

orzeczenie z dnia 17 maja 2018 r. w sprawie C-531/16

Specializuotas transportas

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 17 maja 2018 r.(*)

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18/WE – Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Powiązania między oferentami składającymi odrębne oferty w tym samym postępowaniu – Obowiązki oferentów, instytucji zamawiającej i sądu krajowego

W sprawie C-531/16

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowieniem z dnia 11 października 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 18 października 2016 r., w postępowaniu:

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,

„Ecoservice projektai” UAB, dawniej „Specializuotas transportas” UAB,

przy udziale:

„VSA Vilnius” UAB,

„Švarinta” UAB,

„Specialus autotransportas” UAB,

„Ecoservice” UAB,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

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

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras przez L. Songailę, advokatas,
- w imieniu „Ecoservice projektai” UAB przez J. Elzbergasa, advokatas, wpieranego przez V. Mitrauskasa,
- w imieniu „VSA Vilnius” UAB przez D. Krukoniša, advokatas,

- w imieniu „Švarinta” UAB przez K. Smaliukasa, advokatas,
- w imieniu rządu litewskiego przez D. Kriaučiūnasa, G. Taluntytę i R. Butvydytę, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu czeskiego przez M. Smolka, T. Müllera i J. Vláčila, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Tokára i A. Steiblytę, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 22 listopada 2017 r.,

wydaje niniejszy

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 45, 56 i 101 TFUE, art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE 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), jak również art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy „VSA Vilnius” UAB a Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (centrum gospodarki odpadami dla regionu Szawle, Litwa) w przedmiocie udzielenia przez nie zamówienia publicznego na świadczenie usług zbiórki odpadów dla miasta Szawle i ich transportu na miejsce ich przetwarzania.

Ramy prawne

Dyrektywa 89/665

- 3 Artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 stanowi:

„Państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa [Unii] w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo”.
- 4 Artykuł 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy stanowi:

„Państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1 odpowiednich środków obejmujących prawo do:

[...]

- b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;

[...]”.

Dyrektywa 2004/18

- 5 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 ma następujące brzmienie:

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

- 6 Artykuł 45 ust. 2 rzeczony dyrektywy stanowi:

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

- a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządkiem sądowym, który zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;
- e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 7 W dniu 9 lipca 2015 r. centrum gospodarki odpadami dla regionu Szawle ogłosiło przetarg na świadczenie usług zbiórki odpadów dla miasta Szawle i ich transportu na miejsce ich przetwarzania.

- 8 Oferty złożyło czterech oferentów: „Specializuotas transportas” UAB (zwany dalej „oferentem B”), „Ekonomus” UAB, „Specialus autotransportas” UAB (zwany dalej „oferentem A”) i grupa wykonawców, w skład której wchodziły VSA Vilnius UAB i „Švarinta” UAB.
- 9 Oferenci A i B są spółkami zależnymi spółki „Ecoservice” UAB, mającej w nich odpowiednio 100% i 98,12% udziałów. Członkami organów zarządu oferentów A i B są te same osoby fizyczne.
- 10 Przepisy krajowe, które miały zastosowanie w chwili ogłoszenia przetargu, nie przewidywały wyraźnie obowiązku zgłoszenia przez oferenta faktu posiadania powiązań z innymi wykonawcami startującymi w tym samym przetargu ani obowiązku sprawdzenia, oceny lub brania przez instytucję zamawiającą w swoich decyzjach pod uwagę tych związków. Specyfikacja warunków zamówienia też tego nie wymagała.
- 11 Oferent B z własnej inicjatywy dołączył jednak do swojej oferty oświadczenie wskazujące, że uczestniczy w przetargu samodzielnie i niezależnie od jakichkolwiek innych wykonawców, którzy mogą być z nim powiązani, i zwrócił się do instytucji zamawiającej o to, by wszystkich pozostałych oferentów traktowała jako konkurencję. Ponadto zobowiązał się dostarczyć na żądanie instytucji zamawiającej wykaz powiązanych z nim wykonawców.
- 12 W dniu 24 września 2015 r. instytucja zamawiająca odrzuciła ofertę oferenta A ze względu na to, że silniki jego dwóch pojazdów służących do zbiórki odpadów nie odpowiadały wymaganej normie jakości. Oferent A nie kwestionował tej decyzji.
- 13 W dniu 22 października 2015 r. instytucja zamawiająca powiadomiła oferentów o klasyfikacji ofert i o udzieleniu zamówienia oferentowi B.
- 14 VSA Vilnius, która była w klasyfikacji następna po ofercie B, złożyła odwołanie do instytucji zamawiającej, podnosząc niewłaściwą ocenę złożonych przez oferentów ofert oraz naruszenie równego traktowania i przejrzystości. Uważała, że oferenci A i B działali jako grupa stowarzyszonych przedsiębiorstw, że ich oferty były ofertami alternatywnymi i że skoro ogłoszenie o zamówieniu zabraniało składania ofert alternatywnych, to ich oferty powinny być zostać przez instytucję zamawiającą odrzucone.
- 15 W następstwie odmowy uwzględnienia odwołania przez instytucję zamawiającą VSA Vilnius wniosła skargę do Šiaulių apygardos teismas (sądu okręgowego w Szawle, Litwa). Wyrokiem z dnia 18 stycznia 2016 r. sąd ten stwierdził nieważność decyzji instytucji zamawiającej o klasyfikacji ofert i udzieleniu zamówienia oferentowi B. W dniu 5 kwietnia 2016 r. Lietuvos apeliacinis teismas (sąd apelacyjny Litwy) utrzymał w mocy ten wyrok.
- 16 Sądy te, w pierwszej instancji i w apelacji, uznały, że instytucja zamawiająca, mimo że wiedziała o powiązaniach oferentów A i B, nie przedsięwzięła niczego w celu ustalenia wpływu tego powiązania na rzeczywisty charakter konkurencji między oferentami. Choć krajowe przepisy nie przewidują takiego obowiązku, to skoro oferenci A i B wiedzieli o udziale tego drugiego w przetargu, powinni byli zgłosić instytucji zamawiającej swe powiązania. Złożone przez oferenta B oświadczenie było niewystarczające dla wykazania, że obowiązek ten został prawidłowo wykonany.
- 17 Następnie VSA Vilnius i oferent B wnieśli sprawę do sądu odsyłającego.

18 W tych okolicznościach Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy zasady swobodnego przepływu osób i usług, ustanowione, odpowiednio, w art. 45 i 56 TFUE, zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości, ustanowione w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także wynikającą z nich zasadę wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (rozpatrywane łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że:

jeżeli oferenci powiązani, których powiązania gospodarcze, zarządcze, finansowe lub inne mogą budzić wątpliwości co do niezależności tych oferentów i ochrony informacji poufnych lub mogą (potencjalnie) stanowić przesłanki do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej względem pozostałych oferentów, postanowili złożyć odrębne (niezależne) oferty w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to są oni bezwzględnie zobowiązani do ujawnienia tych powiązań instytucji zamawiającej, nawet jeżeli instytucja zamawiająca nie zwraca się do nich konkretnie w tej kwestii, niezależnie od tego, czy przepisy krajowe w dziedzinie zamówień publicznych w rzeczywistości przewidują tego rodzaju obowiązek?

2) W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi:

a) twierdzącej (tj. że oferenci muszą bezwzględnie ujawnić instytucji zamawiającej powiązania między nimi) – czy okoliczność, że wspomnianego obowiązku nie dopełniono w takim przypadku lub że nie dopełniono go w sposób należyty, jest wystarczająca, aby instytucja zamawiająca przyjęła stanowisko albo aby organ nadzorczy (sąd) orzekł, że oferenci powiązani, którzy złożyli odrębne oferty w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uczestniczą w nim, lecz nie pozostają w stosunku rzeczywistej konkurencji (lecz w stosunku pozornej konkurencji)?

b) przeczącej (tj. że na oferentach nie spoczywa żaden dodatkowy obowiązek – którego nie przewidziano w przepisach prawa lub w warunkach zamówienia – dotyczący ujawnienia wzajemnych powiązań) – czy ryzyko związane z udziałem wykonawców powiązanych oraz ryzyko konsekwencji z tego tytułu ponosi zatem instytucja zamawiająca, jeżeli nie wskazała ona w dokumentacji przetargowej, że oferenci mają obowiązek ujawnienia tych informacji?

3) Niezależnie od odpowiedzi na pytanie pierwsze, z uwzględnieniem wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166) – czy przepisy prawa, o których mowa w pytaniu pierwszym, oraz art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 i art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy należy rozumieć i interpretować (łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) w ten sposób, że:

a) jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca poweźmie wiedzę, niezależnie od tego, w jaki sposób, o istnieniu znaczących powiązań pomiędzy określonymi oferentami, to instytucja zamawiająca musi, niezależnie od własnej oceny tego faktu lub innych okoliczności (na przykład braku podobieństwa ofert złożonych przez oferentów pod względem formalnym i merytorycznym, publicznego

zobowiązania oferenta do działania w duchu uczciwej konkurencji z pozostałymi oferentami itd.), zwrócić się indywidualnie do każdego z powiązanych oferentów i zażądać od nich wyjaśnienia, czy i w jaki sposób ich sytuacja podmiotowa jest zgodna z zasadą wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami?

- b) jeżeli instytucja zamawiająca ma taki obowiązek, ale go nie dopełni, to stanowi to wystarczającą podstawę do stwierdzenia przez sąd bezprawności działań tej instytucji zamawiającej z uwagi na brak zapewnienia przejrzystości i obiektywności postępowania oraz na niezwrócenie się do oferenta z żądaniem przedstawienia dowodów lub z uwagi na niepodjęcie decyzji z własnej inicjatywy odnośnie do ewentualnego wpływu sytuacji podmiotowej powiązanych podmiotów na wynik postępowania przetargowego?
- 4) Czy przepisy prawa, o których mowa w pytaniu trzecim, oraz postanowienia art. 101 ust. 1 TFUE należy rozumieć i interpretować (łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów), w świetle wyroków Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, (C-538/13, EU:C:2015:166), z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in. (C-74/14, EU:C:2016:42) i z dnia 21 lipca 2016 r. VM Remonts i in. (C-542/14, EU:C:2016:578), w ten sposób, że:
- a) w sytuacji gdy oferent (skarżący) powziął wiedzę o odrzuceniu oferty o najniższej cenie złożonej przez jednego z dwóch powiązanych oferentów w ramach publicznego postępowania przetargowego (oferent A) oraz o fakcie, że drugi oferent (oferent B) został ogłoszony zwycięskim oferentem, w kontekście również innych okoliczności związanych z rzeszonymi oferentami i ich udziałem w postępowaniu przetargowym (mianowicie że oferenci A i B mają ten sam zarząd; że mają tę samą spółkę dominującą, która nie wzięła udziału w postępowaniu przetargowym; że oferenci A i B nie ujawnili instytucji zamawiającej wzajemnych powiązań i nie przedstawili odrębnych dodatkowych wyjaśnień w sprawie tych powiązań, między innymi dlatego, że nie zwrócono się do nich w tej sprawie; że oferent A podał w swojej ofercie niespójne informacje dotyczące zgodności proponowanych środków transportu (śmieciarek) z warunkiem normy Euro 5 wskazanymi w dokumentacji przetargowej; że rzeszony oferent, który złożył ofertę o najniższej cenie, odrzuconą z uwagi na wskazane w niej braki, po pierwsze, nie zaskarżył decyzji instytucji zamawiającej, oraz po drugie, wniósł odwołanie od wyroku sądu pierwszej instancji, w którym to odwołaniu wskazał on między innymi na bezprawny charakter decyzji o odrzuceniu swojej oferty itp.), i w sytuacji gdy w odniesieniu do wskazanych okoliczności instytucja zamawiająca nie podjęła żadnych działań – sama już ta informacja stanowi wystarczającą podstawę skierowanego do organu nadzorczego zarzutu, że powinien on stwierdzić bezprawność działań instytucji zamawiającej z uwagi na brak zapewnienia przejrzystości i obiektywności postępowania oraz, dodatkowo, na niezwrócenie się do skarżącej z żądaniem przedstawienia konkretnych dowodów na to, że oferenci A i B działali w sposób nieuczciwy?
- b) oferenci A i B nie udowodnili instytucji zamawiającej, że w sposób rzeczywisty i uczciwy brali udział w publicznym postępowaniu przetargowym wyłącznie z tego względu, że oferent B dobrowolnie przedłożył oświadczenie o rzeczywistym udziale, oferent B zastosował standardy jakości zarządzania dla udziału w publicznym postępowaniu przetargowym, a ponadto że oferty

przedłożone przez wspomnianych oferentów nie były identyczne pod względem formalnym i merytorycznym?

- 5) Czy działania wzajemnie powiązanych wykonawców (gdy obaj są podmiotami zależnymi tej samej spółki), biorących niezależnie od siebie udział w tym samym postępowaniu przetargowym, w którym wartość zamówienia sięga wartości zamówienia w ramach międzynarodowych postępowań przetargowych, w przypadku gdy siedziba instytucji zamawiającej, która ogłosiła postępowanie przetargowe, oraz miejsce świadczenia usług nie są bardzo oddalone od innego państwa członkowskiego (Republiki Łotewskiej) mogą być co do zasady oceniane – z uwzględnieniem, między innymi, dobrowolnego oświadczenia jednego z tych wykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania reguł uczciwej konkurencji – w świetle art. 101 TFUE oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości zawierającego wykładnię tych przepisów?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 19 Na wstępie należy wskazać, że w ramach pytań prejudycjalnych sąd odsyłający odwołuje się do art. 45 i 56 TFUE, lecz nie tłumaczy, w jakim zakresie wykładnia tych artykułów jest niezbędna do celów udzielenia odpowiedzi na te pytania. Ponadto, jak wynika z postanowienia odsyłającego, dyrektywa 2004/18 jest właściwa dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym. W tych okolicznościach nie ma potrzeby dokonywania wykładni art. 45 i 56 TFUE.

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

- 20 Poprzez pytania pierwsze i drugie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznego powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu są obowiązani z własnej inicjatywy poinformować o swoich powiązaniach instytucję zamawiającą.
- 21 W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że prawo Unii, a w szczególności dyrektywa 2004/18, nie zawiera ogólnego zakazu składania ofert przez przedsiębiorstwa powiązane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto z orzecznictwa wynika, że ze względu na interes Unii w zapewnieniu jak najszerszego udziału oferentów w przetargu automatyczne wykluczenie prawa przedsiębiorstw powiązanych do udziału w tym samym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia stałoby w sprzeczności ze skutecznym stosowaniem prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 26, 28).
- 22 Trybunał podkreślił również, że grupy przedsiębiorstw mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Zresztą stosunki między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy mogą regulować postanowienia szczególne, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną jednocześnie złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego przetargu (wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 31).

- 23 Idąc dalej, gdy chodzi o ustalenie, czy w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznej oferenci są i tak obowiązani poinformować instytucję zamawiającą o swoich powiązaniach – należy wskazać, że Trybunał orzekł już, iż zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by materialne i formalne warunki dotyczące udziału w przetargu były z góry jasno określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 24 Nałożenie na oferentów obowiązku informowania z własnej inicjatywy o powiązaniach z innymi oferentami, gdy tego rodzaju obowiązek nie jest zawarty ani w mającym zastosowanie prawie krajowym, ani w ogłoszeniu o zamówieniu czy specyfikacji warunków zamówienia, nie stanowiłoby zaś jasno określonego warunku w rozumieniu przytoczonego w poprzednim punkcie orzecznictwa. W takim przypadku oferentom byłoby bowiem trudno ustalić dokładny zakres tego obowiązku, zwłaszcza że nie zawsze istniałaby możliwość, z racji samej natury postępowania przetargowego, poznania tożsamości wszystkich oferentów biorących udział w tym samym przetargu przed dniem zakończenia składania ofert.
- 25 Należy wskazać ponadto, że w braku ciążącego na oferentach obowiązku poinformowania instytucji zamawiającej o ewentualnych powiązaniach z innymi oferentami instytucja zamawiająca powinna przez cały czas trwania postępowania traktować ofertę danego oferenta jako prawidłową ofertę, zgodnie z przepisami dyrektywy 2004/18, dopóki nie ma przesłanek wskazujących na to, że oferty złożone przez powiązanych oferentów zostały skoordynowane lub uzgodnione.
- 26 W świetle powyższych rozważań odpowiedzi na pytania pierwsze i drugie powinna brzmieć: art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznego powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu nie są obowiązani poinformować instytucji zamawiającej z własnej inicjatywy o swoich powiązaniach.

W przedmiocie pytań od trzeciego do piątego

- 27 Przez pytania od trzeciego do piątego sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym ma zastosowanie art. 101 TFUE oraz czy art. 2 dyrektywy 2004/18, a także art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że gdy instytucja zamawiająca posiada informacje podające w wątpliwość samodzielny charakter ofert przedstawionych przez określonych oferentów, jest ona zobowiązana do zbadania, żądając w razie potrzeby od oferentów dodatkowych informacji, czy oferty te faktycznie są samodzielne, a w przypadku gdy tego nie uczyni, czy bezczynność instytucji zamawiającej może spowodować wadliwość toczącego się postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.
- 28 W odniesieniu do art. 101 TFUE należy przypomnieć, że artykuł ten nie ma zastosowania, gdy zakazane w nim porozumienia lub praktyki stosowane są przez przedsiębiorstwa stanowiące jednostkę gospodarczą (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 maja 1988 r., Bodson, 30/87, EU:C:1988:225, pkt 19; z dnia 11 kwietnia 1989 r.,

Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebüro, 66/86, EU:C:1989:140, pkt 35). Jednak sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy oferenci A i B tworzą jednostkę gospodarczą.

- 29 Należy wskazać, że gdyby wspomniane spółki nie tworzyły jednostki gospodarczej, a spółka dominująca nie wywierała decydującego wpływu na swoje spółki zależne, to zasada równego traktowania, o której mowa w art. 2 dyrektywy 2004/18, zostałaaby w każdym wypadku naruszona, gdyby dopuszczono możliwość składania przez powiązanych oferentów skoordynowanych lub uzgodnionych ofert, czyli ofert, które nie są samodzielne i niezależne, a które mogłyby im tym samym przysporzyć bezpodstawnych korzyści względem pozostałych oferentów, bez potrzeby badania, czy złożenie takich ofert stanowi również zachowanie niezgodne z art. 101 TFUE.
- 30 Tak więc aby udzielić odpowiedzi na pytania od trzeciego do piątego, w niniejszej sprawie nie ma potrzeby stosować i interpretować art. 101 TFUE.
- 31 W odniesieniu do obowiązków ciążących na instytucjach zamawiających na mocy wspomnianego art. 2 dyrektywy 2004/18 Trybunał orzekł już, że artykuł ten przypisuje instytucjom zamawiającym aktywną rolę w zakresie stosowania zasad udzielania zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 42).
- 32 Ponieważ wspomniany obowiązek instytucji zamawiających odpowiada podstawowym założeniom dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych, Trybunał orzekł, że instytucja zamawiająca jest w każdym wypadku zobowiązana sprawdzić, czy w odniesieniu do eksperta instytucji zamawiającej istnieje ewentualny konflikt interesów, i podjąć odpowiednie działania celem zapobieżenia powstaniu takiego konfliktu, wykrycia go i zaradzenia mu (zob. wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 43).
- 33 To orzecznictwo znajduje przełożenie, w świetle stwierdzenia zawartego w pkt 29 niniejszego wyroku, na sytuacje takie jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym, cechujące się udziałem w przetargu powiązanych oferentów. Zatem instytucja zamawiająca, która poweźmie wiedzę o obiektywnych okolicznościach podających w wątpliwość samodzielny i niezależny charakter oferty, jest obowiązana zbadać wszystkie istotne okoliczności, które doprowadziły do złożenia danej oferty, aby zapobiec elementom mogącym obarczyć postępowanie przetargowe wadą, aby wykryć takie elementy oraz im zaradzić, w tym żądając w razie potrzeby od stron dostarczenia określonych informacji i dowodów (zob. analogicznie wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 44).
- 34 W odniesieniu do dowodów mogących wykazać, że oferty powiązanych oferentów są lub nie są samodzielne i niezależne, z postanowienia odsyłającego wynika, że sąd odsyłający zastanawia się w szczególności, czy pod uwagę można brać każdy rodzaj dowodów, czy tylko dowody bezpośrednie w ramach postępowania sądowego.
- 35 Tymczasem art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665, do których odnoszą się pytania trzecie i czwarte, ograniczają się do wymagania, by państwa członkowskie ustanowiły szybkie i skuteczne drogi odwoławcze w dziedzinie zamówień publicznych. Ani te przepisy dyrektywy 89/665, ani też żaden inny przepis tej dyrektywy lub dyrektywy 2004/18 nie zawierają norm regulujących przeprowadzanie i ocenę dowodów naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych Unii.
- 36 W tych okolicznościach, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, w braku uregulowań Unii w tej dziedzinie zadaniem każdego z państw członkowskich jest

określenie zasad postępowania administracyjnego i sądowego mających zapewnić ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych środków odwoławczych dotyczących ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 37 W odniesieniu do standardu dowodowego wymaganego, aby wykazać istnienie ofert, które nie są samodzielne ani niezależne, zasada skuteczności wymaga, by dowód naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych Unii mógł zostać dostarczony nie tylko w postaci dowodów bezpośrednich, ale także poszlak, pod warunkiem że są one obiektywne i spójne, a powiązani oferenci mają możliwość przedstawić dowód przeciwny (zob. analogicznie wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in., C-74/14, EU:C:2016:42, pkt 37).
- 38 W sprawie takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym stwierdzenie, że powiązania między oferentami miały wpływ na treść złożonych przez nich w tym samym przetargu ofert, wystarczy co do zasady, by instytucja zamawiająca nie mogła brać tych ofert pod uwagę, gdyż kiedy oferty pochodzą od powiązanych oferentów, muszą być złożone w pełni samodzielnie i niezależnie. Natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w zależności z uwagi na stosunek własności lub liczbę głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te oferty z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał konkretny wpływ na te oferty (zob. analogicznie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 32).
- 39 Sąd odsyłający powinien, w świetle okoliczności faktycznych sporu w postępowaniu głównym, dokonać stosownych weryfikacji i ocen pod tym względem, a także pod względem okoliczności wskazanych w ramach pytania czwartego lit. a) oraz mocy dowodowej złożonego z własnej inicjatywy oświadczenia jednego z oferentów, o którym mowa w pytaniu czwartym lit. b). Gdyby sąd odsyłający doszedł po tej weryfikacji i ocenie do wniosku, że oferty rozpatrywane w postępowaniu głównym nie zostały złożone w sposób samodzielny i niezależny, należy przypomnieć, że art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie udzieleniu zamówienia oferentom, którzy złożyli takie oferty.
- 40 Z uwagi na powyższe odpowiedź na pytania od trzeciego do piątego powinna brzmieć: art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy instytucja zamawiająca posiada informacje podające w wątpliwość samodzielny i niezależny charakter ofert przedstawionych przez określonych oferentów, jest ona zobowiązana do zbadania, żądając w razie potrzeby od oferentów dodatkowych informacji, czy oferty te faktycznie są samodzielne i niezależne. Gdyby okazało się, że te oferty nie są samodzielne i niezależne, art. 2 dyrektywy 2004/18 stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia oferentom, którzy złożyli takie oferty.

W przedmiocie kosztów

- 41 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:

Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że:

- w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznego powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu nie są obowiązani poinformować z własnej inicjatywy o swoich powiązaniach instytucji zamawiającej;
- gdy instytucja zamawiająca posiada informacje podające w wątpliwość samodzielny i niezależny charakter ofert przedstawionych przez określonych oferentów, jest ona zobowiązana do zbadania, żądając w razie potrzeby od oferentów dodatkowych informacji, czy oferty te faktycznie są samodzielne i niezależne. Gdyby okazało się, że te oferty nie są samodzielne i niezależne, art. 2 dyrektywy 2004/18 stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia oferentom, którzy złożyli takie oferty.

Podpisy

*
- Język postępowania: litewski