

orzeczenie z dnia 6 października 2016 r. w sprawie C-318/15 *Tecnoedi Costruzioni*

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 6 października 2016 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 7 lit. c) – Kwoty progowe dla zamówień publicznych – Nieosiągnięty próg – Oferty rażąco niskie – Automatyczne wykluczenie – Uprawnienie instytucji zamawiającej – Obowiązki instytucji zamawiającej wynikające ze swobody przedsiębiorczości, swobodnego świadczenia usług i ogólnej zasady niedyskryminacji – Zamówienia posiadające niewątpliwe znaczenie transgraniczne

W sprawie C-318/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionalny sąd administracyjny dla Piemontu, Włochy) postanowieniem z dnia 29 kwietnia 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 26 czerwca 2015 r., w postępowaniu

Tecnoedi Costruzioni Srl

przeciwko

Comune di Fossano,

przy udziale:

Ge.Co. Italia SpA,

Niccoli Costruzioni Srl,

Selva Mercurio Srl,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes izby, C. Lycourgos, E. Juhász (sprawozdawca), C. Vajda i K. Jürimäe, sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

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

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Gattinarę oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy interpretacji art. 49 i 56 TFUE, które to postanowienia dotyczą odpowiednio swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług oraz zasad ogólnych równego traktowania, niedyskryminacji i proporcjonalności.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Tecnoedi Costruzioni Srl i Comune di Fossano (gminą Fossano, Włochy) w przedmiocie zgodności z prawem ostatecznego udzielenia przez tę gminę zamówienia publicznego na roboty budowlane spółce Ge.Co. Italia SpA.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Motyw 2 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) stanowi:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu [FUE], 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.[...]”

- 4 Zgodnie z art. 7 lit. c) dyrektywy 2004/18 zatytułowanym „Kwoty progowe dla zamówień publicznych” w brzmieniu zmienionym rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. (Dz.U. L 319, s. 43), które ma zastosowanie rationae temporis w postępowaniu głównym, dyrektywę tę stosuje się do zamówień publicznych na roboty budowlane, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (zwanego dalej „podatkiem VAT”), jest równa lub wyższa od 5 000 000 EUR.

Prawo włoskie.

- 5 Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (rozporządzenie ustawodawcze nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. Kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wdrażające dyrektywę 2004/18 (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.) stanowi w art. 122 ust. 9 zatytułowanym „Szczególne zasady dla zamówień publicznych o wartości nieprzekraczającej kwoty progowej”:

„W przypadku udzielania zamówień na roboty budowlane o wartości mniejszej lub równej 1 mln EUR na podstawie kryterium najniższej oferowanej ceny, instytucja zamawiająca może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu automatyczne wykluczenie ofert zawierających odsetek obniżenia ceny równy progowi odchylenia od przeciętnej ceny lub przekraczający ten próg określony zgodnie z art. 86, przy czym art. 87 ust. 1 nie ma w tym przypadku zastosowania. Możliwości automatycznego wykluczenia nie można jednak zastosować w przypadku, gdy liczba ofert dopuszczonych w przetargu jest niższa niż dziesięć, przy czym zastosowanie ma wówczas art. 86 ust. 3.

- 6 Zgodnie z art. 86 ust. 3 tego rozporządzenia ustawodawczego:

„We wszystkich przypadkach instytucje zamawiające mogą dokonać oceny odpowiedniego charakteru każdej oferty, która w świetle szczególnych okoliczności wydaje się rażąco niska”.

- 7 Artykuł 87 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia ustawodawczego przewiduje, co następuje:

W sytuacji gdy oferta wydaje się rażąco niska, instytucja zamawiająca wymaga od oferenta aby przedstawił uzasadnienie dotyczące składników ceny, które przyczyniają się do ukształtowania całkowitej kwoty podstawowej zamówienia oraz, w wypadku udzielenia zamówienia w oparciu o kryterium oferty najkorzystniejszej gospodarczo, uzasadnienie odnoszące się do innych elementów oceny oferty, zgodnie z art. 88. Decyzja o wykluczeniu może zostać podjęta dopiero w następstwie tej dodatkowej kontroli, po przeprowadzeniu debaty na zasadach sporności”.

- 8 Próg odchylenia od przeciętnej ceny, do którego odnosi się art. 122 ust. 9 rozporządzenia ustawodawczego nr 163/2006 umożliwiający instytucjom zamawiającym wykluczenie pewnych ofert uważanych za rażąco niskie określa się zgodnie z rachunkiem matematycznym wskazanym w art. 86 ust 1 tego rozporządzenia ustawodawczego.

- 9 Artykuł 253 ust. 20a rzeczonoego rozporządzenia ustawodawczego przewiduje:

„Instytucje zamawiające mogą stosować do dnia 31 grudnia 2015 r. przepisy art. 122 ust. 9 i art. 124 ust. 8 do umów o kwocie niższej od progów określonych w art. 28 [progi przewidziane w art. 7 dyrektywy 2004/18 w celach jej stosowania].”

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

- 10 W ogłoszeniu opublikowanym w dniu 26 czerwca 2013 r., gmina Fossano (prowincja Cuneo, Włochy) zorganizowała otwarte postępowanie przetargowe dotyczące udzielenia zamówienia na roboty budowlane związane z rozbudową i poprawą efektywności energetycznej przedszkola „Gianni Rodari” o całkowitej kwocie podstawowej 1 158 899,97 EUR. Kryterium udzielenia tego zamówienia była najniższa cena. Specyfikacja warunków rzeczonoego zamówienia przewidywała, że „obecność rażąco niskiej oferty zostanie stwierdzona w sposób automatyczny” zgodnie z art. 122 ust. 9 rozporządzenia ustawodawczego nr 163/2006, w przypadku gdy liczba ważnych ofert będzie wynosiła dziesięć lub więcej.

- 11 Komisja przetargowa otrzymała 101 ofert i dopuściła 86 z nich. Podczas pierwszego posiedzenia jawnego w dniu 24 lipca 2013 r. komisja wykluczyła w sposób automatyczny oferty zawierające obniżenie ceny przekraczające próg odchylenia od przeciętnej ceny obliczany w myśl art. 86 ust. 1 rozporządzenia ustawodawczego nr 163/2006.

- 12 Tecnoedi Costruzioni udzielono zamówienia jako tymczasowo wyłonionemu wykonawcy (z obniżeniem ceny o 25,397%). Następnie podczas drugiego posiedzenia jawnego w dniu 30 lipca 2013 r. komisja przetargowa zbadła z urzędu stanowisko dwóch konkurujących podmiotów gospodarczych, które zostały niesłusznie wykluczone, a mianowicie konsorcjów Niccoli Costruzioni Srl i Selva Mercurio Srl i zadecydowała o dopuszczeniu ich do postępowania. Ponadto komisja tymczasowo udzieliła zamówienia spółce Ge.Co. Italia. Następnie decyzją z dnia 5 września 2013 r, komisja dokonała ostatecznego udzielenia zamówienia tej spółce, która to złożyła ofertę z obniżeniem ceny wynoszącym 25,427 %.
- 13 W swej skardze Tecnoedi Costruzioni żądała stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 5 września 2013 r. dotyczącej ostatecznego udzielenia zamówienia spółce Ge.Co Italia i protokołu z publicznego posiedzenia z dnia 30 lipca 2013 r. w sprawie ponownego dopuszczenia do postępowania przetargowego konsorcjów Selva Mercurio i Niccoli Costruzioni oraz tymczasowego przyznania zamówienia spółce Ge.Co. Italia. Tytułem ewentualnym skarżąc w postępowaniu głównym zażądała stwierdzenia nieważności specyfikacji z powodu naruszenia art. 122 ust. 9 rozporządzenia ustawodawczego nr 163/2006 albowiem zgodnie z tym przepisem automatyczne wykluczenie rażąco niskich ofert nie jest możliwe w wypadku robót budowlanych o wartości powyżej 1 mln EUR jak ma to miejsce w ramach spornego w postępowaniu głównym zamówienia.
- 14 W świetle tego drugiego zarzutu podniesionego przez Tecnoedi Costruzioni, sąd odsyłający uważa za konieczne skierować pytanie prejudycjalne do Trybunału. Odnosząc się do wyroku z dnia 15 maja 2008 r. SECAP i Santorso (C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277), sąd odsyłający zauważa, że przepisy krajowe pozostawiają instytucjom zamawiającym nieograniczoną swobodę uznania w zakresie możliwości przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu, mechanizmu automatycznego wykluczania rażąco niskich ofert w tym o wartości zbliżonej do kwoty progowej przewidzianej w przepisach Unii i ponadto w sytuacji gdy dopuszczono nieliczne oferty, a mianowicie dziesięć lub więcej, bez uwzględniania konkretnych okoliczności mogących świadczyć o istnieniu niewątpliwego znaczenia transgranicznego.
- 15 Owe przepisy krajowe nie wymagają od instytucji zamawiających dokonywania konkretnej oceny istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego zamówienia w świetle właściwych mu cech. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego zamówienia może wynikać nie tylko ze znaczenia gospodarczego umowy, której ono dotyczy, ale także z właściwości technicznych i miejsca wykonania robót.
- 16 Sąd odsyłający zaznacza, że pomimo iż sporne w postępowaniu głównym zamówienie na roboty budowlane dotyczy kwoty szacowanej na 1 158 899,97 EUR istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego tego zamówienia nie może być wykluczone albowiem Fossano leży w odległości poniżej 200 km od granicy francusko-włoskiej i że wśród dopuszczonych do przetargu oferentów znajdują się liczne włoskie przedsiębiorstwa z siedzibami w regionach, które nie są ościennie takich jak Lacjum położone w odległości 600 km lub Kampania położona w odległości około 800 km od Fossano. Ponadto, zgodnie z orzecznictwem Trybunału dla istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie jest konieczne, aby przedsiębiorca faktycznie okazał zainteresowanie (wyrok z dnia 14 listopada 2013 r. Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 17 Sąd odsyłający dodaje, że art. 253 ust. 20a rozporządzenia ustawodawczego nr 163/2006 umożliwia automatyczne wykluczenie rażąco niskich ofert nawet w wypadku zamówień, których wartość jest nieznacznie niższa od kwoty progowej przewidzianej

przez przepisy prawa Unii bez żadnego sensownego uzasadnienia w odniesieniu do konieczności tak przedłużonych przepisów przejściowych.

- 18 W świetle powyższego Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionalny sąd administracyjny dla Piemontu) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy wykładni art. 49 i 56 TFUE i zasad swobody przedsiębiorczości, swobodnego świadczenia usług, równego traktowania, niedyskryminacji i proporcjonalności należy dokonywać w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie dla stosowania uregulowań krajowych, takich jak przepisy obowiązujące obecnie we Włoszech, a mianowicie art. 122 ust. 9 i art. 253 ust. 20a rozporządzenia ustawodawczego nr 163 z 2006 r., które przewidują automatyczne wykluczanie ofert rażąco niskich w przetargach dotyczących udzielenia zamówienia mającego znaczenie transgraniczne na roboty budowlane o wartości poniżej progu [przewidzianego w art. 7 lit. c) dyrektywy 2004/18]?”

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 19 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału udzielanie zamówień publicznych, które ze względu na swoją wartość nie są objęte zakresem tej dyrektywy, podlega podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, w szczególności zasadzie równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada niewątpliwe transgraniczne znaczenie (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 maja 2008 r., SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, pkt 20 i 21 ; z dnia 11 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 45 i 46 z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 32, oraz z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 16).
- 20 Jeżeli chodzi o obiektywne kryteria mogące wskazywać na istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego, Trybunał orzekł już, że mogą nimi być zwłaszcza kwota pewnej wysokości danego zamówienia w związku z miejscem wykonania robót lub także techniczne cechy zamówienia oraz szczególne cechy danych produktów. W tym kontekście uwzględnić można również istnienie skarg wniesionych przez podmioty z innych państw członkowskich pod warunkiem stwierdzenia, że są one prawdziwe a nie fikcyjne (zob. podobnie wyroki: z dnia 15 maja 2008, SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, pkt 31, oraz z dnia 16 kwietnia 2015 r., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 21 Wydaje się, że w odniesieniu do spornego w postępowaniu głównym zamówienia sąd odsyłający uważa, iż nie można wykluczyć istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego, na które wskazuje w tym względzie okoliczność, że Fossano leży w odległości mniej niż 200 km od granicy francusko-włoskiej i że wśród oferentów dopuszczonych do postępowania są liczne włoskie przedsiębiorstwa z siedzibami w regionach oddalonych o 600 km a nawet 800 km od miejsca wykonania robót.
- 22 Należy podkreślić w tym względzie, że istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie można hipotetycznie wywodzić z pewnych okoliczności, które rozważane abstrakcyjnie mogą stanowić wskazówki w tym zakresie, lecz musi ono wynikać w sposób pozytywny z oceny konkretnych okoliczności danego zamówienia. Dokładniej rzecz ujmując, sąd odsyłający nie może poprzestać na przedstawieniu Trybunałowi okoliczności, iż istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie

można wykluczyć, lecz przeciwnie, musi on przedstawić dane mogące wykazać jego istnienie.

- 23 Należy stwierdzić, że we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający nie przedstawił żadnych okoliczności zapewniających Trybunałowi informacje tego rodzaju.
- 24 W tym względzie nie można zasadnie uznać, że zamówienie na roboty budowlane takie jak zamówienie sporne w postępowaniu głównym, które dotyczy kwot nieosiągających nawet jednej czwartej kwoty progowej przewidzianej w przepisach prawa Unii i którego miejsce wykonania znajduje się w odległości 200 km od granicy innego państwa członkowskiego, może mieć niewątpliwe znaczenie transgraniczne tylko z tego powodu, że pewną liczbę ofert złożyły przedsiębiorstwa z siedzibą w danym państwie członkowskim i znajdujące się w znacznej odległości od miejsca wykonania danych robót.
- 25 Okoliczność ta jest bowiem zdecydowanie niewystarczająca w świetle okoliczności sprawy w postępowaniu głównym i w każdym razie nie może być jedyną okolicznością jaką należy uwzględnić albowiem potencjalni oferenci pochodzący z innych państw członkowskich mogą napotkać dodatkowe wymogi i utrudnienia związane między innymi z obowiązkiem dostosowania się do ram prawnych i administracyjnych w państwie członkowskim wykonania oraz do wymagań językowych
- 26 W tych okolicznościach niemożliwe jest udzielenie przez Trybunał użytecznej odpowiedzi na pytanie zadane przez sąd odsyłający w celu rozstrzygnięcia toczącego się przed nim sporu, co stanowi cel współpracy określony w art. 267 TFUE.
- 27 Z powyższego wynika, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny.

W przedmiocie kosztów

- 28 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 (czwarta izba) orzeka, co następuje:

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionalny sąd administracyjny dla Piemontu, Włochy) postanowieniem z dnia 29 kwietnia 2015 r. jest niedopuszczalny.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.