



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 15 września 2022 r.\*

Odesłanie prejudycjalne – Procedury udzielania zamówień publicznych – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) – Fakultatywne podstawy wykluczenia – Porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji – Dyrektywa 2014/25/UE – Artykuł 36 ust. 1 – Zasady proporcjonalności i równego traktowania oferentów – Artykuł 80 ust. 1 – Stosowanie podstaw wykluczenia oraz kryteriów kwalifikacji przewidzianych w dyrektywie 2014/24/UE – Oferenci tworzący jednostkę gospodarczą, których złożone oddzielnie oferty nie są samodzielne ani niezależne – Konieczność istnienia wystarczająco wiarygodnych przesłanek w celu wykazania naruszenia art. 101 TFUE

W sprawie C-416/21,

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Bayerisches Oberstes Landesgericht (najwyższy sąd krajowy Bawarii, Niemcy) postanowieniem z dnia 24 czerwca 2021 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 7 lipca 2021 r., w postępowaniu:

**Landkreis Aichach-Friedberg,**

przeciwko

**J. Sch. Omnibusunternehmen,**

**K. Reisen GmbH,**

przy udziale:

**E. GmbH & Co. KG ,**

TRYBUNAŁ (czwarta izba)

w składzie: C. Lycourgos (sprawozdawca), prezes izby, S. Rodin, J.-C. Bonichot, L.S. Rossi i O. Spineanu-Matei, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

\* Język postępowania: niemiecki.

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu Landkreis Aichach-Friedberg – R. Wiemann, Rechtsanwalt,
- w imieniu J. Sch. Omnibusunternehmen i K. Reisen GmbH – J.R. Eydner i A. Kafedzić, Rechtsanwälte,
- w imieniu E. GmbH & Co. KG – H. Holz, S. Janka i U.-D. Pape, Rechtsanwälte,
- w imieniu rządu czeskiego – M. Smolek i J. Vlácil, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu włoskiego – G. Palmieri, w charakterze pełnomocnika, którą wspiera G. Santini, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu litewskiego – K. Dieninis, V. Kazlauskaitė-Švenčionienė i E. Kurelaitytė, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej – P. Ondrůšek i G. Wils, w charakterze pełnomocników,

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

### Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 18 ust. 1 i art. 57 ust. 4 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), zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365 z dnia 18 grudnia 2017 r. (Dz.U. 2017, L 337, s. 19) (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Landkreis Aichach-Friedberg (powiatem Aichach-Friedberg, Niemcy) a J. Sch. Omnibusunternehmen (zwaną dalej „J”) i K. Reisen GmbH w przedmiocie udzielenia przez ten powiat zamówienia publicznego na usługi autobusowego transportu publicznego.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

##### *Dyrektywa 93/37/EWG*

- 3 Artykuł 24 akapit pierwszy dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1993, L 199, s. 54) zawierał katalog fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

*Dyrektywa 2014/24*

4 Motyw 101 akapit pierwszy 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 [...]”.

5 Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 10 tej dyrektywy do jej celów „wykonawca” oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług.

6 Stosownie do art. 4 lit. c) tej dyrektywy ma ona zastosowanie do zamówień, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT) wynosi co najmniej 221 000 EUR, w szczególności w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego i konkursów organizowanych przez te instytucje.

7 Artykuł 18 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi w ust. 1:

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

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”.

8 Artykuł 57 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Podstawy wykluczenia”, stanowi:

„[...]”

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 [wystarczająco] wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji;

e) jeżeli za pomocą mniej inwazyjnych środków nie można skutecznie zlikwidować konfliktu interesów w rozumieniu art. 24;

f) jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków;

[...]

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.

[...]

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu [...]”.

#### *Dyrektywa 2014/25/UE*

9 Artykuł 11 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:

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

Odnosnie 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”.

10 Artykuł 15 lit. a) dyrektywy 2014/25 stanowi:

„Z wyjątkiem przypadków wyłączeń na podstawie art. 18–23 lub na mocy art. 34 prowadzenia określonego rodzaju działalności, niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których szacunkowa wartość bez [VAT] jest co najmniej równa następującym progom:

a) 443 000 EUR w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów”.

11 Artykuł 36 ust. 1 tej dyrektywy brzmi następująco:

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

[...]”.

- 12 Artykuł 80 dyrektywy 2014/25, zatytułowany „Stosowanie podstaw wykluczenia i kryteriów kwalifikacji przewidzianych w dyrektywie [2014/24]”, stanowi w ust. 1:

„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 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 niemieckie***

- 13 Paragraf 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawy o zwalczaniu ograniczeń konkurencji) z dnia 26 czerwca 2013 r. (BGBl. 2013 I, s. 1750), w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym (zwanej dalej „GWB”), stanowi:

„Zakazuje się wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji stowarzyszeń przedsiębiorstw oraz uzgodnionych praktyk, których przedmiotem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji”.

- 14 Paragraf 124 ust. 1 GWB, który transponuje do prawa niemieckiego art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, stanowi w pkt 4:

„Przestrzegając zasady proporcjonalności, instytucje zamawiające mogą w dowolnym momencie wykluczyć przedsiębiorstwo z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku gdy:

[...]

4. instytucja zamawiająca ma dostatecznie wiarygodne przesłanki, aby stwierdzić, że przedsiębiorstwo zawarło z innymi przedsiębiorstwami porozumienia lub uzgodniło praktyki, których celem lub skutkiem jest utrudnienie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji;

[...]”.

### **Spór w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne**

- 15 W dniu 19 grudnia 2019 r. powiat Aichach-Friedberg opublikował ogłoszenie o zamówieniu w celu udzielenia w trybie procedury otwartej zamówienia publicznego na usługi autobusowego transportu publicznego, którego szacunkowa wartość przekracza próg określony w art. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24.
- 16 J jest przedsiębiorcą działającym we własnym imieniu, a K. Reisen jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością zajmującą się przewozami autobusowymi, której J jest członkiem zarządu i jedynym wspólnikiem.

- 17 W dniu 27 lutego 2020 r. zarówno J, jak i K. Reisen złożyli oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, za pośrednictwem tej samej osoby, a mianowicie J. Majątek J został objęty postępowaniem upadłościowym w dniu 1 listopada 2019 r., a postanowieniem z dnia 1 grudnia 2019 r. syndyk wyłączył z zakresu tego postępowania samodzielną działalność J. J oświadczył w ofercie, że wobec jego przedsiębiorstwa nie złożono wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego ani takiego postępowania nie wszczęto.
- 18 W dniu 2 kwietnia 2020 r. J i K. Reisen zostali poinformowani, po pierwsze, że ich oferty zostały wykluczone z powodu naruszenia reguł konkurencji, ponieważ zostały sporządzone przez tę samą osobę, a po drugie, że sporne zamówienie zostanie udzielone E. GmbH & Co. KG.
- 19 J i K. Reisen wnieśli najpierw odwołanie, które zostało oddalone, a następnie skargę do Vergabekammer Südbayern (izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii, Niemcy). Orzeczeniem z dnia 12 stycznia 2021 r. sąd ten uwzględnił odwołanie, nakazując powiatowi Aichach-Friedberg przywrócić ofertę tych oferentów do rozpatrywanego postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności zdaniem tej izby, zważywszy na wyrok z dnia 17 maja 2018 r., Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324), zachowanie tych oferentów nie podlega art. 101 TFUE, ponieważ tworzą oni jednostkę gospodarczą.
- 20 Powiat Aichach-Friedberg wniósł apelację od tego orzeczenia do Bayerisches Oberstes Landesgericht (najwyższego sądu krajowego Bawarii, Niemcy). Zdaniem tego powiatu dopuszczenie do tego, by dwóch oferentów tworzących jednostkę gospodarczą brało udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest niezgodne z interesami pozostałych oferentów i narusza zasadę równego traktowania oraz reguły konkurencji, w szczególności ze względu na to, że oferenci ci są w stanie uzgodnić swoje oferty.
- 21 J i K. Reisen uważają, że w świetle wyroku z dnia 17 maja 2018 r., Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324) wykluczenie oferenta z powodu naruszenia reguł konkurencji jest możliwe jedynie w przypadku, gdy dana sytuacja objęta jest zakresem stosowania art. 101 TFUE. Ponadto wyczerpujący charakter podstaw wykluczenia przewidzianych w dyrektywie 2014/24 stoi na przeszkodzie powołaniu się na zasadę równego traktowania oferentów.
- 22 W tym względzie sąd odsyłający wskazuje, że J i K. Reisen tworzą jednostkę gospodarczą w rozumieniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego art. 101 TFUE. Sąd ten zastanawia się nad kwestią, czy art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 należy rozumieć w ten sposób, że wymaga on, dla celów zastosowania przewidzianej w nim fakultatywnej podstawy wykluczenia, aby instytucja zamawiająca dysponowała wystarczająco wiarygodnymi przesłankami wskazującymi na naruszenie art. 101 TFUE. Uważa on, że na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco, ponieważ wykluczenie na podstawie tego przepisu dyrektywy 2014/24 zakłada naruszenie przepisu prawa antymonopolowego. O istnieniu takiego naruszenia nie można zaś mówić w przypadku, gdy dane przedsiębiorstwa tworzą jednostkę gospodarczą i mogą w związku z tym powoływać się na „przywilej koncernu”.
- 23 Ponadto sąd odsyłający zastanawia się, czy wykaz fakultatywnych podstaw wykluczenia zawarty w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 uniemożliwia powołanie się na zasadę równego traktowania w celu uzasadnienia nieuwzględnienia ofert złożonych przez dwóch oferentów tworzących jednostkę gospodarczą.

- 24 Konkretnie chodzi o wyjaśnienie, czy wykładnię wypracowaną w wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 44 i nast.) da się zastosować do art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24. W tym względzie sąd odsyłający uważa, że pomimo różnic między katalogiem fakultatywnych podstaw wykluczenia określonym w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 a ich wykazami zawartymi we wcześniejszych dyrektywach dotyczących udzielania zamówień publicznych zasada równego traktowania nadal sprzeciwia się uwzględnieniu złożonych przez powiązane przedsiębiorstwa ofert, które nie są samodzielne i niezależne.
- 25 Należy wreszcie ustalić, czy orzecznictwo Trybunału dotyczące ofert, które nie są samodzielne i niezależne, złożonych przez powiązanych oferentów (wyrok z dnia 17 maja 2018 r., *Specializuoetas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324), znajduje zastosowanie do ofert składanych przez oferentów tworzących jednostkę gospodarczą. Sąd odsyłający uważa, że w świetle tego wyroku zasada równego traktowania sprzeciwia się tym bardziej temu, aby zamówienie mogło zostać udzielone oferentom tworzącym jednostkę gospodarczą i niebędącym w stanie złożyć samodzielnych lub niezależnych ofert.
- 26 W tych okolicznościach Bayerisches Oberstes Landesgericht (najwyższy sąd krajowy Bawarii) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 57 ust. 4 [akapit pierwszy] lit. d) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca musi dysponować wystarczająco wiarygodnymi przesłankami naruszenia przez wykonawców art. 101 TFUE?
- [W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej:]
- 2) Czy art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że przepis ten wyczerpująco określa fakultatywne podstawy wykluczenia, w tym sensie, że w przypadku złożenia ofert, które nie są ani samodzielne, ani niezależne, zasada równego traktowania (art. 18 ust. 1 tej dyrektywy) nie może stać na przeszkodzie udzieleniu zamówienia?
- 3) Czy art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie udzieleniu zamówienia przedsiębiorcom, którzy stanowią jednostkę gospodarczą [a] z których każdy złożył ofertę?”.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### ***Uwagi wstępne***

- 27 Poprzez swoje pytania sąd odsyłający zwraca się o wykładnię art. 18 ust. 1 i art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi autobusowego transportu publicznego.
- 28 Należy w związku z tym przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem do tego ostatecznego należy udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi temu sądowi rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu. Mając to na uwadze, Trybunał powinien w razie potrzeby przeformułować przedłożone mu pytania. Ponadto Trybunał może wziąć pod

rozważę normy prawa Unii, do których sąd krajowy nie odniósł się w treści pytania (zob. podobnie wyrok z dnia 14 maja 2020 r., T-Systems Magyarország, C-263/19, EU:C:2020:373, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 29 W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że zapewnianie lub obsługa sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu autobusowego są wyraźnie wymienione w art. 11 dyrektywy 2014/25 jako jedna z dziedzin, do których dyrektywa ta ma zastosowanie. Zatem w zakresie, w jakim poprzez rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie podmiot zamawiający ma na celu właśnie zapewnienie lub obsługę sieci, a zamówienie to przekracza próg wskazany w art. 15 lit. a) tej dyrektywy, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego, należy uznać, że ze względu na swój przedmiot zamówienie to wchodzi w zakres stosowania wspomnianej dyrektywy.
- 30 W tym względzie, biorąc pod uwagę przepisy przytoczone przez sąd odsyłający we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, należy zauważyć, po pierwsze, że trzeba dokonać wykładni art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25, zgodnie z którym instytucje zamawiające traktują wykonawców na równi i bez dyskryminacji oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny, który to przepis jest zasadniczo odpowiednikiem art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24.
- 31 Po drugie, jeśli chodzi o fakultatywne podstawy wykluczenia, dyrektywa 2014/25 nie zawiera samodzielnego przepisu, lecz odsyła w tym względzie do dyrektywy 2014/24.
- 32 W szczególności art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25 stanowi, że jeżeli wymagają tego państwa członkowskie, obiektywne zasady i kryteria wykluczenia i kwalifikacji kandydatów i oferentów, w szczególności w procedurach otwartych, ograniczonych lub negocjacyjnych, obejmują podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 „na warunkach określonych w tym artykule”.
- 33 Wskazać należy, że wyrażenie „na warunkach określonych w tym artykule” odnosi się do warunków, o których mowa we wspomnianym art. 57 ust. 4 (zob. analogicznie wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 33).
- 34 Jeśli zatem w wyniku weryfikacji dokonanej przez sąd odsyłający okaże się, że dyrektywa 2014/25 ma zastosowanie do rozpatrywanego w postępowaniu głównym postępowania o udzielenie zamówienia, istotne jest, by w celu udzielenia użytecznej odpowiedzi na zadane pytania Trybunał dokonał wykładni art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, a w szczególności lit. d) akapitu pierwszego tego przepisu, którego konkretnie dotyczy wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, przy czym to art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25 umożliwia państwom członkowskim zastosowanie tego przepisu dyrektywy 2014/24 do tego rodzaju postępowań.

### ***W przedmiocie pytania pierwszego***

- 35 W tych okolicznościach należy uznać, że poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 w związku z art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25 należy interpretować w ten sposób, że fakultatywna podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dotyczy jedynie przypadków, w których istnieją wystarczająco wiarygodne przesłanki pozwalające stwierdzić, że wykonawcy naruszyli art. 101 TFUE.



- 36 Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że wątpliwości tego sądu co do zakresu fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej we wspomnianym art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) biorą się stąd, iż w art. 124 ust. 1 pkt 4 GWB, który transponuje do prawa niemieckiego ów art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d), powtórzono zapis o zakazie porozumień ograniczających konkurencję zawarty w art. 1 GWB, który z kolei powieliła w istocie w prawie niemieckim art. 101 TFUE. Sąd przypomina zaś, że z orzecznictwa Trybunału (wyrok z dnia 17 maja 2018 r., *Specializotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo) wynika, iż ten ostatni artykuł nie ma zastosowania w sytuacji, gdy zakazane w nim porozumienia są stosowane przez przedsiębiorstwa, które – jak w niniejszej sprawie – stanowią jednostkę gospodarczą.
- 37 Po pierwsze, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 instytucje zamawiające mogą wykluczyć wykonawcę lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wystarczająco wiarygodnych przesłanek, że wykonawca ten zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.
- 38 Należy stwierdzić, że przepis ten dotyczy w sposób ogólny „zawartych z innymi wykonawcami porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji”. Nie zawiera on wzmianki o art. 101 TFUE, a w szczególności, w przeciwieństwie do tego ostatniego, nie zawiera wymogu, by porozumienia były zawierane „między przedsiębiorstwami” w rozumieniu tego przepisu i aby mogły one „wpływać na handel między państwami członkowskimi”.
- 39 Z powyższego wynika, że art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 odnosi się do sytuacji, w których wykonawcy zawierają jakiegokolwiek porozumienie antykonkurencyjne, i nie można go ograniczać jedynie do porozumień między przedsiębiorstwami, o których mowa w art. 101 TFUE.
- 40 Co więcej, cel leżący u podstaw art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 potwierdza tę wykładnię.
- 41 Trybunał orzekł już, że prawo czy wręcz obowiązek wykluczenia przez instytucję zamawiającą wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności poszczególnych wykonawców. 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, bazuje 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 (zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 41).
- 42 Tak więc art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 ma na celu umożliwienie instytucjom zamawiającym dokonania oceny i wzięcia pod uwagę uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców, aby móc wykluczyć z udziału w postępowaniach przetargowych nierzetelnych oferentów, z którymi nie mogą ich łączyć oparte na zaufaniu relacje służące pomyślnej realizacji danych usług w związku z wykonywaniem danego zamówienia.
- 43 Cel ten różni się zaś w sposób widoczny od celu określonego w art. 101 TFUE. Ten bowiem ma na celu zwalczanie zachowań antykonkurencyjnych przedsiębiorstw i zapobieganie ich ponownemu popełnianiu (zob. wyrok z dnia 6 października 2021 r., *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, pkt 37).

- 44 Cel art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 prowadzi zatem do przyjęcia szerokiej wykładni tego przepisu, zgodnie z którą instytucje zamawiające zaliczają do przewidzianej w nim fakultatywnej podstawy wykluczenia porozumienia między wykonawcami, które nie wpływają na handel między państwami członkowskimi.
- 45 Wreszcie, co się tyczy kontekstu tego przepisu, należy zauważyć, że w odniesieniu do fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. c) dyrektywy 2014/24 pojęcie „wykroczenia zawodowego”, które obejmuje każde zawinione zachowanie mające wpływ na wiarygodność, uczciwość lub rzetelność zawodową danego wykonawcy, należy interpretować szeroko (zob. podobnie postanowienie z dnia 4 czerwca 2019 r., Consorzio Nazionale Servizi, C-425/18, EU:C:2019:476, pkt 29, 30).
- 46 W tych okolicznościach, ponieważ – jak wynika z motywu 101 dyrektywy 2014/24 – naruszenie reguł konkurencji może, w świetle celu art. 57 ust. 4 tej dyrektywy przedstawionego w pkt 39 niniejszego wyroku, zostać uznane za rodzaj poważnego wykroczenia zawodowego, niespójne z tym byłoby nadawanie pojęciu „porozumień”, o którym mowa w lit. d) akapitu pierwszego tego przepisu, wykładni zawężającej, ograniczającej się jedynie do porozumień między przedsiębiorstwami, o których mowa w art. 101 TFUE.
- 47 Jest tak tym bardziej, że pojęcie „wykonawcy” zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24 nie nawiązuje do pojęcia „przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 101 TFUE.
- 48 Prowadzi to więc do wniosku, że jakkolwiek należy uznać, iż istnienie porozumienia w rozumieniu art. 101 TFUE jest objęte fakultatywną podstawą wykluczenia zawartą w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24, to jednak ten drugi przepis ma szerszy zakres, odnoszący się również do zawierania przez wykonawców porozumień antykonkurencyjnych, które nie podlegają art. 101 TFUE. W związku z tym sam fakt, że takie porozumienie między dwoma wykonawcami nie mieści się w zakresie tego postanowienia, nie stoi na przeszkodzie temu, by było ono objęte tą fakultatywną podstawą wykluczenia.
- 49 Jednakże w celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi należy podkreślić, że omawiany przepis dyrektywy 2014/24 odnosi się do przypadku, w którym istnieją wystarczające przesłanki pozwalające instytucji zamawiającej uznać, że porozumienie zostało zawarte przez dwóch wykonawców lub większą ich liczbę w celu zakłócenia konkurencji, co wymaga istnienia zbieżności woli co najmniej dwóch różnych wykonawców.
- 50 W niniejszej sprawie należy zauważyć, jak wskazuje Komisja Europejska, że w przypadku takim jak rozpatrywany w postępowaniu głównym nie można uznać, iż dwóch wykonawców, którzy co do zasady występują pod postacią jednej i tej samej osoby do celów podejmowania decyzji, mogło zawrzeć między sobą „porozumienia”, ponieważ nie wydaje się, aby istniały tu dwie odrębne wole, które mogłyby być zbieżne. Do sądu odsyłającego należy jednak zbadanie, czy z uwagi na związek pomiędzy J a K. Reisen jest możliwe, by zawierali oni takie porozumienia w celu zakłócenia konkurencji. Jeśli tak nie jest, fakultatywna podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 nie może mieć zastosowania do ich sytuacji.
- 51 W świetle powyższego odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć następująco: art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 w związku z art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25 należy interpretować w ten sposób, że fakultatywna podstawa wykluczenia określona w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dotyczy sytuacji, w których istnieją wystarczająco

wiarygodne przesłanki pozwalające uznać, że wykonawcy zawarli porozumienie zakazane na mocy art. 101 TFUE, lecz nie jest ograniczona jedynie do porozumień, o których mowa w tym postanowieniu.

***W przedmiocie pytań drugiego i trzeciego***

- 52 Poprzez pytania drugie i trzecie, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 w związku z art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25 należy interpretować w ten sposób, że tenże art. 57 ust. 4 reguluje w sposób wyczerpujący fakultatywne podstawy wykluczenia, co wyklucza możliwość, by zasada równego traktowania, o której mowa w art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25, stała na przeszkodzie udzieleniu danego zamówienia wykonawcom, którzy tworzą jednostkę gospodarczą i których oferty, mimo iż złożyli je oddzielnie, nie są samodzielne ani niezależne.
- 53 W analogicznym kontekście dyrektywy 93/37 Trybunał orzekł, że art. 24 akapit pierwszy tej dyrektywy, który – podobnie jak art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 – zawiera wykaz fakultatywnych podstaw wykluczenia, należy rozumieć jako zawierający zamknięty katalog przypadków mogących uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności dotyczących jego cech zawodowych. W konsekwencji stoi on na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające zawartego w nim katalogu o inne podstawy wykluczenia oparte na kryteriach dotyczących cech zawodowych (wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 43).
- 54 Podobnie też art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 wymienia w sposób wyczerpujący fakultatywne podstawy wykluczenia mogące uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności dotyczących jego cech zawodowych oraz konfliktu interesów lub zakłócenia konkurencji, które mogłyby wynikać z jego udziału w przygotowaniu tego postępowania.
- 55 W tym względzie podniesiona przez sąd odsyłający okoliczność, że przepis ten określa obecnie większą liczbę fakultatywnych podstaw wykluczenia niż poprzednie dyrektywy Unii w dziedzinie zamówień publicznych, w żaden sposób nie wpływa na zamknięty charakter katalogu określonego w tym przepisie.
- 56 Mając bowiem na względzie charakter podstaw wykluczenia zawartych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, należy uznać, że prawodawca Unii utrzymał w odniesieniu do poszczególnych podstaw wykluczenia określonych w kolejnych dyrektywach Unii w dziedzinie zamówień publicznych to samo podejście, polegające – jak orzekł Trybunał w pkt 42 wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731) – na przyjęciu jedynie podstaw wykluczenia opartych na obiektywnym ustaleniu właściwych danemu wykonawcy okoliczności faktycznych lub zachowań, mogących bądź podważyć jego uczciwość zawodową lub zdolność gospodarczą lub finansową do pomyślnej realizacji robót objętych zamówieniem, o które się ubiega, bądź też, w odniesieniu do zamówień objętych dyrektywą 2014/24, doprowadzić do sytuacji, w której w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia występuje konflikt interesów lub zakłócenie konkurencji, których to sytuacji dotyczą, odpowiednio, art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. e) i art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. f) tej dyrektywy.

- 57 Niemniej fakt, iż fakultatywne podstawy wykluczenia określone w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, do którego odsyła art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25, stanowią zamknięty katalog, nie wyklucza możliwości, by zasada równego traktowania, o której mowa w art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25, stała na przeszkodzie udzieleniu danego zamówienia wykonawcom, którzy tworzą jednostkę gospodarczą i których oferty, mimo iż złożyli je oddzielnie, nie są samodzielne ani niezależne.
- 58 Taki zamknięty katalog nie wyłącza bowiem uprawnienia państw członkowskich do utrzymania lub ustanowienia przepisów materialnych mających w szczególności na celu zagwarantowanie w dziedzinie zamówień publicznych poszanowania zasady równego traktowania oraz wynikającej z niej zasady przejrzystości, obowiązujących podmioty zamawiające w każdym postępowaniu o udzielenie takiego zamówienia i stanowiących podstawę dyrektyw Unii dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem przestrzegania zasady proporcjonalności (zob. analogicznie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 21; z dnia 8 lutego 2018 r., Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, pkt 30).
- 59 W szczególności w przypadku powiązanych oferentów zasada równego traktowania, o której mowa w art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25, zostałaby naruszona, gdyby oferenci ci mogli składać skoordynowane lub uzgodnione oferty, czyli oferty, które nie są samodzielne ani niezależne i dzięki temu mogą przysporzyć im nieuzasadnionych korzyści w stosunku do innych oferentów (zob. analogicznie wyrok z dnia 17 maja 2018 r., Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, pkt 29).
- 60 W tym kontekście poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga, by podmiot zamawiający był zobowiązany do zbadania i oceny okoliczności faktycznych w celu ustalenia, czy stosunek istniejący między dwoma podmiotami wywarł konkretny wpływ na treść poszczególnych ofert złożonych w ramach jednego postępowania przetargowego, przy czym stwierdzenie takiego wpływu w dowolnej formie wystarczy do tego, aby podmioty te mogły zostać wykluczone z postępowania (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 32; z dnia 8 lutego 2018 r., Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, pkt 38).
- 61 Stwierdzenie, że powiązania między oferentami miały wpływ na treść złożonych przez nich w tym samym postępowaniu ofert, wystarczy bowiem do tego, by podmiot zamawiający nie mógł brać tych ofert pod uwagę, ponieważ – jeżeli pochodzą od powiązanych oferentów – oferty muszą zostać złożone w pełni samodzielnie i niezależnie (zob. podobnie wyrok z dnia 17 maja 2018 r., Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, pkt 38).
- 62 Uwagi te mają tym bardziej zastosowanie w sytuacji, gdy oferenci nie są po prostu powiązani, lecz tworzą jednostkę gospodarczą.
- 63 Tym samym gdyby sąd odsyłający, po dokonaniu koniecznych weryfikacji i ocen, doszedł do wniosku, że rozpatrywane w postępowaniu głównym oferty nie zostały złożone w sposób autonomiczny i niezależny, art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25 stoi na przeszkodzie udzieleniu spornego zamówienia oferentom, którzy złożyli takie oferty.
- 64 W świetle powyższego odpowiedź na pytania drugie i trzecie powinna brzmieć następująco: art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 w związku z art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25 należy interpretować w ten sposób, że art. 57 ust. 4 reguluje w sposób wyczerpujący fakultatywne podstawy wykluczenia mogące uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności dotyczących

jego cech zawodowych oraz konfliktu interesów lub zakłócenia konkurencji, które mogłyby wynikać z jego udziału w przygotowaniu tego postępowania. Niemniej wskazany art. 57 ust. 4 nie wyklucza możliwości, by zasada równego traktowania, o której mowa w art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25, stała na przeszkodzie udzieleniu danego zamówienia wykonawcom, którzy tworzą jednostkę gospodarczą, a których oferty, mimo iż złożyli je oddzielnie, nie są samodzielne ani niezależne.

### **W przedmiocie kosztów**

- 65 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 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, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365 z dnia 18 grudnia 2017 r., w związku z art. 80 ust. 1 akapit trzeci 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, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2364 z dnia 18 grudnia 2017 r.,

**należy interpretować w ten sposób, że:**

**fakultatywna podstawa wykluczenia określona w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dotyczy sytuacji, w których istnieją wystarczająco wiarygodne przesłanki pozwalające uznać, że wykonawcy zawarli porozumienie zakazane na mocy art. 101 TFUE, lecz nie jest ograniczona jedynie do porozumień, o których mowa w tym postanowieniu.**

- 2) Artykuł 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2017/2365, w związku z art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2017/2364,

**należy interpretować w ten sposób, że:**

**art. 57 ust. 4 reguluje w sposób wyczerpujący fakultatywne podstawy wykluczenia mogące uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności dotyczących jego cech zawodowych oraz konfliktu interesów lub zakłócenia konkurencji, które mogłyby wynikać z jego udziału w przygotowaniu tego postępowania. Niemniej wskazany art. 57 ust. 4 nie wyklucza możliwości, by zasada równego traktowania, o której mowa w art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2017/2364, stała na przeszkodzie udzieleniu danego zamówienia wykonawcom, którzy tworzą jednostkę gospodarczą, a których oferty, mimo iż złożyli je oddzielnie, nie są samodzielne ani niezależne.**

Podpisy