OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA

przedstawiona w dniu 27 listopada 2007 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. Consiglio di Stato (rada stanu) Republiki Włoskiej zwraca się do Trybunału w trybie art. 234 WE o ustalenie, czy art. 30 ust. 4 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane [2] wywołuje skutki poza samą dyrektywą i czy normuje również udzielanie zamówień nieobjętych zakresem obowiązywania dyrektywy.

2. W wyroku z dnia 27 września 2001 r. w sprawach połączonych Lombardini i Mantovani [3] Trybunał w pkt 53, dokonując wykładni tego przepisu, stwierdził, że jest „istotne", aby każdy oferent podejrzewany o złożenie oferty nienormalnie niskiej mógł przedstawić w sposób należyty swój punkt widzenia i dostarczyć odpowiednich wyjaśnień.

3. Niniejsze postępowanie prejudycjalne zmierza do ustalenia, czy ten przepis prawa pozytywnego ucieleśnia podstawową zasadę prawa wspólnotowego, która znajduje zastosowanie do zamówień publicznych niezależnie od tego, czy są one objęte dyrektywami sektorowymi [4], czy też nie.

4. Włoski sąd najwyższy zadaje to pytanie w szczególnym kontekście, to jest w kontekście uregulowań wewnętrznych, które ustanawiają obowiązek automatycznego wykluczenia tego rodzaju ofert w postępowaniu o udzielenie zamówień o wartości niższej niż przewidziana w dyrektywach, do czego dochodzi jeszcze stosowana w tej kategorii zamówień praktyka wpływania przez niektórych oferentów na wynik postępowania prze-

1 — Język oryginału: hiszpański.

2 — Dz.U. L 199, s. 54.

3 — Sprawy połączone C-285/99 i C-286/99, Rec. s. I-9233.

4 — Poza dyrektywą 93/37 dotyczącą zamówień publicznych na prace budowlane istnieje jeszcze dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. (Dz.U. 1977, L 13, s. 1), zmieniona następnie dyrektywą Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. (Dz.U. L 199, s. 1) dotyczącą zamówień na dostawy. Zamówienia na usługi oraz koordynacja procedur ich udzielania zostały objęte dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. (Dz.U. L 209, s. 1). Przepisy te [zmodyfikowane na mocy dyrektywy 97/52/WE (Dz.U. L 328, s. 1)] zostały skodyfikowane i połączone w jednym tekście: dyrektywie 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. L 134, s. 114).

targowego poprzez wybieg [5] polegający na porozumieniu się dla przedstawienia podobnych ofert celem ustalenia określonego progu odchylenia od normy i usunięcia pozostałych kandydatów.

5. W konsekwencji niniejsze postępowanie prejudycjalne ma ogromną wagę, ponieważ dotyczy ogólnych zasad prawa wspólnotowego, przy czym nie należy zapominać, że jego rozwiązanie może opierać się wyłącznie na systemie prawnym Unii Europejskiej. Aby udzielić włoskiemu organowi sądowemu odpowiedzi pomocnej w rozstrzygnięciu sporu, Trybunał powinien postępować dwutorowo.

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

6. Artykuły 43 WE i 49 WE ustanawiają odpowiednio swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług. Podstawowym zadaniem dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. [6], która rozpoczęła harmonizację przepisów państw członkowskich w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, było — zgodnie z jej pierwszym motywem — jednoczesne urzeczywistnienie obu tych swobód. Dyrektywa ta, która normowała jedynie udzielanie zamówień o wartości równej lub wyższej od miliona jednostek rozrachunkowych (motyw ósmy), ustanawiała kryteria udzielania zamówień oparte albo na najniższej cenie, albo na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie (art. 29 ust. 1), a także zakładając, że składane będą oferty nienormalnie niskie, umożliwiała ich odrzucenie po wysłuchaniu zbyt odważnego oferenta (art. 29 ust. 5).

7. Odnośnie do wykładni tego przepisu Trybunał stwierdził, że decyzja o odrzuceniu może zostać podjęta wyłącznie po stworzeniu przedsiębiorcy możliwości wyjaśnienia swej oferty, to znaczy po przeprowadzeniu kontradyktoryjnego postępowania sprawdzającego. W ten sposób wyłączona została możliwość automatycznego wykluczenia [7].

5 — Tego typu fortele istniały zawsze, i tak Homer w Odysei opisuje wiele przykładów przysłowiowej przebiegłości Odyseusza, jak w przygodzie z pieśni IX, kiedy to bohater uwięziony przez Polifema upił tego ostatniego i powiedział mu, że imię jego brzmi Nikt. Korzystając z senności cyklopa spowodowanej winem, Odyseusz wraził w jego jedyne oko płonącą gałąź oliwną. W odpowiedzi na wołania o pomoc inni cyklopi zapytali go, co się stało i kto go zaatakował, a Polifem odparł im, że „Nikt mnie zdradą morduje! To nie gwałt, lecz zdrada!", przez co uniemożliwił im przyjście mu z pomocą (wiersz [428]).

6 — Dyrektywa dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień na prace budowlane [tłumaczenie nieoficjalne] (Dz.U. L 185, s. 5).

7 — Zgodnie z wyrokiem z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88 Fratelli Costanzo, Rec. s. 1839, pkt 16, 18 i 19, który zabronił wykluczeń dokonywanych z urzędu na podstawie mechanicznych kryteriów (pkt 1 sentencji). Ta linia orzecznictwa została powtórzona w wyroku z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-295/89 Donà Alfonso, Rec. s. I-2967. Wcześniej jeszcze była sprawa 76/81 Transporoute, w której wyrok wydano w dniu 10 lutego 1982 r., Rec. s. 417, pkt 18.

8. Ponieważ dyrektywa 71/305 była przedmiotem wielu kolejnych zmian [8], należało ją skodyfikować, co zostało dokonane w dyrektywie 93/37, której celem była również ochrona swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług (motyw drugi). W dyrektywie 93/37, znajdującej zastosowanie wobec umów o wartości powyżej 5 mln ECU (art. 6 ust. 1) i posługującej się dotychczasowymi kryteriami udzielania zamówień (art. 30 ust. 1), w art. 30 ust. 4 powtórzono z niewielkimi modyfikacjami treść poprzednio obowiązującego art. 29 ust. 5:

„Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty są nienormalnie niskie w stosunku do robót budowlanych, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne, oraz weryfikuje składowe elementy, uwzględniając otrzymane wyjaśnienia.

Instytucja zamawiająca może uwzględnić wyjaśnienia oparte na obiektywnych przesłankach odnoszących się do oszczędności metody budowlanej, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych dla oferenta przy wykonywaniu robót budowlanych lub oryginalności rozwiązania proponowanego przez oferenta.

Jeśli dokumenty dotyczące zamówienia przewidują udzielenie go na podstawie najniższej oferowanej ceny, instytucja zamawiająca musi powiadomić Komisję o odrzuceniu ofert, które uznaje za zbyt niskie.

[…]”.

9. Dyrektywa 2004/18, którą państwa członkowskie miały obowiązek transponować do dnia 31 stycznia 2006 r. (art. 80 ust. 1), uchyliła dyrektywę 97/37 począwszy od dnia 31 marca 2004 r. (art. 82 i 83). Odnośnie do udzielania zamówień na roboty budowlane, których cena wynosi przynajmniej 5 278 000 EUR [art. 7 lit. c)], [9] instytucje zamawiające mają możliwość wykluczenia ofert nienormalnie niskich po przeprowadzeniu kontradyktoryjnego postępowania sprawdzającego (art. 55 ust. 1 i 2).

B — *Przepisy włoskie*

10. Artykuł 30 ust. 4 dyrektywy 97/37 został przetransponowany na grunt

8 — Jedna z nich dotyczyła art. 29 ust. 5 w nowym brzmieniu nadanym dyrektywą 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r. (Dz.U. L 210, s. 1).

9 — Zgodnie z brzmieniem rozporządzenia Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. (Dz.U. L 333, s. 28).

prawa włoskiego w art. 21 ust. 1a ustawy nr 109/1994 z dnia 11 lutego 1994 r. — ustawy ramowej dotyczącej zamówień publicznych [10], który został dodany na mocy art. 7 ustawy nr 216/1995 z dnia 2 czerwca 1995 r. [11]. Zgodnie z tym przepisem:

„W przypadku udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej 5 mln ECU na podstawie kryterium najniższej oferowanej ceny w rozumieniu ust. 1 instytucja udzielająca zamówienia ocenia odchylenie od normy, w rozumieniu art. 30 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r., każdej oferty charakteryzującej się obniżeniem ceny równym lub większym od średniej arytmetycznej procentowego obniżenia cen wszystkich dopuszczonych ofert, z wyłączeniem 10%, zaokrąglonych w górę do pełnej jednostki, odpowiednio ofert o cenie najwyższej i ofert o cenie najniższej, powiększonej o średnią arytmetyczną rozbieżności procentowych obniżeń cen, które przekraczają wskazaną wyżej średnią.

W tym celu, w terminie sześćdziesięciu dni od dnia przestawienia ofert, instytucja publiczna bierze pod uwagę jedynie takie wyjaśnienia, które są oparte na oszczędności metody budowlanej, wybranych rozwiązaniach technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunkach dostępnych dla oferenta przy wykonywaniu robót budowlanych, z wyłączeniem jednak wyjaśnień dotyczących wszelkich elementów składowych, których wartości minimalne są ustalone przez przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne lub których wartości można ustalić na podstawie danych urzędowych.

Do ofert należy dołączyć w momencie ich składania wyjaśnienia dotyczące najważniejszych pozycji cenowych wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu i które razem stanowią kwotę równą co najmniej 75% wartości podstawowej zamówienia.

Jedynie odnośnie do zamówień publicznych na roboty budowlane o wartości poniżej progu wspólnotowego instytucja zamawiająca automatycznie wyklucza z postępowania oferty, które zawierają procent obniżenia ceny równy lub wyższy określonemu w zdaniu pierwszym niniejszego ustępu. Automatycznego wykluczenia nie stosuje się w przypadku, gdy liczba ważnych ofert jest niższa niż pięć” [12].

10 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (zwana dalej „GURI”) nr 41 z dnia 19 lutego 1994 r., s. 5.

11 — GURI nr 127 z dnia 2 czerwca 1995 r., s. 3. Tekst jednolity z uwzględnieniem dekretu ustawodawczego nr 101/1995 z dnia 3 kwietnia 1995 r. (ze zmianami) w sprawie przepisów o charakterze pilnym w dziedzinie robót budowlanych (GURI nr 78 z dnia 3 kwietnia 1995 r., s. 8).

12 — W brzmieniu nadanym przez art. 7 ustawy nr 415/1998 z dnia 18 listopada 1998 r. (GURI nr 284 z dnia 4 grudnia 1998 r., dodatek zwyczajny, s. 5).

11. Dyrektywę 2004/18 transponuje na grunt prawa włoskiego dekret legislacyjny nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r.[13]. W przepisach dotyczących ofert nienormalnie niskich (art. 86–88) ostatni akapit art. 21 ust. 1a ustawy nr 109/94 został pominięty.

III — Postępowania przed sądem krajowym

12. Na mocy uchwały z dnia 28 stycznia 2003 r. comune di Torino postanowiła wyłączyć na przyszłość stosowanie art. 21 ust. 1a ustawy nr 109/94 w celu uniknięcia automatycznego wykluczania ofert nienormalnie niskich, aby dzięki temu w ramach udzielania zamówień gminnych, w tym zamówień, które nie osiągają progu wspólnotowego, oferty były sprawdzane w trybie postępowania kontradyktoryjnego ustanowionego przez dyrektywę 93/37.

13. Spółki włoskie SECAP SpA (sprawa C-147/06) i Santorso Soc. Coop. arl. (sprawa C-148/06) uczestniczyły w dwóch postępowaniach przetargowych zorganizowanych przez gminę, dotyczących wykonania określonych robót[14], których wartości nie przekraczały wspomnianego progu. Ogłoszenie o przetargu informowało o stosowaniu kryterium najniższej oferowanej ceny, przewidując jednocześnie weryfikację ofert nietypowych, bez automatycznego wykluczenia ofert nienormalnie niskich, na mocy uchwały z dnia 28 stycznia 2003 r. Oferty złożone przez spółki znalazły się jako pierwsze pośród ofert „niezawierających odchyleń od normy", jednakże władze gminy przed podjęciem decyzji stwierdziły, że oferty, które zdawały się zawierać odchylenia od normy, były w rzeczywistości poważne, i przyznały zamówienia innym oferentom.

14. Obie spółki złożyły skargę do Tribunale amministrativo regionale de Piemonte [regionalnego sądu administracyjnego w Piemoncie], powołując się na to, że art. 21 ust. 1a ustawy nr 109/94 wyłącza oferty nienormalnie niskie w sposób mechaniczny i w ten sposób zabrania instytucjom zamawiającym przyjmowania wyjaśnień ich autorów i badania wspomnianych ofert przed ich odrzuceniem. Organ sądowy nie podzielił tego argumentu i oddalił skargę, uzasadniając to tym, że przepis ów dopuszczał automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich, ale nie nakazywał tego i zatem nic nie stało na przeszkodzie, by urząd udzielający zamówienia wysłuchał autorów ofert i oferty te zbadał.

15. Consiglio di Stato, do której strony skarżące złożyły apelacje, przyjęła ich argumentację i odrzuciła wykładnię przyjętą przez sąd regionalny, jednakże nie pozostając obojętna na wymogi prawa wspólnotowego, na które

13 — GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.

14 — Odpowiednio przekształcenie starego pałacu w schronisko młodzieżowe (4 699 999 EUR) i rewitalizacja corso Francia między piazza Statuto i piazza Bernini (5 172 579 EUR).

powoływała się comune di Torino, skierowała do Trybunału w trybie art. 234 WE następujące pytania:

„1) Czy zasada wyrażona w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37/EWG lub analogiczna zasada zawarta w art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE (jeśli uznane zostanie, że stosuje się tę ostatnią dyrektywę), zgodnie z którą jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty są nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne, oraz weryfikuje składowe elementy, uwzględniając otrzymane wyjaśnienia, jest podstawową zasadą prawa wspólnotowego, czy też nie?

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, czy jeśli zasada wyrażona w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37/EWG lub analogiczna zasada zawarta w art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE (jeśli uznane zostanie, że stosuje się tę ostatnią dyrektywę), zgodnie z którą jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty są nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne, oraz weryfikuje składowe elementy, uwzględniając otrzymane wyjaśnienia, nie wykazuje cech zasady podstawowej prawa wspólnotowego, jest zasadą, którą można wywnioskować lub też »zasadą wywodzącą się« z zasady konkurencji w związku z zasadą przejrzystości w administracji i zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i z tego względu stosuje się ją bezpośrednio i ma ona pierwszeństwo przed sprzecznymi z nią przepisami krajowymi, wydanymi przez państwa członkowskie w odniesieniu do procedur udzielania zamówień publicznych, do których nie stosuje się bezpośrednio przepisów prawa wspólnotowego?”.

IV — Postępowanie przed Trybunałem

16. Postanowieniem z dnia 10 maja 2006 r. prezes Trybunału połączył obie sprawy ze względu na istniejące między nimi obiektywne powiązanie.

17. Przedsiębiorstwa będące stronami skarżącymi w postępowaniu przed sądem krajowym, comune di Torino, rządy niemiecki, austriacki, francuski, włoski, litewski, niderlandzki i słowacki, a także Komisja złożyły uwagi na piśmie prezentujące różnorodne stanowiska, które można

jednak pogrupować w dwie kategorie: pierwsza, opowiadająca się za argumentacją wysuniętą przez comune di Torino, do której należą Litwa, Słowacja [15] i Komisja, oraz druga, do której należą wszyscy pozostali uczestnicy postępowania prejudycjalnego, opowiadająca się za udzieleniem odpowiedzi przeczących na oba pytania prejudycjalne. Pełnomocnicy Santorso Soc. coop. arl, comune di Torino, rządów niemieckiego, włoskiego i litewskiego, a także Komisji wzięli udział w rozprawie, która miała miejsce w dniu 25 października 2007 r., w celu przedstawienia uwag ustnych.

V — Analiza pytań prejudycjalnych

18. Oba pytania zadane przez Consiglio di Stato sprowadzają się w istocie do jednego, które zmierza do ustalenia, czy art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37, który nakłada obowiązek przeprowadzenia kontradyktoryjnej debaty w sprawie ofert nienormalnie niskich przed podjęciem decyzji o ich ewentualnym wykluczeniu, znajduje zastosowanie również do zamówień, które nie należą do zakresu stosowania dyrektywy; innymi słowy, czy w przypadku tego rodzaju zamówień przepis ten sprzeciwia się, aby państwa członkowskie wprowadziły automatyczną eliminację takich ofert.

19. Należy zatem zbadać, jaki charakter posiada ten przepis, aby ustalić, czy należy on do pierwotnego prawa wspólnotowego i wykracza poza zakres dyrektywy 93/37.

A — *Punkt wyjścia*

20. Analiza niniejsza opiera się na solidnych podstawach mocno ugruntowanych w orzecznictwie, które zostały już przeze mnie zbadane [16]. Postępowania w sprawie udzielania zamówień publicznych, które z różnych powodów (ilościowych lub merytorycznych) nie są objęte zakresem dyrektyw obowiązujących w tej dziedzinie, nie wymykają się całkowicie porządkowi prawnemu Unii Europejskiej, jako że jego zasady podstawowe, w szczególności zasady swobodnego przepływu, wyznaczają nieprzekraczalne granice.

21. Koncepcję tę, wyrażoną w motywie 2 dyrektywy 2004/18 [17], znaleźć można od

15 — Choć z pewnymi różnicami w porównaniu ze stanowiskiem Litwy i comune di Torino, biorąc pod uwagę fakt, że rząd słowacki, choć popiera udzielenie odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie prejudycjalne, nie zgadza się na oddzielenie zasady wypływającej z art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 i zasad wprowadzonych przez traktat, i w ten sposób przychyla się do stanowiska gminy.

16 — Opinia z dnia 8 listopada 2006 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, niezakończonej jeszcze wyrokiem (pkt 44–47).

17 — „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, 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 […]”.

dawna w annałach Trybunału [18]. W wyroku z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie Telaustria i Telefonadress [19] orzeczono, że podmioty zamawiające mają obowiązek przestrzegania zasad traktatu przy udzielaniu zamówień, które są wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektyw sektorowych (pkt 60) [20]. Ta linia orzecznictwa znalazła później potwierdzenie w wyroku z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie HI (pkt 47) [21], a ostatnio w sposób naturalny i bez odwołań do poprzednich spraw w wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie Coname [22].

22. Następnie w postanowieniu z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie Vestergaard [23] podkreślono, że przez sam fakt, iż szczególne, rygorystyczne postępowania przewidziane w przywołanych dyrektywach nie są odpowiednie w przypadku zamówień publicznych o niewielkiej wartości, postępowania w sprawie udzielania takich zamówień nie są wyłączone z zakresu obowiązywania prawa wspólnotowego, biorąc pod uwagę, że powinny być one zgodne z traktatem (pkt 19–21) [24], o ile mogą stanowić przedmiot zainteresowania przedsiębiorców mających siedzibę w innych państwach członkowskich [25]. W wyroku z dnia 20 października 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji [26] teza ta została podtrzymana (pkt 33).

23. Ustanowienie progu ekonomicznego, od którego zależy objęcie zamówienia zakresem obowiązywania dyrektywy, opiera się na założeniu, że przedsiębiorcy mający siedzibę poza granicami kraju nie będą zainteresowani zamówieniami o niewielkiej wartości, przez co są one pozbawione znaczenia wspólnotowego. Jednakże domniemanie to, mające charakter presumptio iuris tantum, może zostać obalone za pomocą dowodu przeciwnego, ponieważ jak zauważa Komisja w swoich uwagach na piśmie, nie można wykluczyć, że zamówienie o niewielkiej wartości może stanowić przedmiot zainteresowania zagranicznych przedsiębiorców w zależności na przykład od miejsca jego wykonania, które może znajdować się blisko ich kraju, lub dlatego, że jest korzystne dla ich strategii handlowej.

18 — Podobnie jak w annałach Komisji, a konkretnie w „Komunikacie wyjaśniającym Komisji dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych" (Dz.U. 2006, C 179, s. 2, szczególnie s. 5 i 6).

19 — Sprawa C-324/98, Rec. s. I-10745.

20 — W tej sprawie dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, s. 84), zastąpionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. (Dz.U. L 134, s. 1).

21 — Sprawa C-92/00, Rec. s. I-5553. W rzeczywistości wyrok ten dotyczył w większym stopniu postępowania nieobjętego tymi zasadami niż zamówienia wyłączonego z zakresu stosowania dyrektywy: zgodnie z wymogami traktatu powinna istnieć możliwość odwołania się od decyzji o stwierdzeniu nieważności postępowania przetargowego, która nie została wprowadzona na mocy dyrektywy 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33) w wersji zmienionej dyrektywą 92/50.

22 — Sprawa C-231/03, Zb.Orz., s. I-7287. W pkt 16 tego wyroku wskazano, że przyznanie tego rodzaju koncesji (dotyczącej zarządzania publiczną usługą dystrybucji gazu, przyznanej spółce z większościowym udziałem kapitału publicznego) nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca wspólnotowy uregulował dziedzinę zamówień publicznych. W braku takich przepisów wpływ prawa wspólnotowego na udzielanie takich koncesji rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności podstawowych swobód ustanowionych w traktacie. Wyroki z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 46 i z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 18 utrzymały tą linię orzecznictwa.

23 — Sprawa C-59/00, Rec. s. I-9505.

24 — W postanowieniu tym uznano za niezgodną z art. 28 traktatu WE klauzulę specyfikacji zamówienia publicznego o minimalnej wartości, która wymagała bez żadnego uzasadnienia stosowania produktów określonej marki.

25 — Przeciwnie w pkt 20 wyroku w sprawie Coname.

26 — Sprawa C-264/03, Zb.Orz. s. I-8831.

24. W konsekwencji to ograniczenie ilościowe jest oczywiście jedynie pewną konwencją, ponieważ nie można wykluczyć, że zamówienie o niższej wartości wywoła zainteresowanie w innych państwach członkowskich, wprowadzając element, który uruchomi stosowanie prawa wspólnotowego i jego celów. W rezultacie postępowania w sprawie udzielania zamówień, które mimo ich niewielkiego znaczenia mają wymiar europejski, powinny być prowadzone zgodne z zasadami ustanowionymi przez traktat, niezależnie od faktu, że zamówienia o wartości wyższej niż kwoty wskazane w dyrektywach podlegają bardziej rygorystycznym przepisom koordynacyjnym [27].

25. Jeden z takich przepisów, to znaczy art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37, mający zastosowanie ratione temporis do sporów przed sądem krajowym, którego treść została powtórzona w art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18, zabrania automatycznego wyłączania ofert nienormalnie niskich. Consiglio di Stato zmierza do ustalenia, czy zakaz ten jest zasadą podstawową prawa wspólnotowego lub przynajmniej zasadą, którą można wywnioskować z zasady kompetencji w związku z zasadami przejrzystości w administracji i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, które powinny być przestrzegane przy udzielaniu zamówień nieobjętych przywołanymi dyrektywami.

27 — Zobacz drugą część motywu 2 dyrektywy 2004/18.

B — *Mniej niż zasada podstawowa...*

26. Pojęcia „zasady podstawowej" lub „reguły podstawowej", którymi posługuje się przywołane przeze mnie orzecznictwo, posiadają dokładnie określoną treść. Nie odwołują się one do elementów aksjologicznych, leżących u podstaw traktatu, ani do żadnego środka przyjętego z myślą o osiągnięciu jego celów. Sytuują się między tymi dwoma ekstremami, w tekście prawa pierwotnego, w miejscu, w którym wspólnotowe „organy stanowiące prawo" określiły zamierzone cele, wraz z podstawowymi środkami służącymi ich osiągnięciu. Pobieżna lektura art. 2 i 3 WE pokazuje, że dotyczą one przemieszczania bez przeszkód osób, towarów, usług i kapitału, gwarantowanego w odnoszących się do nich swobodach przepływu (art. 23, 43 i 49 WE), które należy uzupełnić zakazem wszelkiej dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, będącym wartością znajdującą przekrojowe zastosowanie, nierozerwalnie związaną z projektem integracji państw (art. 12 WE).

27. Taka koncepcja, podobna do tej, którą można znaleźć w motywie 2 dyrektywy 2004/18, daje się również zauważyć we wspomnianych orzeczeniach. Zasada zakazu dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową przywołania jest w pkt 60 wyroku w sprawie Telaustria i Telefonadres; co więcej, pkt 42 i 47 wyroku w sprawie HI odnoszą się do swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług; ratio decidendi

postanowienia w sprawie Vestergaard opiera się na jeszcze innej swobodzie przepływu, a mianowicie swobodzie dotyczącej towarów (pkt 21), wreszcie wyrok w sprawie Coname po raz kolejny odsyła do art. 43 i 49 WE w celu uzasadnienia zakazu pośredniej dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową.

28. Należy zatem stwierdzić, że „zasady podstawowe" traktatu, mogące osłabić uprawnienie przysługujące państwom członkowskim w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień, które zostały wyłączone z wprowadzonego przez dyrektywy sektorowe mechanizmu koordynacji, są zbieżne z zasadami przywołanymi w preambułach wspomnianych dyrektyw, które podkreślił Trybunał.

29. Zresztą nie jest to zaskakujące, ponieważ jak stanowi motyw 2 dyrektywy 2004/18, przepisy w niej zawarte wypływają ze wspomnianych zasad. Dyrektywy zmierzają bowiem do bezpośredniego, ograniczonego celu, jakim jest wskazana koordynacja udzielania zamówień dla zapewnienia rozwoju efektywnej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych [28] w imię realizacji zasadniczych swobód leżących u podstaw integracji europejskiej. W szczególności celem tym jest zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie oraz ochrona interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w państwie członkowskim, pragnących sprzedawać swe produkty lub usługi instytucjom zamawiającym z innych państw członkowskich [29].

30. Odwracając punkt widzenia, widoczne staje się, że zadanie jest dwojakiego rodzaju: wyeliminowanie ryzyka, iż preferencja zostanie przyznana oferentom krajowym (buy nacional) oraz uniknięcie sytuacji, w której właściwa instytucja zamawiająca kieruje się względami innymi niż gospodarcze [30] (zatem podstawowym kryterium udzielenia zamówienia powinna być zawsze najniższa cena lub oferta najkorzystniejsza ekonomicznie).

31. W tym świetle pierwsze pytanie prejudycjalne zasługuje wyłącznie na odpowiedź przeczącą, w zakresie w jakim automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich w ramach udzielania zamówień publicznych na prace budowlane nie jest sprzeczne z żadną zasadą podstawową traktatu, gdyż swobody podstawowe lub wspomniane zakazy dyskryminacji nie wymagają, aby

28 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Fratelli Costanzo, pkt 18.

29 — Wyroki z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 BFI Holding, Rec. s. I-6821, pkt 41; z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 16 oraz z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-939, pkt 41.

30 — Wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. s. I-73, pkt 33; ww. wyroki w sprawie BFI Holding, pkt 42; w sprawie University of Cambridge, pkt 17; oraz w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 42.

oferent, który składa tego rodzaju ofertę, miał bezwzględnie i w każdym przypadku możliwość złożenia wyjaśnień, zanim zostanie podjęta decyzja o dalszym losie jego oferty.

32. Jest tak w szczególności z uwagi na konieczność uwzględnienia zasady skuteczności, która obowiązuje również w ramach wspólnotowego prawa zamówień publicznych. Zarządzanie sprawami publicznymi wymaga skuteczności, która czasem jest trudna do pogodzenia z rytmem postępowania selekcyjnego zabezpieczonego wieloma gwarancjami [31].

34. Wskazałem już, że postępowanie wyjaśniające ustanowione przez ten przepis zostało uznane za „zasadnicze" w wyroku w sprawach połączonych Lombardini i Mantovani [32]. Za tym przymiotnikiem kryje się przekonanie, że po to, aby mogła zaistnieć rzeczywista konkurencja w dziedzinie zamówień publicznych oraz aby zapewnić swobodny przepływ, niezbędne jest kontradyktoryjne sprawdzenie ofert nienormalnie niskich, co zakłada, jak zauważyłem w mojej opinii w tych dwóch sprawach, że oferenci uczestniczą w postępowaniu na równych zasadach i bez żadnej dyskryminacji (pkt 24).

C — *...lecz coś więcej niż tylko zwykły przepis prawa pozytywnego*

1. Zasady domniemane

33. Artykuł 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 nie jest również przepisem zależnym od uznania ustawodawcy, podlegającym zmianom, bez żadnego związku ze światem zewnętrznym, przepisem, który mógłby równie dobrze w ogóle nie istnieć.

35. Zakaz wszelkiej dyskryminacji, w szczególności z uwagi na przynależność państwową, pociąga za sobą obowiązek przejrzystości, która gwarantuje wszystkim potencjalnym oferentom jawność w stopniu pozwalającym na otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję oraz kontrolę bezstronności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, co wynika z wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie Unitron Scandinavia i 3-S (pkt 61 i 62) [33].

31 — Punkt 30 mojej opinii z dnia 5 czerwca 2001 r. w sprawie zakończonej wyrokiem w sprawach połączonych Lombardini i Mantovani.

32 — W wyroku tym podkreśla się, że z samej treści wspomnianego przepisu wynika, iż instytucja zamawiająca ma obowiązek ustalić, które oferty mogą być podejrzanie niskie, umożliwić odpowiednim przedsiębiorcom wykazanie ich poważnego charakteru, ocenić wyjaśnienia przedstawione przez zainteresowanych i podjąć decyzję co do dopuszczenia lub odrzucenia takich ofert (pkt 55).

33 — Sprawa C-275/98, Rec. s. I-8291. Zobacz podobnie w wyrokach w sprawie Telaustria i Telefonoadress, pkt 61 i 62 oraz w sprawie Parking Brixen, pkt 49.

36. Zatem uprawnione jest pytanie, podniesione również przez Consiglio di Stato, czy przywołany art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37, mimo iż nie wyraża żadnej z zasad podstawowych prawa europejskiego, stanowi jednak zasadę wynikającą w konieczny sposób z tych zasad, której powinny podlegać zamówienia publiczne, jeżeli mają one wspólnotowe znaczenie, niezależnie od tego, czy są objęte zakresem przywołanych dyrektyw.

37. Innymi słowy, czy w przypadku gdy automatyczne wykluczenie oferty narusza wspomnianą zasadę wynikającą z zasad podstawowych, należy stosować sporny przepis wobec zamówień publicznych, które nie należą do zakresu obowiązywania dyrektywy 93/37?

2. Oferenci i pojęcie oferty nienormalnie niskiej

38. Pojęcie oferty nienormalnie niskiej nie zostało oparte na abstrakcyjnych podstawach. Definiuje się je natomiast poprzez odesłanie do zamówienia, które powinno zostać udzielone, i w związku ze świadczeniem [34] będącym przedmiotem zamówienia. Zatem jednoczy ono w sobie cechy nieokreślonego pojęcia prawnego, które a priori jest nieścisłe, ale przewidywalne, gdy weźmie się pod uwagę szczególne elementy zamówienia.

34 — Punkt 32 opinii w sprawach połączonych Lombardini i Mantovani.

39. Te cechy są w szczególny sposób wyraźne w systemie włoskim, który precyzuje to pojęcie w zależności od przedmiotu zamówienia i cen proponowanych w różnych ofertach za pomocą mechanizmu matematycznego wyznaczającego próg odchylenia od normy.

40. Konkurenci, którzy dzięki jawności postępowania zapoznali się z przedmiotem i charakterem zamówienia, opracowują swoje projekty w sposób poufny, tak że każdy z nich zna wyłącznie treść własnego projektu. Ogólnie rzecz biorąc, z uwagi na fakt, że system premiuje oferty proponujące najniższą cenę lub oferty najkorzystniejsze ekonomicznie, przedstawia się je w taki sposób, aby zaproponować najniższą cenę, nawet z narażeniem zysku przedsiębiorstwa.

41. W konsekwencji wszyscy oferenci ponoszą ryzyko, że po otwarciu kopert ich oferty zostaną uznane za nienormalnie niskie.

42. Jednakże równowaga ta ulega zachwianiu, gdy jeden z konkurentów dysponuje informacjami na temat elementów oceny, które wpływają na ustalenie progu odchylenia od normy, co powoduje naruszenie niezbędnej w tym przypadku równości.

3. Porozumienie przy składaniu ofert

43. Consiglio di Stato przy ocenie faktów, na które powołuje się comune di Torino, przedstawia obraz sytuacji, którego Trybunał nie może pominąć, a zgodnie z którym automatyczne wykluczenie ofert proponujących obniżoną w nieracjonalnym stopniu cenę, wynikające jednoznacznie z art. 21 ust. 1a ustawy nr 109/1994, sprzyja porozumieniom mającym na celu wpłynięcie ex ante na postępowanie selekcyjne.

44. Prawo wspólnotowe nie pomija takiej sytuacji.

45. Jest oczywiste, że biorąc pod uwagę jego obiektywny charakter, należy stwierdzić, że mechanizm wykluczania ofert, które zgodnie z pierwszym ustępem tego przepisu okazują się nienormalnie niskie, nie jest sam w sobie dyskryminacyjny. W opinii w sprawach połączonych Lombardini i Mantovani wyjaśniłem, że przepisy włoskie wprowadzają arytmetyczny i automatyczny mechanizm ustalania progu odchylenia od normy, całkowicie zgodny z celem dyrektywy 93/37, który sprzyja ustaleniu w każdym postępowaniu przetargowym, zgodnie z danym rynkiem, progu, poniżej którego oferta może zostać uznana za zawierającą odchylenie od normy. Wszyscy kandydaci mają równe szanse i żaden z nich nie ma przewagi nad innymi przy przygotowywaniu oferty (pkt 33 i 35). Zatem bezpośrednie odrzucenie oferentów postępujących nieprawidłowo, bez zapewnienia im możliwości przedstawienia wyjaśnień, nikogo nie dyskryminuje.

46. Jednakże inaczej jest w sytuacji, gdy grupa przedsiębiorców, zazwyczaj działających na rynku, na którym przeprowadzane jest postępowanie przetargowe, uzgadnia między sobą na podstawie niezgodnego z prawem porozumienia, że przygotują podobne oferty różniące się jedynie w stopniu minimalnym, dzięki czemu oferty innych konkurentów, nieobjętych porozumieniem, zostaną uznane za nienormalnie niskie, bez stworzenia takim oferentom możliwości obrony lub wykazania jakości ich propozycji.

47. W takim przypadku mamy do czynienia z naruszeniem przejrzystości i uczciwej konkurencji, które są zasadami prawa wspólnotowego obowiązującymi w dziedzinie zamówień publicznych, w zakresie w jakim, w celu uniknięcia dyskryminacji zakazanej przez traktat, jeżeli przegrywający kandydaci mają siedziby w innych państwach członkowskich, powinni mieć możliwość przedstawienia swego stanowiska. Comune di Torino stwierdziła w trakcie rozprawy w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym, że w następstwie niestosowania przepisu krajowego nastąpiło znaczne obniżenie liczby ofert składanych w celu zakłócenia wolnej konkurencji.

48. Reasumując, w dziedzinie udzielania zamówień mających wspólnotowe znaczenie

wspomniane wyżej zasady wymagają, aby instytucja zamawiającą wysłuchała w ramach kontradyktoryjnego postępowania wyjaśnień przedsiębiorców, których oferty zostały uznane za nienormalnie niskie. W rezultacie sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych, które w przypadku zamówień o wartości niższej niż próg ustanowiony przez dyrektywy sektorowe nakładają obowiązek automatycznego wykluczenia tego rodzaju ofert bez wysłuchania zainteresowanych.

4. Prawo do dobrej administracji

49. Powyższe ujęcie problemu, które ma charakter obiektywny i abstrakcyjny i wykracza poza interesy poszczególnych przedsiębiorców zaangażowanych w postępowanie selekcyjne, należy uzupełnić ujęciem subiektywnym, w którym duże znaczenia mają prawa przedsiębiorców, a w szczególności zakaz odebrania im prawa do obrony w ramach postępowania administracyjnego.

50. Zakaz pozbawienia prawa do obrony jest w sposób wyraźny przyjęty w systemach prawnych wszystkich państw członkowskich i stanowi część prawa do dobrej administracji, które Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej [35] proklamuje w art. 41 tytułu V, poświęconego obywatelstwu. Ustęp 2 tego artykułu przyznaje każdemu prawo do bycia wysłuchanym, zanim zostaną podjęte indywidualne środki mogące negatywnie wpłynąć na jego sytuację.

51. Karta, której wagę Trybunał pokreślił niedawno, zwłaszcza w wyroku z dnia 27 czerwca 2006 r. w sprawie Parlament przeciwko Radzie [36] oraz w wyroku z dnia 8 maja 2007 r. w sprawie Advocaten voor de Wereld [37]. wymaga, aby oferent przed wykluczeniem go mógł przedstawić swoje stanowisko w celu przekonania instytucji zamawiającej o zasadności swej oferty.

52. Zgadzam się z Komisją co do faktu, że prawo to, rozpatrywane samo w sobie, nie wymaga wysłuchania w każdym przypadku rzekomo zbyt odważnego przedsiębiorcy, biorąc po uwagę, że co do zasady jest on już chroniony poprzez bezstronne rozpatrywanie ofert zgodnie ze z góry ustalonymi kryteriami, które mają charakter obiektywny i niedyskryminacyjny. Jednakże uczestnik, który może zostać wyeliminowany w wyniku zmowy między innymi uczestnikami, znajduje się w niekorzystnym położeniu, tym bardziej że nie daje mu się możliwości wyrażenia swego stanowiska.

35 — Dz.U. 2000, C 364, s. 1.

36 — Sprawa C-540/03, Zb.Orz., s. I-5769.

37 — Wyrok w sprawie C-303/05, Zb.Orz. s. I-3633. Odnośnie do charakteru Karty, zob. pkt 76–79 mojej opinii w tej sprawie.

53. Zatem prawo do bycia wysłuchanym przez administrację przemawia przeciwko automatycznemu wykluczeniu ofert nienormalnie niskich, ponieważ jak już wyjaśniłem, pojęcie „odchylenia od normy" jest pojęciem prawnym o charakterze nieokreślonym, które w każdym przypadku wymaga uzupełnienia w zależności od szczególnych cech uczestników.

54. W rezultacie z uwagi na prawo do dobrej administracji należy odradzić pominięcie kontradyktoryjnego sprawdzania ofert przed rozważeniem ich istoty nawet w przypadku zamówień, które nie podlegają dyrektywom sektorowym, ponieważ pociąga to za sobą zmniejszenie gwarancji przewidzianych przez tak zwane dyrektywy „odwoławcze" [38].

5. Swoboda uznania państw członkowskich

55. Z powyższych uwag wynika, że prawo wspólnotowe sprzeciwia się obowiązywaniu uregulowań krajowych, które nakładają na instytucje zamawiające obowiązek automatycznego odrzucania ofert nienormalnie niskich w przypadku zamówień publicznych, które nie podlegają dyrektywom w sprawie koordynacji postępowań przetargowych; prawo to zaleca natomiast, aby zapewnić tym instytucjom możliwość indywidualnej oceny zasadności rozpoczęcia postępowania wyjaśniającego w celu zweryfikowania w sposób kontradyktoryjny struktury ofert [39].

56. Jednakże autonomia państw członkowskich zwalnia je z obowiązku podążania drogą wyznaczoną przez art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 i pozwala im określić, w jaki sposób chronione będą prawa, które wspólnotowy system prawny przyznaje obywatelom, ustanawiając jako jedyne ograniczenia zasady równoważności i skuteczności, zgodnie z którymi ustanowione procedury nie mogą być mniej korzystne niż te, które służą ochronie praw opartych na wewnętrznym systemie prawnym, i muszą być zorganizowane w taki sposób, aby osiągnięcie celu, który mają realizować, nie było w praktyce trudne lub prawie niemożliwe [40].

38 — Wyżej wymieniona dyrektywa 89/665 oraz dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76, s. 14).

39 — Wyrok z dnia 7 października 2004 r. w sprawie C-247/02 Sintesi, Zb.Orz. s. I-9215 krytycznie odniósł się do przepisu krajowego, który zobowiązywał instytucje zamawiające do stosowania jednego kryterium udzielania zamówienia publicznego na roboty budowlane, pozbawiając je w ten sposób możliwości wzięcia pod uwagę charakteru i cech szczególnych takich zamówień, zgodnie z kryterium najwłaściwszym dla zapewnienia wolnej konkurencji jak też możliwości wyboru najlepszej oferty (pkt 40).

40 — Zgodnie z ustalonym orzecznictwem, którego pierwszym ogniwem był wyrok z dnia 16 grudnia 1976 r. w sprawie 33/76 Rewe, Rec. s. 1989.

VI — Wnioski

57. Mając powyższe na uwadze, proponuję, aby na pytanie Consiglio di Stato Republiki Włoskiej Trybunał Sprawiedliwości udzielił następującej odpowiedzi:

Zasady wolnej konkurencji, przejrzystości w administracji oraz niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, które obowiązują w prawie wspólnotowym dotyczącym udzielania zamówień publicznych, a także prawo do dobrej administracji sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisu krajowego, który w ramach postępowania o udzielenie zamówień publicznych nieobjętych dyrektywami obowiązującymi w tej dziedzinie zobowiązuje instytucję zamawiającą do automatycznego odrzucenia ofert nienormalnie niskich bez żadnej możliwości kontradyktoryjnego sprawdzenia.