Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (ósma izba)

z dnia 26 września 2024 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 47 ust. 3 – Artykuł 48 ust. 4 – Wykluczenie oferenta z postępowania przetargowego – Wykluczenie możliwości zmniejszenia pierwotnego składu tymczasowego związku przedsiębiorstw, który złożył ofertę – Niezgodność – Okres ważności oferty – Brak wygaśnięcia oferty, której okres ważności upłynął – Obowiązek wyraźnego wycofania tej oferty wynikający z orzecznictwa – Utrata tymczasowego zabezpieczenia ustanowionego wraz z ofertą – Automatyczne stosowanie tego środka – Artykuł 2 – Zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych – Zasada proporcjonalności – Zasada równego traktowania – Obowiązek przejrzystości – Naruszenie

W sprawach połączonych C-403/23 i C-404/23

mających za przedmiot dwa wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniami z dnia 16 czerwca 2023 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 30 czerwca i 3 lipca 2023 r., w postępowaniach:

Luxone Srl, działająca we własnym imieniu i jako pełnomocnik będącego w trakcie tworzenia tymczasowego związku przedsiębiorstw z Iren Smart Solutions SpA (C-403/23),

Sofein SpA, dawniej Gi One SpA (C-404/23)

przeciwko

Consip SpA,

przy udziale:

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni SpA,

Sofein SpA, dawniej Gi One SpA (C-403/23),

Iren Smart Solutions SpA,

Consorzio Stabile Energie Locali Scarl,

City Green Light Srl,

* Język postępowania: włoski.

Enel Sole Srl,

Luxone Srl (C-404/23),

TRYBUNAŁ (ósma izba),

w składzie: N. Piçarra, prezes izby, N. Jääskinen i M. Gavalec (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: P. Pikamäe,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu Luxone Srl, działającej we własnym imieniu i jako pełnomocnik będącego w trakcie tworzenia tymczasowego związku przedsiębiorstw z Iren Smart Solutions SpA, a także w imieniu Sofein SpA – P. Leozappa, avvocato,

– w imieniu rządu włoskiego – G. Palmieri, w charakterze pełnomocnika, którą wspierali A. De Curtis, L. Fiandaca oraz D.G. Pintus, avvocati dello Stato,

– w imieniu Komisji Europejskiej – G. Gattinara oraz G. Wils, w charakterze pełnomocników,

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

wydaje następujący

Wyrok

1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni 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. 6 TUE, art. 49, 50, 54 i 56 TFUE, art. 16, 49, 50 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „Kartą”), a także art. 4 protokołu nr 7 do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanego w Strasburgu w dniu 22 listopada 1984 r.

2 Wnioski te zostały złożone w ramach dwóch sporów między, odpowiednio, Luxone Srl, działającą we własnym imieniu i jako pełnomocnik będącego w trakcie tworzenia tymczasowego związku przedsiębiorstw z Iren Smart Solutions SpA w sprawie C-403/23, oraz Sofein SpA, dawniej Gi One SpA, w sprawie C-404/23, a tą samą instytucją zamawiającą, Consip SpA, w przedmiocie decyzji, na mocy których ta ostatnia, po pierwsze, wykluczyła tymczasowy związek przedsiębiorstw, w tym wchodzące w jego skład Luxone i Sofein, z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a po drugie, wykonała tymczasowe zabezpieczenie, które członkowie tego związku ustanowili do celów udziału w tym postępowaniu.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

3 Motywy 2 i 32 dyrektywy 2004/18 miały następujące brzmienie:

„(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 regułami traktatu.

[…]

(32) W celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw [(MŚP)] do udziału w rynku zamówień publicznych zaleca się uwzględnienie przepisów na temat podwykonawstwa”.

4 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowił:

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

5 Artykuł 4 rzeczonej dyrektywy, zatytułowany „Wykonawcy”, przewidywał w ust. 2:

„Grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury. W celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału instytucje zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybierały określoną formę prawną; jednakże można wymagać, aby wybrana grupa podlegała wspomnianemu wymogowi, w przypadku gdyby udzielono jej zamówienia, w zakresie, w jakim zmiana taka niezbędna jest do zadowalającej realizacji zamówienia”.

6 Artykuł 45 tej dyrektywy, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”, stanowił w ust. 2:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

[…]

c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;

d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;

[…]

g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu".

7 Artykuł 47 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa", przewidywał 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".

8 Artykuł 48 tej dyrektywy, zatytułowany „Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe", stanowił:

„1. Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane zgodnie z ust. 2 i 3.

[…]

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".

9 Załącznik VII A do wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Informacje, które należy zamieścić w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych", przewidywał w pkt 14 i 21 sekcji poświęconej „Ogłoszeniom o zamówieniu", że ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać odpowiednio „[w] stosownych przypadkach [w]adium i wymagane gwarancje" oraz „przedział czasu, w którym oferent związany jest ofertą (procedury otwarte)".

Dyrektywa 2004/17

10 Z art. 3–9 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) wynika, że dyrektywa

ta ma zastosowanie do zamówień publicznych dotyczących jednego lub kilku rodzajów działalności w następujących dziedzinach: gaz, energia cieplna i energia elektryczna, gospodarka wodna, usługi transportowe, usługi pocztowe, poszukiwanie i wydobycie ropy naftowej, gazu, węgla lub innych paliw stałych.

11 Artykuł 11 ust. 2 dyrektywy 2004/17 miał takie samo brzmienie jak art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18, oprócz tego, że wyrażenie „instytucje zamawiające" zostało zastąpione odniesieniem do „podmiotów zamawiających".

Prawo włoskie

12 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 (dekret ustawodawczy nr 163 – kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy transponujący dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r., dodatek zwyczajny nr 107, zwany dalej „dawnym kodeksem zamówień publicznych") zawierał art. 11, zatytułowany „Etapy procedur udzielania zamówień", który w ust. 6 stanowił:

„Każdy oferent może złożyć tylko jedną ofertę. Oferta jest wiążąca przez okres wskazany w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert, a w przypadku braku takiego wskazania – przez 180 dni od upływu terminu na jej złożenie. Instytucja zamawiająca może zwrócić się do oferentów o przedłużenie tego terminu".

13 Artykuł 37 dawnego kodeksu zamówień publicznych, zatytułowany „Tymczasowe związki przedsiębiorstw i zwyczajne konsorcja oferentów", przewidywał w ust. 8–10, 18 i 19:

„8. Oferty mogą składać podmioty, o których mowa w art. 34 ust. 1 lit. d) i e), nawet jeśli podmioty te nie zostały jeszcze utworzone. W takim przypadku oferta musi być podpisana przez wszystkie podmioty gospodarcze, które będą wchodziły w skład tymczasowych związków przedsiębiorstw lub zwykłych konsorcjów oferentów, i zawierać zobowiązanie, zgodnie z którym w przypadku wygrania przetargu podmioty te udzielą zbiorowego pełnomocnictwa szczególnego w zakresie reprezentacji jednemu z nich, wskazanemu w ofercie jako pełnomocnik, który zawrze umowę we własnym imieniu i w imieniu mocodawców.

9. […] Bez uszczerbku dla przepisów ust. 18 i 19 zabronione są wszelkie zmiany w składzie tymczasowych związków przedsiębiorstw i zwykłych konsorcjów oferentów w stosunku do składu wynikającego ze zobowiązania podjętego w trakcie przetargu.

10. Nieprzestrzeganie zakazów, o których mowa w poprzednim ustępie, pociąga za sobą unieważnienie decyzji o udzieleniu zamówienia lub nieważność zamówienia, jak również wykluczenie oferentów wchodzących w skład tymczasowego związku przedsiębiorstw lub zwykłego konsorcjum oferentów równoczesnych lub późniejszych z postępowań w sprawie udzielenia tego samego zamówienia.

[…]

18. W przypadku upadłości pełnomocnika lub, w odniesieniu do przedsiębiorcy indywidualnego, w przypadku jego śmierci, ubezwłasnowolnienia całkowitego lub częściowego lub upadłości bądź w przypadkach przewidzianych w przepisach dotyczących walki z mafią instytucja zamawiająca może kontynuować stosunek umowny z innym podmiotem gospodarczym, któremu udzielono

pełnomocnictwa zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym kodeksie, pod warunkiem że spełnia on odpowiednie wymogi w zakresie kwalifikacji w odniesieniu do robót budowlanych, usług lub dostaw, które mają zostać wykonane; jeżeli wymogi te nie są spełnione, instytucja zamawiająca może rozwiązać umowę.

19. W przypadku upadłości jednego z pełnomocników lub, w odniesieniu do przedsiębiorcy indywidualnego, w przypadku jego śmierci, ubezwłasnowolnienia całkowitego lub częściowego lub upadłości bądź w przypadkach przewidzianych w przepisach dotyczących walki z mafią, jeżeli pełnomocnik nie wskaże innego podmiotu gospodarczego, który wstąpi w jego prawa i obowiązki, a który spełnia wymagania dotyczące zdolności do wykonania zamówienia, jest on zobowiązany do wykonania zamówienia bezpośrednio lub za pośrednictwem innych mocodawców, pod warunkiem że ci ostatni spełniają odpowiednie wymogi w zakresie kwalifikacji w odniesieniu do robót budowlanych, usług lub dostaw, które mają zostać wykonane".

14 Artykuł 38 tego kodeksu, zatytułowany „Warunki ogólne", zawierał ust. 1 lit. f) o następującym brzmieniu:

„Następujące podmioty są wykluczone z udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji i zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, nie mogą występować w charakterze podwykonawców oraz nie mogą zawierać umów dotyczących tych zamówień:

[…]

f) podmioty, które w uzasadnionej ocenie instytucji zamawiającej dopuściły się rażącego zaniedbania lub działały w złej wierze przy wykonywaniu usług powierzonych im przez instytucję zamawiającą, która opublikowała ogłoszenie o zamówieniu, lub podmioty, które dopuściły się poważnego uchybienia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami dowodowymi przez instytucję zamawiającą […]".

15 Artykuł 48 wspomnianego kodeksu, zatytułowany „Weryfikacja zgodności z warunkami", stanowił w ust. 1:

„Przed przystąpieniem do otwarcia kopert z ofertami instytucje zamawiające wzywają oferentów, reprezentujących liczbę nie mniejszą niż 10 % złożonych ofert, zaokrągloną w górę do najbliższej liczby całkowitej, wybranych w drodze publicznego losowania, aby w terminie dziesięciu dni od daty powyższego wezwania wykazali, że spełniają wymogi o charakterze ekonomiczno-finansowym i techniczno-organizacyjnym ewentualnie przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu, poprzez przedstawienie dokumentacji wskazanej w tym ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert. Podczas kontroli instytucje zamawiające sprawdzają, czy oferenci spełniają wymóg posiadania kwalifikacji do wykonania robót budowlanych za pomocą skomputeryzowanego rejestru, o którym mowa w art. 7 ust. 10, lub za pośrednictwem strony internetowej ministerstwa infrastruktury i transportu, w przypadku zamówień udzielonych głównym wykonawcom, w przypadku dostawców i usługodawców, weryfikacji spełnienia wymogu, o którym mowa w art. 42 ust. 1 lit. a) niniejszego kodeksu, dokonuje się za pośrednictwem krajowej bazy danych zamówień publicznych, o której mowa w art. 6a niniejszego kodeksu. W przypadku gdy taki dowód nie został przedstawiony lub nie potwierdził on oświadczeń zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału lub w ofercie, instytucje zamawiające wykluczają oferenta z przetargu, przystępują do realizacji odnośnego tymczasowego zabezpieczenia i zgłaszają tę okoliczność organowi w celu podjęcia środków, o których mowa w art. 6 ust. 11. Organ ten na okres 12 miesięcy zawiesza również [prawo do] udziału w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia".

16 Zgodnie z art. 75 tego kodeksu, zatytułowanym „Zabezpieczenia ustanowione wraz z ofertą”:

„1. Do oferty dołączone jest zabezpieczenie w wysokości 2 % ceny podstawowej wskazanej w ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania ofert, wnoszone w formie wadium lub poręczenia, według wyboru oferenta […].

[…]

6. Zabezpieczenie pokrywa brak zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wybranego oferenta i jest automatycznie zwalniane w chwili podpisania umowy.

[…]

9. Instytucja zamawiająca, w decyzji, w której powiadamia odrzuconych oferentów o udzieleniu zamówienia, dokonuje jednocześnie w stosunku do nich zwolnienia zabezpieczenia, o którym mowa w ust. 1 niezwłocznie, a w każdym razie nie później niż 30 dni od udzielenia zamówienia, nawet jeżeli zabezpieczenie jest nadal ważne”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

17 W ogłoszeniu opublikowanym w dniu 21 grudnia 2015 r. Consip ogłosiła otwarty przetarg na udzielenie podzielonego na dwanaście części zamówienia na dostawę usług oświetleniowych i usług z nimi związanych.

18 Mający powstać tymczasowy związek przedsiębiorstw, którego liderem była Luxone (zwany dalej „GTE Luxone”) złożył ofertę w odniesieniu do czterech z tych dwunastu części. Ten związek przedsiębiorstw obejmował również Consorzio Stabile Energie Locali Scarl (zwane dalej „CSEL”), Iren Servizi e Innovazione SpA (obecnie Iren Smart Solutions), Gestione Integrata Srl i Exitone SpA.

19 Pismem z dnia 28 września 2018 r. Gi One, obecnie Sofein, poinformowała Consip, że wstąpiła ona „we wszystkie prawa i obowiązki” Exitone i Gestione Integrata.

20 Chociaż Consip w chwili wszczęcia postępowania w zakresie kontroli anomalii ofert zastrzegła sobie prawo oceny, czy Exitone spełniała nieprzerwanie ogólne warunki przewidziane w art. 38 dawnego kodeksu zamówień publicznych, nie podjęła ona dalszego postępowania.

21 Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia będące przedmiotem postępowania głównego, które miało zakończyć się najpóźniej w dniu 18 kwietnia 2017 r., zostało ośmiokrotnie przedłużone, „celem zapewnienia Consip czasu niezbędnego do zakończenia postępowania”. Każde z tych przedłużeń wiązało się z koniecznością, po pierwsze, potwierdzenia ofert, które w międzyczasie wygasły, a po drugie, przedłużenia tymczasowych zabezpieczeń ustanowionych wraz z tymi ofertami.

22 Po sformułowaniu w dniu 2 marca 2020 r. siódmego wniosku o potwierdzenie tych ofert członkowie GTE Luxone poinformowali Consip pismem z dnia 30 marca 2020 r., że Luxone i Iren Smart Solutions potwierdziły złożone wcześniej oferty, w przeciwieństwie do Sofein i CSEL. Te ostatnie stwierdziły w istocie, że ze względu na przedłużanie się czynności

przygotowawczych do udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego oferty opracowane w 2016 r. „nie są już opłacalne z handlowego punktu widzenia ani z punktu widzenia prawidłowego i ostrożnego zarządzania przedsiębiorstwem”.

23 Pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. Consip po raz ósmy zwróciła się do wszystkich członków GTE Luxone o potwierdzenie oferty, która wygasła, a także o przedłużenie ważności związanego z nią tymczasowego zabezpieczenia do dnia 30 listopada 2020 r.

24 Pismem z dnia 18 czerwca 2020 r., na które Consip nie udzieliła odpowiedzi, Luxone i Iren Smart Solutions potwierdziły swoje oferty, przypominając jednocześnie, że Sofein i CSEL ze swej strony wyraziły wolę niepotwierdzenia swych ofert.

25 Pismem z dnia 30 września 2020 r. Consip wszczęła postępowanie w celu sprawdzenia, czy został spełniony warunek przewidziany w art. 38 ust. 1 lit. f) dawnego kodeksu zamówień publicznych, oraz w celu oceny zgodności z prawem wycofania się Sofein i CSEL. Consip uznała, że ze względu na brak potwierdzenia ofert obie te spółki niezgodnie z prawem „wycofały się” z GTE Luxone.

26 Decyzją z dnia 11 listopada 2020 r. (zwaną dalej „decyzją o wykluczeniu z dnia 11 listopada 2020 r.”) Consip wykluczyła GTE Luxone z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego.

27 Po pierwsze, Consip stwierdziła, że art. 11 ust. 6 dawnego kodeksu zamówień publicznych przyznawał jedynie oferentowi, czyli w niniejszym przypadku GTE Luxone w całości, prawo do wycofania oferty po upływie określonego terminu. W konsekwencji prawo to nie mogło być wykonywane jedynie przez część członków tego związku przedsiębiorstw.

28 Po drugie, Consip zarzuciła Sofein w szczególności, że wycofała się z rzeczonego związku przedsiębiorstw w celu obejścia art. 38 ust. 1 tego kodeksu. Zgodnie bowiem z tym przepisem spółka Sofein powinna była zostać wykluczona z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego ze względu na zachowania dwóch spółek, w stosunku do których stała się ona następcą prawnym, a które mogły wpłynąć na jej wiarygodność i za które spółka ta powinna była odpowiadać. Consip zarzuciła również Sofein popełnienie czynów karalnych.

29 Po trzecie, Consip powołała się na zarzucany Luxone „brak etyki zawodowej”, o którym świadczyłoby skierowanie sprawy do sądu w celu utrudnienia przeprowadzenia publicznych postępowań przetargowych oraz wyrok wydany w dniu 14 lipca 2020 r. przez Tribunale di Messina (sąd w Mesynie, Włochy) przeciwko osobie pełniącej do dnia 22 lipca 2019 r. funkcje prezesa spółki, której następcą prawnym jest Luxone.

30 Po czwarte, Consip zarzucała CSEL wycofanie się z GTE Luxone w celu w istocie zatajenia, że spółka ta nie spełniała przewidzianych warunków i że nie dysponowała środkami niezbędnymi do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego.

31 Decyzją z dnia 12 listopada 2020 r. Consip postanowiła o wykonaniu tymczasowych zabezpieczeń w łącznej wysokości 2 950 000 EUR, które zostały ustanowione dla czterech części zamówienia, w odniesieniu do których GTE Luxone złożył ofertę.

32 W odpowiedzi na decyzje Consip z dnia 11 i 12 listopada 2020 r. CSEL stwierdziła w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r., że nadal spełniała wszystkie warunki przewidziane do udziału w postępowaniu będącym przedmiotem postępowania głównego. Ponadto brak potwierdzenia przez CSEL oferty, którego nie można było uznać za wycofanie się z GTE Luxone, wpisywał się w ramy całościowej reorganizacji przedsiębiorstwa.

33 Pismem z dnia 10 grudnia 2020 r. Consip utrzymała w mocy decyzję o wykluczeniu z dnia 11 listopada 2020 r.

34 Luxone, działająca we własnym imieniu i jako pełnomocnik GTE Luxone i Sofein w dwóch odrębnych skargach bezskutecznie zaskarżyły do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy) decyzję o wykluczeniu z dnia 11 listopada 2020 r. oraz decyzję z dnia 12 listopada 2020 r. Wniosły one również odwołanie od wyroków tego sądu do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy), będącej sądem odsyłającym.

35 Ten ostatni sąd zarządził zawieszenie wykonania zabezpieczeń tymczasowych, w szczególności ze względu na ich wysoką całkowitą kwotę.

36 Sąd ten uważa za właściwe, jeszcze przed zbadaniem skarg w zakresie, w jakim są one skierowane przeciwko decyzji o wykluczeniu z dnia 11 listopada 2020 r., dokonanie oceny zgodności z prawem Unii art. 11 ust. 6 dawnego kodeksu zamówień publicznych, który jest interpretowany przez włoskie sądy administracyjne w ten sposób, że brak potwierdzenia oferty lub jedynie jej częściowe potwierdzenie, w chwili gdy oferta ta wygasa i traci swój wiążący charakter dla danego oferenta, jest równoznaczny z wycofaniem się tymczasowego związku przedsiębiorstw, który ofertę tę złożył.

37 Sąd odsyłający uważa, że w przypadku wycofania się niektórych członków takiego związku przedsiębiorstw art. 11 ust. 6, art. 37 ust. 8–10, 18 i 19, a także art. 38 ust. 1 lit. f) tego kodeksu zobowiązują instytucję zamawiającą do wykluczenia podmiotów zrzeszonych w obrębie tego związku przedsiębiorstw, a to z uwagi na zakaz zmiany jego składu. Jedynymi wyjątkami względem zasady niezmienności składu tymczasowego związku przedsiębiorstw są wyjątki wymienione w art. 37 ust. 18 i 19 tego kodeksu.

38 Uzasadnieniem normy zawartej w art. 11 ust. 6 dawnego kodeksu zamówień publicznych było zapewnienie podtrzymania złożonej oferty przez cały przewidywany czas trwania postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a nie ograniczenie jej skutków w czasie. Zdaniem Consiglio di Stato (rady stanu) przepis ten nie oznaczał, że oferta ta traci ważność z mocy prawa z chwilą upływu terminu, lecz jedynie że dany oferent mógł się z niej wycofać, z zastrzeżeniem wyraźnego powołania się na to uprawnienie. Ponadto zasada podmiotowej niezmienności składu tymczasowego związku przedsiębiorstw miałaby zastosowanie nawet w przypadkach, w których związek ten nie został jeszcze formalnie utworzony.

39 Ponadto w niniejszym przypadku wykluczenie GTE Luxone z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego było również uzasadnione postawą Sofein, która poprzez wycofanie się z tego związku przedsiębiorstw usiłowała uniknąć zapowiedzianej kontroli swojej „wiarygodności etycznej”. Otóż z orzecznictwa Consiglio di Stato (rady stanu) wynika, że wycofanie się jednego z członków związku przedsiębiorstw musi być podyktowane wymogami organizacyjnymi właściwymi dla tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw lub konsorcjum.

40 Sąd odsyłający uważa, że kwestionowane przepisy dawnego kodeksu zamówień publicznych są zgodne z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18 oraz z art. 11 ust. 2 dyrektywy 2004/17, który ma podobne brzmienie.

41 Luxone i Sofein kwestionują jednak orzecznictwo Consiglio di Stato (rady stanu) w zakresie, w jakim w praktyce zmusza ono członków tymczasowego związku przedsiębiorstw do pozostania związanym ich ofertą na czas nieokreślony, także w sytuacji gdy ta wiążąca oferta kilkakrotnie wygasała. Taka wykładnia naruszałaby zasadę wolności prowadzenia działalności gospodarczej zagwarantowaną w art. 16 Karty, zasady proporcjonalności i konkurencji, a także swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług ustanowione w art. 49, 50, 54 i 56 TFUE.

42 Sąd odsyłający przyznaje, że w szczególności w postępowaniach, które znacznie przedłużają się w czasie, zakaz wycofania się przez członka takiego związku przedsiębiorstw ze złożonej oferty, która po raz kolejny wygasła, pod rygorem wykluczenia tego związku przedsiębiorstw w całości, jawi się jako nieproporcjonalny względem zagwarantowania poważnego charakteru tej oferty, przynajmniej wtedy, gdy podmioty gospodarcze, które potwierdziły tę ofertę, są w stanie samodzielnie spełnić wszystkie warunki udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 w związku z jej motywem 2 środki przyjmowane przez państwa członkowskie nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu.

43 Ponadto Luxone i sofein twierdzą, że niezgodność z prawem decyzji z dnia 12 listopada 2020 r. w sprawie wykonania zabezpieczeń tymczasowych wynika z niezgodności z prawem decyzji o wykluczeniu z dnia 11 listopada 2020 r. oraz właściwych jej uchybień. Wykonanie tych zabezpieczeń mogłoby bowiem nastąpić jedynie w dwóch przypadkach przewidzianych, odpowiednio, w art. 48 ust. 1 i w art. 75 ust. 6 dawnego kodeksu zamówień publicznych, a mianowicie w sytuacji gdy oferent poddany weryfikacji nie wykazał, że spełniał „wymogi o charakterze ekonomiczno-finansowym i techniczno-organizacyjnym” oraz gdy umowa nie została podpisana z przyczyn „leżących po stronie wybranego oferenta”. Otóż spory w postępowaniu głównym nie podlegają żadnemu z tych dwóch przypadków.

44 Mimo że Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny, Włochy) stwierdził w wyroku nr 198 z dnia 26 lipca 2022 r., że wykonanie zabezpieczenia nie stanowi sankcji karnej, sąd odsyłający uważa, podobnie jak Luxone i Sofein, że ze względu na skalę „obciążenia majątkowego”, które zostało nałożone na te spółki, automatyczne wykonanie zabezpieczeń tymczasowych stanowiłoby względem wspomnianych spółek taką sankcję.

45 W tym względzie art. 49 ust. 3 Karty stanowi, że „[k]ary nie mogą być nieproporcjonalnie surowe w stosunku do czynu zabronionego pod groźbą kary”. Ponadto art. 1 protokołu dodatkowego nr 1 do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanego w Paryżu w dniu 20 marca 1952 r., oraz art. 17 Karty zostały zinterpretowane w ten sposób, że zmierzają one do zapewnienia poszanowania proporcjonalności między podjętym zachowaniem a nałożoną sankcją, zakazując bezpodstawnego ograniczenia prawa własności, a tym samym unikając „nadmiernego i nieproporcjonalnego obciążenia” względem zamierzonego celu. Zasada proporcjonalności została również wyrażona w sposób ogólny w motywie 2 dyrektywy 2004/18.

46 W takich okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy dyrektywa [2004/18], art. 16 i 52 [Karty] oraz przewidziane w art. 49, 50, 54 i 56 TFUE zasady proporcjonalności, konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług stoją na przeszkodzie przepisom krajowym [art. 11 ust. 6, art. 37 ust. 8, 9, 10, 18 i 19 oraz art. 38 ust. 1 lit. f) dawnego kodeksu zamówień publicznych], które wykluczają, w przypadku upływu terminu związania ofertą pierwotnie złożoną przez będący w trakcie tworzenia tymczasowy związek przedsiębiorstw, możliwość zmniejszenia pierwotnego składu tego związku przy przedłużaniu okresu związania tą ofertą? W szczególności czy takie przepisy krajowe są zgodne z ogólnymi zasadami prawa Unii dotyczącymi wolności prowadzenia działalności gospodarczej i skuteczności (effet utile), a także z art. 16 [Karty]?

2) Czy dyrektywa [2004/18], art. 16, 49, 50 i 52 [Karty], art. 4 protokołu nr 7 do europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, art. 6 TUE oraz przewidziane w art. 49, 50, 54 i 56 TFUE zasady proporcjonalności, konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług stoją na przeszkodzie przepisom krajowym [art. 38 ust. 1 lit. f) oraz art. 48 i 75 dawnego kodeksu zamówień publicznych], które przewidują zastosowanie sankcji w postaci przepadku wadium jako automatyczną konsekwencję wykluczenia podmiotu gospodarczego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, także niezależnie od tego, czy temu podmiotowi zostało udzielone zamówienie?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

47 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem do tego ostatniego należy udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi mu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu. W związku z tym Trybunał może być zmuszony wziąć pod rozwagę normy prawa Unii, na które sąd krajowy nie powołał się w swoim pytaniu. Okoliczność, że sąd krajowy powołał się formalnie w pytaniu prejudycjalnym na określone przepisy prawa Unii, nie stoi bowiem na przeszkodzie temu, by Trybunał przekazał temu sądowi wszelkie wskazówki dotyczące wykładni, które mogą być pomocne w rozstrzygnięciu rozpoznawanej przez ten sąd sprawy, niezależnie od tego, czy sąd krajowy powołał się na nie w treści pytań. W tym względzie do Trybunału należy wyprowadzenie z całości informacji przedstawionych mu przez sąd krajowy, a w szczególności z uzasadnienia postanowienia odsyłającego, tych aspektów prawa Unii, które wymagają wykładni w świetle przedmiotu sporu (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 1990 r., SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, pkt 8; z dnia 5 grudnia 2023 r., Nordic Info, C-128/22, EU:C:2023:951, pkt 99 i przytoczone tam orzecznictwo).

48 W niniejszej sprawie zamówienie będące przedmiotem postępowania głównego nie dotyczy jednej lub kilku rodzajów działalności wymienionych w art. 3–9 dyrektywy 2004/17, do których dyrektywa ta ma zastosowanie. Należy zatem uznać, że zamówienie to wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/18.

49 W tych okolicznościach należy uznać, że poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 47 ust. 3 i art. 48 ust. 4 dyrektywy 2004/18 w związku z ogólną zasadą proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym wykluczającym możliwość wycofania się pierwotnych członków będącego oferentem tymczasowego związku przedsiębiorstw z tego związku, w sytuacji gdy upłynął termin ważności oferty złożonej przez rzeczony związek, a instytucja zamawiająca wnosi o przedłużenie ważności przedłożonych jej ofert.

50 Na wstępie należy przypomnieć, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają wykonawcy możliwość polegania, po pierwsze, na zdolnościach ekonomiczno-finansowych, a po drugie, na kwalifikacjach technicznych lub zawodowych członków grupy lub innych podmiotów, pod warunkiem udowodnienia instytucji zamawiającej, iż grupa będzie dysponowała zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Dyrektywa ta pozwala zatem na łączenie zdolności kilku wykonawców w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, pod warunkiem że kandydat lub oferent, który powołuje się na zdolności jednego lub kilku innych podmiotów, udowodni instytucji zamawiającej, że rzeczywiście będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Taka wykładnia jest zgodna z celem polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, założonym w dyrektywach z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających. Ułatwia ona również MŚP dostęp do zamówień publicznych, co zgodnie z jej motywem 32 jest również celem dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33, 34; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 25–27).

51 Z art. 47 ust. 3 i art. 48 ust. 4 rzeczonej dyrektywy wynika również, że grupa wykonawców, o której mowa w art. 4 tej dyrektywy, może na tych samych warunkach polegać na zdolnościach członków tej grupy lub innych podmiotów.

52 Niemniej jednak ani art. 47 ust. 3, ani art. 48 ust. 4 dyrektywy 2004/18 nie przewidują zasad dotyczących w szczególności zmian w składzie grupy wykonawców będącej oferentem, w związku z czym uregulowanie takiej sytuacji należy do kompetencji państw członkowskich (zob. analogicznie wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 35).

53 W niniejszej sprawie z art. 37 ust. 9, 10, 18 i 19 dawnego kodeksu zamówień publicznych wynika, że z wyjątkiem upadłości lidera lub członka tymczasowego związku przedsiębiorstw jakakolwiek zmiana mająca wpływ na pierwotny skład takiego związku była zakazana, pod rygorem wykluczenia wszystkich członków tego związku z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

54 Ów zakaz zmiany składu tymczasowego związku przedsiębiorstw należy jednak oceniać w świetle ogólnych zasad prawa Unii, w szczególności zasady równego traktowania, wynikającego z niej obowiązku przejrzystości oraz zasady proporcjonalności (zob. podobnie wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 36).

55 Ta ostatnia zasada, przypomniana w motywie 2 dyrektywy 2004/18, wymaga, aby przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania przepisów tej dyrektywy nie wykraczały poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów

przewidzianych przez tę dyrektywę (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 48; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 155).

56 Zasada równego traktowania przyznaje oferentom takie same szanse przy formułowaniu ich ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczonej zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak aby, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44; z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).

57 Zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wymagają tego, by materialne i formalne warunki dotyczące udziału w postępowaniu były z góry jasno określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., La Cascina i in., C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).

58 W tym względzie pkt 21 załącznika VII A do dyrektywy 2004/18 przewiduje, że do informacji, które należy zamieścić w ogłoszeniach o zamówieniach, należy „[p]rzedział czasu, w którym oferent jest związany ofertą (procedury otwarte)".

59 Otóż, po pierwsze, z wyroku z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 44, 48) wynika, że art. 47 ust. 3 i art. 48 ust. 4 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że członkowie tymczasowego związku przedsiębiorstw mogą, nie naruszając zasady równego traktowania, wycofać się z tego związku przedsiębiorstw, pod warunkiem że zostanie wykazane, że z jednej strony pozostali członkowie tego związku spełniają określone przez instytucję zamawiającą warunki udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a z drugiej strony ich dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem się sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

60 Ustanawiając ścisły obowiązek zachowania tożsamości prawnej i materialnej tymczasowego związku przedsiębiorstw, art. 37 ust. 9, 10, 18 i 19 dawnego kodeksu zamówień publicznych w sposób oczywisty narusza zatem zasadę proporcjonalności.

61 Jest tak tym bardziej, że nie przewidziano żadnego odstępstwa, w sytuacji gdy instytucja zamawiająca wielokrotnie wnosi o odroczenie daty ważności ofert. Tymczasem takie odroczenie wymaga od wszystkich członków tymczasowego związku przedsiębiorstw, po pierwsze, unieruchomienia pewnych zasobów, zarówno kadrowych, jak i materialnych, w perspektywie ewentualnego udzielenia danego zamówienia, a po drugie, przedłużenia ustanowionego tymczasowego zabezpieczenia, co może stanowić znaczne obciążenie, w szczególności dla MŚP.

62 Po drugie, z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że sąd odsyłający interpretował art. 11 ust. 6 dawnego kodeksu zamówień publicznych w ten sposób, że nie prowadził on do wygaśnięcia oferty z mocy prawa po upływie terminu w niej wskazanego. W rezultacie oferent musiał wyraźnie powołać się na uprawnienie do wycofania się ze swojej oferty. Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika również, że uściślenie, zgodnie z którym wycofanie się członka tymczasowego związku przedsiębiorstw powinno być podyktowane wymogami organizacyjnymi właściwymi dla tego związku, wynika wyłącznie z orzecznictwa sądu odsyłającego.

63 Tymczasem Trybunał wielokrotnie orzekał, że sytuacja, w której warunki udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wynikają z wykładni sądowej prawa krajowego, jest szczególnie niekorzystna dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości tego prawa krajowego i jego wykładni nie może być porównywany z poziomem oferentów z danego państwa członkowskiego (wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 46; postanowienie z dnia 13 lipca 2017 r., Saferoad Grawil i Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, pkt 22).

64 Wreszcie w zakresie, w jakim dwóm spółkom, które odmówiły przedłużenia swojej oferty, zarzucono również, że próbowały obejść kontrolę zgodności z kryteriami kwalifikacji, a tym samym uniknąć wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, należy dodać, że o ile instytucja zamawiająca może w każdej chwili zweryfikować wiarygodność członków tymczasowego związku przedsiębiorstw i z tego tytułu upewnić się, czy nie są oni objęci jedną z podstaw wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia wymienionych w art. 45 dyrektywy 2004/18, o tyle w ramach tej oceny powinna ona czuwać nad przestrzeganiem zasady proporcjonalności, zdefiniowanej w pkt 55 niniejszego wyroku.

65 W związku z tym, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca powinna zwrócić tym większą uwagę na tę zasadę, zważywszy, że wykluczenie przewidziane w przepisach krajowych dotyczy całej grupy wykonawców nie z powodu naruszenia, które można przypisać wszystkim jej członkom, ale z powodu uchybienia popełnionego wyłącznie przez jednego lub kilku z nich, przy czym lider tej grupy nie ma żadnych uprawnień kontrolnych wobec podmiotu lub podmiotów, z którymi zamierzał utworzyć taką grupę wykonawców (zob. analogicznie wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 48; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 156).

66 Zasada proporcjonalności wymaga bowiem od instytucji zamawiającej dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego podmiotu (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 31). W związku z tym instytucja zamawiająca powinna uwzględnić środki, jakimi dysponował oferent, aby sprawdzić istnienie uchybienia po stronie podmiotu, na którego zdolnościach zamierzał polegać (wyroki: z dnia 3 czerwca 2021 r., Rad Service i in., C-210/20, EU:C:2021:445, pkt 40; a także z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 157).

67 W tych okolicznościach art. 47 ust. 3 i art. 48 ust. 4 dyrektywy 2004/18 w związku z ogólną zasadą proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym wykluczającym możliwość wycofania się pierwotnych członków będącego oferentem tymczasowego związku przedsiębiorstw z tego związku, w sytuacji gdy upłynął termin ważności

oferty złożonej przez rzeczony związek, a instytucja zamawiająca wnosi o przedłużenie ważności przedłożonych jej ofert, pod warunkiem że zostanie wykazane, po pierwsze, że pozostali członkowie tego związku spełniają określone przez instytucję zamawiającą wymogi, a po drugie, że ich dalszy udział w odnośnym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia nie wiąże się z pogorszeniem się sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

W przedmiocie pytania drugiego

68 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy zasady proporcjonalności i równego traktowania, a także obowiązek przejrzystości, wyrażone w art. 2 i w motywie 2 dyrektywy 2004/18, należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym przewidującym automatyczne wykonanie tymczasowego zabezpieczenia ustanowionego przez oferenta w następstwie wykluczenia go z postępowania w sprawie udzielenie zamówienia publicznego na usługi, mimo że nie udzielono mu zamówienia na daną usługę.

69 W tym względzie, jak wynika z pkt 61 i 62 wyroku z dnia 28 lutego 2018 r., MA.T.I. SUD i Duemme SGR (C-523/16 i C-536/16, EU:C:2018:122), określenie z góry przez instytucję zamawiającą kwoty tymczasowego zabezpieczenia, jakie ma zostać ustanowione w ogłoszeniu o zamówieniu, odpowiada wprawdzie wymogom wynikającym z zasad równego traktowania oferentów, przejrzystości i pewności prawa, w zakresie, w jakim pozwala obiektywnie uniknąć ich dyskryminującego lub arbitralnego traktowania przez ową instytucję zamawiającą, niemniej jednak automatyczne wykonanie takiego z góry określonego zabezpieczenia, niezależnie od charakteru uzupełnień dokonanych ewentualnie przez niedbałego oferenta, a zatem także w braku jakiegokolwiek zindywidualizowanego uzasadnienia, nie jest zgodne z wymogami wynikającymi z poszanowania zasady proporcjonalności.

70 Ponadto o ile wykonanie wspomnianego zabezpieczenia stanowi odpowiedni środek do realizacji uzasadnionych celów założonych przez dane państwo członkowskie, polegających, po pierwsze, na konieczności stymulowania odpowiedzialności oferentów przy przedstawianiu ofert, a po drugie, na konieczności zrekompensowania ciężaru finansowego, jaki stanowi dla instytucji zamawiającej kontrola prawidłowości ofert, o tyle kwota, na jaką wyznaczono to zabezpieczenie w sytuacji takiej jak będąca przedmiotem postępowania głównego, jest oczywiście niewspółmierna w świetle przebiegu danego postępowania przetargowego (zob. podobnie wyrok z dnia 28 lutego 2018 r., MA.T.I. SUD i Duemme SGR, C-523/16 i C-536/16, EU:C:2018:122, pkt 63, 64).

71 W związku z tym należy uznać, że zasady proporcjonalności i równego traktowania, a także obowiązek przejrzystości, wyrażone w art. 2 i w motywie 2 dyrektywy 2004/18, należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym przewidującym automatyczne wykonanie ustanowionego przez oferenta tymczasowego zabezpieczenia w następstwie wykluczenia tego oferenta z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi, mimo że nie udzielono mu zamówienia na daną usługę.

W przedmiocie kosztów

72 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 (ósma izba) orzeka, co następuje:

1) **Artykuł 47 ust. 3 i art. 48 ust. 4 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 w związku z ogólną zasadą proporcjonalności**

   należy interpretować w ten sposób, że:

   stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym wykluczającym możliwość wycofania się pierwotnych członków będącego oferentem tymczasowego związku przedsiębiorstw z tego związku, w sytuacji gdy upłynął termin ważności oferty złożonej przez rzeczony związek, a instytucja zamawiająca wnosi o przedłużenie ważności przedłożonych jej ofert, pod warunkiem że zostanie wykazane, po pierwsze, że pozostali członkowie tego związku spełniają określone przez instytucję zamawiającą wymogi, a po drugie, że ich dalszy udział w odnośnym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia nie wiąże się z pogorszeniem się sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

2) **Zasady proporcjonalności i równego traktowania, a także obowiązek przejrzystości, wyrażone w art. 2 i w motywie 2 dyrektywy 2004/18,**

   należy interpretować w ten sposób, że:

   stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym przewidującym automatyczne wykonanie ustanowionego przez oferenta tymczasowego zabezpieczenia w następstwie wykluczenia tego oferenta z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi, mimo że nie udzielono mu zamówienia na daną usługę.

Podpisy