

orzeczenie z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie C-402/18 *Tedeschi et Consorzio Stabile Istant Service*

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 27 listopada 2019 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Artykuły 49 i 56 TFUE – Udzielanie zamówień publicznych – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 25 – Podwykonawstwo – Uregulowanie krajowe ograniczające możliwość podwykonawstwa do 30% całkowitej wartości zamówienia oraz zakazujące obniżania cen mających zastosowanie do usług zleczonych podwykonawcom przekraczającego 20% w stosunku do cen określonych w zamówieniu

W sprawie C-402/18

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 10 maja 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 czerwca 2018 r., w postępowaniu:

Tedeschi Srl, występujące we własnym imieniu i jako pełnomocnik tymczasowego związku przedsiębiorstw,

Consorzio Stabile Istant Service, występujące we własnym imieniu i jako pełnomocnik tymczasowego związku przedsiębiorstw,

przeciwko

C.M. Service Srl,

Università degli Studi di Roma La Sapienza,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

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

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: R. Schiano, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 15 maja 2019 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Tedeschi Srl, występującego we własnym imieniu i jako pełnomocnik tymczasowego związku przedsiębiorstw, oraz w imieniu Consorzio Stabile Istant Service, występującego we własnym imieniu i jako pełnomocnik tymczasowego związku przedsiębiorstw, przez A. Clarizę, P. Ziottiego, E. Perrettiniego, L. Albanese i G. Zurla, avvocati,

- w imieniu C.M. Service Srl przez F. Cardarellego, avvocato,
- w imieniu Università degli Studi di Roma La Sapienza przez G. Bernardiego, avvocato,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli i V. Nunziatę, avvocati dello Stato,
- w imieniu rządu austriackiego przez G. Hessego, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Gattinarę, P. Ondrůška i L. Haasbeek, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu norweskiego przez K.H. Aarvik, C. Ankera i H. Røstuma, 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. 49 i 56 TFUE oraz art. 25 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. 2004, L 134, s. 114; sprostowanie Dz.U. 2004, L 351, s. 44), art. 71 dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), a także zasady proporcjonalności.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Tedeschi Srl, występującym we własnym imieniu i jako pełnomocnik tymczasowego związku przedsiębiorstw, oraz Consorzio Stabile Istant Service, występującym we własnym imieniu i jako pełnomocnik tymczasowego związku przedsiębiorstw (zwanymi dalej łącznie „konsorcjum Tedeschi”), a C.M. Service Srl oraz Università degli Studi di Roma La Sapienza (uniwersytetem La Sapienza w Rzymie, Włochy) w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na usługi sprzątania.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

- 3 W motywach 2, 6, 32 i 43 dyrektywy 2004/18 wskazano:

„(2) 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. 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 postanowieniami Traktatu.

[...]

(6) Żaden z przepisów niniejszej dyrektywy nie powinien stanowić przeszkody dla wprowadzenia lub zastosowania środków niezbędnych dla ochrony porządku publicznego i moralności publicznej, bezpieczeństwa [...] publicznego [...], pod warunkiem że środki te są zgodne z Traktatem.

[...]

(32) W celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych zaleca się uwzględnienie przepisów dotyczących podwykonawstwa.

[...]

(43) Nie należy udzielać zamówień publicznych wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano [za] winny[ch] korupcji lub oszustwa ze szkodą dla interesów finansowych Wspólnot Europejskich albo prania pieniędzy. [...]

- 4 Artykuł 7 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Kwoty progowe dla zamówień publicznych”, stanowi:

„Niniejszą dyrektywę stosuje się wobec zamówień publicznych, które nie podlegają wyłączeniu w ramach wyjątków określonych w art. 10 i 11 oraz art. 12–18 oraz których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od podanych poniżej progów:

[...]

b) 207 000 EUR [...]

- 5 Artykuł 25 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Podwykonawstwo”, stanowi:

„W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców.

[...]”.

- 6 Artykuł 26 tej dyrektywy, zatytułowany „Warunki realizacji zamówień”, brzmi następująco:

„Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych”.

- 7 Artykuł 45 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta” stanowi:

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

- a) udział w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 ust. 1 [wspólnego działania 98/773/WSiSW z dnia 21 grudnia 1998 r. przyjętego przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, w sprawie uznawania za przestępstwa karne uczestnictwa w organizacji przestępczej w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. 1998, L 351, s. 1)];
- b) korupcja, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 3 [aktu Rady z dnia 26 maja 1997 r. ustanawiającego Konwencję sporządzoną na podstawie art. K.3 ust. 2 lit. c) Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. 1997, C 195, s. 1)] oraz art. 3 ust. 1 [wspólnego działania 98/742/WSiSW z dnia 22 grudnia 1998 r. przyjętego przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, w zakresie korupcji w sektorze prywatnym (Dz.U. 1998, L 358, s. 2)];
- c) oszustwo w rozumieniu art. 1 [Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich sporządzonej na podstawie artykułu K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, załączonej do aktu Rady z dnia 26 lipca 1995 r. (Dz.U. 1995, C 316, s. 48)];

[...]”.

- 8 Artykuł 47 tej dyrektywy, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa”, przewiduje w ust. 2 i 3:

„2. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

3. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów”.

- 9 Artykuł 48 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe”, stanowi w ust. 3 i 4:

„3. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji

zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

4. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów”.

- 10 Artykuł 55 tej samej dyrektywy, zatytułowany „Rażąco niskie oferty”, stanowi w ust. 1:

„Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne.

[...]”.

Dyrektywa 2014/24

- 11 Artykuł 90 ust. 1 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r. [...]”.

Prawo włoskie

- 12 Artykuł 118 decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekretu ustawodawczego nr 163 – kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2016 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r., zwanego dalej „dekretem ustawodawczym nr 163/2006”) stanowi:

„[...]”

2. Instytucja zamawiająca musi wskazać w projekcie oraz ogłoszeniu o zamówieniu każdą usługę oraz, w odniesieniu do robót budowlanych, kategorię dominującą wraz z jej wartością, oraz inne kategorie dotyczące wszystkich innych transakcji przewidzianych w projekcie, wraz z podaniem ich wartości. Wszystkie usługi i transakcje, niezależnie od kategorii, do której należą, mogą być zlecane i powierzane podwykonawcom pojedynczo. W odniesieniu do robót budowlanych, jeśli chodzi o kategorię dominującą, część, która może być zlecana podwykonawcom, jest określona w rozporządzeniu, w razie potrzeby w różnym zakresie, w zależności od kategorii, ale w każdym razie w proporcji, która nie może przekraczać [30%]. W przypadku usług i dostaw proporcja ta odnosi się do całkowitej wartości zamówienia [...]

[...]

4. Wykonawca musi stosować w odniesieniu do usług zleczanych podwykonawcom te same ceny jednostkowe określone w zamówieniu, z zastosowaniem obniżenia cen nieprzekraczającego [20%] [...]”.

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

- 13 W grudniu 2015 r. uniwersytet La Sapienza w Rzymie w drodze publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłosił otwarte postępowanie przetargowe na udzielenie zamówienia publicznego na usługi sprzątania. Rzeczony zamówienie publiczne na okres pięciu lat miało zostać udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Szacunkowa wartość wspomnianego zamówienia publicznego wynosiła 46 300 968,40 EUR, bez podatku od wartości dodanej (VAT).
- 14 Spółka C.M. Service, która została zaklasyfikowana na drugim miejscu w wyniku postępowania przetargowego, wniosła skargę do Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy) o stwierdzenie nieważności decyzji uniwersytetu La Sapienza w Rzymie z dnia 12 kwietnia 2017 r. o udzieleniu zamówienia publicznego, rozpatrywanego w postępowaniu głównym, konsorcjum Tedeschi na łączną kwotę 31 744 359,67 EUR bez VAT i kosztów zabezpieczenia. Na poparcie swojej skargi spółka C.M. Service podniosła zarzut dotyczący naruszenia ogólnych ograniczeń przewidzianych w prawie włoskim, ponieważ część zamówienia, jaką wybrany oferent zamierzał zlecić podwykonawcom, stanowiła ponad 30% całkowitej wartości tego zamówienia publicznego. Skarżąca twierdziła ponadto, że oferta złożona przez wybranego oferenta nie została zbadana w sposób rzetelny i in concreto przez instytucję zamawiającą, z tego względu, że instytucja ta zaakceptowała, z naruszeniem odpowiednich przepisów prawa włoskiego, iż wynagrodzenie podwykonawców będzie o ponad 20% niższe od cen jednostkowych określonych w zamówieniu.
- 15 Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum) uwzględnił tę skargę. W pierwszej kolejności sąd ten stwierdził, że nie zbadano w rzetelny sposób wykorzystania w dużej mierze w ramach podwykonawstwa spółdzielni socjalnych, co stanowiło zasadniczą cechę wygrywającej oferty, pozwalającą uzasadnić oferowane znaczne obniżenie ceny. W drugiej kolejności wspomniany sąd stwierdził, że wynagrodzenie za zadania powierzone w ramach podwykonawstwa były niższe o ponad 20% w porównaniu z wynagrodzeniami stosowanymi przez konsorcjum Tedeschi w odniesieniu do osób, które zatrudniało ono bezpośrednio.
- 16 Konsorcjum Tedeschi odwołało się od wyroku Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum) do sądu odsyłającego. Spółka C.M. Service jednocześnie wniosła odwołanie wzajemne, w którym ponownie podniosła zarzuty nieuwzględnione w pierwszej instancji, jak również zarzut oparty na naruszeniu przepisów prawa włoskiego dotyczących zakazu zlecania podwykonawcy usług odpowiadających ponad 30% całkowitej wartości danego zamówienia publicznego.
- 17 Sąd odsyłający ma wątpliwości co do zgodności włoskich przepisów dotyczących zamówień publicznych z prawem Unii.
- 18 Sąd ten zauważa w szczególności, że przewidziane w prawie krajowym ograniczenia w zakresie podwykonawstwa mogą 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. Twierdzi on, że ograniczenia takie mogą również pozbawiać nabywców publicznych możliwości otrzymywania liczniejszych i bardziej zróżnicowanych ofert. Umożliwienie korzystania z podwykonawstwa jedynie przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru odnośnych zadań, nie zostało bowiem przewidziane w dyrektywie 2004/18 i jest sprzeczne z celem polegającym na

otwarcu zamówień publicznych na konkurencję oraz ułatwieniu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych.

- 19 Jednakże sąd odsyłający przypomina również, że w swoich opiniach doradczych dotyczących przepisów krajowych w dziedzinie podwykonawstwa uznał już, że cel polegający na zagwarantowaniu uczciwości zamówień publicznych oraz na zapobieganiu infiltracji sektora zamówień publicznych przez organizacje przestępcze może usprawiedliwiać ograniczenie swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Ponadto wskazuje on inne powody, które jego zdaniem uzasadniają progi będące przedmiotem postępowania przed sądem odsyłającym. W związku z tym, po pierwsze, podnosi on, że zniesienie przewidzianego w art. 118 ust. 4 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 limitu dwudziestoprocentowego mogłoby prowadzić do praktyk o charakterze dumpingu płacowego, które mogłyby mieć antykonkurencyjny skutek. Po drugie, twierdzi on, że w przypadku zniesienia również ograniczenia trzydziestoprocentowego, przewidzianego w art. 118 ust. 2 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, realizacja niektórych przetargów mogłaby być zagrożona z powodu trudności, jakie mogłyby wyniknąć przy ocenie rentowności ofert – a więc braku występowania nieprawidłowości – jak w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym.
- 20 W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) postanowiło 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. 25 dyrektywy [2004/18] i art. 71 dyrektywy [2014/24], które nie przewidują ograniczeń w zakresie podwykonawstwa i obniżania cen stosowanych względem podwykonawców, oraz ustanowiona w prawie Unii zasada proporcjonalności sprzeciwiają się stosowaniu przepisów krajowych dotyczących zamówień publicznych, takich jak przepis włoski zawarty w art. 118 ust. 2 i 4 dekretu ustawodawczego nr [163/2006], zgodnie z którym podwykonawstwo nie może przekraczać 30% całkowitej wartości zamówienia, a wykonawca musi stosować w odniesieniu do usług zleconych podwykonawcom te same ceny jednostkowe określone w zamówieniu, z zastosowaniem obniżenia cen nieprzekraczającego 20%?”.
- 21 Wniosek sądu odsyłającego o rozpoznanie odesłania prejudycjalnego w trybie przyspieszonym zgodnie z art. 105 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem został oddalony postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 18 września 2018 r., Tedeschi i Consorzio Stabile Istant Service (C-402/18, niepublikowanym, EU:C:2018:762).

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

W przedmiocie dopuszczalności

- 22 Rząd włoski wyraża wątpliwości co do tego, czy sąd odsyłający w wystarczającym stopniu określił ramy prawne, w które wpisane jest przedłożone pytanie.
- 23 Ponadto C.M. Service podnosi, że zadane pytanie jest niedopuszczalne, ponieważ jego rozstrzygnięcie nie ma znaczenia dla rozwiązania sporu w postępowaniu głównym. W szczególności, niezależnie od odpowiedzi, jakiej Trybunał udzieli na to pytanie, sąd odsyłający powinien w każdym wypadku stwierdzić naruszenie przez oferenta oferty wybranej w postępowaniu będącym przedmiotem sporu, ponieważ w chwili jej przedstawienia wspomniany oferent zobowiązał się do przestrzegania ograniczeń

trzydziestoprocentowych i dwudziestoprocentowych, do których sąd krajowy odsyła w swoim pytaniu.

- 24 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwrócił się sąd krajowy na gruncie stanu prawnego i faktycznego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny, przy czym prawidłowość tych ustaleń nie podlega ocenie Trybunału, korzystając z domniemania, iż mają one znaczenie dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w przedmiocie złożonego przez sąd krajowy wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania, co oznacza, że sąd krajowy musi określić stan prawny i faktyczny, w który wpisują się zadane przez niego pytania, lub przynajmniej wyjaśnić założenia faktyczne, na których opiera te pytania (wyrok z dnia 28 marca 2019 r., Ildi, C-101/18, EU:C:2019:267, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 25 W niniejszej sprawie zarówno stan faktyczny, jak i prawny wskazany w postanowieniu odsyłającym pozwala zrozumieć powody, dla których sąd odsyłający złożył niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.
- 26 W drugiej kolejności w odniesieniu do podnoszonego braku znaczenia przedstawionego pytania należy przypomnieć, że spór w postępowaniu głównym dotyczy zgodności z prawem oferty wybranej przez instytucję zamawiającą w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego rozpatrywanego w postępowaniu głównym. Tymczasem, jak wynika z postanowienia odsyłającego, w wyniku zaproponowania w tej ofercie ceny, która umożliwiła wybór tejże oferty, przewidziane w przepisach krajowych będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym ograniczenia trzydziestoprocentowe i dwudziestoprocentowe, których zgodność z prawem Unii stanowi przedmiot pytania zadanego przez sąd odsyłający, zostały przekroczone. Z powyższego wynika, że – jak wskazuje zresztą sąd odsyłający – rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu zależy siłą rzeczy od odpowiedzi udzielonej na to pytanie.
- 27 W konsekwencji pytanie prejudycjalne jest dopuszczalne.

W przedmiocie części pierwszej pytania

- 28 W części pierwszej swego pytania sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wykładni art. 49 i 56 TFUE, dyrektywy 2004/18 i dyrektywy 2014/24 należy dokonywać w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, ograniczającemu do 30% część zamówienia, której wykonanie wolno oferentowi zlecić stronom trzecim (zwanemu dalej „ograniczeniem trzydziestoprocentowym”).
- 29 Na wstępie należy przypomnieć, że co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 30 W tym względy należy zauważyć, że dyrektywa 2004/18 została uchylona dyrektywą 2014/24 ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r. Artykuł 90 dyrektywy 2014/24 stanowi, że państwa członkowskie mają obowiązek wprowadzenia w życie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do wykonania tejże dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r., z zastrzeżeniem pewnych wyjątków.
- 31 W konsekwencji w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu rozpatrywanym w postępowaniu głównym, tj. 24 grudnia 2015 r., dyrektywa 2004/18 miała nadal zastosowanie, a zatem pierwszą część zadanego pytania należy interpretować w ten sposób, że odnosi się ona w szczególności do wykładni tej właśnie dyrektywy, a nie dyrektywy 2014/24.
- 32 Należy również zauważyć, że ponieważ kwota zamówienia, bez VAT, rozpatrywanego w postępowaniu głównym jest wyższa od odpowiedniego progu przewidzianego w art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18, to w świetle tejże dyrektywy należy udzielić odpowiedzi na pierwszą część zadanego pytania.
- 33 Dyrektywa ta ma na celu, jak wynika zasadniczo z jej motywu 2, 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.
- 34 W szczególności w tym celu wspomniana dyrektywa przewiduje wyraźnie w art. 47 ust. 2 i 3 i art. 48 ust. 3 i 4 możliwość polegania przez oferentów, pod pewnymi warunkami, na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia określonych kryteriów wyboru wykonawców.
- 35 Ponadto zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on ewentualnie zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także podania wszystkich proponowanych podwykonawców.
- 36 W związku z tym dyrektywa 2004/18 wprowadza możliwość korzystania przez oferentów z podwykonawstwa w celu wykonania danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 31–33).
- 37 Niemniej jednak jeżeli w dokumentach zamówienia wymaga się od oferentów wskazania w ich ofertach części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców, zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może zakazać korzystania przy realizacji istotnych części zamówienia z podwykonawców, których kwalifikacji nie może sprawdzić na etapie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta (wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 Nie ma to jednak miejsca w kontekście zakresu uregulowania krajowego, takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nakłada ograniczenie na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz istotnego charakteru odnośnych zadań. We

wszystkich tych aspektach przepisy przewidujące ograniczenie, takie jak ograniczenie trzydziestoprocentowe, są niezgodne z dyrektywą 2004/18 (zob. analogicznie wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 35).

- 39 Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego dążą odnośne dyrektywy z korzyścią nie tylko dla wykonawców, lecz również dla instytucji zamawiających. Ponadto sprzyja ona również ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, co zgodnie z jej motywem 32 jest również założeniem dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 34).
- 40 Wykładni przedstawionej w pkt 38 niniejszego wyroku nie podważa argumentacja rządu włoskiego, zgodnie z którą ograniczenie trzydziestoprocentowe 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.
- 41 Prawdą jest, że – jak wynika w szczególności z kryteriów kwalifikacji podmiotowej przewidzianych w dyrektywie 2004/18, w szczególności z podstaw wykluczenia ustanowionych w art. 45 ust. 1 tej dyrektywy – prawodawca Unii chciał poprzez przyjęcie takiego przepisu uniknąć sytuacji, by wykonawcy, wobec których wydano prawomocny wyrok skazujący z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z czynów wymienionych w tym ustępie, uczestniczyli w postępowaniach o udzielenie zamówienia.
- 42 Podobnie w motywie 6 dyrektywy 2004/18 przewidziano, że żaden z jej przepisów nie powinien stanowić przeszkody dla wprowadzenia lub zastosowania środków niezbędnych dla ochrony porządku publicznego, moralności publicznej i bezpieczeństwa publicznego, pod warunkiem że środki te są zgodne z traktatem WE, natomiast w motywie 43 tej dyrektywy uściślono, że zamówień publicznych nie należy udzielać w szczególności wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej.
- 43 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 może bowiem lepiej określić w świetle charakterystycznych dla niego względów historycznych, prawnych, ekonomicznych i społecznych sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie 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).
- 44 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 zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 27, 28).

- 45 Niemniej jednak nawet gdyby ograniczenie ilościowe korzystania z podwykonawstwa można było uznać za umożliwiające zwalczanie takiego zjawiska, ograniczenie takie jak będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym wykracza poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tego celu.
- 46 Należy przypomnieć w tym względzie, że instytucje zamawiające muszą przez cały czas trwania postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień wymienionych w motywie 2 dyrektywy 2004/18, wśród których znajdują się między innymi zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., *Serrantoni i Consortio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 23).
- 47 Tymczasem w szczególności, jak przypomniano w pkt 38 niniejszego wyroku, uregulowanie krajowe rozpatrywane w postępowaniu głównym zakazuje w sposób ogólny i abstrakcyjny korzystania z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia 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 26 września 2019 r., *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 48 Z powyższego wynika, że w ramach uregulowania krajowego takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym w odniesieniu do wszystkich zamówień znaczną część robót budowlanych, dostaw lub usług musi zrealizować sam oferent, 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 takie ograniczenie korzystania z podwykonawstwa nie jest niezbędne w celu zwalczania przestępczości zorganizowanej w ramach danego zamówienia (zob. analogicznie wyrok z dnia 26 września 2019 r., *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 49 Jednakże cel, do którego dążył ustawodawca włoski – taki jak podejście polegające na wymaganiu od oferenta przedstawienia tożsamości wszystkich podwykonawców na etapie przetargu, aby umożliwić instytucji zamawiającej dokonanie weryfikacji w odniesieniu do proponowanych podwykonawców, przynajmniej w przypadku zamówień uznanych za przedstawiające zwiększone ryzyko infiltracji zorganizowanej przestępczości – można osiągnąć poprzez mniej restrykcyjne środki. Zresztą z informacji przedłożonych Trybunałowi wynika, że prawo włoskie przewiduje już liczne środki, które wyraźnie mają na celu zakazanie przedsiębiorcom podejrzanym o przynależność do mafii, a w każdym razie o powiązania z interesami głównych organizacji przestępczych działających w kraju, dostępu do przetargów publicznych.
- 50 Wykładni przedstawionej w pkt 38 niniejszego wyroku nie podważa też podniesiony przez rząd włoski argument, że 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 zasad takich jak te, które wiążą się z kontrolami, o których mowa w poprzednim punkcie, w połączeniu z zastosowaniem podstaw wykluczenia podwykonawców, które są możliwe na podstawie art. 45 dyrektywy

2004/18, nie można wdrożyć w sposób, który pozwoliłby na osiągnięcie celu realizowanego przez rozpatrywane w postępowaniu głównym uregulowanie krajowe.

- 51 W świetle powyższych rozważań na pierwszą część zadanego pytania należy odpowiedzieć, że dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, ograniczającemu do 30% część zamówienia, której wykonanie wolno oferentowi zlecić stronom trzecim.

W przedmiocie części drugiej pytania

- 52 W drugiej części pytania sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wykładni art. 49 i 56 TFUE, dyrektywy 2004/18 i dyrektywy 2014/24 należy dokonywać w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, ograniczającemu możliwość obniżenia cen mających zastosowanie do usług zlecanych podwykonawcom do 20% w stosunku do cen określonych w zamówieniu.
- 53 Z powodów przedstawionych w pkt 29–32 niniejszego wyroku to również w świetle samej dyrektywy 2004/18 należy udzielić odpowiedzi na drugą część zadanego pytania.
- 54 W tym względzie należy przypomnieć, że – jak wynika z pkt 36 niniejszego wyroku – dyrektywa 2004/18 wprowadza możliwość korzystania przez oferentów z podwykonawstwa w celu wykonania danego zamówienia.
- 55 W niniejszej sprawie uregulowanie krajowe rozpatrywane w postępowaniu głównym nakłada w odniesieniu do wszystkich zamówień ograniczenie w stosunku do cen, które mogą być zapłacone w przypadku, gdy podwykonawcom powierzono wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia publicznego, przy czym w odniesieniu do tych usług nie jest dopuszczalne obniżenie cen przekraczające 20% w stosunku do cen określonych w zamówieniu (zwane dalej „ograniczeniem dwudziestoprocentowym”).
- 56 Na rozprawie Komisja Europejska wyjaśniła, że stanowisko, którego broniła w swoich uwagach pisemnych przed Trybunałem, zgodnie z którym ograniczenie dwudziestoprocentowe można uznać za zgodne ze swobodą świadczenia usług i swobodą przedsiębiorczości, opierało się na tym, iż zapoznała się ona z ustaleniami sądu odsyłającego, wskazującymi na to, że ograniczenie to pozwala na dokonywanie w każdym konkretnym przypadku oceny, czy jego zastosowanie jest rzeczywiście konieczne w celu uniknięcia dumpingu socjalnego.
- 57 Należy przypomnieć w tym względzie utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym Trybunał powinien uwzględnić, w ramach podziału kompetencji pomiędzy sądami Unii a sądami krajowymi, kontekst faktyczny i prawny, w który wpisują się pytania prejudycjalne, tak jak ów kontekst został określony w postanowieniu odsyłającym. W związku z tym, niezależnie od tego, w jaki sposób Komisja zrozumiała prawo krajowe, badanie niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy przeprowadzić w świetle wykładni tego prawa dokonanej przez sąd odsyłający (zob. analogicznie wyrok z dnia 29 października 2009 r., Pontin, C-63/08, EU:C:2009:666, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 58 Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika jednak, że ograniczenie dwudziestoprocentowe jest obowiązkowe, pod rygorem wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z wniosku tego wynika ponadto, że wspomniane ograniczenie zostało określone w sposób ogólny

i abstrakcyjny, niezależnie od oceny, czy jest ono rzeczywiście konieczne w przypadku konkretnego zamówienia, w celu zapewnienia danym pracownikom podwykonawców minimalnej ochrony wynagrodzenia. Ograniczenie to ma zastosowanie niezależnie od sektora gospodarki lub obszaru działalności, którego dotyczy dane zamówienie, oraz bez uwzględnienia przepisów ustawowych i wykonawczych lub układów zbiorowych, które obowiązują w zakresie warunków zatrudnienia, zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, mających zwykle zastosowanie do takich pracowników.

- 59 Z powyższego wynika, że ograniczenie dwudziestoprocentowe może sprawić, że przyznana w dyrektywie 2004/18 możliwość korzystania z podwykonawstwa w celu wykonania danego zamówienia będzie mniej atrakcyjna, ponieważ przepisy te ograniczają ewentualną konkurencyjną korzyść w zakresie kosztów, jaką stanowią pracownicy podwykonawców dla przedsiębiorstw zamierzających skorzystać z tej możliwości. Tymczasem taki skutek odstrasający jest sprzeczny z celem, o którym mowa w pkt 39 niniejszego wyroku, polegającym na otwarciu zamówień publicznych na konkurencję oraz ułatwieniu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, do którego to celu dążą odnośne dyrektywy.
- 60 Żaden z celów przywołanych przed Trybunałem w ramach niniejszej sprawy nie może uzasadniać ograniczenia możliwości korzystania z podwykonawstwa, takiego jak ograniczenie dwudziestoprocentowe.
- 61 W pierwszej kolejności prawdą jest, że cel ochrony pracowników podwykonawców może co do zasady uzasadniać pewne ograniczenia korzystania z podwykonawstwa (zob. podobnie wyrok z dnia 18 września 2014 r., Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 31).
- 62 Prawdą jest również, że art. 26 dyrektywy 2004/18 wyraźnie przewiduje możliwość określenia przez instytucje zamawiające szczególnych warunków związanych z realizacją zamówienia, które mogą w szczególności dotyczyć względów społecznych.
- 63 Jednakże nawet jeśli wymogi w zakresie cen ustanowione w uregulowaniu krajowym rozpatrywanym w postępowaniu głównym można zakwalifikować jako „warunki szczególne związane z realizacją zamówienia”, w szczególności „względów społecznych”, które są „wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach” w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18, to jednak zgodnie z tym ostatnim przepisem wymogi takie można nałożyć tylko wtedy, gdy są zgodne z przepisami prawnymi Unii (zob. analogicznie wyrok z dnia 18 września 2014 r., Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 28).
- 64 Tymczasem uregulowania krajowego opisanego w pkt 55, 58 i 59 niniejszego wyroku nie można uważać za przyznające ochronę pracownikom, co mogłoby uzasadniać ograniczenie korzystania z podwykonawstwa, takie jak ograniczenie dwudziestoprocentowe.
- 65 Takie ograniczenie wykracza bowiem poza to, co konieczne dla zapewnienia ochrony pracownikom podwykonawców w zakresie wynagrodzenia. W istocie, jak przypomniano w pkt 55 i 58 niniejszego wyroku, ograniczenie dwudziestoprocentowe nie pozostawia miejsca na ocenę każdego konkretnego przypadku z osobna przez instytucję zamawiającą z tego względu, że ma ono zastosowanie bez uwzględnienia ochrony socjalnej gwarantowanej przez przepisy ustawowe i wykonawcze oraz układy zbiorowe, mające zastosowanie do odnośnych pracowników.
- 66 W tym względzie z informacji, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że prawo włoskie przewiduje, iż podwykonawca jest zobowiązany, podobnie jak wybrany oferent, do

przestrzegania w pełni, w odniesieniu do swoich pracowników, co się tyczy usług świadczonych w ramach podwykonawstwa, wynagrodzeń i uregulowań przewidzianych w krajowych i terytorialnych układach zbiorowych, obowiązujących w sektorze i na obszarze, na którym świadczone są te usługi. Zgodnie z tymi samymi informacjami wybrany oferent ponosi solidarną odpowiedzialność za przestrzeganie wspomnianych przepisów przez podwykonawcę.

- 67 Z informacji przedłożonych Trybunałowi wynika również, że w niniejszej sprawie rozpatrywane podwykonawstwo wiąże się z wykorzystaniem spółdzielni socjalnych, które na podstawie przepisów włoskich mających zastosowanie do takich spółdzielni korzystają z preferencyjnego traktowania w zakresie opodatkowania, składek, wynagrodzenia i ubezpieczenia emerytalnego, oraz że przepisy te mają w szczególności na celu ułatwienie integracji na rynku pracy osób znajdujących się w trudnej sytuacji poprzez umożliwienie im wypłaty niższego wynagrodzenia niż wymagane w przypadku innych osób wykonujących podobne usługi. Do sądu odsyłającego należy jednak dokonanie niezbędnych ustaleń w tej kwestii.
- 68 W drugiej kolejności ograniczenie możliwości korzystania z podwykonawstwa, takie jak ograniczenie dwudziestoprocentowe, nie może być również uzasadnione celem związanym z wolą zapewnienia rentowności oferty oraz prawidłowego wykonania zamówienia.
- 69 Nie jest wprawdzie wykluczone, iż cel taki może uzasadniać pewne ograniczenia możliwości korzystania z podwykonawstwa (zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 70 Jednakże nawet gdyby ograniczenie dwudziestoprocentowe mogło osiągnąć ten cel, takie ogólne i abstrakcyjne ograniczenie jest w każdym wypadku nieproporcjonalne w stosunku do zamierzonego celu, biorąc pod uwagę, że istnieją inne, mniej restrykcyjne środki, które mogłyby ułatwić jego osiągnięcie. Można by przewidzieć w szczególności środek polegający, z jednej strony, na zobowiązaniu oferentów do wskazania w ofertach części zamówienia i robót, które mają zamiar zlecić podwykonawcom, a także tożsamości proponowanych podwykonawców, oraz, z drugiej strony, przewidujący możliwość zakazania przez podmiot zamawiający dokonywania przez oferentów zmian podwykonawców, jeśli podmiot ów nie miał możliwości uprzedniego zweryfikowania tożsamości i kwalifikacji tych podwykonawców (zob. analogicznie wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 57).
- 71 Należy również zauważyć, że w niniejszej sprawie z informacji przedłożonych Trybunałowi wynika, iż w prawie włoskim istnieją już środki – czego weryfikacja należy do sądu odsyłającego – z których część przynajmniej częściowo pokrywa się ze środkiem opisanym w poprzednim punkcie, mające na celu umożliwienie instytucji zamawiającej zweryfikowanie kwalifikacji i wiarygodności podwykonawcy przed wykonaniem przez niego zleconych usług.
- 72 Zastosowanie przepisów art. 55 dyrektywy 2004/18 dotyczących badania rażąco niskich ofert w stosunku do usługi, które umożliwiają instytucji zamawiającej, w odniesieniu do danego zamówienia i na warunkach określonych w tym zakresie, odrzucenie tak zakwalifikowanych ofert, mogłoby również przyczynić się do osiągnięcia celu określonego w pkt 68 niniejszego wyroku.
- 73 W trzeciej kolejności nie można również uznać, że argumentacja Komisji zmierzająca do wykazania, iż ograniczenie dwudziestoprocentowe jest uzasadnione w świetle zasady równego traktowania wykonawców, daje podstawy do stwierdzenia zgodności

tego ograniczenia z prawem Unii. Zdaniem tej instytucji okoliczność płacenia podwykonawcom obniżonych cen bez zmiany wynagrodzenia głównego wykonawcy wskazanego w ofercie prowadzi do znacznego obniżenia kosztów dla oferenta i zwiększa w ten sposób korzyść, jaką czerpie on z zamówienia.

- 74 W tym względzie wystarczy stwierdzić, że okoliczność, iż oferent jest w stanie ograniczyć swoje koszty ze względu na ceny, które ustala z podwykonawcami, nie może sama w sobie naruszać zasady równego traktowania, lecz raczej przyczynia się do zwiększenia konkurencji, a zatem do osiągnięcia celu realizowanego przez dyrektywę przyjętą w dziedzinie zamówień publicznych, jak zostało to przypomniane w pkt 39 niniejszego wyroku.
- 75 W świetle powyższych rozważań na drugą część zadanego pytania należy odpowiedzieć, że dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, ograniczającemu możliwość obniżenia cen mających zastosowanie do usług zleczanych podwykonawcom do 20% w stosunku do cen określonych w zamówieniu.

W przedmiocie kosztów

- 76 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 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 należy interpretować w ten sposób, że:

- **stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, ograniczającemu do 30% część zamówienia, której wykonanie wolno oferentowi zlecić stronom trzecim;**
- **stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, ograniczającemu możliwość obniżenia cen mających zastosowanie do usług zleczanych podwykonawcom do 20% w stosunku do cen określonych w zamówieniu.**

Podpisy

*
- Język postępowania: włoski.