



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 7 marca 2019 r.¹

Sprawa C-41/18

Meca Srl
przeciwko
Comune di Napoli
przy udziale
Sirio Srl

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (regionalny sąd administracyjny dla Kampanii, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Fakultatywne podstawy wykluczenia –
Dopuszczalność – Podjęcie ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia –
Bezprzedmiotowość postępowania prejudycjalnego – Poważne wykroczenie zawodowe –
Rozwiązanie zawartej wcześniej umowy z powodu jej nienależytego wykonania – Sądowy środek
zaskarżenia, którego wniesienie powoduje, że instytucja zamawiająca może dokonać oceny
niewywiązania się z umowy dopiero po zakończeniu postępowania sądowego

1. Włoskie przepisy dotyczące zamówień publicznych przewidują, że z (kolejnego) postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego może zostać wykluczony oferent, któremu udzielono już wcześniej zamówienia i który w trakcie jego wykonania dopuścił się znaczących niedociągnięć z takim skutkiem, że ta pierwsza umowa została rozwiązana.
2. Przepisy te zdają się jednak wskazywać², że przy ocenie rzetelności kandydatów do nowego postępowania o udzielenie zamówienia instytucja zamawiająca nie może uwzględnić tych niedociągnięć jako podstawy wykluczenia, jeżeli podmiot gospodarczy, który się ich dopuścił, zaskarżył rozwiązanie (pierwszej) umowy w drodze sądowej.
3. Sąd odsyłający musi ustalić, czy taki skutek wniesienia powództwa do sądu jest zgodny z podstawowymi zasadami leżącymi u podstaw dyrektywy 2014/24/UE³, a w szczególności – jej art. 57.

¹ Język oryginału: hiszpański.

² Istnieją pewne różnice w interpretacji brzmienia tych przepisów. Zobacz pkt 27–29 niniejszej opinii.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 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 (dyrektywa 2014/24)

4. Zgodnie z motywem 101 tej dyrektywy:

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

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 niezdadność 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”.

5. Artykuł 57 (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 wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania 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 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.

[...]

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”.

B. Prawo włoskie (dekret ustawodawczy nr 50/2016)⁴

6. Zgodnie z art. 80 ust. 5 lit. c):

„Instytucja zamawiająca wyklucza z udziału w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcę [...], w odniesieniu do którego [...] może wykazać za pomocą odpowiednich środków, że dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego mogącego podać w wątpliwość jego uczciwość lub rzetelność. Należą do nich: 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, rozwiązanie 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, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia, albo pominięcie informacji istotnych dla celów prawidłowego przeprowadzenia procesu wyboru”.

II. Okoliczności powstania sporu i pytanie prejudycjalne

7. W roku szkolnym 2016/2017 spółka Sirio Srl uczestniczyła w ogłoszonym przez urząd miasta Neapolu postępowaniu przetargowym mającym za przedmiot świadczenie usługi wyżywienia w stołówkach szkolnych, które to zamówienie zostało jej udzielone.

8. W trakcie wykonywania tego zamówienia u dzieci oraz członków personelu doszło do zatrucia pokarmowego spowodowanego obecnością bakterii coli w dostarczonych produktach żywnościowych.

9. W następstwie tego zdarzenia w dniu 29 czerwca 2017 r. urząd miasta Neapolu a) zawiesił świadczenie tej usługi i zlecił je spółce Meca, która zajmowała drugie miejsce w klasyfikacji przetargowej, oraz b) rozwiązał umowę ze spółką Sirio i stwierdził przepadek kaucji.

10. Spółka Sirio zaskarżyła to rozwiązanie umowy przed sądem cywilnym [Tribunale di Napoli (sądem w Neapolu, Włochy)], który to spór nie został jeszcze rozstrzygnięty przez ten sąd.

11. Urząd miasta Neapolu ogłosił nowy przetarg na świadczenie podzielonej na dziesięć części usługi wyżywienia w stołówkach szkolnych w roku szkolnym 2017/2018, do którego to przetargu stanęła także spółka Sirio.

12. W zastosowaniu art. 80 ust. 5 lit. c) CCP pismem z dnia 1 sierpnia 2017 r. instytucja zamawiająca dopuściła złożoną przez spółkę Sirio ofertę w odniesieniu części zamówienia nr 7, nie dokonując żadnej oceny tego, jakie znaczenie może mieć niewywiązanie się z wcześniejszej umowy.

13. Spółka Meca, również biorąca udział w tym postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia usługi wyżywienia w stołówkach szkolnych w roku szkolnym 2017/2018, zaskarżyła dopuszczenie spółki Sirio do tego postępowania przed sądem odsyłającym. Jej zdaniem instytucja zamawiająca powinna była ocenić rzetelność spółki Sirio po tym, gdy doszło do zatrucia pokarmowego, zamiast ograniczyć się do odnotowania, że spółka ta zaskarżyła rozwiązanie zawartej z nią poprzednio umowy.

⁴ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r. – dodatek zwyczajny nr 10) (Decreto legislativo nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r., przyjęty w zastosowaniu dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE w sprawie udzielania koncesji, zamówień publicznych i udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, jak i w celu reformy obowiązujących uregulowań w przedmiocie zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy: włoski kodeks zamówień publicznych, Codice dei contratti pubblici, zwany dalej „CCP”).

14. Sąd odsyłający uważa, że w przypadkach takich jak ten rozpatrywany ściśle stosowanie włoskiej ustawy nie pozwala instytucji zamawiającej na dokonanie oceny rzetelności wykonawcy. Zdaniem tego sądu ustawodawca krajowy skłonił się ku zawieszeniu oceny administracyjnej, w całości poddając ją kontroli sądowej, która skupia się na kwestii prawidłowości rozwiązania umowy, nie zaś na rzetelności wykonawcy.

15. Dla sądu odsyłającego waga, jaką należy przypisać niewywiązaniu się z umowy, nie zależy od okoliczności o charakterze obiektywnym, ale od podjętej przez podmiot gospodarczy, z którym przedwcześnie rozwiązano umowę, subiektywnej decyzji o zaskarżeniu tego rozwiązania przed sądem cywilnym. Automatyczne dopuszczenie do nowego przetargu jeszcze przed zakończeniem postępowania sądowego stanowi zachętę do ignorowania wykroczeń zawodowych, a zatem – zniechęca przedsiębiorstwa do podejmowania odpowiednich środków naprawczych (przewidzianych w motywie 102 dyrektywy 2014/24) mających na celu uniknięcie powtórzenia się niedociągnięć, wskutek których doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy.

16. W tych okolicznościach Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (regionalny sąd administracyjny dla Kampanii, Włochy) skierował do Trybunału następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy unijne zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa, o których mowa w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (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) rzeczonej dyrektywy, stoją na przeszkodzie dla stosowania przepisu prawa krajowego, takiego jak przepis prawa włoskiego zawarty w art. 80 ust. 5 lit. c) Decreto legislativo nr 50/2016, zgodnie z którym zaskarżenie w drodze sądowej stwierdzenia znaczących niedociągnięć, do których doszło w czasie wykonywania wcześniejszego zamówienia, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania poprzedniej umowy o udzielenie zamówienia, wyklucza dokonanie przez instytucję zamawiającą jakiegokolwiek oceny w zakresie wiarygodności [rzetelności] oferenta dopóty, dopóki nie zostanie wydane ostateczne orzeczenie sądu cywilnego, nawet jeśli przedsiębiorstwo takie nie wykazało, że przyjęło środki naprawcze (self cleaning) mające na celu usunięcie naruszeń i uniknięcie ich ponownego wystąpienia?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem

17. Postanowienie odsyłające wpłynęło do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości w dniu 22 stycznia 2018 r.

18. Uwagi na piśmie przedstawiły spółka Sirio, urząd miasta Neapolu, rządy włoski i węgierski oraz Komisja. Tylko Komisja i rząd włoski stawily się na rozprawie, która została przeprowadzona w dniu 13 grudnia 2018 r.

IV. Ocena

A. W przedmiocie podnoszonej bezprzedmiotowości pytania prejudycjalnego

19. W przypadku spółki Sirio akt zaskarżony przez spółkę Meca, czyli pismo z dnia 1 sierpnia 2017 r. dopuszczające spółkę Sirio do uczestnictwa w procedurze przetargowej, nie staną na przeszkodzie przeprowadzeniu tego postępowania, które zakończyło się w dniu 7 listopada 2017 r. (ponownym) udzieleniem zamówienia spółce Sirio na rok szkolny 2017/2018.

20. Ponieważ ta ostatnia decyzja nie została zaskarżona, spółka Sirio twierdzi, że niniejsze odesłanie prejudycjalne jest bezprzedmiotowe, ponieważ, bez względu na jego wynik, udzielenie *drugiego* zlecenia nie zostało zakwestionowane i pozostaje ono bez wpływu na mające zostać wydane rozstrzygnięcie.

21. Nie uważam jednak, że okoliczność ta wystarcza do stwierdzenia, iż odesłanie prejudycjalne stało się niedopuszczalne. Moim zdaniem postępowanie w przedmiocie pisma z dnia 1 sierpnia 2017 r. jest nadal w toku, a jego rozstrzygnięcie nie zależy od tego, czy Meca zakwestionowała udzielenie zamówienia w dniu 7 listopada 2017 r.

22. Konkretnie rzecz biorąc, ewentualne stwierdzenie nieważności pisma z dnia 1 sierpnia 2017 r. może skutkować nieważnością udzielenia zamówienia z dnia 7 listopada 2017 r. albo, jeśli okaże się, że jest to niewykonalne, służyć, na mocy prawa krajowego i zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665/EWG⁵ jako podstawa przyznania odszkodowań za wszelkie szkody, które mogła w tym względzie ponieść spółka Meca.

23. Uważam zatem, że niniejsze postępowanie prejudycjalne nie jest bezprzedmiotowe.

B. Wyjaśnienia dotyczące wykładni przepisu krajowego

24. Sąd odsyłający wychodzi z założenia, że na mocy art. 80 ust. 5 lit. c) CPC zgodnie z „wykładnią przyjętą w orzecznictwie krajowym” istnieje „nieunikniony obowiązek ustawowy”⁶ dopuszczenia oferenta do postępowania przetargowego, o ile wcześniejsze rozwiązanie umowy z powodu stwierdzenia znaczących niedociągnięć, do których doszło w trakcie wykonywania umowy⁷, zostało zaskarżone w postępowaniu sądowym.

25. Obowiązujący obecnie przepis krajowy zmienił się w stosunku do normy obowiązującej poprzednio (Decreto legislativo nr 163/2006)⁸. Zgodnie z tą normą instytucja zamawiająca była uprawniona do wykazania „za pomocą dowolnych dowodów” poważnego niewywiązania się z obowiązków zawodowych, uzasadniającego wykluczenie oferenta. Nowa zawarta w CCP regulacja łączy natomiast normy zawarte w lit. c) i g) art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, aby uzyskać wyżej przedstawione rozwiązanie.

26. Artykuł 80 ust. 5 lit. c) CCP zawiera bowiem ogólne sformułowanie odnoszące się do poważnych wykroczeń zawodowych jako podstawy do wykluczenia [z kolejnego postępowania przetargowego], a następnie wyróżnia spośród „należąc[y]ch do nich” „znaczące niedociągnięcia w wykonywaniu poprzedniej umowy w przedmiocie zamówienia lub w sprawie koncesji, które spowodowały wcześniejsze [...] rozwiązanie umowy”. Te niedociągnięcia umożliwiają jednak wykluczenie danego oferenta [z kolejnego postępowania przetargowego] jedynie wówczas, jeżeli decyzja o rozwiązaniu umowy była „niezakwestionowan[a] przed sądem lub niepotwierdzon[a] w wyniku postępowania sądowego”.

⁵ Dyrektywa Rady 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 dostawę i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33).

⁶ Postanowienie odsyłające, pkt 2.3

⁷ Sąd odsyłający wydaje opierać się na przesłance, że spółka Sirio, jako odpowiedzialna za zatrucie pokarmowe, dopuściła się „znaczącego lub uporczywego niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Żadna z podniesionych w ramach postępowania prejudycjalnego kwestii nie dotyczyła tej kwalifikacji.

⁸ Transpozycja do włoskiego porządku prawnego dyrektyw 2004/17 i 2004/18/WE [Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r., dodatek zwyczajny nr 107)]. Artykuł 38 ust. 1 lit. f), którego brzmienie zostało przedstawione w pkt 8 wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r., *Croce Amica One Italia* (C-440/13, EU:C:2014:2435), stanowił zaś, że: „[n]astępujące osoby są wykluczone z udziału w postępowaniu w sprawie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz nie mogą zawierać związanych z tym umów: [...] f) które, w uzasadnionej ocenie instytucji zamawiającej, dopuściły się rażącego zaniedbania lub działały w złej wierze przy wykonywaniu usług powierzonych im przez instytucję zamawiającą, która opublikowała ogłoszenie o zamówieniu; lub które dopuściły się poważnego uchybienia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą”.

27. Niemniej jednak, jak wyjaśnił na rozprawie rząd włoski, ze względu na to, że po skierowaniu rozpatrywanego odesłania prejudycjalnego doszło do zmiany w orzecznictwie Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy)⁹, rząd ten przesunął punkt ciężkości swych uwag.

28. Rząd włoski odczytuje tę opinię w ten sposób¹⁰, że nawet jeśli wcześniejsze rozwiązanie poprzedniej umowy spowodowane znaczącymi niedociągnięciami przypisywanymi podmiotowi ubiegającemu się jako kandydat o udzielenie mu kolejnego zamówienia, jest w trakcie rozpatrywania przez sąd, instytucja zamawiająca może dokonać dyskrecjonalnej oceny dopuszczenia się tych niedociągnięć jako podstawy wykluczenia tego podmiotu [z kolejnego postępowania przetargowego], nie czekając na wydanie wyroku w postępowaniu cywilnym.

29. Oczywiście Trybunał nie może interweniować w debacie w sprawie wykładni przepisów prawa krajowego, która jest wyłącznym zadaniem sądu odsyłającego, a zatem:

- jeżeli uzna on za możliwe przyjęcie orzecznictwa, które, zdaniem rządu włoskiego, wynika z rozstrzygnięcia wydanego przez Consiglio di Stato (radę stanu) w dniu 13 listopada 2018 r., może dokonać zgodnej z dyrektywą 2014/24 wykładni art. 80 ust. 5 lit. c) CCP, przyjmując takie samo podejście jak to zastosowane przez sąd odsyłający w jego postanowieniu, efektem czego nie byłoby już w istocie potrzeby występowania z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym;
- jeżeli, przeciwnie, uzna on, że przyjęcie takiej wykładni przepisów krajowych jest niezgodne z prawem, pytanie prejudycjalne ma nadal sens.

30. Aby ustosunkować się do wyrażonych przez sąd odsyłający wątpliwości, dokonam zatem wykładni rozpatrywanego przezeń przepisu prawa krajowego. W związku z tym, chcąc wyrazić to słowami sądu odsyłającego, wyjdę z założenia, że zgodnie z przepisem krajowym „zaskarżenie w drodze sądowej stwierdzenia znaczących niedociągnięć, do których doszło w czasie wykonywania wcześniejszego zamówienia, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania 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”.

C. Fakultatywne podstawy wykluczenia na mocy dyrektywy 2014/24

31. Dyrektywa 2004/18/WE¹¹ zawierała wykaz fakultatywnych podstaw wykluczenia, kładąc przy tym szczególny nacisk na stronę oferenta („[z] udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę”), natomiast dyrektywa 2014/24 ujmuje tę kwestię z perspektywy instytucji zamawiającej („instytucje zamawiające mogą wykluczyć [...] wykonawc[ę]”).

⁹ Konkretnie rzecz biorąc, zwrócił on uwagę na rozstrzygnięcie nr 2616/2018 z dnia 13 listopada 2018 r.

¹⁰ Opinia ta, ze względu na doradczy charakter, nie jest równoważna orzeczeniu wydanemu w ramach rozstrzygnięcia sporu. Ponadto Consiglio di Stato (rada stanu), występując w charakterze organu sądowego, skierowała już do Trybunału w dniu 15 maja 2018 r. (tj. po skierowaniu niniejszego odesłania) analogiczne pytanie prejudycjalne (rozpatrywana jeszcze przez Trybunał sprawa Sicilville, C-324/18).

¹¹ Dyrektywa 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 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).

32. Po tym wykazie w obu dyrektywach zawarty został szereg fakultatywnych podstaw wykluczenia, aby przyznać następnie państwom członkowskim pewien zakres uznania¹² co do włączenia ich do swego porządku prawnego. Również w tym ostatnim względzie oba te akty znacznie się od siebie różnią:

- zgodnie z art. 45 ust. 2 akapit drugi dyrektywy „[z]godnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”;
- natomiast art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 stanowi, że „[p]aństwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu”¹³.

33. W związku z tym dyskrejonalnym uprawnieniem przysługującym w odniesieniu do fakultatywnych podstaw wykluczenia na mocy dyrektywy 2004/18 Trybunał stwierdził, co następuje:

- zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie ma na celu jednolitego stosowania na szczeblu Unii wymienionych tam podstaw wykluczenia, ponieważ państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych 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. W ramach tego państwa członkowskie mają prawo do złagodzenia lub do uelastycznienia kryteriów ustanowionych w tym przepisie”¹⁴.
- „[p]aństwowi członkowskim przysługuje zatem pewien margines uznania przy określaniu warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18”¹⁵.

34. Tego zakresu uznania dotyczyło twierdzenie podnoszone przez spółkę Sirio, urząd miasta Neapolu oraz rządów włoskiego (w postaci przedstawionej w uwagach pisemnych, nie tej przedstawionej na rozprawie) i węgierskiego: skoro możliwe jest niewłączenie do prawa krajowego fakultatywnej podstawy wykluczenia, to tym bardziej przepisy krajowe mogą ograniczać jej skuteczność, uzależniając ją od spełnienia pewnych warunków (takich jak przykładowo to, że wcześniejsze rozwiązanie poprzednio zawartej umowy ze względu na niewywiązanie się z niej podmiotu, któremu zostało udzielone zamówienie, stało się, jeżeli zostało zaskarżone przed sądem, ostateczne).

35. Podnosząc ten argument, nie uwzględnia się jednak w wystarczającym stopniu faktu, że przysługujące państwom członkowskim uprawnienie nie jest w tym względzie nieograniczone¹⁶. Po podjęciu przez którekolwiek z nich decyzji o włączeniu [do swego porządku prawnego] przewidzianych w dyrektywie 2014/24 fakultatywnych podstaw wykluczenia¹⁷ musi ono uwzględniać ich określone w tym akcie istotne cechy charakterystyczne.

12 Jak stwierdziłem w opinii do sprawy Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:487, pkt 58): zarówno „nowa” dyrektywa, jak i ta poprzednia „przyznaje państwom członkowskim szeroki zakres uznania przy ustalaniu »warunków wykonania« fakultatywnych podstaw wykluczenia”.

13 Chociaż istnieją różnice w zawartym w każdym z tych dwóch tekstów odesłaniu do prawa krajowego, różnica ta wydaje mi się raczej kwestią stylu. W każdym razie, przepis dyrektywy 2004/18, który mógłby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania prejudycjalnego (jeżeli rozpatrywane w nim okoliczności faktyczne zaistniały w okresie jego obowiązywania), został zawarty w jej art. 45 ust. 2 lit. d) (poważne wykroczenie zawodowe), odpowiadającym art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, niezawierającym odesłania do prawa krajowego.

14 Wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

15 Wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, pkt 32).

16 W opinii do sprawy Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:487, pkt 53) przypominałem o tym, jak wykonywanie tego uprawnienia przez państwa członkowskie nie jest jednak bezwarunkowe, powołując się na wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29, 31, 32).

17 Rząd włoski twierdził podczas rozprawy, że w art. 80.5 CCPCCP uznano – w odniesieniu do miejscowego zakresu zastosowania tego przepisu – za obowiązkową podstawę wyłączenia okoliczność, która w dyrektywie 2014/24 ma jedynie fakultatywny charakter.

36. Prawodawca unijny, nakazując państwom członkowskim określenie „warunk[ów] wykonania niniejszego artykułu” z „uwzględnieniem prawa unijnego”, ustawia dla nich w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 zakaz wypaczania przez nie w ich przepisach krajowych fakultatywnych podstaw wykluczenia poprzez pominięcie realizowanych za ich pomocą celów i leżących u podstaw zasad prawnych, w określonych w dyrektywie 2014/24 jednolitych ramach prawnych.

37. Jak wyjaśnię poniżej, włoski przepis, którego dotyczy niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, nie uwzględnia istotnych cech charakterystycznych fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24.

D. W przedmiocie fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24

38. W art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 do zachowań podmiotów gospodarczych mogących uzasadniać ich wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia zaliczono zarówno „poważne[...] wykroczeni[e] zawodowe[...], które podaje w wątpliwość jego uczciwość” [lit. c)], jak i „[...] znaczne niedociągnięcia w realizacji istotnego wymogu w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego [...], które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy” [lit. g)].

39. W motywie 101 dyrektywy 2014/24 wyjaśniono, że określone w lit. c) poważne wykroczenia zawodowe mają przeważnie *pozaumowny* charakter, tj. stanowią one nieprawidłowe zachowania, do których dochodzi, zasadniczo rzecz biorąc, poza zakresem stosunków umownych. Jest tak w przypadku zachowań związanych z naruszeniem obowiązków środowiskowych lub społecznych, naruszeniem reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej czy też niewywiązaniem się z obowiązków podatkowych lub związanych z zabezpieczeniem społecznym. Natomiast cechą charakterystyczną zachowania unormowanego w lit. g) jest niewykonanie obowiązków *umownych*.

40. Niewątpliwie prawdą jest, że składową niektórych przypadków niewykonania obowiązków umownych może też być jakiś rodzaj poważnego wykroczenia zawodowego, czyli popełnionego w ramach wcześniej zawartej umowy administracyjnej, stanowiącego podstawę do zerwania stosunków umownych.

41. Z tej perspektywy związek między tymi dwoma literami polegałby na stosunku łączącym *lex generalis* [lit. c)] z *lex specialis* [lit. g)], co umożliwiałoby powołanie się na cele i uzasadnienie przepisu o charakterze ogólnym w celu określenia zasad, którym musi podlegać wykładnia normy zawartej w lit. g)¹⁸.

42. 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. Choć dyrektywa 2004/18 nie odsyła bezpośrednio do tego czynnika, Trybunał Sprawiedliwości w swym orzecznictwie zajął się jego znaczeniem¹⁹.

¹⁸ W rzeczywistości prawodawca włoski połączył ze sobą te dwa przypadki, dodając jednak kwestionowane w niniejszej sprawie uwarunkowanie natury procesowej (rozpatrywanie zaskarżonego stwierdzenia przez sąd), mające zastosowanie jedynie do przypadku uprzedniego nienależytego wykonania umowy.

¹⁹ Wyroki: z dnia 20 marca 2018 r., Komisja/Austria (drukarnia państwowa) (C-187/16, EU:C:2018:194, pkt 88, 91); z dnia 14 grudnia 2016 r., Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 28); z dnia 9 lutego 2006 r., La Cascina i in. (C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 21).

43. Sama dyrektywa 2014/24 wskazuje rzetelność jako kluczowy element łączących strony stosunków, mając właśnie na względzie przypadki poważnego wykroczenia zawodowego. Zgodnie z motywem 101 akapit pierwszy tej dyrektywy instytucje zamawiające mogą wykluczać „wykonawców, którzy okazali się nierzetelni”. W akapicie drugim tego motywu mowa jest o takim wykonaniu wcześniej zawartych umów, które „podaj[e] w poważną wątpliwość wiarygodność [rzetelność] wykonawcy”.

44. Kwestia znaczenia *rzetelności* podmiotu gospodarczego pojawia się w ust. 6 i 7 art. 57 dyrektywy 2014/24, dających mu możliwość podjęcia kroków zmierzających do wykazania, że pomimo zaistnienia podstawy wykluczenia jest on godzien zaufania. W ten sposób czynnik *wiarygodności* wiąże się nierozdzielnie z podstawami wykluczenia związanymi z subiektywnymi uwarunkowaniami kandydata.

45. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę strukturę art. 57 dyrektywy 2014/24, instytucji zamawiającej powinna przysługiwać swoboda oceny tego czynnika (rzetelności kandydata) i nie musi być ona przy tym związana ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez inne organy władzy publicznej. To tylko i wyłącznie do instytucji zamawiających należy przeprowadzenie oceny tego, które niedociągnięcia pociągają za sobą nienależyte wykonanie umowy są na tyle poważne, że uzasadniają wcześniejsze rozwiązanie umowy ze względu na utratę zaufania²⁰.

E. Przepis prawa włoskiego w świetle art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24

46. Wśród uwarunkowań określonych w przepisach włoskich znajduje się dodatkowy element, który uchybia regulacji zawartej w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 i nie jest spójny z pozostałą częścią tego przepisu. Może on ponadto pociągnąć za sobą skutki dyskryminujące dla pozostałych oferentów, którzy dopuścili się poważnego wykroczenia. Chociaż inspiracją dla ustanowienia takiej normy mogła być pewna koncepcja prawa do ochrony sądowej²¹, zawierający ją rozpatrywany przepis prawa krajowego stanowi ostatecznie rodzaj bonusu za nienależyte wykonanie umowy, od którego późniejszych konsekwencji strona może się de facto uwolnić poprzez samo wniesienie powództwa do sądu.

47. Odniosę się pokrótce do tych dwóch cech charakterystycznych włoskiego przepisu.

1. Kontrast między przepisem krajowym a dyrektywą 2014/24

48. Jak słusznie zauważyła Komisja, w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 nie ma mowy o konieczności oczekiwania na uprawomocnienie się orzeczenia sądu po to, aby móc ustalić, że doszło do znaczących lub uporczywych niedociągnięć w realizacji zamówienia przez wykonawcę poprzednio zawartej umowy.

49. W analogicznych sytuacjach, w oparciu o obowiązujące wówczas prawo UE, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że:

- w zakresie dotyczącym poważnego wykroczenia zawodowego składanie nieprawdziwych oświadczeń lub nieprzekazywanie informacji [o których mowa w art. 45 ust. 2 lit. d) i g) dyrektywy 2004/18], mogą być udowodnione przez instytucje zamawiające dowolnymi środkami, „przy czym nie jest wymagane, aby przedsiębiorca został skazany prawomocnym wyrokiem”²²;

²⁰ Nieprawidłowość, jakiej dopuścił się oferent, musi być wystarczająco istotna („znacząca”), aby mogła uzasadniać, z punktu widzenia zasady proporcjonalności, przedwczesne rozwiązanie umowy.

²¹ Rząd węgierski stoi na stanowisku, że w przypadku, gdy nie doszło do ostatecznego stwierdzenia niewywiązania się z umowy, a oferent sprzeciwia się jej rozwiązaniu, należy przyjąć wobec niego domniemanie niewinności i dopuścić go do uczestnictwa w procedurze przetargowej.

²² Wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, pkt 28, wyróżnienie własne).

– „Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia bowiem instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Ponadto w odróżnieniu od wspomnianego art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), *prawomocny wyrok nie jest wymagany* do stwierdzenia wykroczenia zawodowego w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d)”²³.

50. Trybunał następnie, dokonując interpretacji art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, zaprzeczył temu, by ocena podstawy wykluczenia związanej z poważnym wykroczeniem zawodowym miała być uzależniona od uprzedniego wydania wyroku (z wyjątkiem przypadków, gdy tak wyraźnie stanowi unijna norma prawna).

51. Orzecznictwo to może znaleźć zastosowanie w niniejszym przypadku, aby podkreślić to, z jakich powodów art. 80 ust. 5 lit. c) CCP nie jest z nim zgodny: zakwestionowanie przez oferenta przedwczesnego rozwiązania uprzednio zawartej umowy wystarcza do tego, aby instytucja zamawiająca została pozbawiona możliwości powołania się przeciwko niemu na to niewykonanie umowy w kolejnym przetargu.

52. W związku z tym poważne niewywiązanie się przez wykonawcę z umowy, na które instytucja zamawiająca zareagowała, wypowiadając przewidującą obustronne prawa i obowiązki umowę (co jest uzasadnione w przypadku, gdy jedna z jej stron się z niej nie wywiązuje), nie ma żadnego wpływu na dalsze postępowanie, jeśli wykonawca ten zakwestionuje to przedterminowe rozwiązanie stosunku umownego przed sądami cywilnymi.

53. Poprzez przypisanie wniesieniu powództwa takiego automatycznego skutku przepis prawa krajowego pozbawia instytucję jakiegokolwiek możliwości dokonania oceny rzetelności kandydata, ponieważ nie może ona dokonać wyważenia znaczenia istotnego czynnika w postaci przedwczesnego rozwiązania umowy z powodu znaczących niedociągnięć w wykonaniu poprzednio zawartej umowy.

54. Ograniczenie nałożone na instytucję zamawiającą w przypadku poddania kontroli sądowej uprzedniego stwierdzenia niewywiązania się z umowy pozbawia tę instytucję możliwości wykluczenia oferenta „w dowolnym momencie w trakcie postępowania [...], gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4”, zgodnie z brzmieniem art. 57 ust. 5 [akapit drugi] dyrektywy 2014/24.

55. Przepis krajowy niesłusznie zatem ogranicza zakres działań instytucji zamawiającej, wyraźnie chroniony przez art. 57 dyrektywy 2014/24 i orzecznictwo, w którym dokonano wykładni analogicznych przepisów dyrektywy 2004/18, nie pozwalając tej instytucji na sprawdzenie tego, czy zachodzi jedna z podstaw wykluczenia, aż do chwili zakończenia wyrokiem postępowania cywilnego wszczętego w przedmiocie przedwczesnego rozwiązania umowy.

56. Podobnie art. 80 ust. 5 lit. c) CCP w praktyce uniemożliwia instytucji zamawiającej dokonanie oceny tego, czy – pomimo istnienia adekwatnej podstawy wykluczenia – oferent podjął środki wystarczające do tego, aby dowieść swej rzetelności (art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24).

²³ Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 28, wyróżnienie własne).

2. Dyskryminacja innych oferentów, wykluczonych ze względu na dopuszczenie się poważnego uchybienia

57. Rozpatrywany przepis krajowy może prowadzić do dyskryminacji oferentów, którzy, dopuściwszy się poważnego wykroczenia zawodowego innego niż niewywiązanie się z umowy, zaskarżyli jego [dokonaną przez instytucję zamawiającą] ocenę na drodze sądowej. Instytucja zamawiająca nie jest w ich przypadku ograniczana przez normę zawartą w art. 80 ust. 5 lit. c) CCP, w związku z czym może, uzasadniając to należyście, uznać, że nie są oni rzetelni.

58. Taka różnica w traktowaniu oferentów nie jest uzasadniona, ponieważ wszystkich ich dotyczą fakultatywne podstawy wykluczenia o analogicznym charakterze. Element odróżniający sytuację, w których znajdują się ci oferenci (zawisłość sprawy przed sądem), jest uzależniony wyłącznie od woli wykonawcy, który nie wywiązał się należyście z umowy i wniósł powództwo przeciwko przedterminowemu zakończeniu wcześniej zawartej umowy, osłabiając w ten sposób przysługujące instytucji zamawiającej uprawnienia do dokonywania oceny.

59. Ta ostatnia sytuacja jest szczególnie delikatna, jeśli zawarta umowa posiada aspekt transgraniczny, ponieważ „może [ona] w szczególności [wywierać wpływ na] wykonawców z innych państw członkowskich, gorzej zaznajomionych z brzmieniem i zasadami stosowania właściwych przepisów krajowych”²⁴.

60. Ponieważ wytoczenie powództwa cywilnego zależy wyłącznie od woli wykonawcy, znaczenie faktu niewywiązania się przezeń z umowy nie byłoby uzależnione od stwierdzenia elementu obiektywnego, lecz zewnętrznego i raczej subiektywnego czynnika (sama decyzja o wystąpieniu z powództwem), co jednak nie byłoby wystarczające w przypadku pozostałych oferentów, którzy dopuścili się wykroczenia zawodowego, zwłaszcza mających siedzibę w innych państwach członkowskich.

V. Wnioski

61. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne przedstawione przez Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (regionalny sąd administracyjny dla Kampanii, Włochy):

„Artykuł 57 ust. 4 pkt. 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, stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, zgodnie z którymi sam fakt zaskarżenia na drodze sądowej przedterminowego wycofania wcześniejszego zamówienia publicznego z powodu znacznych niedociągnięć w jego wykonaniu wyklucza dokonanie przez instytucję zamawiającą oceny tego zachowania i, co za tym idzie, rzetelności oferenta jako podstawy wykluczenia z kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia do czasu wydania prawomocnego orzeczenia w prowadzonym w tym przedmiocie postępowaniu sądowym”.

²⁴ Wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 42).