

**WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)**

**z dnia 15 maja 2008 r. (\*)**

Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Udzielanie zamówień – Oferty nienormalnie niskie – Tryby postępowania wykluczającego – Zamówienia na roboty budowlane, które nie osiągają progu przewidzianego w dyrektywach 93/37/EWG i 2004/18/WE – Obowiązki instytucji zamawiającej wynikające z podstawowych zasad prawa wspólnotowego

**W sprawach połączonych C 147/06 i C 148/06**

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Consiglio di Stato (Włochy) postanowieniami z dnia 25 października 2005 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 20 marca 2006 r., w postępowaniach

SECAP SpA (C 147/06),

przeciwko

Comune di Torino,

przy udziale:

Tecnoimprese Srl,

Gambarana Impianti Snc,

ICA Srl,

Cosmat Srl,

Consorzio Ravennate,

ARCAS SpA,

Regione Piemonte,

oraz

Santorso Soc. coop. arl (C 148/06)

przeciwko

Comune di Torino,

przy udziale:

Bresciani Bruno Srl,

Azienda Agricola Tekno Green Srl,

Borio Giacomo Srl,

Costrade Srl,

**TRYBUNAŁ (czwarta izba),**

w składzie: G. Arestis, prezes ósmej izby pełniący obowiązki prezesa czwartej izby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca), J. Malenovský i T. von Danwitz, sędziowie,  
rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,  
sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,  
uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 25 października 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu SECAP SpA przez F. Videttę, avvocato,
- w imieniu Santorso Soc. coop. arl przez B. Amadia, L. Fumarolę oraz S. Bonattiego, avvocati,
- w imieniu Comune di Torino przez M. Caldo, A. Arnone oraz M. Colariziego, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez I. M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez D. Del Gaiza oraz F. Arenę, avvocati dello Stato,
- w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lumme działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu francuskiego przez G. de Berguesa oraz J. C. Gracię, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu litewskiego przez D. Kriaučiūnasa, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu niderlandzkiego przez H. G. Sevenster oraz P. van Ginnekena, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu słowackiego przez R. Procházkę, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa oraz D. Recchię, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 27 listopada 2007 r.,

**wydaje następujący**

**Wyrok**

1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 30 ust. 4 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U.

L 328, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/37”) oraz podstawowych zasad prawa wspólnotowego w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

2 Wnioski te zostały złożone w ramach sporu pomiędzy SECAP SpA (zwanej dalej SECAP) i Santorso Soc. coop. arl (zwanej dalej Santorso) a Comune di Torino (gminą Turyn) dotyczącego kwestii zgodności z prawem wspólnotowym regulacji ustawodawstwa włoskiego, która przewiduje w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane o wartości niższej od progu określonego w dyrektywie 93/37 automatyczne wykluczenie ofert, które zostały uznane za nienormalnie niskie.

## **Ramy prawne**

### **Uregulowania wspólnotowe**

3 Zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 ma ona zastosowanie do „[...] zamówień publicznych na roboty budowlane, których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w ecu 5000000 specjalnych praw ciągnięcia (SRD)”

4 Zgodnie z art. 30 dyrektywy 93/37 zawartym w tytule IV nazwanym „Wspólne reguły uczestnictwa”, w ramach którego rozdział 3 dotyczy kryteriów udzielania zamówień:

„1. Kryteriami, na podstawie których instytucja zamawiająca udziela zamówienia, są:

a) albo wyłącznie najniższa cena;

b) albo, w przypadku gdy udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, różne kryteria odnoszące się do zamówienia, na przykład: jakość, koszty bieżące, opłacalność, wartość techniczna [na przykład: cena, termin wykonania, koszty bieżące, opłacalność, wartość techniczna].

[...]

4. 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.

[...]"

5 Treść art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 została przejęta w bardziej rozwiniętej formie przez art. 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114), zatytułowany „Rażąco niskie oferty”. Zgodnie z motywem pierwszym dyrektywy 2004/18, dokonuje ona w jednym tekście ponownego sformułowania dyrektyw mających zastosowanie do procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zgodnie z art. 80 ust. 1 powinna ona zostać transponowana do porządku prawnego państw członkowskich najpóźniej w dniu 31 stycznia 2006 r.

6 Względy, dla których nie należy automatycznie wykluczać ofert, które są nienormalnie niskie w stosunku do robót budowlanych wynikają z pierwszego akapitu czterdziestego szóstego motywu dyrektywy 2004/18, wedle którego „zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów [...] gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. A zatem należy dopuszczać stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień: »najniższej ceny« i »oferty najkorzystniejszej ekonomicznie«”. Te dwa kryteria udzielania zamówień są wymienione w art. 30 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 93/37 i art. 53 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 2004/18.

### **Uregulowania krajowe**

7 Dyrektywa 93/37 została transponowana do włoskiego porządku prawnego na mocy ustawy ramowej nr 109 dotyczącej zamówień publicznych na roboty budowlane (Legge quadro in materia di lavori pubblici), z dnia 11 lutego 1994 r. (suplement zwykły do GURI nr 41 z dnia 19 lutego 1994 r.).

8 Artykuł 21 ust. 1 a wskazanej ustawy w wersji mającej zastosowanie do sprawy rozpatrywanej przez sąd krajowy (zwanej dalej „ustawą nr 109/94”) ma następujące brzmienie:

„W przypadku udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej 5 milionów 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.

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. Ogłoszenie o zamówieniu lub zaproszenie powinny wskazywać sposoby przedstawiania wyjaśnień oraz określać, które z nich są konieczne dla celów dopuszczenia ofert. Wyjaśnienia nie są wymagane w przypadku elementów, dla których wartość minimalna może zostać określona na podstawie danych oficjalnych. Jeżeli ocena żądanych i przedstawionych wyjaśnień nie wystarcza, by wykluczyć niespójność oferty, oferent zostaje zaproszony do uzupełnienia dokumentów wyjaśniających i o wykluczeniu można zadecydować jedynie po ostatecznym sprawdzeniu, dokonanym w postępowaniu kontrydiktoryjnym.

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 określonymu w zdaniu pierwszym niniejszego ustępu. Automatycznego wykluczenia nie stosuje się, w przypadku gdy liczba ważnych ofert jest niższa niż pięć.”

### **Postępowania przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne**

9 SECAP wzięła udział w otwartym postępowaniu przetargowym zorganizowanym przez gminę Turyn w grudniu 2002 r. dotyczącym zamówienia publicznego na roboty budowlane o szacowanej wartości 4 699 999 Eur. W czasie właściwym dla tego postępowania przetargowego próg zastosowania dyrektywy 93/37 był określony zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy w wysokości 6 242 028 Eur. Santorso wzięła udział w analogicznym postępowaniu przetargowym, zorganizowanym we wrześniu 2004 r., o szacowanej wartości 5 172 579 Eur. W tym czasie próg zastosowania dyrektywy 93/37 wynosił 5 923 624 Eur. W związku z tym, w obydwu przypadkach szacowana wartość wskazanych zamówień była niższa od odpowiednich progów zastosowania dyrektywy 93/37.

10 Ogłoszenia, na mocy których gmina Turyn wszczęła wskazane postępowania przetargowe wskazywały, że udzielenie zamówienia nastąpi w oparciu o kryterium najniższej oferowanej ceny, po dokonaniu sprawdzenia i bez automatycznego wykluczenia ofert

nienormalnie niskich. Podstawę tych ogłoszeń stanowiła uchwała Giunta comunale (organu wykonawczego gminy), w której przewidziano, że zastosowanie kryterium najniższej ceny zawiera sprawdzenie ofert nienormalnie niskich zgodnie z dyrektywą 93/37 włącznie z zamówieniami o wartości niższej od progów wspólnotowych, w związku z czym nie zastosowano art. 21 ust. 1 a ustawy nr 109/94 w zakresie, w którym przewiduje on automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich.

11 W wyniku oceny ofert zakwalifikowano oferty SECAP i Santorso na pierwszym miejscu spośród tych, które nie zostały uznane jako nienormalnie niskie. Po sprawdzeniu ofert nienormalnie niskich, gmina Turyn ostatecznie odrzuciła oferty SECAP i Santorso oraz udzieliła zamówienia innym spółkom.

12 SECAP i Santorso odwołały się od tej decyzji do Tribunale amministrativo regionale del Piemonte podnosząc, że ustawa nr 109/94 nakłada na instytucję zamawiającą bezwzględny obowiązek wykluczenia ofert nienormalnie niskich, nie pozostawiając jakiegokolwiek zakresu stosowania dla kontrydiktoryjnego postępowania sprawdzającego.

13 Na mocy wyroków z dnia 11 października 2004 r. i 30 kwietnia 2005 r. wskazany sąd oddalił odwołania SECAP i Santorso uzasadniając to w ten sposób, że procedura automatycznego wykluczenia ofert nienormalnie niskich nie jest dla instytucji zamawiających obowiązkiem, lecz pozostawia tym ostatnim możliwość zarządzenia sprawdzenia ewentualnych anomalii związanych z niską ceną tych ofert włącznie z zamówieniami o wartości poniżej progu wspólnotowego.

14 SECAP i Santorso odwołały się od tych orzeczeń do Consiglio di Stato. Sąd ten podziela stanowiska tych spółek co do wiążącego charakteru regulacji automatycznie wykluczającej oferty nienormalnie niskie, nie pozostaje jednak obojętny wobec argumentów gminy Turyn, która w oparciu o dane statystyczne wyjaśnia, że regulacja ta prowadzi ze względu na swą surowość do zawierania tajnych uzgodnień pomiędzy przedsiębiorstwami, które porozumiewają się co do cen w celu wpłynięcia na wynik procedury przetargowej, szkodząc w ten sposób zarówno administracji instytucji zamawiających jak również innym oferentom będącym w większości przedsiębiorstwami mającymi siedzibę w innych państwach członkowskich.

15 Sąd krajowy odnosi się do orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym w zakresie dotyczącym zamówień, które ze względu na swój przedmiot nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, instytucje

zamawiające są zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE, w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. w szczególności wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C 324/98 Telaustria i Telefonadress Rec. s. I 10745, pkt 60) oraz do orzecznictwa, które w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane o wartości wyższej od progów wspólnotowych zabrania państwom członkowskim stanowienia przepisów, które przewidują wykluczenie z urzędu niektórych ofert według kryterium matematycznego zamiast nałożenia na instytucje zamawiające obowiązku stosowania kontrydiktoryjnego postępowania sprawdzającego przewidzianego w regulacjach wspólnotowych (zob. w szczególności wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88 Costanzo, Rec. s. 1839, pkt 19).

16 Mając na uwadze powyższe i wobec wątpliwości co do rozstrzygnięcia kwestii, czy regulację dotyczącą kontrydiktoryjnego postępowania sprawdzającego w zakresie ofert nienormalnie niskich należy zakwalifikować jako podstawową zasadę prawa wspólnotowego mogącą wyłączyć stosowanie ewentualnych przepisów krajowych niezgodnych z tą regulacją, Consiglio di Stato postanowił zawiesić postępowanie i przedstawić Trybunałowi poniższe pytania prejudycjalne, które zostały sformułowane w ten sam sposób w sprawach C 147/06 i C 148/06:

„1) Czy zasada wyrażona w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 [...] lub analogiczna zasada zawarta w art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18 [...] (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 [...] lub analogiczna zasada zawarta w art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18 [...] (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?”

17 Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 12 lipca 2006 r. sprawy C-147/06 i C-148/06 zostały połączone do celów procedury pisemnej i ustnej, jak również wydania wyroku.

### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

18 Zwracając się z powyższymi pytaniami, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy podstawowe zasady prawa wspólnotowego mające również zastosowanie do udzielania zamówień publicznych, wyrażone w sposób szczególny w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy nakładają na instytucje zamawiające obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia w przypadku, gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów.

19 Należy wskazać, że szczególne, rygorystyczne procedury ustanowione we wspólnotowych dyrektywach w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość przekracza próg wyraźnie przewidziany w każdej z tych dyrektyw (postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. s. I-9505, pkt 19). W związku z tym, przepisy tych dyrektyw nie mają zastosowania do zamówień, których wartość nie osiągnęła określonego w nich progu (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 65).

20 Jednak nie oznacza to, że te ostatnie z wymienionych zamówień są wyłączone z zakresu stosowania prawa wspólnotowego (ww. postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19). Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecnictwem Trybunału w zakresie dotyczącym udzielania zamówień, które ze względu na swoją wartość nie są objęte procedurami przewidzianymi w regulacjach wspólnotowych, instytucje zamawiające są jednak zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu oraz zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress,



pkt 60; ww. postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 20 i 21; wyroki z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C 264/03 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I 8831, pkt 32 i z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C 6/05 Medipac-Kazantzidis, Rec. s. I 4557, pkt 33).

21 Jednakże, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, stosowanie podstawowych norm i ogólnych zasad traktatu do procedur udzielania zamówień publicznych o wartości niższej od progu stosowania dyrektyw wspólnotowych zakłada, że zamówienia te stanowią niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym (zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C 507/03 Komisja przeciwko Irlandii, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 29 oraz ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 66 i 67).

22 Ocenę przepisów krajowych takich jak te, które stanowią przedmiot postępowania przed sądem krajowym, należy dokonać w świetle powyższych rozważań.

23 Z dokumentów przedstawionych Trybunałowi wynika, że w zakresie udzielania zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 wskazana regulacja nakłada na daną instytucję zamawiającą obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, przy czym przewidziano odstępstwo polegające na niestosowaniu tego automatycznego wykluczenia wówczas, gdy liczba ważnych ofert jest mniejsza niż pięć.

24 W związku z tym, wskazany przepis, sformułowany w sposób jasny, bezwzględny i absolutny, odbiera oferentom, którzy przedstawili oferty nienormalnie niskie możliwość wykazania, że są one godne zaufania i poważne. Ten aspekt omawianej regulacji może prowadzić do skutków niezgodnych z prawem wspólnotowym, jeżeli dane zamówienie nadaje się do tego, by ze względu na swe właściwości stanowić niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym i przyciągać w ten sposób podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich. Zamówienie publiczne może stanowić tego rodzaju przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym np. ze względu na swą szacowaną wartość w związku z wymaganą wiedzą techniczną lub lokalizacją robót w miejscu wzbudzającym zainteresowanie podmiotów zagranicznych.

25 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 45 i 46 swej opinii, tego rodzaju regulacja, jakkolwiek obiektywnie nie jest sama w sobie dyskryminująca, narusza ogólną zasadę

niedyskryminacji w procedurach udzielania zamówień publicznych stanowiących przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym.

26 Stosowanie do zamówień stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym przepisu automatycznie wykluczającego oferty uznane za nienormalnie niskie może bowiem stanowić dyskryminację pośrednią, w praktyce niekorzystnie wpływającą na pozycję podmiotów gospodarczych z innych państw członkowskich, którzy w związku z odmienną strukturą kosztów oraz korzystając z ekonomii skali lub chcąc ograniczyć swą marżę zysku celem skuteczniejszego wejścia na dany rynek, są w stanie przedłożyć ofertę konkurencyjną będącą jednocześnie ofertą poważną i godną zaufania, której instytucja zamawiająca nie mogłaby jednak uwzględnić ze względu na omawianą regulację.

27 Ponadto, jak wskazała gmina Turyn i również rzecznik generalny w pkt 43, 46 i 47 opinii, tego rodzaju regulacja może prowadzić do zachowań i porozumień antykonkurencyjnych, jak np. do tajnych uzgodnień pomiędzy przedsiębiorcami krajowymi w celu zarezerwowania dla siebie zamówień publicznych na roboty budowlane.

28 W związku z tym, stosowanie do zamówień stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym przepisu automatycznie wykluczającego oferty nienormalnie niskie może pozbawić podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich możliwości świadczenia usług w większym stopniu konkurencyjnych niż w przypadku podmiotów mających siedzibę w państwie członkowskim, o którym mowa i narusza w ten sposób ich dostęp do rynku tego państwa, negatywnie wpływając na wykonywanie swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu usług, co stanowi ograniczenie tych swobód (zob. podobnie wyroki z dnia 17 października 2002 r. w sprawie C 79/01 Payroll i.in., Rec. s. I 8923, pkt 26; z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C 442/02 CaixaBank France, Rec. s. I 8961, pkt 12 i 13 oraz z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C 452/04 Fidium Finanz, Rec. s. I 9521, pkt 46).

29 Stosując tego rodzaju regulację do zamówień stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym instytucje zamawiające, pozbawione możliwości dokonania jakiegokolwiek oceny solidności i pewności ofert nienormalnie niskich, nie są w stanie dochować obowiązku poszanowania podstawowych zasad traktatu w zakresie swobodnego przepływu oraz ogólnej zasady niedyskryminacji, jak wymaga tego orzecznictwo Trybunału wskazane w pkt 20 niniejszego wyroku. Pozbawienie tej możliwości sprzeciwia się jednocześnie własnemu interesowi instytucji zamawiających ze względu na to,

że nie mogą one uwzględnić ofert przedłożonych im w warunkach rzeczywistej konkurencji i w związku z tym nie mogą one również udzielić zamówienia w zastosowaniu kryteriów najniższej ceny lub oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ustanowionych również w interesie ogółu.

30 Przed określeniem zakresu procedury przetargowej, ocena ewentualnego zainteresowania transgranicznego w przypadku zamówienia, którego szacowana wartość jest mniejsza od progu przewidzianego w przepisach wspólnotowych, należy co do zasady do danej instytucji zamawiającej, przy czym ocena ta może zostać poddana kontroli sądowej.

31 Jest jednak dopuszczalne, aby regulacja na szczeblu krajowym lub lokalnym ustanawiała obiektywne kryteria wskazujące na wystąpienie niewątpliwego zainteresowania transgranicznego. Tego rodzaju kryteria mogą stanowić w szczególności relatywnie wysoka kwota danego zamówienia w związku z miejscem wykonania robót. Możliwe jest również wykluczenie zaistnienia takiego zainteresowania np. w przypadku bardzo ograniczonego znaczenia ekonomicznego danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C 231/03 Coname, Rec. s. I 7287, pkt 20). Jednakże konieczne jest uwzględnienie okoliczności, że w niektórych przypadkach granice przecinają aglomeracje położone na terytoriach różnych państw członkowskich i że w takiej sytuacji nawet zamówienia o niskiej wartości mogą stanowić niewątpliwym przedmiotem zainteresowania o charakterze transgranicznym.

32 Nawet przy wystąpieniu niewątpliwego zainteresowania transgranicznego, automatyczne wykluczenie niektórych ofert ze względu na ich nienormalnie niski charakter może się okazać dopuszczalne, gdy zastosowanie tego przepisu jest uzasadnione nadzwyczaj dużą ilością ofert, a więc w sytuacji, w której instytucja zamawiająca musiałaby przeprowadzić kontrydiktoryjne postępowania sprawdzające tak dużej ilości ofert, że przekraczałyby to możliwości administracyjne tej instytucji zamawiającej lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami.

33 W tych okolicznościach byłoby dopuszczalne, aby przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określały rozsądny próg zastosowania automatycznego wykluczenia ofert nienormalnie niskich. Jednakże próg pięciu ważnych ofert określony w art. 21 ust. 1 bis akapit trzeci ustawy nr 109/94 nie może zostać uznany za rozsądny.

34 W zakresie dotyczącym spraw rozpatrywanych przez sąd krajowy, do sądu tego należy przeprowadzenie, w oparciu o stan faktyczny, oceny wszystkich istotnych elementów

dotyczących dwóch zamówień, o których mowa, celem ustalenia, czy w tych przypadkach zaistniało niewątpliwe zainteresowanie transgraniczne.

35 W związku z powyższym, na pytania prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi, że podstawowe zasady traktatu w dziedzinie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług oraz ogólna zasada niedyskryminacji sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym nakładają na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia w przypadku, gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów. Nie ma to zastosowania w przypadku, gdy w związku z nadzwyczaj dużą ilością ofert, mogąca skutkować koniecznością przeprowadzenia przez instytucję zamawiającą kontrydktoryjnych postępowań sprawdzających obejmujących tak dużą liczbę ofert, że przekraczałoby to jej możliwości administracyjne lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami, przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określą rozsądny próg, powyżej którego zastosowanie będzie miało automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich.

### **W przedmiocie kosztów**

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

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

**W związku z powyższym, na pytania prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi, że podstawowe zasady traktatu WE w dziedzinie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług oraz ogólna zasada niedyskryminacji sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy Rady 93/37 z dnia 14 czerwca 1993 r.**

dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., stanowiących niewątpliwym przedmiotem zainteresowania o charakterze transgranicznym nakładają na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, w przypadku gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów. Nie ma to zastosowania w przypadku, gdy w związku z nadzwyczaj dużą ilością ofert, mogąca skutkować koniecznością przeprowadzenia przez instytucję zamawiającą kontryktoryjnych postępowań sprawdzających obejmujących tak dużą liczbę ofert, że przekraczałoby to jej możliwości administracyjne lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami, przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określą rozsądny próg, powyżej którego zastosowanie będzie miało automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich.

Podpisy

---

\*\* Język postępowania: włoski.