



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 11 lipca 2019 r.¹

Sprawa C-395/18

Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA
przeciwko
Consip SpA,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
przy interwencji:
E-VIA SpA

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2014/24/UE – Zamówienia publiczne – Fakultatywne podstawy wykluczenia – Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z powodu naruszenia obowiązków, którego dopuścił się wskazany przez niego podwykonawca –

Naruszenie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, o których mowa w art. 18 ust. 2 – Wykluczenie oferenta – Artykuł 71 – Artykuł 57 ust. 4 lit. a)

1. Włoska instytucja zamawiająca (Consip SpA)² ogłosiła przetarg dotyczący udzielenia zamówienia publicznego na wykonanie niektórych usług, dopuszczając w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość ich dostarczenia w drodze podwykonawstwa. Aby skorzystać z tej możliwości, oferenci musieli wskazać w swoich ofertach, że zamierzają zlecić część wspomnianych usług w ramach podwykonawstwa, oraz wyznaczyć trzech podwykonawców.

2. Jeden z oferentów (Tim SpA, zwana dalej „spółką TIM”) oświadczył w swojej ofercie, że zleci podwykonawstwo niektórych usług będących przedmiotem zamówienia, i wskazał nazwy trzech podwykonawców. Z uwagi na to, że jednego z tych podwykonawców dotyczyła fakultatywna podstawa wykluczenia (dopuścił się on naruszenia przepisów prawa socjalnego i prawa pracy), instytucja zamawiająca wykluczyła oferenta z postępowania.

3. Sąd odsyłający zasadniczo zmierza do ustalenia, czy dyrektywa 2014/24/UE³ uprawnia instytucję zamawiającą do wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn dotyczących podwykonawcy wskazanego w ofercie.

1 Język oryginału: hiszpański.

2 Consip jest spółką akcyjną, której kapitał zakładowy należy w całości do włoskiego ministerstwa gospodarki i finansów. Działa ona wyłącznie na potrzeby administracji publicznej.

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

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 2014/24

4. Motyw 101 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„Ponadto instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych lub społecznych [...].

[...]

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 wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

5. Zgodnie z motywem 105 tej dyrektywy:

„Istotne jest, by właściwe organy krajowe [...] zapewniły, by podwykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w postanowieniach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w niniejszej dyrektywie, pod warunkiem że postanowienia te oraz ich zastosowanie są zgodne z prawem Unii [...].

[...]

Należy także sprecyzować, że warunki dotyczące egzekwowania przestrzegania mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w niniejszej dyrektywie, pod warunkiem że przepisy te oraz ich zastosowanie są zgodne z prawem Unii, powinny być stosowane każdorazowo, gdy przepisy krajowe państwa członkowskiego przewidują mechanizm odpowiedzialności solidarnej między podwykonawcami a głównym wykonawcą. Ponadto należy wyraźnie stwierdzić, że państwa członkowskie powinny mieć możliwość podjęcia dalej idących środków, np. rozszerzyć obowiązki związane z przejrzystością, umożliwić bezpośrednie płatności na rzecz podwykonawców bądź umożliwić instytucjom zamawiającym sprawdzenie, czy podwykonawcy nie znajdują się w jednej z sytuacji uzasadniających wykluczenie wykonawców, lub nałożyć na instytucje zamawiające wymóg sprawdzenia tego. W przypadku zastosowania takich środków wobec podwykonawców należy zapewnić spójność z przepisami mającymi zastosowanie do głównych wykonawców, tak by pojawienie się obowiązkowej podstawy wykluczenia pociągało za sobą obowiązek głównego wykonawcy zastąpienia danego podwykonawcy. Gdy stosowna weryfikacja wykaże obecność nieobowiązkowych podstaw wykluczenia, należy doprecyzować [Gdy powyższa weryfikacja wykaże wystąpienie nieobowiązkowych podstaw wykluczenia, należy uściślić], że instytucje zamawiające powinny mieć możliwość zażądania zastąpienia. Należy jednak również wyraźnie stwierdzić, że instytucje zamawiające mogą zostać zobligowane do zażądania zastąpienia danego podwykonawcy, w przypadkach gdy obowiązkowe byłoby wykluczenie głównego wykonawcy.

Należy także wyraźnie stwierdzić, że państwa członkowskie zachowują swobodę wprowadzenia na mocy prawa krajowego bardziej rygorystycznych przepisów dotyczących odpowiedzialności lub podjęcia na mocy prawa krajowego dalej idących środków w odniesieniu do bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców”.

6. Artykuł 18 („Zasady udzielania zamówień”) dyrektywy 2014/24 stanowi:

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

[...]

2. Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X”.

7. Artykuł 57 („Podstawy wykluczenia”) wspomnianej dyrektywy 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:

a) gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2;

[...]”.

8. Artykuł 71 („Podwykonawstwo”) stanowi:

„1. Przestrzeganie przez podwykonawców obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, zapewnia się za pomocą odpowiednich działań podejmowanych przez właściwe organy krajowe działające w zakresie ich obowiązków i kompetencji.

2. W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców.

[...]

4. Przepisy ust. 1–3 pozostają bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy.

[...]

6. Aby uniknąć przypadków naruszenia obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, można podjąć stosowne środki, takie jak:

a) w przypadku gdy przepisy krajowe państwa członkowskiego przewidują mechanizm wspólnej [solidarnej] odpowiedzialności między podwykonawcami a głównym wykonawcą, dane państwo członkowskie zapewnia stosowanie odpowiednich przepisów zgodnie z warunkami określonymi w art. 18 ust. 2;

b) instytucje zamawiające mogą, zgodnie z art. 59, 60 i 61 sprawdzić lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do sprawdzenia, czy istnieją podstawy wykluczenia podwykonawców na mocy art. 57. W takich przypadkach instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podwykonawcę, w odniesieniu do którego weryfikacja wykazała, że istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub zostać zobowiązana przez państwa członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podwykonawcę, w odniesieniu do którego weryfikacja wykazała, że istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

7. Państwa członkowskie mogą przewidzieć w ramach prawa krajowego bardziej rygorystyczne przepisy dotyczące odpowiedzialności lub podjąć dalej idące środki na mocy prawa krajowego w odniesieniu do bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców, przykładowo wprowadzając przepisy dotyczące bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców, bez konieczności występowania przez podwykonawców z żądaniem takiej bezpośredniej płatności.

8. Państwa członkowskie, które postanowiły wprowadzić środki na mocy ust. 3, 5 lub 6, określają warunki wykonania tych środków w drodze przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych i z uwzględnieniem prawa unijnego. Państwa członkowskie mogą przy tym ograniczyć możliwość stosowania tych przepisów, np. do określonych rodzajów zamówień, określonych kategorii instytucji zamawiających lub wykonawców lub wprowadzając dolny limit kwoty”.

B. Prawo włoskie. Dekret ustawodawczy nr 50/2016⁴

9. Zgodnie z art. 80 ust. 5 KZP:

„Instytucje zamawiające wykluczają z udziału w postępowaniu przetargowym wykonawcę znajdującego się w jednej z następujących sytuacji dotyczących również jego podwykonawcy w przypadkach, o których mowa w art. 105 ust. 6, jeżeli:

[...]

i) wykonawca nie przedstawi zaświadczenia, o którym mowa w art. 17 ustawy nr 68 z dnia 12 marca 1999 r., lub nie dokona samocertyfikacji spełnienia tego wymagania⁵;

[...]”.

10. Artykuł 105 KZP stanowi:

„[...]”

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, nonchè per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (dekret ustawodawczy nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. dotyczący transpozycji 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: kodeks zamówień publicznych; zwany dalej „KZP”) (GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r. – dodatek zwyczajny nr 10).

5 Zgodnie z art. 17 ustawy nr 68 z 1999 r. zarówno publiczne, jak i prywatne przedsiębiorstwa, które uczestniczą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub obowiązuje je koncesja lub umowa zawarta z organami administracji publicznej, są zobowiązane do dostarczenia tym organom, uprzednio i pod groźbą wykluczenia z postępowania, oświadczenia ich przedstawiciela ustawowego, z którego wynika, że przestrzegają one przepisów dotyczących prawa do pracy osób niepełnosprawnych.

6. Wskazanie trzech podwykonawców jest obligatoryjne, jeżeli kwota zamówienia na roboty budowlane, usługi lub dostawy jest równa lub wyższa niż progi, o których mowa w art. 35, i jeżeli dane zamówienie nie wymaga szczególnych kwalifikacji. W takim przypadku ogłoszenie lub powiadomienie o wszczęciu postępowania przetargowego przewiduje wspomniany obowiązek. W ogłoszeniu lub w powiadomieniu instytucja zamawiająca może przewidzieć dalsze przypadki, w których wskazanie trzech podwykonawców jest obowiązkowe, nawet poniżej progów, o których mowa w art. 35.

[...]

12. Oferent, któremu udzielono zamówienia, musi zastąpić podwykonawców, w stosunku do których po przeprowadzeniu odpowiedniej weryfikacji wykazano istnienie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 80.

[...]”.

II. Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu i pytania prejudycjalne

11. W dniu 29 lipca 2016 r. Consip ogłosił przetarg na „udzielenie zamówienia na dostawę systemu WDM w celu wzajemnego połączenia centrum przetwarzania danych działów RGS (głównego urzędu rachunkowego), DT (departamentu skarbu) i DAG (departamentu administracji ogólnej, kadr i usług)”⁶. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 1 420 785,60 EUR bez VAT.

12. Klauzula numer 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zezwalała na podwykonawstwo. W tym celu oferenci musieli oświadczyć w swoich ofertach, że zamierzają skorzystać ze wspomnianej możliwości, oraz wskazać trzech podwykonawców.

13. Spółka Tim złożyła swoją ofertę, wskazując trzech podwykonawców, z których zamierzała skorzystać w przypadku udzielenia jej zamówienia. W załączniku spółka Tim przedstawiła jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD) dla każdego z nich.

14. W trakcie weryfikacji wymogów dotyczących podwykonawców, instytucja zamawiająca stwierdziła, że jeden z nich (spółka Maticmind, Spa) nie przestrzegała przepisów dotyczących prawa do pracy osób niepełnosprawnych, jak wynikało z zaświadczenia z dnia 5 kwietnia 2017 r. wydanego przez gminę Mediolan.

15. W związku z powyższym Consip wykluczył spółkę Tim z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 80 ust. 5 lit. i) KZP.

16. Spółka Tim zaskarżyła tę decyzję do sądu odsyłającego, podnosząc zasadniczo następujące zarzuty:

- wykluczenie było nieuzasadnione i nieproporcjonalne, ponieważ zgodnie z dyrektywą 2014/24 podstawa wykluczenia podwykonawcy może prowadzić jedynie do jego zastąpienia;
- w celu wykonania zamówienia spółka Tim mogła w każdym razie skorzystać z dwóch pozostałych podwykonawców, w stosunku do których nie stwierdzono żadnych podstaw wykluczenia;
- podwykonawstwo nie było niezbędne do realizacji zamówienia, ponieważ spółka Tim spełniała wszystkie wymagania niezbędne do samodzielnego wykonania usług.

⁶ Przedmiotem przetargu były w szczególności usługi w zakresie zapewnienia wzajemnego połączenia, usługi serwisowania i obsługi, opcjonalne usługi zwiększenia przepustowości wraz z serwisowaniem i obsługą, a także opcjonalne usługi w zakresie przeniesienia.

17. Zdaniem sądu odsyłającego wykluczenie spółki Tim jest zgodne z art. 80 ust. 5 KZP. Jednakże z brzmienia art. 105 ust. 6 i 12 KZP sąd odsyłający wnioskuję, jaka jest procedura w przypadku stwierdzenia, że istnieje podstawa wykluczenia dotycząca podwykonawcy:

- jeżeli podstawa wykluczenia zostanie stwierdzona w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ zaistnieje podstawa wykluczenia jednego z trzech podwykonawców, konsekwencją jest wykluczenie oferenta (art. 80 ust. 5 KZP);
- jeżeli podstawa wykluczenia zostanie stwierdzona po zawarciu umowy zamówienia, instytucja zamawiająca musi zażądać od wybranego oferenta zastąpienia podwykonawcy (art. 105 ust. 12 KZP).

18. Wobec takiej różnicy w traktowaniu sąd odsyłający ma wątpliwości, czy w okolicznościach niniejszej sprawy wykluczenie oferenta jest zgodne z art. 71 ust. 6 dyrektywy 2014/24 oraz z zasadą proporcjonalności.

19. W związku z powyższym Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy) kieruje do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

- „1) Czy art. 57 i art. 71 ust. 6 dyrektywy 2014/24 stoją na przeszkodzie przepisowi krajowemu, takiemu jak art. 80 ust. 5 [KZP], przewidującemu wykluczenie oferenta, któremu udzielono zamówienia, w przypadku stwierdzenia w toku postępowania przetargowego występowania podstawy wykluczenia jednego z trzech podwykonawców wskazanych w ofercie, zamiast zobowiązania oferenta do zastąpienia wskazanego podwykonawcy?
- 2) Ewentualnie, jeżeli Trybunał Sprawiedliwości uzna, że państwo członkowskie ma możliwość wykluczenia oferenta, czy zasada proporcjonalności, określona w art. 5 TUE, przywołana w motywie 101 dyrektywy 2014/24 i wskazana przez Trybunał Sprawiedliwości jako ogólna zasada prawa Unii Europejskiej, stoi na przeszkodzie przepisowi krajowemu, takiemu jak art. 80 ust. 5 [KZP], stanowiącemu, że w przypadku stwierdzenia w toku postępowania przetargowego występowania podstawy wykluczenia dotyczącej wskazanego podwykonawcy, w każdym przypadku powinna zostać wydana decyzja o wykluczeniu oferenta, któremu udzielono zamówienia, nawet jeśli są inni niewykluczeni podwykonawcy spełniający wymagania niezbędne do wykonania usług, które mają zostać zlecone podwykonawcom, lub w przypadku, gdy wykonawca-oferent oświadczy, że rezygnuje z podwykonawstwa, gdyż sam spełnia wymagania dotyczące wykonania usług?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem

20. Postanowienie odsyłające wpłynęło do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości w dniu 14 czerwca 2018 r.

21. Zgodnie z art. 101 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości Trybunał zwrócił się do sądu odsyłającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia. W swojej odpowiedzi z dnia 26 marca 2019 r. sąd odsyłający wyjaśnił, że:

- spółka Tim była zobowiązana do wskazania w swojej ofercie trzech podwykonawców, jeśli zamierzała skorzystać z podwykonawstwa. Alternatywnie mogła nie wskazywać żadnego podwykonawcy, rezygnując w ten sposób z możliwości skorzystania z podwykonawstwa;
- spółka Tim nie była zobowiązana do skorzystania ze wskazanych trzech podwykonawców lub któregośkolwiek z nich w przypadku, gdyby zostało jej udzielone zamówienie. Mogła zrezygnować z podwykonawstwa i sama wykonać zamówienie;

- przygotowując swoją ofertę, spółka Tim nie miała obowiązku sprawdzenia, czy fakultatywna podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 dotyczyła proponowanych podwykonawców, ponieważ była ona jedynie zobowiązana do przesłania ESPD wystawionego przez przedstawiciela każdego podwykonawcy.

22. Uwagi na piśmie przedstawiły: spółka Tim, Consip, rząd austriacki i Komisja. Wszyscy, z wyjątkiem rządu austriackiego, wzięli udział w rozprawie w dniu 2 maja 2019 r.

IV. Ocena

A. Uwagi wstępne

23. Prawo włoskie stanowi, że naruszenia, jakich dopuścił się podwykonawca, mogą mieć wpływ na oferenta, który wskazał go w swojej ofercie, oraz mogą stanowić podstawę wykluczenia tego oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia.

24. To samo prawo przewiduje jednak odmienne traktowanie w odniesieniu do dwóch przypadków:

- jeżeli naruszenie popełnione przez podwykonawcę zostanie stwierdzone po udzieleniu zamówienia, wybrany oferent musi zastąpić tego podwykonawcę;
- jeżeli natomiast owo naruszenie zostanie stwierdzone na etapie wyboru wykonawców, konsekwencja jest bardziej radykalna, ponieważ wiąże się z wykluczeniem oferenta.

25. Sąd odsyłający stawia sobie pytanie odnośnie do zgodności opisanego dwojakiego traktowania z dyrektywą 2014/24. Aby odpowiedzieć na pytania sądu odsyłającego, uważam, że należy przede wszystkim zbadać, czy art. 57 wspomnianej dyrektywy zezwala na uznanie, iż naruszenie popełnione przez podwykonawcę stanowi podstawę wykluczenia oferenta, następnie zaś ustalić, czy system podwykonawstwa przewidziany w art. 71 dyrektywy 2014/24 umożliwia takie wykluczenie.

26. W obu przypadkach tłem wykluczenia spółki Tim z postępowania jest dopuszczenie się (przez podwykonawcę) naruszenia dotyczącego wywiązania się z obowiązków w dziedzinie prawa socjalnego lub prawa pracy. W szczególności chodzi o brak przestrzegania krajowych przepisów dotyczących pracy osób niepełnosprawnych.

27. W art. 18 ust. 2 dyrektywa 2014/24 nakłada na państwa członkowskie obowiązek podjęcia⁷ stosownych środków służących zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków (m.in.) w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, takich jak określone w prawie krajowym.

28. Obowiązek ten obejmuje zarówno głównych wybranych oferentów (wykonawców), jak i podwykonawców, ponieważ zarówno jedni, jak i drudzy mają status wykonawców. W ten sposób zamiarem prawodawcy Unii było, by zamówienia publiczne stały się instrumentem służącym innym celom publicznym w niektórych obszarach interesu ogólnego, co odzwierciedlił on w art. 57 i 71 dyrektywy 2014/24.

⁷ Chociaż art. 18 ust. 2 jest skierowany wyłącznie do państw członkowskich, motyw 37 dyrektywy 2014/24 obejmuje również instytucje zamawiające: „[z] myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy [...]”.

29. W szczególności „[m]onitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa [...] socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia [...]”⁸.

B. W przedmiocie wykładni art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24

30. Prawodawca Unii łączy art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24 z fakultatywną podstawą wykluczenia przewidzianą w art. 57 ust. 4 lit. a). Ten ostatni artykuł odnosi się w szczególności do uchybienia obowiązkom wynikającym z pierwszego z wymienionych przepisów.

31. Wątpliwość dotyczy tego, czy zachowanie podwykonawcy może uzasadniać (fakultatywne) wykluczenie oferenta, czy też, przeciwnie, takie wykluczenie ma zastosowanie wyłącznie z uwagi na okoliczności faktyczne, które można przypisać samemu oferentowi.

32. Z brzmienia art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 wynika, że jest ono celowo ogólne. Przepis ten używa bezosobowego wyrażenia („naruszenie [...] obowiązków”)⁹ w celu odniesienia się do naruszenia obowiązków w zakresie prawa socjalnego lub prawa pracy przy jednoczesnym braku odniesienia do podmiotów dopuszczających się tego naruszenia. Z punktu widzenia brzmienia dosłownego przepis jest zatem sprzeczny z innymi podpunktami, w których określono potencjalnych sprawców czynów stanowiących podstawę wykluczenia.

33. Ta konstrukcja gramatyczna dopuszcza zatem uznanie również podwykonawcy za osobę odpowiedzialną za naruszenie (a tym samym odpowiedzialną za podstawę wykluczenia), gdyż wychodzi z założenia, że skoro podwykonawca sam zatrudnia pracowników w ramach zamówienia publicznego, podlega on krajowym przepisom prawa socjalnego lub prawa pracy.

34. Zgodnie z wykładnią systemową rozszerzenie naruszenia, którego podwykonawca dopuścił się na początkowym etapie wyboru, na oferenta jest zgodne z motywem 40 dyrektywy 2014/24, w myśl którego „[m]onitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia”¹⁰.

35. Zgodnie ze wspomnianą wykładnią art. 57 ust. 5 dyrektywy 2014/24 stanowi, że każdy wykonawca (a zatem również oferent) może zostać wykluczony „z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i w jego trakcie”. Brak kontroli ze strony oferenta, który składając ofertę, wskazał podwykonawcę, który przed wszczęciem postępowania naruszył obowiązki określone w art. 18 ust. 2 tej dyrektywy, świadczy co najmniej o zaniechaniu wynikającym z zaniedbania.

36. Wreszcie art. 71 ust. 6 lit. a) dyrektywy 2014/24 wyraźnie przewiduje – w odniesieniu do stosowania art. 18 ust. 2 – „wspóln[ą] [solidarną] odpowiedzialnoś[ć] między podwykonawcami a głównym wykonawcą” jako jeden z mechanizmów, z których mogą skorzystać państwa członkowskie.

⁸ Motyw 40 dyrektywy 2014/24.

⁹ W wersjach językowych, z którymi się zapoznałem, znaczenie jest równoważne: „*peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations*” w języku francuskim; „*can demonstrate by any appropriate means a violation of applicable obligations*” w języku angielskim; „*dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili*” w języku włoskim; „*puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis*” w języku portugalskim; oraz „*kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen*” w języku niemieckim.

¹⁰ W projekcie dyrektywy przesłanym przez Komisję Europejską Radzie i Parlamentowi Europejskiemu (COM/2011/0896 wersja ostateczna – 2011/0438 (COD)) wymieniono również uczestników łańcucha dostaw (art. 55). Przyjęte otwarte brzmienie przepisu zapewnia jego większy zakres.

37. Rzeczoną odpowiedzialność podwykonawców i głównego wykonawcy potwierdza motyw 105 dyrektywy 2014/24, który zezwala na wprowadzenie przez państwo członkowskie „mechanizm[u] odpowiedzialności *solidarnej* między podwykonawcami a głównym wykonawcą”. Jak wiadomo, roszczenie mające na celu żądanie wykonania zobowiązań wobec osób odpowiedzialnych solidarnie oraz wyciągnięcie konsekwencji z naruszenia może być skierowane dowolnie w stosunku do każdej z tych osób, bez względu na wzajemne stosunki istniejące między owymi osobami.

38. Cel art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 potwierdza słuszność powyższego stanowiska, które uważam za najbardziej odpowiednie w świetle jednoznacznego celu prawodawcy Unii, jakim jest ochrona praw socjalnych i pracowniczych, również poprzez wzmocnienie ich ochrony w dziedzinie zamówień publicznych.

39. Świadczy o tym także zamiar zapewnienia niezakłóconej konkurencji między oferentami. Konkurencja ta byłaby zakłócona, w sytuacji gdy inne podmioty przestrzegają zasad, a jeden oferent złożyłby swoją ofertę, wiedząc, że jeden z głównych elementów tej oferty (podwykonawca, któremu zamierza powierzyć wykonanie istotnej części zamówienia) znajduje się w sytuacji niezgodnej z prawem przewagi pod względem ponoszonych przez niego kosztów właśnie dlatego, że nie przestrzega obowiązków wynikających z prawa socjalnego. Wspomniana okoliczność ma wpływ na wiarygodność oferenta, który zamierza wykorzystać tę nieuczciwą przewagę.

40. Wychodząc z powyższego założenia, jest logiczne, że naruszenia popełnione przez podwykonawcę mogą mieć wpływ na zdolność pozyskiwania zamówień przez oferenta. Zważywszy, iż to oferent swobodnie decyduje o skorzystaniu z mechanizmu podwykonawstwa oraz wybiera i proponuje podwykonawców, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, nic nie stoi na przeszkodzie, aby jego odpowiedzialność (nawet jedynie na zasadzie culpa in eligendo) rozszerzyć na zachowanie rzeczonych podwykonawców w ramach wspomnianego zamówienia.

41. Ponadto dziedzina podwykonawstwa w zamówieniach publicznych sprzyja zachowaniom mającym na celu uniknięcie odpowiedzialności i nieuzasadnione ograniczenie kosztów pracy dla głównego wykonawcy, które to zachowania mogą wystąpić już na początkowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia (na etapie składania oferty).

42. Prawdą jest, że w ogólnej koncepcji zamówień publicznych prawo Unii przywiązuje dużą wagę do swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, a także do wspierania konkurencji między wykonawcami. Cel ten zmierza do zapewnienia jak największej otwartości postępowań o udzielenie zamówienia, w związku z czym nieproporcjonalne stosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia mogłoby stanowić przeszkodę.

43. Fakultatywne podstawy wykluczenia umożliwiają jednak państwom członkowskim realizację celów leżących w interesie ogólnym, a w każdym razie mają na celu zapewnienie gwarancji wiarygodności, staranności, uczciwości zawodowej i powagi oferenta¹¹.

44. Jak wskazałem w opinii w sprawie *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*¹², dyrektywa 2014/24 określa wiarygodność jako kluczowy element związku. Zgodnie z motywem 101 akapit pierwszy instytucje zamawiające mogą wykluczać „wykonawców, którzy okazali się nierzetelni”. W ten sposób element wiarygodności stanowi istotną część podstaw wykluczenia odnoszących się do warunków podmiotowych zarówno oferenta, jak i innych wykonawców, z których zamierza on skorzystać jako podwykonawców w ramach realizacji zamówienia.

¹¹ Wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), pkt 29, 31, 32.

¹² Sprawa C-267/18, EU:C:2019:393.

45. Ten aspekt ma również wpływ na art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24. Co więcej, motyw 101 rozpoczyna się od odniesienia do braku wiarygodności wykonawcy właśnie z powodu nieprzestrzegania „obowiązków środowiskowych lub społecznych, w tym przepisów dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych”.

46. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości zapewnia państwom członkowskim szeroki margines swobody w określaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia¹³. Artykuł 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 wyjaśnia jednak, że państwa członkowskie określają warunki stosowania tych podstaw „z uwzględnieniem prawa unijnego”.

47. Wydaje mi się uzasadnione, by państwo członkowskie korzystało z tego marginesu swobody w celu umożliwienia swoim instytucjom zamawiającym powołanie się wobec oferenta na fakultatywną podstawę wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 lit. a), w przypadku gdy naruszenie obowiązków wynikających z prawa socjalnego lub z prawa pracy można przypisać podwykonawcy wskazanemu przez wspomnianego oferenta.

48. Rzeczona możliwość wykluczenia nie działa jednak automatycznie, lecz zależy od konkretnych okoliczności rozpatrywanych zgodnie z zasadami, na których opierają się procedury udzielania zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności¹⁴.

49. W myśl zasady proporcjonalności, aby naruszenia popełnione przez podwykonawcę mogły mieć wpływ na oferenta do tego stopnia, że spowodują jego wykluczenie z postępowania, ogólnie rzecz biorąc, konieczne będzie, aby naruszenia, których dopuścił się podwykonawca, podważyły wiarygodność oferenta wobec instytucji zamawiającej. Przeanalizuję ten aspekt w dalszej części niniejszej opinii.

C. W przedmiocie wykładni art. 71 dyrektywy 2014/24

50. Artykuł 71 ust. 1 dyrektywy 2014/24 nakłada na właściwe organy obowiązek zapewnienia „[p]rzestrzegani[a] przez podwykonawców obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2” (to znaczy m.in. obowiązków w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy).

51. W odniesieniu do państw ten sam art. 71 stanowi w ust. 6, że „[a]by uniknąć przypadków naruszenia [przez podwykonawców] obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, można podjąć stosowne środki”.

52. Część uczestników postępowania¹⁵ twierdzi, że art. 71 dyrektywy 2014/24 nie obowiązuje na etapie wyboru oferentów, lecz na etapie wykonania zamówienia. Na poparcie swojego argumentu powołują się oni na motyw 105 owej dyrektywy, w którym wymieniono jedynie głównego wykonawcę i podwykonawcę, nie zaś samych oferentów.

¹³ Wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000), pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁴ Zgodnie z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 „[i]nstytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny”.

¹⁵ Consip i rząd austriacki.

53. Nie uważam, że ten zarzut dotyczący terminologii jest rozstrzygający. W rzeczywistości, oprócz wyrażenia „główny wykonawca” (rozumianego jako „wykonawca, któremu udzielono zamówienia publicznego”), w art. 71 dyrektywy 2014/24 użyto zwrotu „podwykonawca”, „oferent” (osoba, która złożyła ofertę) i „wykonawca”. Ostatnie z wymienionych wyrażen jest najszersze i obejmuje każde przedsiębiorstwo, które dostarcza swoje produkty lub usługi na rynku¹⁶, co oczywiście obejmuje podwykonawców.

54. Motyw 105 należy interpretować w związku z zawartymi w art. 71 dyrektywy 2014/24 wyraźnymi odniesieniami do oferenta, głównego wykonawcy i wykonawców. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, by przepis ten był stosowany zarówno na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia (to znaczy do oferentów), jak i na dalszym etapie (to znaczy do wykonawców), aby wpłynąć na związek między oferentami i wykonawcami a podwykonawcami.

55. W szczególności art. 71 ust. 6 lit. b) dyrektywy 2014/24, który dotyczy konkretnie wykluczenia podwykonawcy z powodu naruszenia obowiązków określonych w art. 18 ust. 2, odnosi się do „wykonawcy”, w związku z czym skutek wynikający z tego przepisu dotyczy etapu wyboru i wykonania zamówienia.

56. Jest to logiczne, ponieważ informacje, które wykonawca musi przedstawić instytucji zamawiającej, dotyczące powiązania podwykonawców z zamówieniem, mają zasadnicze znaczenie w dyrektywie 2014/24. W tym względzie odnoszę się do moich uwag zawartych w opinii w sprawie Delta Antrepriza de Construcții și Montaj 93¹⁷.

57. Rzeczony zamiar prawodawcy znalazł swój normatywny wyraz w art. 71 ust. 2 i 5 dyrektywy 2014/24, które, odpowiednio, dotyczą zobowiązania oferenta i głównego wykonawcy do powiadomienia instytucji zamawiającej o zamiarze zlecenia podwykonawstwa (na etapie wyboru) lub o już stosowanym podwykonawstwie (po udzieleniu zamówienia).

58. Artykuł 71 ust. 6 lit. b) wiąże się ze wspomnianym obowiązkiem dostarczania informacji poprzez przyznanie instytucjom zamawiającym uprawnienia do skorzystania z mechanizmów przewidzianych w art. 59, 60 i 61 dyrektywy 2014/24 w przypadku stwierdzenia przez nie, że istnieją podstawy do wykluczenia podwykonawcy zgodnie z art. 57.

59. Odesłanie do art. 57 poczynione w art. 71 dyrektywy 2014/24 obejmuje zarówno obowiązkowe podstawy wykluczenia, jak i fakultatywne podstawy wykluczenia w kontekście naruszenia obowiązków wynikających z art. 18 ust. 2. Skutki są jednak różne:

- jeżeli wobec podwykonawcy stwierdzono obligatoryjną podstawę wykluczenia¹⁸, wykonawca *będzie zobowiązany* do jego zastąpienia;
- w przypadku nieobligatoryjnej podstawy wykluczenia¹⁹ instytucja zamawiająca *może zażądać* od wykonawcy, aby zastąpił podwykonawcę. Jak wyjaśnię w dalszej części, jest to kolejny dopuszczalny środek przeciwdziałania obecności podwykonawców, którzy nie spełniają wymagań.

16 W art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24 zdefiniowano „wykonawcę” jako „każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie [związek] przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług”. Zdefiniowano także „oferenta” jako „wykonawcę, który złożył ofertę” (art. 2 ust. 1 pkt 11).

17 Sprawa C-267/18, EU:C:2019:393.

18 To znaczy, w przypadku naruszeń obowiązków wynikających z prawa socjalnego lub prawa pracy, w odniesieniu do których wydano ostateczne orzeczenie i które są objęte jedną z podstaw przewidzianych w art. 57 ust. 1.

19 Podstawy przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. a), który w szczególności dotyczy niewykonania obowiązków określonych w art. 18 ust. 2.

60. W tym względzie wyróżniają się dwa elementy normatywne:

- po pierwsze, otwarta formuła art. 71 ust. 6 dyrektywy 2014/24 („Aby uniknąć przypadków naruszenia obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, można podjąć *stosowne środki, takie jak:* [...]”);
- po drugie, przyznane państwom uprawnienie do wprowadzenia „bardziej rygorystycznych przepisów dotyczących odpowiedzialności” (art. 71 ust. 7 dyrektywy 2014/24).

61. W mojej ocenie połączenie wymienionych dwóch elementów przemawia za tym, co już wynika z interpretacji art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, to znaczy za uprawnieniem państw członkowskich do ustanowienia w takich przypadkach bezpośredniej odpowiedzialności oferentów, którzy wskazali podwykonawców, którzy popełnili naruszenia przewidziane w art. 18 ust. 2 tej dyrektywy.

62. Brzmienie art. 71 ust. 6 dyrektywy 2014/24 pozostawia bowiem możliwość wprowadzenia *innych środków* krajowych. Prawodawca Unii wymienił jedynie przykładowo niektóre z tych środków, aby przeciwdziałać naruszeniu obowiązków w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, takie jak zastąpienie podwykonawcy, wobec którego stwierdzono podstawy wykluczenia (obligatoryjne lub fakultatywne), ale nie wykluczył możliwości przyjęcia innych środków. Państwa członkowskie powinny określić warunki wykonania tych środków zgodnie z art. 71 ust. 8 dyrektywy 2014/24.

63. Takie samo podejście dotyczy art. 71 ust. 7 dyrektywy 2014/24, który stanowi, że państwa członkowskie mogą przewidzieć w ramach prawa krajowego „bardziej rygorystyczne przepisy dotyczące odpowiedzialności” w dziedzinie podwykonawstwa. Moim zdaniem brzmienie powyższego ustępu wskazuje, że wymienione przepisy nie ograniczają się do „bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców” (w przypadku których w tekście użyto wyrażenia „dalej idące środki”), lecz mogą mieć one bardziej ogólny zakres.

64. W sposób bardziej wyraźny wynika to z motywu 105 dyrektywy 2014/24, który stanowi, że „państwa członkowskie zachowują swobodę wprowadzenia na mocy prawa krajowego bardziej rygorystycznych przepisów dotyczących odpowiedzialności lub podjęcia na mocy prawa krajowego dalej idących środków w odniesieniu do bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców”. Spójnik rozłączny świadczy o tym, że są to dwa rodzaje (możliwych) różnych interwencji.

65. Wskazane uprawnienia państw członkowskich nie ograniczają się jedynie do związku między głównym wykonawcą a podwykonawcami, lecz mogą się rozciągać na związek między instytucją zamawiającą a oferentem, który wskazał w swojej ofercie, że skorzysta z usług podwykonawcy, którego dotyczy podstawa wykluczenia. Odnoszę się do powyższych uwag w przedmiocie solidarnej odpowiedzialności głównego wykonawcy i podwykonawców.

66. Jako że art. 57 dyrektywy 2014/24 szczegółowo reguluje podstawy wykluczenia, art. 71 ust. 6 i 7 poprzez odesłanie do tego przepisu wzmacnia możliwość wykluczenia oferentów z powodu naruszeń popełnionych przez podwykonawców, którzy nie wypełnili obowiązków wynikających z art. 18 ust. 2 tej dyrektywy. Wykluczenie oferentów opiera się właśnie na art. 57, jednak pragnę podkreślić, że przewidziany w art. 71 system podwykonawstwa potwierdza tę możliwość.

D. W przedmiocie włoskiego systemu wykluczenia z powodu naruszeń popełnionych przez podwykonawcę w odniesieniu do okoliczności faktycznych sprawy

67. Stosowanie art. 80 ust. 5 w związku z art. 105 ust. 12 KZP jest równoznaczne z tym, że konsekwencją wskazania w ofercie podwykonawcy, który naruszył obowiązki w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy dotyczące osób niepełnosprawnych, jest *automatyczne* wykluczenie oferenta, który dobrowolnie wskazał rzeczonoego podwykonawcę, jeśli okoliczność ta zostanie stwierdzona na etapie poprzedzającym zawarcie umowy w sprawie zamówienia.

68. Wspomniana drastyczna konsekwencja może być niezgodna z zasadą proporcjonalności. W odniesieniu do dyrektywy 2004/18²⁰ Trybunał wypowiedział się w przedmiocie fakultatywnych podstaw wykluczenia, odrzucając ich automatyczne stosowanie. Z wyroku Forposta i ABC Direct Contact wynika²¹, że automatyczne stosowanie mogłoby wykraczać poza zakres swobody przyznany państwom członkowskim na mocy art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 (obecnie art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24).

69. Zgodnie ze wskazanym wyrokiem powinno dojść do przeprowadzenia „konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy”²². Z uwagi na nieprzestrzeganie tego kryterium Trybunał uznał za sprzeczną z prawem Unii ustawę krajową, która „zmusza daną instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia tego wykonawcy z [...] postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, nie pozostawiając tej instytucji zamawiającej możliwości dokonania oceny, dla każdego przypadku oddzielnie, wagi rzekomego zawinionego uchybienia danego wykonawcy [...]”.

70. Jednakże Trybunał w sprawie Connexion Taxi Services nie zastosował się do tej linii orzecniczej, którą utrzymano w poprzednich wyrokach. Przecistawiając do tej pory niezbędną ocenę naruszenia popełnionego przez oferenta w świetle zasady proporcjonalności oraz poszanowanie zasad przejrzystości i równości, Trybunał opowiedział się za tymi drugimi. Stwierdził on, że owe zasady przeważały, w przypadku gdy „zgodnie z warunkami zamówienia oferent, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, musi obowiązkowo zostać wykluczony, bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji”²³.

71. W związku z powyższym wydaje się, że kryterium oceny różni się w zależności od tego, czy automatyczne wykluczenie jest określone jedynie w ustawie (w którym to przypadku należy zezwolić na kontrolę proporcjonalności, mimo iż przepis krajowy jej nie przewiduje), czy też jest ono kategorycznie wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

72. Ani z postanowienia odsyłającego, ani z późniejszych wyjaśnień²⁴ nie wynika, że automatyczne wykluczenie było narzucone w dokumentach regulujących udzielenie zamówienia. Do sądu odsyłającego będzie należało ustalenie, czy klauzula 11 lub jakakolwiek inna klauzula specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierała wspomniany obowiązek. Gdyby tak było, to wówczas zastosowanie będą miały zasady przejrzystości i równego traktowania oferentów w rozumieniu wyroku Connexion Taxi Services²⁵. Pozwala to uniknąć sytuacji, w której oferent spełniający warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostanie pominięty z korzyścią dla oferenta, który nie spełnia tych warunków.

20 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (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).

21 Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 35).

22 Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 31).

23 Wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948), sentencja.

24 Przedstawionych zwięźle w pkt 21 niniejszej opinii.

25 Wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r. (C-171/15, EU:C:2016:948).

73. W przeciwnym razie zastosowanie mają wymogi wynikające z zasady proporcjonalności. Ponownie do sądu odsyłającego należy ocena wszystkich okoliczności sprawy w celu ustalenia, czy wykluczenie oferenta jest sankcją odpowiednią do wagi jego zachowania.

74. Wśród wspomnianych okoliczności można ocenić tę podniesioną przez sąd odsyłający w jego piśmie zawierającym wyjaśnienia, to znaczy, że wykluczony oferent nie miał obowiązku sprawdzenia, czy ESPD podwykonawcy jest zgodny z rzeczywistością, co mogłoby złagodzić jego zaniedbanie. Jednakże owo zaniedbanie nadal istniałoby, choć w mniejszym stopniu, ponieważ nic nie stało na przeszkodzie, aby oferent (tak jak instytucja zamawiająca uczyniła to później) sprawdził uprzednio w inny sposób, że podwykonawca dopuścił się naruszenia obowiązków.

75. Wskazanie trzech podwykonawców, wśród których oprócz podwykonawcy, który popełnił naruszenie, znajdowało się dwóch innych wykonawców spełniających wymagania, nie wystarczy, aby zmniejszyć odpowiedzialność oferenta. Przyjęcie powyższej praktyki mogłoby sprzyjać oszustwu polegającemu na wskazaniu podwykonawcy (który, jak wspomniano wyżej, zwykle ponosi mniejsze koszty pracy lub koszty socjalne), którego usługi będą wymagane, jeżeli popełnione przez niego naruszenie nie zostanie ujawnione, oraz dwóch innych podwykonawców występujących jedynie w charakterze podmiotów towarzyszących.

76. Okoliczność, że oferent mógł wykonać usługi będące przedmiotem zamówienia bez korzystania z podwykonawcy, również nie zmniejsza jego odpowiedzialności. Biorąc pod uwagę, że oferent mógł swobodnie korzystać z mechanizmu podwykonawstwa i że w ofercie poinformował on instytucję zamawiającą o swoim zamiarze skorzystania z tej możliwości oraz wskazania trzech podwykonawców, był odpowiedzialny za to, by wśród owych trzech osób nie znalazł się nikt, kto naruszył krajowe przepisy dotyczące pracy osób niepełnosprawnych.

V. Wnioski

77. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania zadane przez Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy) w następujący sposób:

- 1) Artykuł 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zasadniczo nie stoi na przeszkodzie wykluczeniu oferenta, który wyraził w swojej ofercie zamiar skorzystania z innego wykonawcy na zasadzie podwykonawstwa, w przypadku gdy ten ostatni wykonawca naruszył obowiązki w dziedzinie prawa pracy lub prawa socjalnego określone w prawie krajowym.
- 2) Podejmując decyzję o wykluczeniu, instytucja zamawiająca musi być uprawniona do oceny, w każdym przypadku, proporcjonalności tego środka, biorąc pod uwagę wszystkie występujące okoliczności, aby ocenić wiarygodność oferenta, chyba że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidziano bezwzględne wykluczenie bez uwzględnienia proporcjonalnego charakteru tej sankcji.