Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)

z dnia 21 grudnia 2023 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) – Udzielanie zamówień publicznych w sektorze transportu – Dyrektywa 2014/25/UE – Artykuł 80 ust. 1 – Fakultatywne podstawy wykluczenia – Obowiązek transpozycji – Zawarcie przez wykonawcę umów mających na celu zakłócenie konkurencji – Uprawnienia instytucji zamawiającej – Wpływ wcześniejszej decyzji organu ochrony konkurencji – Zasada proporcjonalności – Artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Prawo do skutecznego środka prawnego – Zasada dobrej administracji – Obowiązek uzasadnienia

W sprawie C-66/22

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny, Portugalia) postanowieniem z dnia 13 stycznia 2022 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 2 lutego 2022 r., w postępowaniu:

Infraestruturas de Portugal SA,

Futrifer Indústrias Ferroviárias SA

przeciwko

Toscca – Equipamentos em Madeira Lda,

przy udziale:

Mota-Engil Railway Engineering SA,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes, L. Bay Larsen, wiceprezes, A. Prechal, K. Jürimäe, C. Lycourgos (sprawozdawca), N. Piçarra i O. Spineanu-Matei, prezesi izb, M. Ilešič, P. G. Xuereb, L. S. Rossi, I. Jarukaitis, A. Kumin, N. Jääskinen, N. Wahl i I. Ziemele, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: L. Carrasco Marco, administratorka,

* Język postępowania: portugalski.

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 marca 2023 r.,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu Futrifer Indústrias Ferroviárias, SA – G. Guerra Tavares, A. Magalhães e Menezes i L. M. Soares Romão, advogados,

– w imieniu Toscca – Equipamentos em Madeira Lda – N. Cunha Rodrigues i J. M. Sardinha, advogados,

– w imieniu rządu portugalskiego – P. Barros da Costa, F. Batista, P. Moreira da Cruz i M. J. Ramos, w charakterze pełnomocników,

– w imieniu rządu czeskiego – L. Halajová, M. Smolek i J. Vláčil, w charakterze pełnomocników,

– w imieniu rządu węgierskiego – M. Z. Fehér i K. Szíjjártó, w charakterze pełnomocników,

– w imieniu Komisji Europejskiej – G. Braga da Cruz, P. Ondrůšek i G. Wils, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 11 maja 2023 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), a także art. 41 ust. 2 lit. b) i c) Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Toscca – Equipamentos em Madeira Lda (zwaną dalej „spółką Toscca”) a Infraestruturas de Portugal SA i Futrifer Indústrias Ferroviárias SA (zwaną dalej „spółką Futrifer”) w przedmiocie decyzji spółki Infraestruturas de Portugal o udzieleniu spółce Futrifer zamówienia publicznego na zakup impregnowanych kreozotem sosnowych kołków i podkładów kolejowych.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2014/24

3 Motyw 101 dyrektywy 2014/24 ma następujące brzmienie:

„Ponadto instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych lub społecznych, w tym przepisów dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych, lub innych form poważnych wykroczeń zawodowych, takich jak naruszenie reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej. Należy sprecyzować, że poważne wykroczenie zawodowe może podać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy dany wykonawca posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia.

[…] [Instytucje zamawiające] powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia; znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń.

Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

4 Artykuł 26 ust. 5 akapit drugi tej dyrektywy stanowi:

„Jeżeli zamówienie jest udzielane w drodze procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami, państwa członkowskie mogą, niezależnie od akapitu pierwszego niniejszego ustępu, postanowić, że instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego lub ich określone kategorie mogą wystosować zaproszenie do ubiegania się o zamówienie za pomocą wstępnego ogłoszenia informacyjnego zgodnie z art. 48 ust. 2”.

5 Artykuł 32 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

„W określonych przypadkach i okolicznościach przewidzianych w ust. 2–5 państwa członkowskie mogą postanowić, że instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji”.

6 Artykuł 55 tej dyrektywy, zatytułowany „Informowanie kandydatów i oferentów”, stanowi w ust. 2 lit. b):

„Na wniosek zainteresowanego kandydata lub oferenta, instytucja zamawiająca tak szybko, jak to możliwe, a w każdym razie w terminie 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku informuje:

[…]

b) każdego niewybranego oferenta o powodach odrzucenia jego oferty […]”.

7 Artykuł 56 dyrektywy 2014/24 ma następujące brzmienie:

„1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych zgodnie z art. 67–69, pod warunkiem że instytucja zamawiająca sprawdziła, zgodnie z art. 59–61, że spełnione są wszystkie następujące warunki:

[…]

b) oferta pochodzi od oferenta, który nie został wykluczony zgodnie z art. 57, oraz spełnia kryteria kwalifikacji określone przez instytucję zamawiającą zgodnie z art. 58, a także, w stosownych przypadkach, niedyskryminacyjne zasady i kryteria, o których mowa w art. 65.

[…]

2. […]

Państwa członkowskie mogą wyłączyć stosowanie procedury opisanej w akapicie pierwszym wobec określonych rodzajów zamówień lub w konkretnych okolicznościach lub ograniczyć jej stosowanie do takich rodzajów zamówień lub okoliczności”.

8 Artykuł 57 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Podstawy wykluczenia”, stanowi:

„1. Instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się jednego z [czynów wymienionych w lit. a)–f) niniejszego ustępu]:

[…]

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

[…]

c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość;

d) jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji;

[…]

5. […]

W dowolnym momencie w trakcie postępowania instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych przed postępowaniem lub w jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4.

6. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący.

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia, w przypadku gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4”.

Dyrektywa 2014/25

9 Artykuł 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243), zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2364 z dnia 18 grudnia 2017 r. (Dz.U. 2017, L 337, s. 17), (zwanej dalej „dyrektywą 2014/25"), stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez podmioty zamawiające w odniesieniu do zamówień oraz konkursów, których szacunkowa wartość jest nie mniejsza niż progi określone w art. 15.

2. Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie – w drodze zamówienia na dostawy, roboty budowlane lub usługi – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jeden podmiot zamawiający od wykonawców wybranych przez ten podmiot zamawiający, pod warunkiem że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi są przeznaczone na potrzeby wykonywania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 8–14.

[…]".

10 Artykuł 4 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2014/25 stanowi:

„Na użytek niniejszej dyrektywy podmiotami zamawiającymi są podmioty, które:

a) są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi i które prowadzą jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14".

11 Artykuł 11 tej dyrektywy ma następujące brzmienie:

„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do działalności obejmującej zapewnianie lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych [dla ludności] w obszarze transportu koleją, systemami automatycznymi, tramwajami, trolejbusami, autobusami lub kolejami linowymi.

Odnośnie do usług transportowych uznaje się, że sieć istnieje, jeżeli usługi są świadczone zgodnie z warunkami działania określonymi przez właściwy organ państwa członkowskiego, takimi jak warunki na obsługiwanych trasach, wymagana zdolność przewozowa lub częstotliwość usług".

12 Artykuł 15 lit. a) omawianej dyrektywy przewiduje zasadniczo, że ma ona zastosowanie do zamówień, których szacunkowa wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT), wynosi co najmniej 443 000 EUR (EUR) w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów.

13 Artykuł 80 ust. 1 dyrektywy 2014/25 stanowi:

„Obiektywne zasady i kryteria wykluczenia i kwalifikacji wykonawców ubiegających się o zakwalifikowanie do systemu kwalifikowania, jak również obiektywne zasady i kryteria wykluczenia i kwalifikacji kandydatów i oferentów w ramach procedury otwartej, procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, mogą obejmować podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 dyrektywy [2014/24] na warunkach w nim określonych.

Jeżeli podmiot zamawiający jest instytucją zamawiającą, wspomniane kryteria i zasady obejmują podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 1 i 2 dyrektywy [2014/24] na warunkach określonych w tym artykule.

Jeżeli wymagają tego państwa członkowskie, wspomniane kryteria i zasady obejmują ponadto podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 4 dyrektywy [2014/24] na warunkach określonych w tym artykule. […]".

Prawo portugalskie

14 Artykuł 55 ust. 1 lit. c) Código dos Contratos Públicos (kodeksu zamówień publicznych), w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym (zwanego dalej „KZP"), ma następujące brzmienie:

„Przeszkody

1. Następujące podmioty nie mogą być kandydatami lub oferentami, ani nie mogą wchodzić w skład konsorcjum:

[…]

c) podmioty, na które nałożono karę z powodu poważnego wykroczenia zawodowego i które w międzyczasie nie zostały ponownie uznane za rzetelne, w przypadku osób fizycznych lub, w przypadku osób prawnych, których organy zarządu, dyrekcji lub kierownictwa spółki zostały objęte taką karą administracyjną i które wykonują swoje obowiązki.

[…]".

15 Artykuł 55 ust. 1 lit. f) KZP przewiduje w szczególności, że podmioty objęte karą dodatkową orzeczoną przez portugalski organ ochrony konkurencji, zakazującą im udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być kandydatami, oferentami ani członkami żadnego konsorcjum.

16 Artykuł 55 A KZP dotyczy usunięcia przez instytucję zamawiającą przeszkód wymienionych w jego art. 55 ust. 1 i uściśla, że nie ma on zastosowania do sytuacji, o których mowa w art. 55 ust. 1 lit. f) KZP.

17 Artykuł 70 KZP stanowi:

„Analiza ofert

[…]

2. Oferta zostaje wykluczona, jeżeli z jej analizy wynika:

[…]

g) istnienie poważnych przesłanek wskazujących na działania, porozumienia, praktyki lub informacje, które mogą zakłócić reguły konkurencji.

[…]”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

18 Spółka Toscca wniosła do Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (sądu administracyjnego i podatkowego w Viseu, Portugalia) skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Infraestruturas de Portugal z dnia 25 lipca 2019 r. o udzieleniu spółce Futrifer zamówienia dotyczącego zakupu impregnowanych kreozotem sosnowych kołków i podkładów kolejowych, przeznaczonych dla sektora infrastruktury kolejowej, za cenę podstawową wynoszącą 2 979 200 EUR. W ramach tej skargi spółka Toscca wniosła również o udzielenie jej tego zamówienia.

19 W następstwie oddalenia tej skargi wyrokiem z dnia 21 lutego 2020 r. spółka Toscca wniosła apelację do Tribunal Central Administrativo Norte (centralnego sądu administracyjnego dla regionu północnego, Portugalia). Wyrokiem z dnia 29 maja 2020 r. sąd ten uchylił ten wyrok, uwzględnił odwołanie spółki Toscca i nakazał Infraestruturas de Portugal udzielenie zamówienia tej spółce.

20 Wyrokiem z dnia 22 kwietnia 2021 r. Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny, Portugalia) uchylił wyrok, o którym mowa w poprzednim punkcie, ze względu na brak uzasadnienia, i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania przez Tribunal Central Administrativo Norte (centralny sąd administracyjny dla regionu północnego). W dniu 2 czerwca 2021 r. tenże sąd wydał ponownie wyrok, prowadzący do tych samych skutków, co wyrok z dnia 29 maja 2020 r. Infraestruturas de Portugal i Futrifer wniosły skargi od wspomnianego wyroku z dnia 2 czerwca 2021 r. do Supremo Tribunal Administrativo (najwyższego sądu administracyjnego), który jest sądem odsyłającym.

21 Sąd ten wskazuje, że w dniu 12 czerwca 2019 r. Autoridade da Concorrência (organ ochrony konkurencji, Portugalia) nałożył na spółkę Futrifer grzywnę za naruszenie prawa konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych w latach 2014–2015, dotyczących świadczenia usług konserwacji urządzeń i torów należących do krajowej sieci kolejowej, zarządzanych przez przedsiębiorstwo publiczne, które w międzyczasie połączyło się z Infraestruturas de Portugal.

22 Sąd odsyłający wskazuje w tym względzie, że wykluczenie oferenta ze względu na brak wiarygodności za naruszenie prawa konkurencji popełnione poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczalne jedynie na podstawie art. 55 ust. 1 lit. f) KZP, to znaczy w wyniku wyraźnego stwierdzenia przez organ ochrony konkurencji naruszenia wobec tego oferenta wraz z nałożeniem dodatkowej kary w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez określony czas. Zdaniem tego sądu rozwiązanie to jest jednak sprzeczne z dyrektywą 2014/24, a w szczególności z jej art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d), ponieważ narusza ono autonomię instytucji zamawiającej w zakresie decydowania o wiarygodności poszczególnych oferentów.

23 Sąd odsyłający zastanawia się ponadto, czy decyzję o udzieleniu zamówienia oferentowi, wobec którego stwierdzono naruszenie prawa konkurencji w ramach wcześniejszego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego przez tę samą instytucję zamawiającą, można uznać za wystarczająco uzasadnioną, w szczególności w świetle prawa do dobrej administracji przewidzianego w art. 41 ust. 2 lit. c) karty, jeżeli instytucja ta nie dokonała niezależnej oceny z uzasadnieniem w przedmiocie wiarygodności tego oferenta.

24 Ponadto sąd ten zastanawia się, czy uregulowanie krajowe, zgodnie z którym instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego do dokonania niezależnej oceny wiarygodności oferenta ukaranego za naruszenie prawa konkurencji, jest zgodne z prawem Unii zarówno w zakresie dotyczącym badania wagi popełnionego naruszenia i jego wpływu na rozpatrywane postępowanie, jak i badania odpowiedniego charakteru środków przyjętych przez danego oferenta w celu zaradzenia skutkom tego naruszenia w ramach tego ostatniego postępowania (self-cleaning). W tym ostatnim względzie wskazuje on, że zgodnie z prawem krajowym ocena takich środków zaradczych należy wyłącznie do organu ochrony konkurencji.

25 Tymczasem sąd ten uważa, że w świetle orzecznictwa Trybunału, w szczególności zaś wyroku z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), naruszenie prawa konkurencji popełnione przez oferenta poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego powinno być przedmiotem należycie uzasadnionej oceny instytucji zamawiającej w ramach badania wiarygodności takiego oferenta.

26 W tych okolicznościach Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy [2014/24] jest dziedziną zastrzeżoną dla decyzji [»reserva de decisão«] instytucji zamawiającej?

2) Czy ustawodawca krajowy może zastąpić w całości decyzję, którą instytucja zamawiająca powinna wydać zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy [2014/24], ogólną decyzją (skutkami ogólnej decyzji) organu ochrony konkurencji o zastosowaniu dodatkowej kary polegającej na zakazie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez określony czas, wydaną w kontekście nałożenia grzywny za naruszenie reguł konkurencji?

3) Czy decyzję instytucji zamawiającej dotyczącą »rzetelności« wykonawcy w świetle przestrzegania (lub nieprzestrzegania) przepisów prawa konkurencji poza konkretnym postępowaniem przetargowym należy rozumieć jako konieczność dokonania uzasadnionej oceny względnej zdolności tego wykonawcy, która stanowi szczególny przejaw prawa do dobrej administracji przewidzianego w art. 41 ust. 2 lit. c) [karty]?

4) Czy rozwiązanie przyjęte w prawie portugalskim poprzez art. 55 ust. 1 lit. f) KZP – które uzależnia wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu naruszenia reguł konkurencji popełnionego poza danym postępowaniem o udzielenie zamówienia od decyzji wydanej przez organ ochrony konkurencji w ramach zastosowania dodatkowej kary polegającej na zakazie ubiegania się o zamówienia publiczne, w którym to postępowaniu sam organ ochrony konkurencji ocenia w tym kontekście stosowność podjętych środków naprawczych – można uznać za zgodne z prawem Unii, w szczególności z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy [2014/24]?

5) Czy rozwiązanie przyjęte w prawie portugalskim poprzez art. 70 ust. 2 lit. g) KZP – które ogranicza możliwość wykluczenia oferty ze względu na istnienie poważnych przesłanek wskazujących na działania, porozumienia, praktyki lub informacje, mogące zakłócić reguły konkurencji, do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym praktyki te zostały stwierdzone – jest również zgodne z prawem Unii, w szczególności z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy [2014/24]?”.

W przedmiocie wniosku o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym

27 Sąd odsyłający wniósł o rozpoznanie niniejszego odesłania prejudycjalnego w trybie przyspieszonym na podstawie art. 105 regulaminu postępowania przed Trybunałem ze względu na pilny charakter postępowania głównego. Przywołał on w tym względzie art. 36 ust. 1 lit. c) Código de Processo nos Tribunais Administrativos (kodeksu postępowania przed sądami administracyjnymi) oraz art. 2 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

28 Artykuł 105 § 1 regulaminu postępowania przewiduje, że na wniosek sądu odsyłającego lub w wyjątkowych przypadkach z urzędu, jeżeli charakter sprawy wymaga niezwłocznego rozstrzygnięcia, prezes Trybunału może postanowić, po zapoznaniu się ze stanowiskiem sędziego sprawozdawcy i rzecznika generalnego, o rozpatrzeniu odesłania prejudycjalnego w trybie przyspieszonym.

29 Należy przypomnieć w tym względzie, że ów tryb przyspieszony stanowi instrument proceduralny służący zaradzeniu nadzwyczaj pilnej sytuacji, której istnienie należy ustalić w odniesieniu do wyjątkowych okoliczności właściwych dla sprawy, w związku z którą został złożony wniosek o zastosowanie trybu przyspieszonego (postanowienie prezesa Trybunału z dnia 25 lutego 2021 r., Sea Watch, C-14/21 i C-15/21, EU:C:2021:149, pkt 22).

30 W niniejszym przypadku w dniu 23 marca 2022 r. prezes Trybunału, po zapoznaniu się ze stanowiskiem sędziego sprawozdawcy i rzecznika generalnego, zdecydował, że wniosek sądu odsyłającego, o którym mowa w pkt 27 niniejszego wyroku, należy oddalić.

31 Sąd ten ograniczył się bowiem do stwierdzenia, że postępowanie główne ma pilny charakter, i do wskazania przepisów prawa krajowego i prawa Unii, nie wskazując, w jakim zakresie w niniejszej sprawie występuje nadzwyczaj pilny charakter sprawy, który jest niezbędny do uzasadnienia rozpatrzenia sprawy w trybie przyspieszonym.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

32 Spółka Futrifer uważa, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny, ponieważ odpowiedź Trybunału na zadane pytania nie jest konieczna do rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym. Twierdzi ona w tym względzie, że Republika Portugalska zgodnie z prawem postanowiła nie transponować do prawa krajowego art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24, w związku z czym pytania te są hipotetyczne.

33 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE współpracy między Trybunałem i sądami krajowymi wyłącznie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i który powinien przyjąć na siebie odpowiedzialność za mające zapaść orzeczenie sądowe, należy dokonanie oceny, w świetle szczególnych okoliczności sprawy, zarówno konieczności wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym po to, aby tenże sąd krajowy był w stanie wydać swoje orzeczenie, jak i znaczenia dla sprawy pytań zadanych

Trybunałowi. W związku z tym, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest w zasadzie zobowiązany do wydania orzeczenia (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 grudnia 1981 r., Foglia, 244/80, EU:C:1981:302, pkt 15; z dnia 28 kwietnia 2022 r., Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308, pkt 28).

34 Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w przedmiocie złożonego przez sąd krajowy wniosku jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania (wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r., Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463, pkt 61; z dnia 28 kwietnia 2022 r., Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308, pkt 29).

35 W niniejszej sprawie pytania dotyczą w istocie wykładni fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24, który dotyczy przypadku, w którym instytucja zamawiająca może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

36 W tym względzie, w pierwszej kolejności, z postanowienia odsyłającego wynika, że spór w postępowaniu głównym dotyczy zgodności z prawem decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego oferentowi, któremu została wymierzona przez krajowy organ ochrony konkurencji kara grzywny za naruszenie przepisów prawa konkurencji w ramach wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Poprzez pytania prejudycjalne od pierwszego do trzeciego i pytanie piąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia zakresu uprawnień dyskrecjonalnych, jakie art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 przyznaje instytucji zamawiającej, ponieważ zgodnie z portugalskimi przepisami ta ostatnia jest związana dokonaną przez organ ochrony konkurencji oceną wiarygodności oferenta, który popełnił takie naruszenie w ramach wcześniejszego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, niezależnie od tego, czy ocena ta doprowadziła do nałożenia dodatkowej kary w postaci czasowego zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

37 Nie można zatem uznać, że pytania te nie mają żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym ani że są hipotetyczne. Co się tyczy podnoszonego przez Futrifer faktu, że Republika Portugalska zgodnie z prawem postanowiła nie transponować do prawa krajowego art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24, dotyczy on aspektów merytorycznych i w żaden sposób nie może mieć wpływu na dopuszczalność zadanych pytań. Wynika z tego, że pytania od pierwszego do trzeciego oraz pytanie piąte są dopuszczalne.

38 W drugiej kolejności, w pytaniu czwartym, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym organ ochrony konkurencji jest wyłącznie właściwy do dokonania oceny znaczenia środków zaradczych podjętych przez wykonawcę, któremu z powodu naruszenia reguł konkurencji wymierzono karę nałożoną przez ten organ, zakazując mu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez określony czas.

39 Tymczasem z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał, nie wynika, by spółka Futrifer w jakimkolwiek momencie podnosiła przyjęcie środków zaradczych, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24.

40 Wynika z tego, że pytanie czwarte ma charakter hipotetyczny i w związku z tym należy je uznać za niedopuszczalne.

Co do istoty

Uwagi wstępne

41 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem Sprawiedliwości do tego ostatniego należy udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi mu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu. W tym względzie Trybunał może być zmuszony wziąć pod rozwagę normy prawa Unii, na które sąd krajowy nie powołał się w swoim pytaniu [zob. podobnie wyrok z dnia 22 czerwca 2023 r., K.B. i F.S. (Uwzględnianie z urzędu w sprawach karnych), C-660/21, EU:C:2023:498, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo].

42 W niniejszym przypadku we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wskazano, że przedmiotem zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego jest zakup przez przedsiębiorstwo publiczne, a mianowicie Infraestruturas de Portugal, impregnowanych kreozotem sosnowych kołków i podkładów kolejowych, przeznaczonych dla sektora infrastruktury kolejowej, za cenę podstawową wynoszącą 2 979 200 EUR.

43 W tym względzie należy zauważyć, że zgodnie z art. 1 ust. 2 i art. 11 dyrektywy 2014/25 udzielenie zamówienia w rozumieniu tej dyrektywy stanowi w szczególności nabycie między innymi dostaw przez podmiot zamawiający od wykonawców wybranych przez ten podmiot zamawiający, w drodze zamówienia na dostawy, w celu prowadzenia działalności obejmującej zapewnianie lub obsługę sieci świadczących ludności usługi w obszarze transportu koleją. Artykuł 4 ust. 1 lit. a) omawianej dyrektywy uściśla, że do celów tej dyrektywy podmiotami zamawiającymi są podmioty będące instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, które prowadzą jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14 tej dyrektywy.

44 Ponadto z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2014/25 wynika, że ma ona zastosowanie do postępowań o udzielenie przez podmioty zamawiające zamówień publicznych w odniesieniu do zamówień oraz konkursów, których szacunkowa wartość jest nie mniejsza niż progi określone w art. 15 tej dyrektywy.

45 W tych okolicznościach i w świetle informacji zawartych w postanowieniu odsyłającym, z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wydaje się wynikać, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/25, czego zweryfikowanie należy jednak do sądu odsyłającego.

46 W takim przypadku do sporu w postępowaniu głównym miałby zastosowanie art. 80 ust. 1 tej dyrektywy.

47 W drugiej kolejności, ponieważ pytania prejudycjalne dotyczą w szczególności kwestii, czy art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu rozpatrywanemu w postępowaniu głównym, należy najpierw ustalić, czy państwa członkowskie mają obowiązek transponowania do swojego prawa krajowego zarówno omawianego art. 57

ust. 4 akapit pierwszy, na wypadek gdyby spór w postępowaniu głównym był objęty zakresem stosowania dyrektywy 2014/24, jak i art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25, na wypadek gdyby spór ten był objęty zakresem stosowania tej ostatniej dyrektywy.

48 Co się tyczy, po pierwsze, art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, przepis ten przewiduje, że „[i]nstytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy" w przypadkach, o których mowa w lit. a)–i) tego przepisu.

49 W tym względzie prawdą jest, że z niektórych wyroków Trybunału, w których dokonano wykładni art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, wynika, że państwa członkowskie mogą zdecydować, czy dokonać transpozycji fakultatywnych podstaw wykluczenia wymienionych w tym przepisie. Trybunał orzekł bowiem, że zgodnie z art. 57 ust. 4 i 7 dyrektywy 2014/24 państwa członkowskie mają wybór niestosowania wskazanych tam fakultatywnych podstaw wykluczenia lub też włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od sprawy, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 33; z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 34, 40; a także z dnia 3 czerwca 2021 r., Rad Service i in., C-210/20, EU:C:2021:445, pkt 28).

50 Jednakże analiza brzmienia art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, kontekstu, w jaki przepis ten się wpisuje, oraz celu, jaki realizuje on w ramach tej dyrektywy, wskazuje, że wbrew temu, co wynika z tych wyroków, państwa członkowskie mają obowiązek transponowania tego przepisu do swojego prawa krajowego.

51 Co się tyczy przede wszystkim brzmienia omawianego art. 57 ust. 4 akapit pierwszy, wynika z niego, że decyzja o wykluczeniu lub niewykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z jednej z przyczyn wymienionych w tym przepisie należy do instytucji zamawiającej, chyba że państwa członkowskie postanowią przekształcić to uprawnienie w obowiązek. W związku z tym państwa członkowskie powinny transponować ten przepis albo poprzez umożliwienie instytucjom zamawiającym stosowania wymienionych w nim podstaw wykluczenia, albo poprzez nakazanie im tego. Natomiast wbrew temu, co podnoszą spółka Futrifer i rząd portugalski, państwo członkowskie nie może zaniechać włączenia tych podstaw do swojego ustawodawstwa krajowego transponującego dyrektywę 2014/24 i pozbawić w ten sposób instytucji zamawiających możliwości – którą należy im na podstawie tego przepisu przynajmniej przyznać – zastosowania tych podstaw.

52 Co się tyczy w dalszej kolejności kontekstu, w jaki wpisuje się art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, należy zauważyć, że motyw 101 tej dyrektywy wskazuje, iż „instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia wykonawców, którzy okazali się nierzetelni". Motyw ten potwierdza zatem, że państwo członkowskie powinno transponować ten przepis, aby nie pozbawiać instytucji zamawiających możliwości, o której mowa w poprzednim punkcie i w rzeczonym motywie.

53 Taką wykładnię art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 potwierdza również a contrario brzmienie przepisów tej dyrektywy, których transpozycja została wyraźnie pozostawiona uznaniu państw członkowskich. Jest tak w szczególności w przypadku art. 26 ust. 5 i art. 32 ust. 1 tej dyrektywy, zgodnie z którymi „państwa członkowskie mogą postanowić […]", lub art. 56 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy, w którym posłużono się sformułowaniem „[p]aństwa członkowskie mogą wyłączyć […]".

54 Artykuł 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie może posłużyć do podważenia tej wykładni. Przepis ten przyznaje bowiem w sposób ogólny państwom członkowskim możliwość określenia warunków stosowania art. 57 tej dyrektywy, czy to w przepisach ustawowych, wykonawczych, czy administracyjnych. Uprawnienie to odnosi się do sposobu wdrożenia przez nie tego artykułu. Wybór pozostawiony w ten sposób państwom członkowskim nie może zatem obejmować transpozycji lub też braku transpozycji fakultatywnych podstaw wykluczenia wymienionych w art. 57 ust. 4 wspomnianej dyrektywy. Należy ponadto stwierdzić, że art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 ma również zastosowanie do obowiązkowych podstaw wykluczenia określonych w art. 57 ust. 1 tej dyrektywy. Nie można zaś racjonalnie twierdzić, że uprawnienie przewidziane w art. 57 ust. 7 może zostać wykorzystane przez państwa członkowskie w celu niedokonania transpozycji takich podstaw wykluczenia do ich prawa krajowego.

55 Wreszcie, co się tyczy zamierzonego przez dyrektywę 2014/24 celu w odniesieniu do fakultatywnych podstaw wykluczenia, Trybunał uznał, że cel ten przejawia się w położeniu nacisku na prerogatywy instytucji zamawiających. Prawodawca Unii zamierzał powierzyć instytucji zamawiającej, i tylko jej, na etapie wyboru oferentów, dokonanie oceny, czy danego kandydata lub oferenta należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 34; z dnia 3 października 2019 r., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, pkt 25).

56 Możliwość, czy nawet obowiązek stosowania przez instytucję zamawiającą podstaw wykluczenia określonych w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

57 Prawodawca Unii zamierzał tym samym upewnić się, że instytucje zamawiające będą miały we wszystkich państwach członkowskich możliwość wykluczenia wykonawców, których uznają za niewiarygodnych.

58 Z powyższych rozważań wynika, że art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 nakłada na państwa członkowskie obowiązek transponowania do ich prawa krajowego fakultatywnych podstaw wykluczenia wymienionych w tym przepisie. W ramach tego obowiązku transpozycji państwa te powinny przewidzieć możliwość albo obowiązek stosowania tych podstaw przez instytucje zamawiające.

59 Odnosząc się, po drugie, do art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25, stanowi on, że jeżeli wymagają tego państwa członkowskie, obiektywne zasady i kryteria wykluczenia i kwalifikacji w szczególności kandydatów i oferentów w procedurach otwartych, ograniczonych lub negocjacyjnych, obejmują podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 na warunkach w nim określonych.

60 Z brzmienia omawianego art. 80 ust. 1 akapit trzeci wynika, że do państw członkowskich należy decyzja, czy fakultatywne podstawy wykluczenia przewidziane we wspomnianym art. 57 ust. 4 powinny być stosowane przez podmioty zamawiające jako kryteria wykluczenia oferentów. W braku takiej decyzji z art. 80 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/25 wynika jednak, że w ramach transpozycji tej dyrektywy państwa członkowskie powinny przynajmniej przewidzieć możliwość włączenia przez podmioty zamawiające do zasad i kryteriów wykluczenia mających zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego objętych zakresem stosowania tej dyrektywy podstaw wykluczenia wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24.

61 W związku z tym w odniesieniu do podstaw wykluczenia wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 państwa członkowskie powinny, z tytułu ciążącego na nich obowiązku transpozycji art. 80 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/25, przewidzieć możliwość włączenia przez podmioty zamawiające tych podstaw wykluczenia do obiektywnych kryteriów wykluczenia w postępowaniach objętych zakresem stosowania tej ostatniej dyrektywy, bez uszczerbku dla ewentualnego podjęcia przez te państwa decyzji na podstawie art. 80 ust. 1 akapit trzeci tej dyrektywy, polegającej na zobowiązaniu tych podmiotów do uwzględnienia tych podstaw wśród tych kryteriów.

62 Co się tyczy w trzeciej kolejności argumentu spółki Futrifer, zgodnie z którym wyeliminowany z postępowania oferent nie może powoływać się na art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24, tak jak w niniejszym przypadku uczyniła to spółka Toscca, dla celów odpowiedzi, jakiej należy udzielić na niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, wystarczy zauważyć, że Trybunał orzekł już, iż możliwość zakwestionowania decyzji, na mocy której instytucja zamawiająca odmawia, choćby w sposób dorozumiany, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na jedną z fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, musi koniecznie przysługiwać każdemu, kto ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i kto poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia tego przepisu, gdyż w przeciwnym razie doszłoby do naruszenia w szczególności prawa do skutecznego środka prawnego, zagwarantowanego w art. 47 karty (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 143).

63 Z tych samych powodów należy przyjąć identyczną ocenę w przypadku odmowy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na jedną z fakultatywnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25.

64 Na pytania prejudycjalne należy zatem odpowiedzieć z uwzględnieniem powyższych uwag wstępnych.

W przedmiocie pytania piątego

65 Poprzez pytanie piąte, które należy zbadać w pierwszej kolejności, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które ogranicza możliwość wykluczenia oferenta ze względu na istnienie poważnych przesłanek wskazujących na jego zachowania mogące zakłócać reguły konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego doszło do tego rodzaju zachowań.

66 Przy dokonywaniu wykładni przepisów prawa Unii należy brać pod uwagę nie tylko ich brzmienie, lecz także ich kontekst oraz cele regulacji, której część stanowią (wyrok z dnia 16 marca 2023 r., Colt Technology Services i in., C-339/21, EU:C:2023:214, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

67 Po pierwsze, należy stwierdzić, że określając sytuację, w której instytucja zamawiająca „może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”, brzmienie art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 nie ogranicza stosowania tej podstawy wykluczenia do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w ramach którego doszło do tego rodzaju zachowań.

68 Co się tyczy, po drugie, kontekstu, w jaki wpisuje się ten przepis, wykładnia ta znajduje potwierdzenie w art. 57 ust. 5 akapit drugi tej dyrektywy, który pozwala na to, by na dowolnym etapie postępowania instytucje zamawiające wykluczyły lub były zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy, gdy okaże się, że – z racji popełnienia określonych czynów lub zaniechania określonych czynności przed postępowaniem lub w jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 4.

69 Po trzecie, wspomniana wykładnia pozwala instytucji zamawiającej, zgodnie z celem realizowanym przez dyrektywę 2014/24 w odniesieniu do fakultatywnych podstaw wykluczenia wymienionych w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy tej dyrektywy, przypomnianym w pkt 56 niniejszego wyroku, upewnić się co do uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zob. podobnie wyrok z dnia 15 września 2022 r., J. Sch. Omnibusunternehmen i K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, pkt 42), przy czym chodzi o rzetelność i wiarygodność, które można podać w wątpliwość nie tylko w przypadku udziału takiego podmiotu w zachowaniach antykonkurencyjnych w ramach tego postępowania, ale również w przypadku udziału tego podmiotu w takich wcześniejszych zachowaniach.

70 W niniejszej sprawie sąd odsyłający wskazuje, że art. 70 ust. 2 lit. g) KZP ogranicza możliwość odrzucenia przez instytucję zamawiającą oferty ze względu na istnienie poważnych przesłanek dotyczących działań, porozumień, praktyk lub informacji mogących zakłócić reguły konkurencji wyłącznie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego miały miejsce te praktyki antykonkurencyjne, w związku z czym instytucja zamawiająca nie może orzec takiego wykluczenia, jeżeli rozpatrywane praktyki antykonkurencyjne miały miejsce przed tym postępowaniem.

71 W tym względzie z pkt 51, 58, 60 i 61 niniejszego wyroku wynika, że niezależnie od tego, czy rozpatrywane w postępowaniu głównym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/24, czy też dyrektywy 2014/25, państwa członkowskie powinny przewidzieć przynajmniej możliwość włączenia przez instytucje zamawiające podstaw wykluczenia wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 do obiektywnych kryteriów wykluczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez uszczerbku dla ewentualnego podjęcia przez te państwa decyzji o przekształceniu tego uprawnienia w obowiązek. Zatem, w każdym razie, państwa członkowskie nie mogą ograniczać zakresu tych podstaw wykluczenia.

72 Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytanie piąte powinna brzmieć następująco: art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które ogranicza możliwość wykluczenia oferenta ze względu na istnienie poważnych przesłanek wskazujących na jego zachowania mogące zakłócać reguły konkurencji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego doszło do tego rodzaju zachowań.

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

73 Poprzez pytania pierwsze i drugie, na które należy odpowiedzieć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które

przyznaje wyłącznie krajowemu organowi ochrony konkurencji uprawnienie do decydowania o wykluczeniu wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego za naruszenie reguł konkurencji.

74 Należy przypomnieć w tym względzie, że zgodnie z art. 56 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/24 instytucja zamawiająca ma obowiązek sprawdzenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy oferta pochodzi od oferenta, który nie został wykluczony na mocy art. 57 tej dyrektywy, przy czym obowiązek ten rozciąga się na wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę (zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 46).

75 Jak wynika z orzecznictwa przytoczonego w pkt 55 i 56 niniejszego wyroku, prawodawca Unii zamierzał powierzyć instytucji zamawiającej, i tylko jej, dokonanie oceny, czy danego kandydata lub oferenta należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez sprawdzenie uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców uczestniczących w takim postępowaniu.

76 W szczególności fakultatywna podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 w związku z motywem 101 tej dyrektywy, opiera się na istotnym elemencie relacji pomiędzy wykonawcą danego zamówienia a instytucją zamawiającą, a mianowicie na rzetelności pierwszego z nich, na której opiera się zaufanie, jakim darzy go druga strona (wyrok z dnia 15 września 2022 r., J. Sch. Omnibusunternehmen i K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

77 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału instytucje zamawiające, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, powinny zwrócić szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, która wymaga od nich dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny zachowania danego podmiotu na podstawie wszystkich istotnych elementów (zob. podobnie 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 156, 157).

78 W związku z tym w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, gdzie istnieje szczególna procedura ścigania naruszeń prawa konkurencji uregulowana w prawie Unii lub w prawie krajowym, w której to organ ochrony konkurencji jest odpowiedzialny za prowadzenie dochodzeń w tym zakresie, instytucja zamawiająca powinna, w ramach oceny dostarczonych dowodów, zasadniczo opierać się na wyniku takiego postępowania (zob. podobnie wyrok z dnia 24 października 2018 r., Vossloh Laeis, C-124/17, EU:C:2018:855, pkt 25).

79 W tym kontekście szczególne znaczenie może mieć decyzja takiego organu, który stwierdził tego rodzaju naruszenie i nałożył z tego powodu na oferenta karę pieniężną, tym bardziej gdy sankcji tej towarzyszył tymczasowy zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. O ile taka decyzja może sprawić, że instytucja zamawiająca wykluczy tego wykonawcę z postępowania o udzielenie danego zamówienia publicznego, o tyle brak takiej decyzji nie może uniemożliwić instytucji zamawiającej dokonania takiej oceny, ani zwolnić jej z niego.

80 Oceny tej należy dokonać w świetle zasady proporcjonalności i z uwzględnieniem wszystkich istotnych elementów, w celu zbadania, czy zastosowanie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24, jest uzasadnione.

81 W postępowaniu głównym sąd odsyłający wskazuje, że art. 55 ust. 1 lit. f) KZP powierza ocenę konsekwencji, jakie naruszenie reguł konkurencji może mieć dla przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wyłącznie krajowemu organowi ochrony konkurencji. Tym samym wydaje się, że przepisy te z jednej strony zobowiązują instytucje zamawiające do zastosowania się do decyzji tego organu, nakładającej na wykonawcę karę polegającą na zakazie udziału w takich postępowaniach przez określony czas, a z drugiej strony uniemożliwiają tym instytucjom zamawiającym wykluczenie z tych postępowań wykonawcy, na którego nie nałożono takiej kary. Wynika z tego, że oferent może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w następstwie decyzji tego organu, przy czym instytucja zamawiająca nie może ocenić zachowania tego oferenta, a w konsekwencji jego uczciwości i rzetelności przy wykonywaniu danego zamówienia, ani zdecydować w sposób autonomiczny, w świetle zasady proporcjonalności, czy wykluczenie owego oferenta jest uzasadnione na podstawie, o której mowa w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24.

82 Takie uregulowanie, które wiąże ocenę uczciwości i wiarygodności oferentów z wnioskami zawartymi w decyzji krajowego organu ochrony konkurencji dotyczącej w szczególności przyszłego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, narusza uprawnienia dyskrecjonalne przysługujące instytucji zamawiającej w ramach art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24.

83 Wywody przedstawione w poprzednim punkcie będą miały również zastosowanie, w przypadku gdyby rozpatrywane w postępowaniu głównym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/25, ponieważ – jak przypomniano w pkt 71 niniejszego wyroku – państwa członkowskie powinny, w ramach ciążącego na nich obowiązku transpozycji art. 80 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy, przewidzieć możliwość włączenia przez instytucje zamawiające podstaw wykluczenia wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 do obiektywnych kryteriów wykluczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez uszczerbku dla ewentualnego podjęcia przez te państwa decyzji o przekształceniu tego uprawnienia w obowiązek. Zatem, w każdym razie, państwa członkowskie nie mogą ograniczać zakresu uznania przysługującego instytucji zamawiającej w tych ramach.

84 Z powyższych względów odpowiedź na pytania pierwsze i drugie powinna brzmieć następująco: art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które przyznaje wyłącznie krajowemu organowi ochrony konkurencji uprawnienie do decydowania o wykluczeniu wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z powodu naruszenia reguł konkurencji.

W przedmiocie pytania trzeciego

85 Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 w związku z art. 41 ust. 2 lit. c) karty należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej dotycząca rzetelności wykonawcy wydana na podstawie podstawy wykluczenia przewidzianej w tym przepisie dyrektywy 2014/24 musi zawierać uzasadnienie.

86 Na wstępie należy zauważyć, że art. 41 ust. 2 lit. c) karty dotyczy wyłącznie obowiązku uzasadniania decyzji ciążącego na „instytucjach, organach i jednostkach organizacyjnych Unii”. Przepis ten nie ma zatem znaczenia dla sporu w postępowaniu głównym.

87 Należy jednak przypomnieć, że instytucja zamawiająca musi przestrzegać ogólnej zasady prawa Unii dotyczącej dobrej administracji, wiążącej się z wymogami, których państwa członkowskie muszą przestrzegać przy stosowaniu prawa Unii. Wśród tych wymagań szczególne znaczenie ma obowiązek uzasadnienia decyzji organów krajowych, ponieważ umożliwia on ich adresatom obronę swoich praw oraz podjęcie z pełną znajomością rzeczy decyzji, czy wniesienie sądowego środka zaskarżenia od owych decyzji jest celowe (zob. podobnie wyroki: z dnia 15 października 1987 r., Heylens i in., 222/86, EU:C:1987:442, pkt 15; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 120).

88 Wynika z tego, że w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca podlega temu obowiązkowi uzasadnienia. Wspomniany obowiązek dotyczy w szczególności decyzji, na mocy których instytucja zamawiająca wyklucza oferenta, między innymi na podstawie fakultatywnej podstawy wykluczenia, takiej jak podstawa przewidziana w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24.

89 Jak wynika bowiem z art. 55 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24, na wniosek danego oferenta instytucje zamawiające, tak szybko jak to możliwe, a w każdym razie w terminie 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku, muszą podać mu powody odrzucenia jego oferty.

90 Należy ponadto zauważyć, że instytucja zamawiająca powinna również uzasadnić swoją decyzję, jeżeli stwierdzi, że oferent znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, lecz mimo to postanawia nie wykluczać go, na przykład ze względu na to, że wykluczenie stanowiłoby środek nieproporcjonalny. Decyzja o zaniechaniu wykluczenia, w przypadku gdy fakultatywna podstawa wykluczenia wydaje się mieć zastosowanie, ma bowiem wpływ na sytuację prawną wszystkich pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia publicznego, którzy powinni mieć zatem możliwość obrony swoich praw i, w stosownym przypadku, podjęcia, na podstawie uzasadnienia zawartego w tej decyzji, decyzji o odwołaniu się od niej. W tym względzie uzasadnienie decyzji o braku wykluczenia może zostać zawarte w ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia wybranemu oferentowi.

91 W świetle powyższych względów odpowiedź na pytanie trzecie powinna brzmieć następująco: art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 w związku z ogólną zasadą dobrej administracji należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej dotycząca rzetelności wykonawcy, wydana na podstawie wykluczenia przewidzianej w tym przepisie, powinna zawierać uzasadnienie.

W przedmiocie kosztów

92 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 (wielka izba) orzeka, co następuje:

1) **Artykuł 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE,**

należy interpretować w ten sposób, że:

stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które ogranicza możliwość wykluczenia oferenta ze względu na istnienie poważnych przesłanek wskazujących na jego zachowania mogące zakłócać reguły konkurencji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego doszło do tego rodzaju zachowań.

2) Artykuł 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24

należy interpretować w ten sposób, że:

stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które przyznaje wyłącznie krajowemu organowi ochrony konkurencji uprawnienie do decydowania o wykluczeniu wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z powodu naruszenia reguł konkurencji.

3) Artykuł 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 w związku z ogólną zasadą dobrej administracji

należy interpretować w ten sposób, że:

decyzja instytucji zamawiającej dotycząca rzetelności wykonawcy, wydana na podstawie wykluczenia przewidzianej w tym przepisie, powinna zawierać uzasadnienie.

Podpisy