



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY  
przedstawiona w dniu 11 maja 2023 r.<sup>1</sup>

### Sprawa C-66/22

**Infraestruturas de Portugal, S. A.,  
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A.**  
przeciwko  
**Toscca – Equipamentos em Madeira Lda.,**  
przy udziale:  
**Mota-Engil Railway Engineering, S. A.**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny, Portugalia)]

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2014/24/UE – Zamówienia publiczne – Fakultatywne podstawy wykluczenia – Artykuł 57 ust. 4 lit. d) – Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – Kara za praktyki ograniczające konkurencję – Automatyczne wykluczenie na podstawie wcześniejszej decyzji organu ochrony konkurencji – Uprawnienia instytucji zamawiającej do oceny istnienia podstawy wykluczenia – Artykuł 57 ust. 6 – Zdolność i rzetelność wykonawcy – Uzasadnienie – Praktyki ograniczające konkurencję stwierdzone w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

1. W ramach niniejszego odesłania prejudycjalnego Trybunał musi dokonać wykładni art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE<sup>2</sup>, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

2. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach sporu dotyczącego udzielenia zamówienia przedsiębiorstwu, które zostało uprzednio ukarane z powodu zawarcia z innymi przedsiębiorstwami porozumienia w celu realizacji zachowań ograniczających konkurencję (porozumienia w sprawie cen i podziału rynku).

<sup>1</sup> Język oryginału: hiszpański.

<sup>2</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

## I. Ramy prawne

### A. Prawo Unii

#### 1. Dyrektywa 2014/24

#### 3. Artykuł 56 („Zasady ogólne”) stanowi:

„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 [...]”.

#### 4. Artykuł 57 („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 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”.

## 2. Dyrektywa 2014/25/UE<sup>3</sup>

5. Zgodnie z art. 80 („Stosowanie podstaw wykluczenia oraz kryteriów kwalifikacji przewidzianych w dyrektywie 2014/24/UE”):

„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/UE 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/UE 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/UE na warunkach określonych w tym artykule.

[...]”.

<sup>3</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243).

## **B. Prawo portugalskie**

### *1. Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos*<sup>4</sup>

#### 6. Artykuł 55 („Przeszkody”) stanowi:

„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.

[...]

f) podmioty, na które nałożono karę dodatkową w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przewidzian[ą] w przepisach szczególnych, w szczególności w systemach sankcji w dziedzinie [...] konkurencji [...], przez okres ustalony w decyzji o nałożeniu kary”.

#### 7. Artykuł 70 („Analiza ofert”) ust. 2 stanowi:

„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”.

### *2. Lei n.º 19/2012 da Concorrência (ustawa o konkurencji)*<sup>5</sup>

8. Artykuł 71 („Kary dodatkowe”) stanowi w ust. 1 lit. b), że jeżeli jest to uzasadnione wagą naruszenia i winą sprawcy, Autoridade de Concorrência (urząd ochrony konkurencji, zwany dalej „AC”) może nałożyć wraz z grzywną karę dodatkową w postaci pozbawienia prawa do udziału w niektórych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, pod warunkiem że praktyka stanowiąca naruszenie podlegające karze grzywny miała miejsce w trakcie danego postępowania lub w konsekwencji tego postępowania.

<sup>4</sup> Dekret z mocą ustawy nr 18/2008 z dnia 29 stycznia 2008 r., kodeks zamówień publicznych (zwany dalej „CCP”, Diário da República, seria I, nr 20/2008 z dnia 29 stycznia 2008 r.), w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji wprowadzonej Decreto-lei n.º 111-B/2017 z dnia 31 sierpnia 2017 r. (zwanym dalej „dekretem z mocą ustawy nr 111-B/2017”, Diário da República, 2. suplement, seria I, nr 168/2017 z dnia 31 sierpnia 2017 r.).

<sup>5</sup> Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência (ustawa nr 19/2012 z dnia 8 maja 2012 r. ustanawiająca nowy system prawny konkurencji, Diário da República, seria I, nr 89 z dnia 8 maja 2012 r.).

## II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

9. W dniu 18 stycznia 2019 r. spółka Infraestruturas de Portugal, S.A. (zwana dalej „spółką Infraestruturas”) ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę impregnowanych kreozotem sosnowych kołków i podkładów kolejowych za cenę podstawową wynoszącą 2 979 200 EUR<sup>6</sup>.

10. Przedsiębiorstwa Toscca – Equipamentos em Madeira, Lda. (zwane dalej „spółką Toscca”) i Futrifer, Indústrias Ferroviárias, S.A. (zwane dalej „spółką Futrifer”) wzięły udział w postępowaniu i złożyły – każde z nich osobno – ofertę.

11. W dniu 12 czerwca 2019 r. AC nałożyło na spółkę Futrifer grzywnę za naruszenie reguł konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia<sup>7</sup> w 2014 r. i 2015 r.<sup>8</sup>.

12. W szczególności AC stwierdziło, że spółka Futrifer i inne przedsiębiorstwa działające w tym sektorze porozumiały się w celu ustalenia cen i podziału rynku usług utrzymania sieci kolejowej z naruszeniem art. 9 ust. 1 ustawy nr 19/2012 i art. 101 ust. 1 TFUE.

13. W swojej decyzji AC uznał, że w świetle okoliczności sprawy i propozycji ugody przedstawionej przez spółkę Futrifer nałożenie na nią dodatkowej kary w postaci zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, przewidzianej w art. 71 ust. 1 lit. b) ustawy nr 19/2012, jest zbędne<sup>9</sup>.

14. W dniu 27 lipca 2019 r. spółka Infraestruturas udzieliła spółce Futrifer spornego zamówienia.

15. Spółka Toscca wniosła skargę na tę decyzję do Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (sądu administracyjnego i podatkowego w Viseu, Portugalia, zwanego dalej „TAF de Viseu”). Wniosła ona o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia, wykluczenie oferty złożonej przez spółkę Futrifer i udzielenie zamówienia jej samej. Na poparcie swojej skargi spółka Toscca powołała się w szczególności na decyzję AC o nałożeniu kary na spółkę Futrifer.

16. Sąd pierwszej instancji oddalił skargę spółki Toscca, uznawszy, że art. 70 ust. 2 lit. g) CCP ma zastosowanie jedynie w przypadku, gdy przesłanki zakłócenia konkurencji występują w postępowaniu będącym przedmiotem sporu.

17. Spółka Toscca wniosła odwołanie od wyroku TAF de Viseu do Tribunal Central Administrativo Norte (centralnego sądu administracyjnego dla regionu północnego, Portugalia). Ten ostatni sąd, wyrokiem z dnia 29 maja 2020 r., uznawszy, że dokonana w postępowaniu w pierwszej instancji wykładnia art. 70 ust. 2 lit. g) CCP jest błędna, uchylił zaskarżony wyrok i nakazał spółce Infraestruturas udzielić zamówienia spółce Toscca.

<sup>6</sup> Postępowanie 2019/S 015-030671, ogłoszone w Suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* z dnia 22 stycznia 2019 r. (Dz.U. 2019, S 15, s. 1).

<sup>7</sup> Chodziło o postępowania prowadzone przez przedsiębiorstwo publiczne w celu udzielenia zamówienia na usługi utrzymania urządzeń i torów portugalskiej sieci kolejowej.

<sup>8</sup> Postępowanie PRC/2016/6. Jeśli chodzi o spółkę Futrifer, odpowiada ono „ostatecznej decyzji w postępowaniu ugodowym (wersja jawna)”.

<sup>9</sup> Punkty 231 i nast. decyzji z dnia 12 czerwca 2019 r.

18. Spółki Infraestruturas i Futrifer wniosły skargę od wyroku wydanego w postępowaniu odwoławczym do Supremo Tribunal Administrativo (najwyższego sądu administracyjnego, Portugalia), który uchylił ten wyrok z powodu braku uzasadnienia i nakazał przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Tribunal Central Administrativo Norte (centralny sąd administracyjny dla regionu północnego, Portugalia).

19. W dniu 2 czerwca 2021 r. Tribunal Central Administrativo Norte (centralny sąd administracyjny dla regionu północnego, Portugalia) wydał wyrok, w którym ponownie uchylił wyrok wydany w postępowaniu w pierwszej instancji i nakazał spółce Infraestruturas udzielić zamówienia spółce Toscca.

20. Spółki Infraestruturas i Futrifer wniosły skargę od wyroku z dnia 2 czerwca 2021 r. do Supremo Tribunal Administrativo (najwyższego sądu administracyjnego), który kieruje do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

- „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) urzędu 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 praw podstawowych Unii Europejskiej?
- 4) Czy rozwiązanie przyjęte w prawie portugalskim poprzez art. 55 ust. 1 lit. f) CCP – 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 urząd ochrony konkurencji w ramach zastosowania dodatkowej kary polegającej na zakazie ubiegania się o zamówienia publiczne, w którym to postępowaniu sam urząd 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) CCP – 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]?”.

### III. Postępowanie przed Trybunałem

21. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w Trybunale w dniu 2 lutego 2022 r.
22. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez spółki Futrifer i Toscca, rządy czeski, węgierski i portugalski oraz przez Komisję Europejską.
23. Wszystkie te podmioty, z wyjątkiem rządów czeskiego i węgierskiego, uczestniczyły w rozprawie, która odbyła się w dniu 7 marca 2023 r.

### IV. Ocena

#### A. Uwagi wstępne

##### 1. Mająca zastosowanie dyrektywa

24. Sąd odsyłający zwraca się jedynie o dokonanie wykładni dyrektywy 2014/24, nie odnosząc się do dyrektywy 2014/25. Ta ostatnia dyrektywa reguluje zamówienia publiczne udzielane przez instytucje zamawiające działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, *transportu* i usług pocztowych.
25. Zamówienie, którego udzielenie jest przedmiotem sporu, dotyczy dostawy elementów infrastruktury sektora kolejowego, to znaczy sektora transportu. W odpowiedzi na pytania Trybunału uczestnicy rozprawy zgodzili się co do tego, że zamówienie to jest objęte zakresem dyrektywy 2014/25, która ma zastosowanie w szczególności do „działalności obejmującej zapewnianie lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejną” (art. 11).
26. W każdym razie do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy, w zależności od jej postanowień, sporna umowa podlega przepisom dyrektywy 2014/24, czy raczej – jak wszystko na to wskazuje – dyrektywy 2014/25.
27. Niewątpliwie dla celów praktycznych wpływ jednej lub drugiej dyrektywy nie będzie się znacząco różnił w odniesieniu do spornej kwestii: nawet gdyby zastosowanie miała dyrektywa 2014/25, art. 80 tej dyrektywy odnosi się do „podstaw[] wykluczenia wymienion[ych] w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach w nim określonych”<sup>10</sup>.
28. Zastosowanie dyrektywy 2014/25 mogłoby mieć jednak pewien wpływ na (rozpatrywane) „uprawnienie” państw członkowskich do transpozycji fakultatywnych podstaw wykluczenia do swojego prawa krajowego, co wyjaśnię poniżej<sup>11</sup>.
29. Po dokonaniu tych uściśleń poniżej odnosił się będę do art. 57 dyrektywy 2014/24.

<sup>10</sup> Zobacz analogicznie wyrok z dnia 10 listopada 2022 r., Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, pkt 39, 40).

<sup>11</sup> Punkt 46 niniejszej opinii.

2. *Transpozycja art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 do prawa portugalskiego*

30. Uwagi na piśmie Komisji rozpoczęły debatę, która była kontynuowana na rozprawie, na temat zakresu uznania państw członkowskich w odniesieniu do niedokonania transpozycji fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24.

31. Komisja argumentuje w następujący sposób:

- Artykuł 57 ust. 4, jak również motyw 101 dyrektywy 2014/24, wskazują na zamiar prawodawcy, aby nie pozostawiać państwom członkowskim swobody wyboru, czy transponować dziewięć podstaw wykluczenia przewidzianych w tym przepisie. Możliwość ta jest przyznana instytucjom zamawiającym, chyba że państwa członkowskie zobowiążą je do stosowania tych podstaw wykluczenia. Natomiast państwa członkowskie nie mają możliwości pominięcia transpozycji jednej lub niektórych z tych podstaw.
- Fakultatywna podstawa wykluczenia, dotycząca istnienia porozumień z innymi wykonawcami mających na celu zakłócenie konkurencji, nie została włączona do prawa portugalskiego.

32. Kwestia podniesiona przez Komisję mogłaby zostać rozpatrzona w ramach niniejszego odesłania prejudycjalnego, gdyby drugie z tych twierdzeń było prawidłowe: wobec braku transpozycji fakultatywnej podstawy wykluczenia do prawa krajowego należałoby ponownie rozważyć, czy dotychczasowe orzecznictwo Trybunału<sup>12</sup> dotyczące uprawnienia państw członkowskich do dokonania transpozycji lub braku transpozycji tej kategorii fakultatywnych podstaw wykluczenia wymaga dostosowania lub nawet skorygowania.

33. Z powodów, które przedstawię poniżej, uważam, że to drugie twierdzenie Komisji (poparte niektórymi uwagami na piśmie przedstawionymi w postępowaniu prejudycjalnym) nie odpowiada rzeczywistości.

34. Dekret z mocą ustawy nr 111-B/2017 zmienił CCP w celu transpozycji dyrektyw 2014/24 i 2014/25. W art. 1 tego dekretu z mocą ustawy ustawodawca portugalski stwierdza wyraźnie, że w drodze owego dekretu z mocą ustawy „dokonuje się transpozycji” między innymi dyrektyw 2014/24 i 2014/25<sup>13</sup>.

35. Podstawy wykluczenia („przeszkody”) przewidziane w CCP w jego nowym brzmieniu są wymienione w art. 55 ust. 1 lit. a)–l) CCP, które odzwierciedlają z pewnymi niuansami odpowiadające im podstawy określone w art. 57 ust. 1 i 4 dyrektywy 2014/24.

36. W odniesieniu do spornej podstawy wykluczenia art. 55 ust. 1 lit. f) CCP stanowi, że „[...] podmioty, na które nałożono karę dodatkową w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przewidzian[ą] w przepisach szczególnych, w szczególności w systemach sankcji w dziedzinie [...] konkurencji [...], nie mogą być kandydatami przez okres ustalony w decyzji o nałożeniu kary”.

<sup>12</sup> Teza dominująca w wyrokach: z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 33; zwanym dalej „wyrokiem Meca”); z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 34), znajduje potwierdzenie w wyroku z dnia 3 czerwca 2021 r., Rad Service i in. (C-210/20, EU:C:2021:445, pkt 28), w następującym sformułowaniu: „[...] [z]godnie [...] 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”.

<sup>13</sup> Dla celów niniejszej sprawy nie ma znaczenia, że w dekrete z mocą ustawy nr 111-B/2017 utrzymano bez zmian niektóre przepisy obowiązującego wcześniej CCP.



37. Ponadto CCP zawiera inny przepis [art. 70 ust. 2 lit. g)], który zobowiązuje do wykluczenia ofert, których analiza wskazuje na „istnienie poważnych przesłanek wskazujących na działania, porozumienia, praktyki lub informacje, które mogą zakłócić reguły konkurencji”<sup>14</sup>.

38. W świetle tych dwóch przepisów trudno mi zrozumieć niektóre twierdzenia zawarte w uwagach na piśmie spółki Futrifer i samego rządu portugalskiego (ten ostatni wyraził się w sposób niejednoznaczny, którego nie wyjaśnił na rozprawie)<sup>15</sup>, dotyczące braku transpozycji art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 do CCP.

39. Moim zdaniem lektura tych dwóch przepisów CCP wskazuje bowiem, że ustawodawca portugalski miał jednoznaczny zamiar wprowadzenia (lub utrzymania)<sup>16</sup> w swoim porządku prawnym klauzuli zawartej w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24. Zarówno ten ostatni przepis, jak i dwa wspomniane przepisy krajowe mają na celu zwalczanie w dziedzinie zamówień publicznych porozumień wykonawców, które mają na celu zakłócenie konkurencji.

40. Inną kwestią jest, czy regulując tę podstawę wykluczenia w sposób, w jaki to uczynił, ustawodawca portugalski ściśle zastosował się do art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24, czy też przeciwnie, przyjął rozwiązania, które go zniekształcają, odbiegają od jego podstawowych zasad lub nadmiernie ograniczają jego zakres stosowania.

41. Trybunał przypominał, że „[...] po podjęciu przez którekolwiek z nich [państw członkowskich] decyzji o włączeniu do swego porządku prawnego przewidzianych w dyrektywie 2014/24 fakultatywnych podstaw wykluczenia musi ono uwzględniać ich określone w tym akcie istotne cechy charakterystyczne. Poprzez wskazanie, że państwa członkowskie określają »warunki wykonania niniejszego artykułu« z »uwzględnieniem prawa unijnego«, art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 zapobiega wypaczaniu przez państwa członkowskie określonych w tym przepisie fakultatywnych podstaw wykluczenia lub pomijaniu realizowanych za ich pomocą celów lub zasad, na których każda z tych podstaw się opiera”<sup>17</sup>.

42. Jak wyjaśnię poniżej, uważam, że w drodze przepisów portugalskich, na podstawie których transponowano treść art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24, dokonano transpozycji nie w pełni zgodnej z tą dyrektywą: w szczególności art. 55 ust. 1 lit. f) CCP ogranicza w sposób nieuzasadniony uprawnienia instytucji zamawiającej do wykluczenia oferentów uczestniczących w kartelu, wymagając, aby ich zachowanie było wcześniej przedmiotem kary dodatkowej w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nałożonej przez AC.

<sup>14</sup> Spółka Toscca powołuje się na ten przepis w swoich uwagach na piśmie na poparcie twierdzenia, że „ustawodawca portugalski *dokonał transpozycji* art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24, *utrzymując* brzmienie art. 70 ust. 2 lit. g) CCP (obecnie w brzmieniu wynikającym z nowelizacji w 2017 r.)”. Wyróżnienie moje.

<sup>15</sup> Punkty 80–84 jego uwag na piśmie. Odczytywane w związku z poprzednimi punktami wskazują one ostatecznie, że ustawodawca portugalski transponował sporną podstawę wykluczenia poprzez art. 70 CCP w związku z art. 55 ust. 1 lit. f). Rząd portugalski wyraża to bardzo jasno w pkt 71 jego uwag: „przepisy art. 55 ust. 1 lit. f) CCP i art. 70 ust. 2 lit. g) CCP są w pełni zgodne z przepisami dyrektywy 2014/24, w szczególności z art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy”.

<sup>16</sup> Dla celów wykonania obowiązku transpozycji przepisów dyrektywy do prawa krajowego wystarczy, że uregulowanie krajowe zawiera uprzednio przepisy, które w sposób materialny transponują te przepisy dyrektywy. Transpozycja dyrektywy nie wymaga koniecznie formalnego i literalnego przyjęcia jej wiążącej treści w przepisie *późniejszym* w stosunku do tej dyrektywy. Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 czerwca 2021 r., *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)* (C-303/20, EU:C:2021:479, pkt 33–36). W szczególności w pkt 35 tego wyroku stwierdza się, że w celu wyjaśnienia, „czy uregulowania krajowe w wystarczającym stopniu wdrażają w życie obowiązki wynikające z danej dyrektywy, należy wziąć pod uwagę nie tylko uregulowanie przyjęte specjalnie w celu transpozycji tej dyrektywy, lecz również ogół dostępnych i mających zastosowanie norm prawnych”.

<sup>17</sup> Wyrok *Meca*, pkt 33.

43. Fakt, że jest tak, jak uważam, nie oznacza jednak, że transpozycja nie miała miejsca, lecz że dokonana transpozycja jest nieprawidłowa. Ponadto takiej nieprawidłowości można by ewentualnie zaradzić w drodze *szerszej* wykładni art. 70 ust. 2 lit. g) CCP, to znaczy wykładni zgodnej z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 (wykładni zgodnej)<sup>18</sup>.

44. Podsumowując, nie uważam, aby niniejsze odesłanie prejudycjalne mogło prowadzić do ponownego rozpoczęcia dyskusji na temat uprawnień państw członkowskich do niedokonywania transpozycji fakultatywnych podstaw wykluczenia do prawa krajowego, w sytuacji gdy ustawodawca portugalski wybrał właśnie rozwiązanie przeciwne (nawet jeśli rozwiązanie to nie jest tak zadowalające, jak by należało, z punktu widzenia prawa Unii).

45. Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału dotyczące uprawnień państw członkowskich w tej dziedzinie nie przeczy oczywiście wiążącemu charakterowi (art. 288 TFUE) przestrzegania przez państwo członkowskie obowiązku zmiernienia do rezultatu, który ma być osiągnięty na mocy dyrektywy. W oparciu o to założenie różne składy orzekające Trybunału uznały, że wykonanie dyrektywy 2014/24 w odniesieniu do fakultatywnych podstaw wykluczenia osiąga się na wskazane powyżej sposoby<sup>19</sup>.

46. Ponowne rozpoczęcie dyskusji, o którym wspomniałem wcześniej, byłoby ponadto szczególnie trudne, ponieważ jej wynik:

- mógłby prowadzić do przekształcenia fakultatywnych podstaw wykluczenia w obowiązkowe podstawy wykluczenia niezależnie od działania państw, o którym mowa w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24;
- mógłby doprowadzić do fragmentacji jednolitego systemu leżącego u podstaw odesłania do dyrektywy 2014/24 zawartego w przepisach dotyczących podstaw wykluczenia przewidzianych w dyrektywie 2014/25. Zgodnie z art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25 kryteria i zasady wykluczenia kandydatów obejmują fakultatywne podstawy wymienione w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, *jeżeli wymagają tego państwa członkowskie*.

## **B. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego**

47. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 „jest dziedziną zastrzeżoną dla decyzji instytucji zamawiającej”.

48. Na pytanie to Trybunał udzielił już odpowiedzi: „z brzmienia art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 wynika, że prawodawca Unii zamierzał powierzyć instytucji zamawiającej i tylko jej, na etapie selekcji oferentów, dokonanie oceny, czy danego kandydata lub oferenta należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Wydaje się, że takie stanowisko przyjął Tribunal Central Administrativo Norte (centralny sąd administracyjny dla regionu północnego, Portugalia) w wyroku z dnia 29 maja 2020 r., w którym uwzględnił żądanie spółki Toscca. Wynika to z argumentacji spółki Infraestruturas, która została przedstawiona w pkt 7 postanowienia odsyłającego: zdaniem tego sądu art. 70 ust. 2 lit. g) CCP „obejmuje w sposób nieunikniony również *przeszłe przypadki* wskazówek świadczących o antykonkurencyjnych zachowaniach konkurentów, które nie były obecne lub wskazane w ofercie konkurenta” (wyróżnienie moje).

<sup>19</sup> Przypis 12 powyżej.

<sup>20</sup> Wyrok Meca, pkt 34.

49. To stwierdzenie Trybunału jest zgodne z art. 56 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/24: instytucja zamawiająca musi sprawdzić, czy „oferta pochodzi od oferenta, który nie został wykluczony zgodnie z art. 57”. Do instytucji zamawiającej należy zatem decyzja w każdym przypadku, czy oferent powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

50. Powyższe kateryczne stwierdzenie należy jednak zniuansować, w przypadku gdy we wcześniejszej prawomocnej decyzji właściwego organu stwierdzono zachowanie, które jest nie do pogodzenia z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, lub zakazano oferentowi udziału w takich postępowaniach.

51. W kontekście, w którym pytanie to zostało przedstawione (to znaczy w przypadku zachowań ograniczających konkurencję, które zarzuca się oferentowi), możliwe są trzy scenariusze:

- Jeżeli wykonawca ten został uprzednio wykluczony prawomocnym wyrokiem z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 57 ust. 6 akapit ostatni dyrektywy 2014/24) ze względu na zachowania ograniczające konkurencję<sup>21</sup>, instytucja zamawiająca musi przestrzegać takiego zakazu. Skazany wykonawca nie ma prawa powoływać się na możliwość wykazania swojej rzetelności [środki zaradcze lub środki naprawcze (*self cleaning*)] w okresie wykluczenia wynikającym z wyroku wydanego w państwie członkowskim, w którym wyrok ten jest wykonalny<sup>22</sup>.
- W przypadku gdy zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne nie został orzeczony prawomocnym wyrokiem, lecz decyzją AC, instytucja zamawiająca nie jest nią nieuchronnie związana: będzie ona mogła sprawdzić, czy wykonawca ten podjął środki naprawcze, o których wspominałem powyżej, i mimo wszystko umożliwić mu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- To samo miałyby miejsce a fortiori w sytuacji, gdyby AC nie wydał żadnego zakazu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz ukarał wykonawcę z powodu zachowań o znamionach zmywy.

52. Rozpatrzę przypadki drugi i trzeci, które przedstawiłem powyżej, w ramach analizy kolejnych pytań prejudycjalnych. Aby ustosunkować się do przypadku pierwszego, uwzględniając szeroki sposób, w jaki został on sformułowany, uważam za wystarczającą odpowiedź, jaką wskazuje zasada ogólna, z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z samej dyrektywy 2014/24.

### **C. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego**

53. Sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w kontekście art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 ustawodawca krajowy może „zastąpić w całości decyzję, którą instytucja zamawiająca powinna wydać”, decyzją AC nakładającą na wykonawcę, jako karę dodatkową, zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

<sup>21</sup> Zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne może zostać orzeczony prawomocnym wyrokiem z powodu naruszeń popełnionych w innych dziedzinach porządku prawnego. Ograniczyć się obecnie do zakazów nałożonych przez urząd ochrony konkurencji, ponieważ miało to miejsce w niniejszej sprawie.

<sup>22</sup> Zobacz w przedmiocie wykładni analogicznej zasady w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1) wyrok z dnia 11 czerwca 2020 r., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, pkt 20).

54. Ustawa nr 19/2012 zezwala AC na nałożenie na wykonawców stosujących praktyki ograniczające konkurencję, oprócz grzywny, kary<sup>23</sup> dodatkowej w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez określony czas [art. 71 ust. 1 lit. b)].

55. Tymczasem, jak już wyjaśniłem, AC zdecydował wyraźnie, że nie należy nakładać na spółkę Futrifer kary dodatkowej.

### *1. W przedmiocie niedopuszczalności*

56. W oparciu o powyższe założenie, jakkolwiek interesująca, z innych punktów widzenia i w ujęciu ogólnym, może być kwestia podniesiona przez sąd odsyłający, to jednak pytanie to ma charakter hipotetyczny w odniesieniu do rozpatrywanej sprawy.

57. Owo pytanie miałoby sens, gdyby wobec decyzji AC nakładającej zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego należało zbadać, o co wnosi sąd odsyłający, do jakiego stopnia decyzja ta jest wystarczająca, aby „zastąpić” (późniejszą) decyzję instytucji zamawiającej.

58. Natomiast w przypadku, gdy w postępowaniu przeciwko spółce Futrifer jest bezsporne, że AC świadomie nie nałożył na tę spółkę kary dodatkowej w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie widzę, jaki pożytek dla niniejszej sprawy miałoby orzeczenie w przedmiocie konsekwencji takiego (nieistniejącego) zakazu.

59. Drugie pytanie prejudycjalne jest zatem niedopuszczalne<sup>24</sup>.

### *2. Tytułem ewentualnym, co do istoty sprawy*

60. Na wypadek gdyby Trybunał nie podzielił mojego poglądu i postanowił rozpatrzyć to pytanie prejudycjalne co do istoty, przedstawię moje stanowisko w tym względzie.

61. W mojej ocenie (abstrahując od przypadków, w których zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego został wydany na podstawie prawomocnego wyroku)<sup>25</sup> decyzja AC zakazująca wykonawcy udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie wiąże instytucji zamawiającej do tego stopnia, by „całkowicie zastąpić jej decyzję”.

62. Instytucja zamawiająca może bowiem także w takim przypadku sprawdzić, czy ukarany wykonawca podjął środki naprawcze, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, i mimo wszystko umożliwić mu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

<sup>23</sup> Ustawa nr 19/2012 określa ten zakaz jako „karę”. Nie daje zatem podstaw do dyskusji nad jego charakterem prawnym, o czym dyskutuje się w innych porządkach prawnych.

<sup>24</sup> Spółka Futrifer uważa, że odesłanie prejudycjalne jest niedopuszczalne w całości, ponieważ żadne z pytań, które uważa ona za ogólne i hipotetyczne, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu. Komisja, bardziej powściągliwie, krytykuje fakt, że sąd odsyłający „zdaje się zwracać się do Trybunału o wydanie orzeczenia w sposób szeroki i niemal abstrakcyjny w przedmiocie transpozycji dyrektywy 2014/24”, ale nie posuwa się do kwestionowania dopuszczalności odesłania. Ze swej strony uważam, że krytyka spółki Futrifer jest słuszna w odniesieniu do pytań prejudycjalnych drugiego i czwartego.

<sup>25</sup> Zobacz pkt 50 i 51 niniejszej opinii.

63. Przypominam, że wykonawca ma jednoznaczne prawo do wykazania swojej rzetelności poprzez takie środki naprawcze, które to prawo wynika bezpośrednio ze wspomnianego art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24<sup>26</sup>.

64. Proponowane przeze mnie rozwiązanie (zastrzeżenie na rzecz instytucji zamawiającej uprawnienia do weryfikacji środków naprawczych, niezależnie od zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nałożonego przez urząd ochrony konkurencji) pozwala na znalezienie równowagi między dwoma podejściami:

- z jednej strony, podejściem mającym na celu zachowanie uprawnień instytucji zamawiającej, która musi mieć swobodę oceny rzetelności oferenta, nie będąc koniecznie związaną ocenami innych organów publicznych<sup>27</sup>;
- z drugiej strony, podejściem, które jest zgodne z zadaniami organów publicznych odpowiedzialnych za ściganie w szczególności zachowań ograniczających konkurencję<sup>28</sup>. Instytucja zamawiająca musi wziąć pod uwagę decyzje tych organów, ponieważ w ostatecznym rozrachunku „wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych”<sup>29</sup>.

65. Prawdą jest jednak – jak stwierdził Trybunał w świetle motywu 102 dyrektywy 2014/24<sup>30</sup> – że państwa członkowskie dysponują „szeroki[m] zakres[em] uznania przy określaniu organów odpowiedzialnych za ocenę właściwego charakteru środków zaradczych. W tym względzie [...] mogą powierzyć to zadanie oceny dowolnemu organowi niebędącemu instytucją zamawiającą lub podmiotem zamawiającym”<sup>31</sup>.

66. Podsumowując, instytucja zamawiająca, dokonując oceny, czy powinna zastosować art. 57 ust. 4 lit. d), może alternatywnie:

- albo sama wykluczyć, w braku wcześniejszych decyzji innych organów, wykonawcę, w odniesieniu do którego istnieją wystarczająco wiarygodne przesłanki, że zawarł on z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji;
- albo – po stwierdzeniu takich porozumień ograniczających konkurencję przez właściwy organ<sup>32</sup> i niezależnie od tego, czy organ ten nałożył zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – ocenić, czy środki naprawcze podjęte przez oferenta lub kandydata dowodzą jego rzetelności i w konsekwencji, czy nie powinien on zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24. Państwo członkowskie może jednak powierzyć ocenę środków naprawczych organowi innemu niż instytucja zamawiająca, w którym to przypadku instytucja zamawiająca musi zastosować się do takiej oceny.

<sup>26</sup> Wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., RTS infra i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, pkt 48).

<sup>27</sup> Pragnę przywołać moją opinię w sprawie Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, pkt 30).

<sup>28</sup> Wyrok z dnia 24 października 2018 r., Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, pkt 25, 26; zwany dalej „wyrokiem Vossloh Laeis”).

<sup>29</sup> Wyrok Vossloh Laeis, pkt 39.

<sup>30</sup> „Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym”.

<sup>31</sup> Wyrok z dnia 11 czerwca 2020 r., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, pkt 29).

<sup>32</sup> W przedmiocie związku między decyzjami organu ochrony konkurencji a decyzjami instytucji zamawiających zob. wyrok Vossloh Laeis, pkt 25–33.

#### D. W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego

67. Wydaje się, że w treści trzeciego pytania prejudycjalnego zawarte są w rzeczywistości dwa pytania:

- Po pierwsze, czy „decyzja instytucji zamawiającej dotycząca »rzetelności« wykonawcy w świetle przestrzegania (lub nieprzestrzegania) przepisów prawa konkurencji” może zostać podjęta „poza konkretnym postępowaniem przetargowym”?
- Po drugie, czy ta ocena względnej zdolności wykonawcy powinna być „wystarczająco uzasadniona” poprzez „niezależną ocenę” instytucji zamawiającej, którą inni oferenci mogą zaskarżyć<sup>33</sup>?

68. Również w tym przypadku założenie, na którym wydaje się opierać to pytanie, jest takie, że decyzja instytucji zamawiającej została poprzedzona środkiem dodatkowym (zakazem udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego) zastosowanym przez AC. Na tej podstawie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy powody leżące u podstaw środka dodatkowego są „tego samego rodzaju i tego samego charakteru” co „ocena rzetelności”, jakiej musi dokonać instytucja zamawiająca<sup>34</sup>.

69. Rozumiane w ten sposób pytanie napotkałoby na te same problemy dotyczące niedopuszczalności (ze względu na jego hipotetyczny charakter), które zostały już poruszone w odniesieniu do pytania drugiego. Jednakże w swoim toku argumentacji sąd odsyłający wskazuje na możliwość podjęcia przez instytucję zamawiającą decyzji o uznaniu zdolności wykonawcy, mimo iż został on ukarany z powodu zachowań o znamionach zmowy, przy czym kary te nie obejmują zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego<sup>35</sup>.

70. Udzielę zatem odpowiedzi na te dwa pytania w oparciu o podejście sądu odsyłającego, do którego właśnie się odniosłem.

##### 1. Ocena rzetelności lub zdolności dokonywana przez instytucję zamawiającą

71. W rzeczywistości odpowiedź na tę część pytania prejudycjalnego wynika z odpowiedzi, którą zaproponowałem już w odniesieniu do dwóch poprzednich pytań prejudycjalnych. Instytucja zamawiająca zachowuje w pełni swoje uprawnienia do oceny rzetelności oferenta lub kandydata po wydaniu decyzji przez urząd ochrony konkurencji na warunkach przedstawionych powyżej.

72. Zgodnie z motywem 101 dyrektywy 2014/24 „instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się *nierzetelni*, na przykład z powodu [...] innych form *poważnych wykroczeń zawodowych, takich jak naruszenie reguł konkurencji*”<sup>36</sup>. Motyw ten, w akapicie drugim, dotyczy zachowania przy wcześniejszych zamówieniach „podając[ego] w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Postanowienie odsyłające, pkt 2.2.6 akapit trzeci.

<sup>34</sup> Zdaniem sądu odsyłającego w niniejszej sprawie „instytucja zamawiająca nie wskazuje żadnego interesu w dokonaniu własnej oceny »rzetelności« oferenta [...]. Wręcz przeciwnie, instytucja zamawiająca twierdzi, że nie musi dokonywać takiej oceny, ponieważ jest ona już zawarta w decyzji wydanej przez AC” (pkt 2.2.6 akapit piąty postanowienia odsyłającego).

<sup>35</sup> Wydaje się to wynikać niezbyt jasno z pkt 2.2.6 postanowienia odsyłającego.

<sup>36</sup> Wyróżnienie moje.

<sup>37</sup> Zobacz wyrok Meca, pkt 30.

73. Nie jest zaskakujące, że w świetle tego motywu Trybunał orzekł: „[U]prawnienie, jakim dysponuje każda instytucja zamawiająca w zakresie wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia, ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów”<sup>38</sup>.

74. Fakultatywne podstawy wykluczenia umożliwiają państwom członkowskim realizację celów leżących w interesie ogólnym, a w każdym razie mają na celu zapewnienie gwarancji rzetelności<sup>39</sup>, staranności, uczciwości zawodowej i solidności oferenta<sup>40</sup>.

75. W szczególności Trybunał stwierdził w odniesieniu do „cel[u] leżąc[ego] u podstaw art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24”, że „prawo względnie obowiązek wykluczenia przez instytucję zamawiającą wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny integralności i wiarygodności każdego z wykonawców”<sup>41</sup>.

76. Ponadto prawidłowa wykładnia art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 wymaga, aby weryfikacja uczciwości i rzetelności oferenta obejmowała jego zachowania ograniczające konkurencję *w przeszłości*, a nie tylko porozumienia o znamionach zmowy w ramach „konkretnego” postępowania o udzielenie zamówienia, które instytucja zamawiająca musi rozstrzygnąć.

77. Wynika to w szczególności z art. 57 ust. 5 akapit drugi dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć wykonawcę, 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”<sup>42</sup>.

78. Do powyższych rozważań należy dodać, że instytucja zamawiająca może alternatywnie zastosować art. 57 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24, przyjmując za podstawę swojej decyzji o wykluczeniu oferenta okoliczność, że dopuścił się on poważnego wykroczenia zawodowego.

79. Pojęcie poważnego wykroczenia zawodowego, które prawo portugalskie przyjmuje jako podstawę wykluczenia<sup>43</sup>, może obejmować również zachowania ograniczające konkurencję, nawet jeśli w odniesieniu do takich zachowań istnieje szczególny rodzaj wykluczenia: potwierdza to wspomniany powyżej motyw 101 dyrektywy 2014/24, w którym (zgodnie z podejściem przyjętym przez Trybunał w odniesieniu do poprzedniej dyrektywy)<sup>44</sup> wskazuje się naruszenie reguł konkurencji jako formę poważnego wykroczenia zawodowego<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> Wyrok Meca, pkt 29.

<sup>39</sup> W opinii w sprawie *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:393, pkt 28) wskazałem już, że „[d]yrektywa 2014/24 określa wiarygodność jako kluczowy element związku” między instytucją zamawiającą a oferentami.

<sup>40</sup> Wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29, 31, 32).

<sup>41</sup> Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., *Tim* (C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 41).

<sup>42</sup> Wyróżnienie moje.

<sup>43</sup> Artykuł 55 ust. 1 lit. c) CCP ustanawia zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do osoby fizycznej lub prawnej, na którą nałożono karę administracyjną za poważne wykroczenie zawodowe.

<sup>44</sup> Postanowienie z dnia 4 czerwca 2019 r., *Consorzio Nazionale Servizi* (C-425/18, EU:C:2019:476), dotyczące art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

<sup>45</sup> W odniesieniu do „[z]akres[u] podstawy wykluczenia związanej ze znową: objęcie uzgodnionych praktyk oraz powiązanie z podstawą wykluczenia dotyczącą poważnego wykroczenia zawodowego” należy zapoznać się z pkt 5.2 zawiadomienia Komisji Europejskiej w sprawie narzędzi służących zwalczaniu znow przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową (2021/C 91/01).

80. Niewątpliwie, jak podkreślono podczas rozprawy, możliwość ta oznacza pewne pokrywanie się dwóch fakultatywnych podstaw wykluczenia. Uważam jednak, że skoro związek między nimi jest związkiem komplementarności, przyczynia się on do realizacji celów dyrektywy 2014/24.

81. W razie wystąpienia przypadku przewidzianego w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 logiczne jest, że instytucja zamawiająca powoła się na tę podstawę wykluczenia. W odniesieniu do innych zachowań, które wprowadzie naruszają reguły ochrony konkurencji, ale nie mają charakteru „porozumień z innymi wykonawcami”, instytucja zamawiająca może powołać się na bardziej ogólne sformułowanie lit. c).

82. Jeżeli celem jest zapewnienie instytucji zamawiającej jak największej możliwości oceny rzetelności oferentów i kandydatów, nie widzę powodów, aby ograniczyć jej uprawnienia poprzez określenie, jakie „naruszenia reguł konkurencji” zostały popełnione. Motyw 101 dyrektywy 2014/24 również zezwala na zastosowanie art. 57 ust. 4 lit. c) i d) tej dyrektywy na warunkach przedstawionych powyżej. Prowadzi on zatem do zbiegu przepisów, który podmiot dokonujący wykładni będzie musiał rozstrzygnąć, stosując przepis najbardziej odpowiadający okolicznościom każdego przypadku.

## 2. Obowiązek uzasadnienia

83. Instytucja zamawiająca ma obowiązek „dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego podmiotu”<sup>46</sup>. Ocena ta musi znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu przyjętego aktu, które umożliwi jego adresatom i ewentualnym konkurentom wniesienie sądowego środka zaskarżenia od niego<sup>47</sup>.

84. W przypadku gdy (jak ma to miejsce w niniejszej sprawie) jeden z konkurentów twierdził, że podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 dotyczy innego konkurenta, instytucja zamawiająca musi w szczególności wyjaśnić, dlaczego akceptuje rzetelność tego oferenta. W stosownym przypadku uzasadnienie musi zostać rozszerzone o ocenę środków naprawczych przedstawionych przez ukaranego oferenta<sup>48</sup>.

85. Wymóg uzasadnienia może zostać spełniony, jeżeli instytucja zamawiająca przyjmie, bezpośrednio lub przez odesłanie, argumenty wzięte pod uwagę przez organ sektorowy (w niniejszej sprawie AC), który stwierdził, że dany wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie w celu zakłócenia konkurencji.

## E. W przedmiocie czwartego pytania prejudycjalnego

86. Sąd odsyłający ma wątpliwości, czy „rozwiązanie przyjęte w prawie portugalskim poprzez art. 55 ust. 1 lit. f) CCP” jest zgodne z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24.

<sup>46</sup> Wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 157), w którym przywołano wyrok z dnia 9 listopada 2017 r., LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>47</sup> Ibidem, pkt 120.

<sup>48</sup> Zgodnie z art. 57 ust. 6 akapit trzeci dyrektywy 2014/24, „[j]eżeli środki [podjęte przez wykonawców] zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji”. Przepis ten nie stoi jednak na przeszkodzie temu, aby uzasadnienie zostało przedstawione w odwrotnym przypadku, jeśli inny konkurencyjny wykonawca tego zażąda w celu obrony wykluczenia swojego konkurenta.



87. Wykładnia tego przepisu CCP dokonana przez sąd odsyłający (do której Trybunał musi się zastosować, ponieważ została ona dokonana przez najwyższy portugalski sąd administracyjny) jest następująca: w przypadku gdy wykluczenie wykonawcy wynika z „naruszenia reguł konkurencji popełnionego poza konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia”, art. 55 ust. 1 lit. f) CCP uzależnia takie wykluczenie od decyzji wydanej przez AC „w ramach zastosowania kary dodatkowej w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”. Sąd odsyłający dodaje, że w ramach tego postępowania AC ocenia znaczenie podjętych środków naprawczych.

88. Te same powody, które zostały przedstawione w ramach analizy drugiego pytania prejudycjalnego<sup>49</sup>, sprawiają, że pytanie to jest hipotetyczne, ponieważ:

- z jednej strony AC wykluczył wyraźnie karę dodatkową jako odpowiedź na zachowanie spółki Futrifer.
- z drugiej strony z akt sprawy nie wynika, że żaden z wykonawców będących stronami sporu nie powołał się na przyjęcie środków naprawczych, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, w celu przewyciężenia (nieistniejącego) uprzedniego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

89. Pytania przedstawione przez sąd odsyłający wykraczają zatem poza granice sporu w świetle rozpatrywanych okoliczności faktycznych i wymagają de facto opinii doradczej Trybunału w kwestiach niezwiązanych z tymi okolicznościami faktycznymi.

90. W celu obejścia zarzutu niedopuszczalności można by przeformułować pytanie w ten sposób, że zostaje ono przedstawione na wypadek, gdyby AC uznał porozumienie o znamionach zmowy za udowodnione i nałożył w związku z nim grzywnę, lecz bez nakładania zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

91. W każdym razie, w świetle tego przeformułowania lub tytułem ewentualnym odpowiedź, którą proponuję, wynika z moich wcześniejszych rozważań. I tak:

- Przepis krajowy (lub jego wykładnia), który wymaga, jako przesłanki niezbędnej do jego zastosowania, uprzedniej decyzji organu ochrony konkurencji, nie jest zgodny z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24.
- Państwa członkowskie mogą powierzyć ocenę środków naprawczych organom innym niż instytucje zamawiające, takim jak AC. Do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy ma to miejsce w prawie portugalskim, a jeśli tak, to sprawdzenie, czy „ustanowiony w tym celu krajowy mechanizm spełnia wszystkie wymogi określone w art. [57 ust. 6 dyrektywy 2014/24]”<sup>50</sup>.

#### ***F. W przedmiocie piątego pytania prejudycjalnego***

92. Sąd odsyłający zwraca uwagę na art. 70 ust. 2 lit. g) CCP w celu ustalenia, czy jego treść jest zgodna z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24.

<sup>49</sup> Różnica w stosunku do drugiego pytania prejudycjalnego polega na tym, że obecnie sąd odsyłający zwraca uwagę na to, iż zgodnie z prawem portugalskim po nałożeniu kary dodatkowej w postaci zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne AC jest również właściwy do wydania decyzji o ponownym uznaniu wykonawcy za rzetelnego.

<sup>50</sup> Wyrok z dnia 11 czerwca 2020 r., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, pkt 31, 38 i sentencja, pkt 2).

93. Dokonana przez sąd odsyłający wykładnia tego artykułu CCP prowadzi go do stwierdzenia, że przepis ten „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”.

94. Artykuł 70 CCP dotyczy, przynajmniej pod względem brzmienia, dalszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia: podczas gdy art. 55 ma zastosowanie do etapu początkowego (wybór wykonawcy na podstawie kryteriów jakościowych), art. 70 odnosi się do późniejszego etapu (analiza złożonych ofert). Aby dotrzeć do tego drugiego etapu, oferent lub kandydat musiał, logicznie rzecz ujmując, przejść pierwszy etap, to znaczy nie mógł zostać wcześniej wykluczony z postępowania.

95. Natomiast nie można nic zarzucić przepisowi krajowemu, jeżeli jego wykładnia zapewnia w każdym razie uprawnienie instytucji zamawiającej do dokonania oceny, że przed konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia, którego musi udzielić instytucja zamawiająca, oferent dopuścił się zachowań ograniczających konkurencję, które powodują jego wykluczenie.

96. Innymi słowy, żaden przepis dyrektywy 2014/24 nie zostaje naruszony, jeśli art. 70 ust. 2 lit. g) CCP jedynie zezwala na to, by instytucja zamawiająca sama wykluczyła ofertę przedstawioną przez oferenta, w przypadku gdy instytucja zamawiająca stwierdzi, że oferta ta była wynikiem zachowań o znamionach zмовy w ramach samego postępowania o udzielenie zamówienia<sup>51</sup>.

97. Brzmienie art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 jest wystarczająco szerokie, aby objąć nim wszystkie możliwości powzięcia przez instytucję zamawiającą wiadomości o zachowaniach oferenta mających na celu zakłócenie konkurencji.

98. W opinii w sprawie *Vossloh Laeis* stwierdziłem, że art. 57 dyrektywy 2014/24 przyznaje instytucjom zamawiającym niektóre funkcje o konotacjach śledczych<sup>52</sup>, i takie też stanowisko Trybunał zajął w wyroku wydanym w tej sprawie<sup>53</sup>.

99. Korzystając z tych funkcji, instytucje zamawiające są uprawnione do stwierdzania istnienia porozumień oferentów, zawieranych w związku z trwającym postępowaniem o udzielenie zamówienia, które zakłócają konkurencję. Możliwe jest, że – jak wskazuje Komisja – udowodnienie zachowania ograniczającego konkurencję przez samą instytucję zamawiającą będzie nastrożać trudności. Trudności te, poza tym, że nie są w praktyce niemożliwe do przezwyciężenia, nie uzasadniają ograniczenia uprawnienia instytucji zamawiającej do dokonania oceny zachowania o znamionach zмовy, którego istnienie stwierdza sama instytucja zamawiająca.

<sup>51</sup> Ponadto do sądu odsyłającego należy rozstrzygnięcie, czy art. 70 ust. 2 lit. g) CCP można interpretować w sposób, o którym wspominałem w przypisie 18.

<sup>52</sup> C-124/17, EU:C:2018:316, pkt 46–49.

<sup>53</sup> Wyrok *Vossloh Laeis*, pkt 24 i nast.

## V. Wnioski

100. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości stwierdził niedopuszczalność pytań prejudycjalnych drugiego i czwartego oraz udzielił Supremo Tribunal Administrativo (najwyższemu sądowi administracyjnemu, Portugalia) następującej odpowiedzi:

Artykuł 57 ust. 4 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:

- Fakultatywna podstawa wykluczenia przewidziana w tym przepisie powinna być oceniana przez instytucję zamawiającą, która nie jest związana decyzjami innych organów, chyba że wykonawca został wykluczony prawomocnym wyrokiem z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwie członkowskim, w którym jest on wykonalny.
- Instytucja zamawiająca musi uzasadnić, bezpośrednio lub poprzez odesłanie, powody, dla których dopuszcza udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferenta, który został wcześniej ukarany jako sprawca zachowań ograniczających konkurencję.
- Nie stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu, który zezwala instytucji zamawiającej na wykluczenie oferty ze względu na istnienie poważnych przesłanek wskazujących na działania, porozumienia, praktyki lub informacje mogące zakłócić reguły konkurencji w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zachowania te zostały stwierdzone.

Tytułem ewentualnym proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne drugie i czwarte w następujący sposób:

- W przypadku gdy organ ochrony konkurencji nałożył na wykonawcę karę dodatkową w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez określony czas, instytucja zamawiająca zachowuje uprawnienie do niewykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli zachodzą okoliczności przewidziane w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24.
- Wykonawca jest uprawniony do przedstawienia dowodów na to, że przyjął wystarczające środki w celu wykazania swojej rzetelności zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, które to dowody instytucja zamawiająca (lub organ uprawniony do tego na mocy prawa krajowego) musi ocenić, również w przypadku, gdy organ ochrony konkurencji nałożył na tego wykonawcę karę dodatkową w postaci zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia.