawstwa w art. 105 ust. 2 dekretu ustawodawczego nr 50/2016.

13 Vitali wniosła skargę do sądu odsyłającego, domagając się między innymi ponownego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia.

14 Wyrokiem częściowym z dnia 5 stycznia 2018 r. sąd odsyłający oddalił wszystkie zarzuty podniesione przez Vitali na poparcie tej skargi, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego niezgodności z prawem Unii przewidzianego w prawie włoskim limitu 30% w zakresie podwykonawstwa.

15 Sąd odsyłający ma wątpliwości co do zgodności tego rodzaju limitu ilościowego z art. 49 i 56 TFUE, art. 71 dyrektywy 2014/24, a także zasadą proporcjonalności.

16 Sąd ten wskazuje, że Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) orzekła, iż ustawodawca krajowy ma prawo określić w zakresie podwykonawstwa ograniczenia bardziej rygorystyczne niż przewidują stosowne przepisy prawa Unii, w zakresie, w jakim takie surowsze ograniczenia są uzasadnione, po pierwsze, w świetle zasad równowagi społecznej, a po drugie, w świetle wartości wskazanych w art. 36 TFUE, do których zaliczają się porządek publiczny i bezpieczeństwo publiczne. Wspomniany sąd podkreśla ponadto, że Consiglio di Stato (rada państwa) jest zdania, że orzecznictwo Trybunału dotyczące ograniczeń ilościowych w zakresie podwykonawstwa w dziedzinie zamówień publicznych, które dotyczy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), nie ma zastosowania w ramach dyrektywy 2014/24.

17 Jednakże sąd odsyłający zauważa również, że, podobnie jak dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) oraz dyrektywa 2004/18, dyrektywa 2014/24 nie przewiduje żadnych ograniczeń ilościowych w zakresie podwykonawstwa. W ocenie sądu odsyłającego okoliczność ustanowienia dla podwykonawstwa ogólnego pułapu 30% w stosunku do całkowitej kwoty zamówienia może utrudniać przedsiębiorstwom, w szczególności zaś małym i średnim przedsiębiorstwom, dostęp do zamówień publicznych, stanowiąc tym samym przeszkodę w korzystaniu ze swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Limit ten jest wyznaczony w sposób abstrakcyjny jako określony procent zamówienia, niezależnie od możliwości weryfikacji możliwości ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru danych zadań.

18 W konsekwencji sąd odsyłający zastanawia się, czy sporne przepisy krajowe nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia zamierzonych celów.

19 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionalny sąd administracyjny dla Lombardii, Włochy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy zasady swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług zawarte w art. 49 i 56 [TFUE], art. 71 dyrektywy [2014/24], który nie przewiduje ograniczeń ilościowych w zakresie podwykonawstwa, oraz ustanowiona w prawie Unii zasada proporcjonalności sprzeciwiają się stosowaniu przepisów krajowych dotyczących zamówień publicznych takich jak włoski przepis zawarty w art. 105 ust. 2 zdanie trzecie [dekretu ustawodawczego nr 50/2016], zgodnie z którym podwykonawstwo nie może przekroczyć 30% całkowitej wartości zamówienia na roboty budowlane, usługi lub dostawy?”.

20 Wniosek sądu odsyłającego o rozpoznanie odesłania prejudycjalnego w trybie przyspieszonym zgodnie z art. 105 ust. 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem został oddalony postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 8 marca 2018 r., Vitali (C-63/18, niepublikowanym, EU:C:2018:199).

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

21 Poprzez swoje pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 49 i 56 TFUE oraz dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które ogranicza do 30% część zamówienia, której wykonanie oferent może podzlecić podmiotom trzecim.

22 Na wstępie należy zauważyć, że wartość rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia przekracza próg 5 225 000 EUR przewidziany w art. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, więc to właśnie w świetle tej dyrektywy należy udzielić odpowiedzi na niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

23 Należy przypomnieć, że dyrektywa ta ma na celu, jak wynika zasadniczo z jej motywu 1, zapewnienie poszanowania przy udzielaniu zamówień publicznych, między innymi, swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, jak również zasad z nich wynikających, takich jak w szczególności zasady równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości, oraz zapewnienie, by udzielanie zamówień publicznych było otwarte na konkurencję.

24 W szczególności w tym celu wspomniana dyrektywa przewiduje wyraźnie w art. 63 ust. 1 możliwość polegania przez oferentów, pod pewnymi warunkami, na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia określonych kryteriów wyboru wykonawców.

25 Ponadto art. 71 tej dyrektywy, który dotyczy konkretnie podwykonawstwa, stanowi w ust. 2, że instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie wszystkich części zamówienia, które zamierza on ewentualnie podzlecić podmiotom trzecim, a także proponowanych podwykonawców.

26 Z tego wynika, że dyrektywa 2014/24, podobnie jak dyrektywa 2004/18, którą uchyliła, wprowadza możliwość korzystania przez oferentów z podwykonawstwa w celu realizacji zamówienia, pod warunkiem spełnienia określonych w niej warunków (zob. podobnie, w odniesieniu do dyrektywy 2004/18, wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 31–33).

27 Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem i jak wynika z motywu 78 dyrektywy 2014/24, w interesie Unii leży, by w dziedzinie zamówień publicznych wzmocnić otwarcie postępowania przetargowego na konkurencję. Korzystanie z podwykonawstwa, które może sprzyjać przystępowaniu

małych i średnich przedsiębiorstw do przetargów publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu (zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, point 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

28 Ponadto w pkt 35 wyroku z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562) Trybunał orzekł w kwestii wykładni dyrektywy 2004/18, że klauzula specyfikacji warunków zamówienia, która nakłada ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru odnośnych zadań, jest niezgodna z dyrektywą 2004/18, która miała zastosowanie w ramach sporu, w ramach którego zapadł ten wyrok.

29 Należy zauważyć w tym względzie, że o ile art. 71 dyrektywy 2014/24 powtarza co do zasady treść art. 25 dyrektywy 2004/18, o tyle jednak ustanawia on dodatkowe zasady w zakresie podwykonawstwa. W szczególności art. 71 przewiduje możliwość żądania przez instytucję zamawiającą, a nawet zobowiązania jej przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, by poinformował ją o swoich zamiarach w zakresie podwykonawstwa, a także możliwość, pod pewnymi warunkami, dokonywania przez instytucję zamawiającą bezpośrednio na rzecz podwykonawcy płatności należnych za usługi, dostawy lub roboty budowlane realizowane na rzecz głównego wykonawcy. Ponadto wspomniany art. 71 stanowi, że instytucje zamawiające mogą sprawdzać lub być zobowiązane przez państwa członkowskie do sprawdzenia, czy nie istnieją podstawy wyłączenia podwykonawców na mocy art. 57 dyrektywy 2014/24, dotyczące w szczególności udziału w organizacji przestępczej, korupcji lub oszustwa.

30 Niemniej jednak zamiar prawodawcy Unii, by w drodze przyjęcia takich przepisów dokładniej uregulować sytuacje, w których oferent korzysta z podwykonawstwa, nie pozwala na wyciągnięcie wniosku, iż państwa członkowskie dysponują teraz możliwością ograniczenia tej możliwości skorzystania z podwykonawstwa do ustalonej abstrakcyjnie określonej części zamówienia, podobnie jak ma to miejsce w uregulowaniu rozpatrywanym w postępowaniu głównym.

31 W tym względzie rząd włoski podnosi, że państwa członkowskie mogą przewidzieć środki inne niż te, które zostały konkretnie wymienione w dyrektywie 2014/24, w celu zapewnienia w szczególności poszanowania zasady przejrzystości w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zasada ta została bardziej uwypuklona w ramach tej dyrektywy.

32 Dokładniej rzecz ujmując – rząd ten zwraca uwagę na fakt, że ograniczenie korzystania z podwykonawstwa, którego dotyczy postępowanie główne, jest uzasadnione ze względu na szczególne okoliczności występujące we Włoszech, w których podwykonawstwo stanowiło zawsze jedno z narzędzi realizowania przestępczych zamiarów. Ograniczając część zamówienia, która może zostać zlecona podwykonawcy, uregulowanie krajowe sprawia, że udział w zamówieniach publicznych staje się mniej atrakcyjny dla organizacji przestępczych, co może zapobiegać zjawisku infiltrowania obszaru zamówień publicznych przez mafię, a w ten sposób chronić porządek publiczny.

33 Rzeczywiście, jak zauważa rząd włoski, motywy 41 i 105 dyrektywy 2014/24, a także niektóre jej przepisy, takie jak art. 71 ust. 7, wskazują wyraźnie, że państwa członkowskie zachowują swobodę w zakresie wprowadzenia w swoim ustawodawstwie krajowym bardziej rygorystycznych pod pewnymi względami przepisów niż uregulowania przewidziane w tej dyrektywie w zakresie podwykonawstwa, pod warunkiem że te przepisy są zgodne z prawem Unii.

34 Prawdą jest również, że – jak wynika w szczególności z kryteriów kwalifikacji podmiotowej przewidzianych w dyrektywie 2014/24, w szczególności z podstaw wykluczenia ustanowionych w art. 57 ust. 1 tej dyrektywy – prawodawca Unii chciał poprzez przyjęcie takich przepisów uniknąć sytuacji, by wykonawcy, wobec których wydano prawomocny wyrok skazujący, na warunkach przewidzianych w tym artykule, uczestniczyli w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

35 Podobnie w motywie 41 dyrektywy 2014/24 przewidziano, że żadne z jej przepisów nie powinny uniemożliwiać nakładania lub stosowania środków niezbędnych dla ochrony porządku publicznego, moralności publicznej, bezpieczeństwa publicznego, pod warunkiem że środki te są zgodne z TFUE, natomiast w motywie 100 tej dyrektywy uściślono, że zamówienia publiczne nie powinny być udzielane w szczególności wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej.

36 Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należy przyznać państwom członkowskim pewien zakres uznania w celu przyjęcia środków mających zapewnić przestrzeganie obowiązku przejrzystości, który ciąży na instytucjach zamawiających we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Każde państwo członkowskie samo może najlepiej bowiem 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 z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).

37 Dokładniej rzecz ujmując – Trybunał orzekł już, że zwalczanie infiltracji sektora zamówień publicznych przez przestępczość zorganizowaną stanowi uzasadniony cel mogący usprawiedliwiać ograniczenie podstawowych oraz ogólnych zasad zawartych w traktacie FUE, które mają zastosowanie w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (zob. podobnie wyrok z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 27, 28).

38 Niemniej jednak nawet gdyby ograniczenie ilościowe korzystania z podwykonawstwa można było uznać za umożliwiające zwalczanie takiego zjawiska, ograniczenie takie jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym wykracza poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tego celu.

39 Należy przypomnieć w tym względzie, że instytucje zamawiające muszą w trakcie całego postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień określonych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się w szczególności zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności (wyrok z dnia 20 września 2018 r., Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, pkt 38).

40 Tymczasem w szczególności, jak przypomniano w pkt 30 niniejszego wyroku, uregulowanie krajowe rozpatrywane w postępowaniu głównym zakazuje w sposób ogólny i abstrakcyjny korzystania z podwykonawstwa w zakresie przekraczającym określony procent wartości danego zamówienia publicznego, przez co zakaz ten ma zastosowanie niezależnie od sektora gospodarki, którego dotyczy dane zamówienie, charakteru robót lub tożsamości podwykonawców. Ponadto taki ogólny zakaz nie pozostawia miejsca na ocenę każdego konkretnego przypadku z osobna przez instytucję zamawiającą (zob. analogicznie wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 54, 55).

41 Z powyższego wynika, że w ramach uregulowania krajowego takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym w odniesieniu do wszystkich zamówień znaczna część robót budowlanych, dostaw lub usług musi być zrealizowana przez samego oferenta, pod rygorem automatycznego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, włączając w to przypadki, gdy instytucja zamawiająca byłaby w stanie zweryfikować tożsamość podwykonawców, a po weryfikacji uznałaby, że taki zakaz nie jest niezbędny w celu zwalczania przestępczości zorganizowanej w ramach danego zamówienia.

42 Jak podkreśla Komisja, cel, do którego dążył ustawodawca włoski, można osiągnąć poprzez mniej restrykcyjne środki, w rodzaju środków przewidzianych w art. 71 dyrektywy 2014/24, przywołanych w pkt 29 niniejszego wyroku. Zresztą, jak wskazuje sąd odsyłający, prawo włoskie przewiduje już liczne środki, które wyraźnie mają na celu zakazanie przedsiębiorcom podejrzewanym o przynależność do mafii, a w każdym razie o powiązania z interesami głównych organizacji przestępczych działających w kraju, dostępu do przetargów publicznych.

43 W związku z tym nie można uznać, że ograniczenie korzystania z podwykonawstwa takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym jest zgodne z dyrektywą 2014/24.

44 Wniosku tego nie podważa podniesiony przez rząd włoski argument, iż kontrole, które musi przeprowadzić instytucja zamawiająca zgodnie z prawem krajowym, są nieskuteczne. Taka okoliczność, która, jak zdaje się wynikać z samych uwag tego rządu, wynika ze szczegółowych zasad tych kontroli, nie umniejsza w żaden sposób restrykcyjnego charakteru rozpatrywanego w postępowaniu głównym środka krajowego. Ponadto rząd włoski nie wykazał w żaden sposób w ramach niniejszej sprawy, że różnych zasad przewidzianych w art. 71 dyrektywy 2014/24, na mocy których państwa członkowskie mogą ograniczyć korzystanie z podwykonawców, oraz podstaw wykluczenia podwykonawców, które są możliwe na podstawie art. 57 tej dyrektywy i do których odnosi się jej art. 71 ust. 6 lit. b), nie można wdrożyć w sposób, który pozwoliłby na osiągnięcie celu realizowanego przez rozpatrywane w postępowaniu głównym uregulowanie krajowe.

45 W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytanie prejudycjalne powinna brzmieć: dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które ogranicza do 30% część zamówienia, której wykonanie wolno oferentowi podzlecić podmiotom trzecim.

W przedmiocie kosztów

46 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 (piąta izba) orzeka, co następuje:

Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, zmienioną rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, na mocy którego część zamówienia, której wykonanie wolno oferentowi podzlecić osobom trzecim, nie może przekraczać 30% całkowitej wartości zamówienia.

Podpisy