

orzeczenie z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 **Meca**

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 19 czerwca 2019 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 57 ust. 4 lit. c) i g) – Udzielanie zamówień publicznych na usługi – Fakultatywne podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – Poważne wykroczenie zawodowe podważające całą transakcję gospodarczą – Wypowiedzenie wcześniejszej umowy z powody jej nienależytego wykonania – Sądowy środek zaskarżenia, który uniemożliwia dokonanie przez instytucję zamawiającą oceny niewywiązania się z umowy do czasu zakończenia postępowania sądowego

W sprawie C-41/18

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale della Campania (regionalny sąd administracyjny dla Kampanii, Włochy) postanowieniem z dnia 22 listopada 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 stycznia 2018 r., w postępowaniu:

Meca Srl

przeciwko

Comune di Napoli,

przy udziale:

Sirio Srl,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: M. Vilaras, prezes izby, R. Silva de Lapuerta, wiceprezes Trybunału, D. Šváby (sprawozdawca), S. Rodin i N. Piçarra, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: R. Schiano, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 13 grudnia 2018 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Comune di Napoli przez A. Andreottolę i A. Cuomo, avvocati,
- w imieniu Sirio Srl przez L. Lentiniego oraz C. Sita, avvocati,

- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colellego i C. Pluchina, avvocati dello Stato,
- w imieniu rządu węgierskiego przez G. Koósa, M.Z. Fehéra i A. Pokoraczki, działających w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Gattinarę, P. Ondrůška i L. Haasbeek, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 7 marca 2019 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy 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).
- 2 Wniosek ów został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką Meca Srl a Comune di Napoli (gminą Neapol, Włochy) w przedmiocie decyzji gminy Neapol upoważniającej spółkę Sirio Srl do dalszego udziału w przetargu.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Motywy 101 i 102 dyrektywy 2014/24 stanowią:

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

Mając na uwadze fakt, że instytucja zamawiająca będzie odpowiadać za skutki swojej ewentualnie błędnej decyzji, instytucje zamawiające powinny również zachować możliwość uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego, gdy – przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia – mogą one wykazać za pomocą dowolnych środków, że dany wykonawca naruszył swoje obowiązki, w tym obowiązki dotyczące płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, chyba że przepisy krajowe stanowią inaczej. Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia

istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność [rzetelność] wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń.

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

- (102) Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak to państwom członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. 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”.

4 Artykuł 57 tej dyrektywy, 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;

[...]

- g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsz[ej] umow[y] w sprawie koncesji, które doprowadziły do

wcześniejszego rozwiązania [wypowiedzenia] tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji;

[...]

5. Instytucje zamawiające w dowolnym momencie w trakcie postępowania wykluczają wykonawcę, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i [w] jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 2.

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”.

Prawo włoskie

- 5 Artykuł 80 ust. 5 lit. c) decreto legislativo n. 50 Codice dei contratti pubblici (dekretu ustawodawczego nr 50 w sprawie kodeksu zamówień publicznych) z dnia 18 kwietnia 2016 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r., zwanego dalej „kodeksem zamówień publicznych”) stanowi:

„Instytucje zamawiające wykluczają z udziału w procedurze przetargowej wykonawcę w jednej z następujących sytuacji, która może też dotyczyć podwykonawcy w jednym z przypadków przewidzianych w art. 105 ust. 6, gdy:

[...]

- c) instytucje zamawiające wykazują za pomocą odpowiednich środków, że wykonawca dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, które może podważyć jego uczciwość lub rzetelność. Do poważnych wykroczeń zawodowych należą znaczące niedociągnięcia w wykonywaniu poprzedniej umowy w przedmiocie zamówienia lub w sprawie koncesji, które spowodowały wcześniejsze, niezakwestionowane przed sądem lub niepotwierdzone w wyniku postępowania sądowego, przedterminowe wypowiedzenie tej umowy lub były podstawą orzeczenia o odszkodowaniu lub nałożeniu innej kary; próba bezprawnego wpłynięcia na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub pozyskania informacji poufnych celem zapewnienia sobie przewagi; przedstawienie, także na skutek zaniedbania, fałszywych lub wprowadzających w błąd informacji, które mogą wpłynąć na decyzje w sprawie wykluczenia, selekcji lub udzielenia zamówienia; albo pominięcie informacji istotnych dla celów prawidłowego przeprowadzenia procesu wyboru;

[...]”.

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

- 6 Gmina Neapol ogłosiła przetarg w celu udzielenia zamówienia publicznego na usługi w zakresie wyżywienia w stołówkach szkolnych w roku szkolnym 2017/2018. Zamówienie to zostało podzielone na dziesięć części, przy czym każda z części odpowiada jednej z dzielnic gminy Neapol.
- 7 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w ramach poprzedniego roku szkolnego spółka Sirio zawarła z gminą Neapol umowę o świadczenie usług w zakresie wyżywienia w stołówkach szkolnych w odniesieniu do dwóch części zamówienia, która to umowa została wypowiedziana w maju 2017 r. ze względu na przypadki zatruc pokarmowych w związku z obecnością bakterii z grupy coli w żywności podawanej w stołówce szkolnej.
- 8 W tym względzie, po tym jak w wyniku analiz przeprowadzonych przez Agenzia regionale per la protezione ambientale della Campania (ARPAC) [(regionalne biuro ds. ochrony środowiska w Kampanii, Włochy) (ARPAC)] na próbkach żywności przechowywanych przez dyrekcję zainteresowanej szkoły potwierdzono obecność bakterii z grupy coli, w szczególności w duszonej wołowinie, zamówienie publiczne na usługi w zakresie wyżywienia w stołówkach szkolnych na rok szkolny 2016/2017 zostało udzielone spółce Meca, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w postępowaniu przetargowym zorganizowanym w celu udzielenia tego zamówienia publicznego.
- 9 W ramach udziału w przetargu wspomnianym w pkt 6 niniejszego wyroku spółka Sirio wyraźnie zadeklarowała, że „decyzją [...] z dnia 29 czerwca 2017 r. gmina Neapol postanowiła o wypowiedzeniu umowy [...] z dnia 9 maja 2017 r. ze względu na przypadek zatrucia pokarmowego” i że to wypowiedzenie umowy jest przedmiotem skargi wniesionej do Tribunale di Napoli (sądu w Neapolu, Włochy).
- 10 W protokole z dnia 1 sierpnia 2017 r. instytucja zamawiająca zezwoliła spółce Sirio na dalsze uczestnictwo w tym przetargu w odniesieniu do części, dla której złożyła ofertę.

Spółka Meca zakwestionowała uczestnictwo spółki Sirio w rzeczonym przetargu przed Tribunale amministrativo regionale della Campania (regionalnym sądem administracyjnym dla Kampanii, Włochy), nie czekając na wydanie decyzji gminy Neapol o udzieleniu zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym, która to decyzja została wydana w dniu 7 listopada 2017 r. i udzielała zamówienia spółce Sirio.

- 11 Spółka Meca uważa, że spółka Sirio nie powinna była zostać dopuszczona do dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ umowa, która wiąże ją z gminą Neapol w zakresie świadczenia usługi wyżywienia w stołówkach szkolnych w roku szkolnym 2016/2017, została przez tę gminę wypowiedziana w wyniku przypadków zatrucia pokarmowego uczniów i personelu szkolnego.
- 12 Na poparcie swojej skargi przed sądem odsyłającym spółka Meca zarzuca gminie Neapol, że nie przeprowadziła oceny w zakresie wagi uchybienia popełnionego przez spółkę Sirio w ramach wykonania zamówienia publicznego na usługi w zakresie wyżywienia w stołówkach szkolnych na rok szkolny 2016/2017, pomimo art. 80 ust. 5 lit. c) kodeksu zamówień publicznych, który umożliwia jej wykazanie „za pomocą odpowiednich środków, że wykonawca dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, które może podważyć jego uczciwość lub rzetelność”. Zdaniem spółki Meca zakwestionowanie przez Sirio przed sądem cywilnym wypowiedzenia wspomnianej w pkt 7 niniejszego wyroku umowy o świadczenie usług nie może pozbawić instytucji zamawiającej tego uprawnienia. W związku z tym, biorąc pod uwagę przypadki zatrucia pokarmowego, do których doszło w maju 2017 r., gmina Neapol nie powinna była automatycznie dopuścić udziału spółki Sirio w przetargu rozpatrywanym w postępowaniu głównym.
- 13 Zarówno gmina Neapol, jak i spółka Sirio uważają natomiast, że skarga wniesiona przez tę ostatnią spółkę do Tribunale di Napoli (sądu w Neapolu) uniemożliwiła instytucji zamawiającej dokonanie jakiegokolwiek oceny co do rzetelności tejże spółki.
- 14 Sąd odsyłający zauważa, iż stanowisko gminy Neapol i spółki Sirio nie jest bezpodstawne, ponieważ zgodnie z orzecznictwem sądów włoskich z art. 80 ust. 5 lit. c) kodeksu zamówień publicznych wynika, że oferent, który dopuścił się nieprawidłowości przy wykonywaniu wcześniejszego zamówienia publicznego, powinien zostać dopuszczony do udziału w późniejszym postępowaniu przetargowym, jeśli wniósł on skargę, względem której toczy się jeszcze postępowanie, na wypowiedzenie umowy, które nastąpiło w wyniku wspomnianych nieprawidłowości.
- 15 Sąd odsyłający uważa, że prawo Unii może niemniej stać na przeszkodzie przepisowi krajowemu takiemu jak art. 80 ust. 5 lit. c) kodeksu zamówień publicznych. Przepis ten prowadzi bowiem do pozbawienia skuteczności przewidzianej w nim fakultatywnej podstawy wykluczenia, ponieważ przysługujący instytucji zamawiającej zakres uznania zostaje całkowicie zredukowany w przypadku wcześniejszego zaskarżenia wypowiedzenia umowy. Mimo że Trybunał nie miał jeszcze okazji dokonać wykładni art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, to z orzecznictwa Trybunału dotyczącego art. 45 ust. 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 (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), czyli przepisu, który został uchylony przez art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, wynika, że prawo Unii odrzuca wszelki automatyzm w odniesieniu do decyzji o fakultatywnym wykluczeniu ze względu na poważne wykroczenie zawodowe, ponieważ decyzja taka musi koniecznie uwzględniać zasadę proporcjonalności.

- 16 I odwrotnie: zasady proporcjonalności i skuteczności powinny zakazywać jakiegokolwiek automatyzmu w przypadku braku możliwości wykluczenia wykonawcy. Dlatego poprzez uniemożliwienie instytucji zamawiającej dokonania uzasadnionej oceny poważnego charakteru wykroczenia zawodowego będącego przyczyną wypowiedzenia wcześniejszej umowy, ze względu na to, że wypowiedzenie tej umowy zostało zakwestionowane przed sądem cywilnym, art. 80 ust. 5 kodeksu zamówień publicznych narusza wspomniane zasady, a tym samym dyrektywę 2014/24. Zdaniem bowiem sądu odsyłającego art. 57 ust. 4 lit. g) owej dyrektywy nie wymaga w żaden sposób ostatecznego stwierdzenia, a zatem sądowego stwierdzenia, odpowiedzialności podmiotu, któremu udzielono zamówienia.
- 17 Ponadto z wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), wynika, że „wykroczenie zawodowe” jest podstawą wykluczenia, jeżeli wykazuje cechy świadczące o obiektywnie poważnym charakterze. Tymczasem zgodnie z prawem włoskim wynik udziału w przetargu jest uwarunkowany zdarzeniem zależnym od woli strony, czyli decyzją o wniesieniu sądowego środka zaskarżenia na wypowiedzenie wcześniejszej umowy.
- 18 Wreszcie uregulowanie włoskie nie jest zgodne także z celami wskazanymi w motywie 102 dyrektywy 2014/24, który wprowadza mechanizm „dostosowawczy” dla wykonawców. Automatyczne dopuszczenie do udziału wynikające z wniesienia sądowego środka zaskarżenia w postępowaniu cywilnym na wypowiedzenie wcześniejszej umowy zniechęcałoby bowiem do przyjmowania środków dostosowawczych przez przedsiębiorstwa, chociaż byłyby one konieczne dla uniknięcia powtórzenia zachowań, które doprowadziły do rzeczowego wypowiedzenia umowy.
- 19 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale della Campania (regionalny sąd administracyjny dla Kampanii) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy unijne zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa, o których mowa w [TFUE], i zasady, które z niego wynikają, takie jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i skuteczności, o których mowa w dyrektywie [2014/24], oraz art. 57 ust. 4 lit. c) i g) rzeczony dyrektywy, stoją na przeszkodzie stosowaniu uregulowania krajowego, takiego jak przepis zawarty w art. 80 ust. 5 lit. c) [kodeksu zamówień publicznych], zgodnie z którym zaskarżenie w drodze sądowej stwierdzenia znaczących niedociągnięć, do których doszło w czasie wykonywania wcześniejszego zamówienia i które doprowadziły do wcześniejszego wypowiedzenia poprzedniej umowy o udzielenie zamówienia, wyklucza dokonanie przez instytucję zamawiającą jakiegokolwiek oceny w zakresie rzetelności oferenta dopóty, dopóki nie zostanie wydane ostateczne orzeczenie sądu cywilnego, nawet jeśli przedsiębiorstwo takie nie wykazało, że przyjęło środki dostosowawcze mające na celu usunięcie naruszeń i uniknięcie ich ponownego wystąpienia?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

Uwagi wstępne

- 20 W pierwszej kolejności z przedstawionych Trybunałowi akt sprawy wynika, że szacunkowa wartość rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia wynosi 1 127 660 EUR, a zatem przekracza ona próg 750 000 EUR przewidziany w art. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 w przypadku zamówień publicznych na szczególne usługi wymienione w załączniku XIV do tej dyrektywy. Wynika stąd, że rzeczona dyrektywa ma

zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym, a pytanie przedstawione przez sąd odsyłający należy rozpatrywać wyłącznie w świetle przepisów owej dyrektywy.

- 21 W drugiej kolejności na rozprawie, która odbyła się przed Trybunałem, rząd włoski podniósł, że wykładnia art. 80 ust. 5 lit. c) kodeksu zamówień publicznych, przedstawiona przez sąd odsyłający we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, nie odpowiada już nowemu stanowi prawnemu we Włoszech.
- 22 Niemniej jednak w sytuacji, w której wydają się istnieć rozbieżności dotyczące mającego zastosowanie uregulowania krajowego, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w ramach przewidzianego w art. 267 TFUE postępowania w trybie prejudycjalnym do Trybunału nie należy wyjaśnienie właściwych przepisów prawa krajowego mających zastosowanie w postępowaniu głównym. Prerogatywa ta należy jedynie do sądu krajowego, który przedstawiając ramy prawa krajowego, pozostawia Trybunałowi możliwość dostarczenia wszystkich elementów wykładni dotyczących prawa Unii umożliwiających sądowi krajowemu ocenę zgodności prawa krajowego z uregulowaniem Unii (wyrok z dnia 26 czerwca 2008 r., Burda, C-284/06, EU:C:2008:365, pkt 39).
- 23 W tej sytuacji na pytanie przedstawione przez sąd odsyłający należy odpowiedzieć na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wynikających z postanowienia odsyłającego.

Co do istoty

- 24 Poprzez swoje pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 57 ust. 4 lit. c) i g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego wniesienie sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez instytucję zamawiającą z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy, uniemożliwia dokonanie przez instytucję zamawiającą, która organizuje nowy przetarg, jakiegokolwiek oceny, na etapie selekcji oferentów, w zakresie rzetelności wykonawcy, którego dotyczyło to wypowiedzenie.
- 25 W pierwszej kolejności, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 32 opinii, brzmienie art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 jest zbliżone do brzmienia art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, czyli przepisu przez niego uchylonego, na tyle, aby wnioskowana przez sąd odsyłający wykładnia mogła czerpać z orzecznictwa Trybunału dotyczącego tego ostatniego przepisu.
- 26 Tak więc gdy Trybunał dokonywał wykładni fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) lub g) dyrektywy 2004/18, będących jedynymi przepisami, które nie zawierały odesłania do prawa krajowego, opierał się na art. 45 ust. 2 akapit drugi owej dyrektywy, na mocy którego państwa członkowskie określają, uwzględniając przepisy prawa Unii, warunki wykonania wskazanego ust. 2 w celu bardziej szczegółowego wyznaczenia przysługującego tym państwom zakresu uznania oraz zdefiniowania samego zakresu spornej fakultatywnej podstawy wykluczenia (zob. w szczególności wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 25–31).
- 27 W tym względzie nie ulega wątpliwości, że dyrektywa 2014/24 ogranicza zakres uznania przysługujący państwom członkowskim. O ile bowiem odesłanie do prawa krajowego i uregulowań krajowych zostało przewidziane w pięciu z siedmiu przypadków zawartych

w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, o tyle obecnie spośród dziewięciu przypadków, o których mowa w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, tylko przypadek wskazany w lit. b) tego ust. 4 zawiera takie odesłanie.

- 28 W drugiej kolejności zgodnie z art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 „[i]nstytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek [ze wskazanych w tym przepisie] sytuacji”. Z brzmienia owego przepisu wynika więc, że to instytucji zamawiającej, a nie sądowi krajowemu, powierzono dokonanie oceny, czy danego wykonawcę należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia.
- 29 W trzeciej kolejności uprawnienie, 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, o czym świadczy art. 57 ust. 4 lit. c) i g), a także motyw 101 dyrektywy 2014/24.
- 30 Otóż, jak podkreślił rzecznik generalny w pkt 42 i 43 opinii, obie te podstawy wykluczenia opierają się na podstawowym czynniku w stosunku między instytucją zamawiającą a wykonawcą, a mianowicie na rzetelności wykonawcy, stanowiącej podstawę pokładanego w nim przez instytucję zamawiającą zaufania. I tak motyw 101 akapit pierwszy tej dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć „wykonawców, którzy okazali się nierzetelni”, podczas gdy jego akapit drugi bierze pod uwagę, w ramach wykonywania wcześniejszych zamówień publicznych, „niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność [rzetelność] wykonawcy”.
- 31 W czwartej kolejności, zgodnie z art. 57 ust. 5 dyrektywy 2014/24 instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia wykonawcy „w dowolnym momencie w trakcie postępowania”, a nie tylko po wydaniu przez sąd orzeczenia, co stanowi dodatkową wskazówkę co do zamiaru prawodawcy Unii, by umożliwić instytucji zamawiającej przeprowadzenie własnej oceny czynów popełnionych przez wykonawcę lub czynności przez niego zaniechanych przed postępowaniem o udzielenie zamówienia lub w jego trakcie w jednym z przypadków, o których mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy.
- 32 Wreszcie, jeżeli instytucja zamawiająca miałaby być automatycznie związana oceną dokonaną przez osobę trzecią, prawdopodobnie trudno byłoby jej przyłożyć szczególną uwagę do zasady proporcjonalności w chwili zastosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia. Zgodnie zaś z motywem 101 dyrektywy 2014/24 zasada ta oznacza w szczególności, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy instytucja taka uwzględnia drobny charakter popełnionych nieprawidłowości lub powtarzanie drobnych nieprawidłowości.
- 33 Jasne jest zatem, że – jak wskazał rzecznik generalny w pkt 35 i 36 opinii – przysługujące państwom członkowskim uprawnienie dyskrecjonalne nie jest w tym względzie nieograniczone i że po podjęciu przez którekolwiek z nich 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.

- 34 Tymczasem, jak wskazano w pkt 28 niniejszego wyroku, 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.
- 35 To w oparciu o powyższe rozważania należy udzielić odpowiedzi sądowi odsyłającemu.
- 36 Jak wynika z postanowienia odsyłającego, art. 80 ust. 5 lit. c) kodeksu zamówień publicznych upoważnia instytucję zamawiającą do wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego, gdy w szczególności wykaże ona za pomocą odpowiednich środków, po pierwsze, że wykonawca ów dopuścił się poważnych wykroczeń zawodowych mogących podważyć jego uczciwość lub rzetelność, po drugie, że te poważne wykroczenia zawodowe, które mogą wynikać z poważnych nieprawidłowości zaistniałych w trakcie wykonywania wcześniejszego zamówienia publicznego, doprowadziły do wypowiedzenia umowy, która wiązała wykonawcę z instytucją zamawiającą, do odszkodowania lub innej porównywalnej kary, i po trzecie, że to wypowiedzenie umowy nie zostało zakwestionowane przed sądem lub zostało potwierdzone w wyniku przeprowadzonego postępowania sądowego.
- 37 Oczywiście jest, że przepis krajowy taki jak art. 80 ust. 5 lit. c) kodeksu zamówień publicznych nie może zapewniać skuteczności (effet utile) fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. c) lub g) dyrektywy 2014/24.
- 38 Uprawnienie dyskrecjonalne, które art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 powierza instytucji zamawiającej, zostaje bowiem sparaliżowane przez sam fakt wniesienia przez kandydata lub oferenta skargi na wypowiedzenie poprzedniej umowy w sprawie zamówienia publicznego, której był on stroną, chociaż jego zachowanie wydawało się wystarczająco nieprawidłowe, aby uzasadnić wypowiedzenie umowy.
- 39 Ponadto zasada taka jak przewidziana w art. 80 ust. 5 lit. c) kodeksu zamówień publicznych nie zachęca w oczywisty sposób wybranego oferenta, którego dotyczy decyzja o wypowiedzeniu poprzedniej umowy w sprawie zamówienia publicznego, do podjęcia środków naprawczych. W tym zakresie zasada taka może naruszać wymogi art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24.
- 40 Dyrektywa ta ma bowiem charakter innowacyjny w szczególności w zakresie, w jakim ustanawia w jej art. 57 ust. 6 system środków naprawczych (*self-cleaning*). Przepis ów, który ma zastosowanie do wykonawców niewykluczonych w wyniku prawomocnego wyroku, ma na celu skłonienie wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 4 rzeczony dyrektywy, do przedstawienia dowodów na to, że przyjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej fakultatywnej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie powinien zostać 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 właściwymi organami, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.
- 41 W tym względzie poprzez wprowadzenie środków naprawczych podkreśla się, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 44 opinii, znaczenie, jakie jest związane z rzetelnością wykonawcy, jako że czynnik ten wiąże się nierozzerwalnie z podstawami wykluczenia związanymi z subiektywnymi uwarunkowaniami oferenta.

- 42 Biorąc pod uwagę powyższe, na przedstawione pytanie należy odpowiedzieć, że art. 57 ust. 4 lit. c) i g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego wniesienie sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez instytucję zamawiającą z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy, uniemożliwia dokonanie przez instytucję zamawiającą, która organizuje nowy przetarg, jakiegokolwiek oceny, na etapie selekcji oferentów, w zakresie rzetelności wykonawcy, którego dotyczyło to wypowiedzenie.

W przedmiocie kosztów

- 43 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 57 ust. 4 lit. c) i g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego wniesienie sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez instytucję zamawiającą z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy, uniemożliwia dokonanie przez instytucję zamawiającą, która organizuje nowy przetarg, jakiegokolwiek oceny, na etapie selekcji oferentów, w zakresie rzetelności wykonawcy, którego dotyczyło to wypowiedzenie.

Podpisy

*
_ Język postępowania: włoski.