



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 30 stycznia 2020 r.\*

Odesłanie prejudycjalne – Udzielanie zamówień publicznych na dostawy, roboty budowlane lub usługi – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 18 ust. 2 – Artykuł 57 ust. 4 – Fakultatywne podstawy wykluczenia – Podstawa wykluczenia dotycząca podwykonawcy wymienionego w ofercie wykonawcy – Naruszenie przez podwykonawcę obowiązków z dziedziny prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy – Uregulowanie krajowe przewidujące automatyczne wykluczenie wykonawcy z powodu takiego naruszenia

W sprawie C-395/18

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla regionu Lacjum, Włochy) postanowieniem z dnia 21 lutego 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 14 czerwca 2018 r., w postępowaniu:

**Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA**

przeciwko

**Consip SpA,**

**Ministero dell’Economia e delle Finanze,**

przy udziale:

**E-VIA SpA,**

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: A. Arabadjiev, prezes izby, P.G. Xuereb, T. von Danwitz, C. Vajda (sprawozdawca) i A. Kumin, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: R. Schiano, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 2 maja 2019 r.,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA – F. Cardarelli, F. Lattanzi i F.S. Cantella, avvocati,

\* Język postępowania: włoski.

- w imieniu Consip SpA – F. Sciaudone i F. Iacovone, avvocati,
- w imieniu rządu austriackiego – J. Schmoll, M. Fruhmann i G. Hesse, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej – G. Gattinara, P. Ondrůšek i L. Haasbeek, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 11 lipca 2019 r.,

wydaje następujący

### Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 57 ust. 4 i art. 71 ust. 6 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 ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA (zwaną dalej „Tim”) a Consip SpA i Ministero dell’Economia e delle Finanze (ministerstwem gospodarki i finansów, Włochy) w przedmiocie wykluczenia Tim z otwartego postępowania przetargowego wszczętego przez Consip.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

- 3 Motywy 40, 101 i 102 dyrektywy 2014/24 stanowią:

„(40) Monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, 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 i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert [...].

[...]

(101) 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 [...].

[...]

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.

(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 wykluczony 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 2 ust. 1 pkt 10–12 wspomnianej dyrektywy stanowi:

„Na użytek niniejszej dyrektywy zastosowanie mają następujące definicje:

[...]

10. »wykonawca« oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług;

11. »oferent« oznacza wykonawcę, który złożył ofertę;

12. »kandydat« oznacza wykonawcę, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym”.

5 Artykuł 18 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany »Zasady udzielania zamówień», będący pierwszym przepisem rozdziału II tej dyrektywy, zatytułowanego »Przepisy ogólne», stanowi:

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

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostało zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

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”.

6 Zgodnie z art. 56 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy:

„Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych zgodnie z art. 67–69, pod warunkiem że instytucja zamawiająca sprawdziła, zgodnie z art. 59–61, że spełnione są wszystkie następujące warunki:

[...]

b) oferta pochodzi od oferenta, który nie został wykluczony zgodnie z art. 57 [...]”.

7 Artykuł 57 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Podstawy wykluczenia”, stanowi w ust. 4–7:

„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;

[...]

5. [...]

W dowolnym momencie w trakcie postępowania instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych przed postępowaniem lub w jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4.

6. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

[...]

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia [...].

[...]

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu [...]”.

8 Artykuł 71 ust. 6 lit. b) tej dyrektywy ma następującą treść:

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

[...]

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”.

### ***Prawo włoskie***

- 9 Artykuł 17 legge n. 68 – Norme per il diritto al lavoro dei disabili (ustawy nr 68 w sprawie przepisów prawa pracy osób niepełnosprawnych) z dnia 12 marca 1999 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 68 z dnia 22 marca 1999 r.) stanowi:

„Przedsiębiorstwa, zarówno publiczne, jak i prywatne, które uczestniczą w przetargu na zamówienia publiczne lub które są związane z administracją publiczną stosunkiem umownym lub koncesją, mają obowiązek uprzedniego złożenia tym organom deklaracji swojego przedstawiciela prawnego poświadczającej, że przestrzegają one przepisy dotyczące prawa pracy osób niepełnosprawnych pod rygorem wykluczenia”.

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

„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 sam nie poświadczy spełnienia tego warunku [...].”

- 11 Artykuł 105 ust. 6 i 12 kodeksu zamówień publicznych brzmi następująco:

„6. Wskazanie trzech podwykonawców jest obowiązkowe, jeżeli kwota zamówienia na roboty budowlane, usługi lub dostawy jest równa progom, o których mowa w art. 35, lub od nich wyższa i jeżeli dane zamówienie nie wymaga żadnej specjalizacji. W takim przypadku ogłoszenie o przetargu przewiduje wspomniany obowiązek. W ogłoszeniu o przetargu instytucja zamawiająca może przewidzieć dalsze przypadki, w których wskazanie trzech podwykonawców jest obowiązkowe, nawet poniżej progów, o których mowa w art. 35.

[...]

12. Wykonawca musi zastąpić podwykonawców, w stosunku do których po przeprowadzeniu odpowiedniej weryfikacji wykazano istnienie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 80”.

### **Postępowanie główne, pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem**

- 12 Poprzez ogłoszenie o przetargu opublikowane w dniu 3 sierpnia 2016 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* Consip, centrala zakupów włoskiej administracji publicznej, wszczęła otwarte postępowanie przetargowe w celu udzielenia zamówienia na dostawę systemu łączności światłowodowej, zwanego „Wavelength Division Multiplexing (WDM)”, służącej wzajemnemu połączeniu danych kilku departamentów ministerstwa gospodarki i finansów.

- 13 Tim przedstawiła ofertę, w której byli wymienieni trzej podwykonawcy, z których usług zamierzała skorzystać w przypadku udzielenia mu zamówienia omawianego w postępowaniu głównym, załączając w stosunku do każdego z nich jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD).
- 14 W trakcie postępowania instytucja zamawiająca stwierdziła, że jeden z podwykonawców wymienionych przez Tim w ofercie nie spełniał przepisów dotyczących prawa pracy osób niepełnosprawnych. Consip wykluczył zatem Tim z postępowania na podstawie art. 80 ust. 5 lit. i) kodeksu zamówień publicznych.
- 15 Tim złożyła skargę do sądu odsyłającego, powołując się na niesprawiedliwy i nieproporcjonalny charakter jego wykluczenia. Zdaniem Tim z dyrektywy 2014/24 wynika, że stwierdzenie istnienia podstawy wykluczenia względem jednego z podwykonawców nie może prowadzić do sankcji cięższej niż samo zastąpienie tego podwykonawcy. Tim dodaje, że w każdym razie w celu wykonania zamówienia omawianego w postępowaniu głównym mogła skorzystać z usług dwóch innych podwykonawców, względem których nie stwierdzono istnienia żadnej podstawy wykluczenia, a ponieważ posłużenie się podwykonawstwem nie było nieodzowne dla wykonania tego zamówienia, Tim spełniała wszystkie konieczne warunki do tego, aby samej wykonać odnośne usługi.
- 16 Sąd odsyłający zauważa, że wykluczenie Tim jest zgodne z art. 80 ust. 5 lit. i) kodeksu zamówień publicznych, gdyż zastąpienia podwykonawcy można wymagać na podstawie art. 105 ust. 12 tego kodeksu jedynie w przypadku, gdy podstawa wykluczenia została stwierdzona wobec podwykonawcy po udzieleniu zamówienia.
- 17 Sąd odsyłający zastanawia się jednak, czy przewidując, że instytucja zamawiająca ma obowiązek w przypadku stwierdzenia istnienia podstawy wykluczenia w odniesieniu do podwykonawcy na etapie przetargu wykluczenia z postępowania oferenta, który wskazał swój zamiar skorzystania z usług tego wykonawcy, art. 80 ust. 5 lit. i) kodeksu zamówień publicznych jest zgodny z art. 57 ust. 4 i 5 i z art. 71 ust. 6 lit. b) dyrektywy 2014/24.
- 18 Sąd odsyłający zastanawia się w szczególności nad tym, czy podstawy wykluczenia przewidziane w art. 57 ust. 4 i 5 dyrektywy 2014/24 mogą powodować wykluczenie oferenta jedynie wówczas, jeżeli dotyczą one tego oferenta, czy też że takie wykluczenie jest również możliwe, gdy podstawy te odnoszą się do podwykonawcy wyznaczonego przez oferenta. Ponadto sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 71 ust. 6 dyrektywy 2014/24 sprzeciwia się automatycznemu wykluczeniu wykonawcy, takiemu jak przewidziane w art. 80 ust. 5 kodeksu zamówień publicznych, ponieważ ów przepis dyrektywy wydaje się wyłącznie przewidywać jako maksymalną sankcję, jaka może zostać nałożona na oferenta w wyniku stwierdzenia istnienia podstawy wykluczenia wobec jego podwykonawcy, obowiązek zastąpienia tego podwykonawcy.
- 19 Ewentualnie sąd odsyłający zastanawia się, czy w przypadku gdyby Trybunał uznał, że przepisy dyrektywy 2014/24 nie sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu takiemu jak art. 80 ust. 5 kodeksu zamówień publicznych, uregulowanie to jest zgodne z zasadą proporcjonalności, ponieważ wykluczenie oferenta zostało przewidziane w sposób automatyczny, bez możliwości zastosowania wyjątku, jako że instytucja zamawiająca nie ma uprawnienia do wymagania, aby wykonawca zastąpił podwykonawcę lub zrezygnował ze skorzystania z jego usług, i to nawet wówczas, gdy posłużenie się podwykonawcą nie jest ściśle konieczne dla celów wykonania zamówienia.

20 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 57 i art. 71 ust. 6 dyrektywy [2014/24] stoją na przeszkodzie przepisowi krajowemu takiemu jak przepis [...] art. 80 ust. 5 [kodeksu zamówień publicznych], przewidującemu wykluczenie oferenta 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, na wypadek gdyby [Trybunał] uznał, że państwo członkowskie ma możliwość wykluczenia oferenta, czy zasada proporcjonalności ustanowiona w art. 5 TUE, przywołana w motywie 101 dyrektywy [2014/24] i wskazana przez [Trybunał] jako ogólna zasada prawa Unii, stoi na przeszkodzie przepisowi krajowemu takiemu jak przepis [...] art. 80 ust. 5 [kodeksu zamówień publicznych], przewidującemu w każdym przypadku stwierdzenia w toku postępowania przetargowego występowania podstawy wykluczenia dotyczącej wskazanego podwykonawcy wykluczenie wykonawcy będącego oferentem, nawet jeśli są inni niewykluczeni podwykonawcy spełniający wymagania niezbędne do wykonania usług, które mają zostać zlecone podwykonawcom, lub w przypadku gdy wykonawca będący oferentem oświadczy, że rezygnuje z podwykonawstwa, gdyż sam spełnia warunki dla wykonania usług?”.

21 W dniu 27 lutego 2019 r. Trybunał na podstawie art. 101 regulaminu postępowania przed Trybunałem skierował do sądu odsyłającego wezwanie do udzielenia wyjaśnień, zmierzające do ustalenia, czy Tim była zobowiązana do wskazania trzech podwykonawców w ofercie, a jeżeli tak, to czy była zobowiązana do posłużenia się tymi wykonawcami, lub przynajmniej jednym z nich, w przypadku udzielenia jej zamówienia. Sąd odsyłający został również wezwany do wskazania, czy w trakcie sporządzania swojej oferty Tim była zobowiązana do zweryfikowania tego, czy na podstawie uregulowania włoskiego podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, transponowanej do prawa włoskiego przez art. 80 ust. 5 lit. i) kodeksu zamówień publicznych, nie dotyczyła podwykonawców, których zamierzała wskazać w swojej ofercie, oraz czy miała ona taką konkretną możliwość.

22 W odpowiedzi, która wpłynęła do sekretariatu Trybunału w dniu 26 marca 2019 r., sąd odsyłający w pierwszej kolejności wyjaśnił, że Tim była zobowiązana do wskazania określonej liczby trzech podwykonawców, o ile miał zamiar zastrzec dla siebie możliwość posłużenia się podwykonawstwem w przypadku udzielenia jej zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym. Następnie sąd ten wskazał, że Tim nie była zobowiązana do posługiwania się trzema wykonawcami wymienionymi w swej ofercie, ani nawet jednym z nich, w przypadku udzielenia jej tego zamówienia. Wreszcie sąd odsyłający wskazał, że na podstawie uregulowania włoskiego Tim nie była zobowiązana do sprawdzenia tego, czy podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 nie dotyczyła podwykonawców, których zamierzała wskazać w swojej ofercie, oraz że takie sprawdzenie wymagało w każdym wypadku współpracy ze strony odnośnych podwykonawców.

### **W przedmiocie ponownego otwarcia ustnego etapu postępowania**

23 Pismem z dnia 15 lipca 2019 r. skierowanym do sekretariatu Trybunału austriacki rząd wniósł o ponowne otwarcie ustnego etapu postępowania na podstawie art. 83 regulaminu postępowania. W tym względzie podniósł on, że pkt 52 opinii rzecznika generalnego nie odzwierciedla wiernie toku rozumowania leżącego u podstaw tezy, jaką rozwinął on w swoich pisemnych uwagach.

24 Na podstawie art. 83 regulaminu postępowania Trybunał może w każdej chwili, po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, postanowić o otwarciu ustnego etapu postępowania na nowo, w szczególności jeśli uzna, że okoliczności zawisłej przed nim sprawy nie są wystarczająco wyjaśnione,

lub jeśli po zamknięciu ustnego etapu postępowania strona przedstawiła nowy fakt mogący mieć decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia Trybunału, lub też jeśli sprawa ma zostać rozstrzygnięta na podstawie argumentu, który nie był przedmiotem dyskusji między stronami lub podmiotami określonymi w art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

- 25 W niniejszej sprawie Trybunał, po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, uznaje, że dysponuje wszystkimi niezbędnymi informacjami dla udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądu odsyłającego oraz że nie należy analizować sprawy w kontekście nowego faktu mogącego mieć decydujące znaczenie dla jej rozstrzygnięcia lub też argumentu, który nie był przedmiotem dyskusji przed nim.
- 26 W zakresie, w jakim wniosek o ponowne otwarcie ustnego etapu postępowania należy rozumieć w ten sposób, że Trybunał miałby w niewystarczający sposób wyjaśnić tezę austriackiego rządu z powodu rozważań przedstawionych przez rzecznika generalnego w pkt 52 opinii, trzeba przypomnieć, że po pierwsze, statut Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i regulamin postępowania nie przewidują możliwości przedstawienia przez zainteresowane strony uwag w odpowiedzi na opinię przedstawioną przez rzecznika generalnego (wyrok z dnia 22 listopada 2018 r., MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-295/17, EU:C:2018:942, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 Po drugie, zgodnie z art. 252 akapit drugi TFUE zadaniem rzecznika generalnego jest publiczne przedstawianie, przy zachowaniu całkowitej bezstronności i niezależności, uzasadnionych opinii w sprawach, które zgodnie ze statutem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wymagają jego zaangażowania. W tym zakresie Trybunał nie jest związany ani opinią rzecznika generalnego, ani jej uzasadnieniem (zob. wyrok z dnia 16 września 2015 r., Société des Produits Nestlé, C-215/14, EU:C:2015:604, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 28 W tych okolicznościach, ponieważ teza austriackiego rządu wynikająca w sposób oczywisty z jego pisemnych uwag oraz opinia rzecznika generalnego nie wiążą Trybunału w zakresie przedstawienia lub wykładni tej tezy, należy uznać, że okoliczności sprawy toczącej się przed Trybunałem zostały wystarczająco wyjaśnione w rozumieniu art. 83 regulaminu postępowania.
- 29 W związku z powyższym wniosek o otwarcie na nowo ustnego etapu postępowania należy oddalić.

### **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

- 30 Poprzez swoje pytania, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy dyrektywa 2014/24 i zasada proporcjonalności sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu, na podstawie którego instytucja zamawiająca jest zobowiązana do automatycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli względem jednego z podwykonawców wymienionych w ofercie tego wykonawcy stwierdzona zostanie podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. a) tej dyrektywy.
- 31 Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy, jeżeli mogą one wykazać za pomocą dowolnych stosownych środków naruszenie obowiązków mających zastosowanie na podstawie art. 18 ust. 2 tej dyrektywy.
- 32 Tytułem wstępu należy zaznaczyć, że z art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24 wynika, że „wykonawca” oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług.



- 33 Jeżeli chodzi o fakultatywną podstawę wykluczenia, taką jak ta przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, to należy przede wszystkim zauważyć, że zgodnie z art. 57 ust. 7 tej dyrektywy to do państw członkowskich należy określenie, z uwzględnieniem prawa unijnego, „warunków wykonania” tej podstawy.
- 34 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie ma na celu jednolitego stosowania na poziomie Unii wymienionych w nim podstaw wykluczenia, ponieważ państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też do włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od przypadku, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego. Państwowi członkowskim przysługuje zatem pewien margines uznania przy określaniu warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, pkt 31, 32).
- 35 Jeżeli chodzi o fakultatywną podstawę wykluczenia przewidzianą w art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, to należy podkreślić, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 32 opinii, że podstawa ta została sformułowana w sposób bezosobowy, bez określenia osoby naruszającej obowiązki przewidziane w art. 18 ust. 2 tej dyrektywy. W konsekwencji należy stwierdzić, że treść art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, również wówczas, gdy jest on rozpatrywany w świetle motywu 101 akapit pierwszy tej dyrektywy, z którego wynika, że organy zamawiające powinny być w stanie wykluczyć niewiarygodnych wykonawców z powodu naruszenia przez nich obowiązków z zakresu ochrony środowiska i socjalnych, nie sprzeciwia się temu, aby państwa członkowskie uznały, że sprawcą stwierdzonego naruszenia może być również podwykonawca, i aby przewidziały one w ten sposób prawo względnie obowiązek wykluczenia z tego powodu przez instytucję zamawiającą wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- 36 Niemniej jednak należy przypomnieć, że przy interpretacji przepisu prawa Unii trzeba brać pod uwagę nie tylko treść danego przepisu, ale także jego kontekst i systematykę uregulowania, którego stanowi on część, oraz zamierzone przez niego cele (zob. wyrok z dnia 5 lipca 2018 r., X, C-213/17, EU:C:2018:538, pkt 26).
- 37 Odnosząc się w pierwszej kolejności do kontekstu art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 oraz do systematyki tej dyrektywy, należy zauważyć, że przepis ten wyraźnie dotyczy naruszenia obowiązków przewidzianych w art. 18 ust. 2 wspomnianej dyrektywy, to znaczy obowiązków mających zastosowanie w dziedzinach prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy.
- 38 W tym względzie należy zauważyć, że art. 18 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, jest pierwszym artykułem rozdziału II tej dyrektywy, poświęconego „[p]rzepisom ogólnym” dotyczącym postępowań o zamówienie publiczne. W ten sposób, przewidując w art. 2 tego artykułu, że wykonawcy powinni przestrzegać przy wykonywaniu zamówienia obowiązków z dziedziny prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, prawodawca unijny miał zamiar przekształcić ten wymóg w zasadę, na tej samej podstawie co zasady przewidziane w ust. 1 tego artykułu, to znaczy zasady równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości, proporcjonalności i zakaz wyłączenia danego zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy 2014/24 lub ograniczania w sztuczny sposób konkurencji. Wynika z tego, że taki wymóg stanowi w ogólnej systematyce tej dyrektywy wartość kardynalną, nad przestrzeganiem której państwa członkowskie powinny czuwać na podstawie samej treści art. 18 ust. 2 wspomnianej dyrektywy.
- 39 W tych okolicznościach konieczność zapewnienia we właściwy sposób przestrzegania obowiązków przewidzianych w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24 powinna umożliwić państwowi członkowskim w ramach ustalania warunków wykonania podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. a) tej dyrektywy uznanie, że sprawcą naruszenia może być nie tylko wykonawca, który złożył ofertę, ale także podwykonawca, z którego usług miał zamiar skorzystać ten wykonawca. W rzeczywistości

bowiem instytucja zamawiająca może zgodnie z prawem zamierzać udzielić zamówienia jedynie tym wykonawcom, którzy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia wykażą zdolność do właściwego zapewnienia przy wykonywaniu zamówienia przestrzegania tych obowiązków, a w przypadku korzystania z usług podwykonawców – że owi podwykonawcy będą przestrzegać wspomnianych obowiązków.

- 40 Z powyższego wynika, że państwa członkowskie mogą dla celów stosowania art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 przewidzieć, że instytucja zamawiająca ma prawo, a nawet obowiązek wykluczyć wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli w odniesieniu do któregoś z podwykonawców przewidzianych w ofercie tego wykonawcy stwierdzono naruszenie obowiązków przewidzianych w art. 18 ust. 2 tej dyrektywy.
- 41 Wykładnię tę potwierdza, w drugiej kolejności, cel leżący u podstaw art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24. W tym względzie należy przypomnieć, że prawo względnie obowiązek wykluczenia przez instytucję zamawiającą wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny integralności i wiarygodności każdego z wykonawców. W szczególności fakultatywna podstawa wykluczenia wymieniona w art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 w związku z motywem 101 tej dyrektywy opiera się na istotnym elemencie stosunku pomiędzy wybranym oferentem a instytucją zamawiającą, to znaczy na wiarygodności wybranego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarza go instytucja zamawiająca (zob. podobnie wyrok z dnia 3 października 2019 r., *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, C-267/18, EU:C:2019:826, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 42 W połączeniu ze szczególnym celem art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, który polega na zagwarantowaniu przestrzegania obowiązków w zakresie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, cel dotyczący wiarygodności podmiotu gospodarczego powinien umożliwić państwom członkowskim przyznanie instytucji zamawiającej możliwości, a nawet obowiązku uznania za wiarygodnych tylko tych wykonawców, którzy udowodnili w trakcie przygotowywania swojej oferty troskę i staranność wymagane do tego, aby w trakcie wykonywania zamówienia odnośne obowiązki były przestrzegane we wszystkich okolicznościach, tak przez nich samych, jak i przez podwykonawców, którym zamierzają powierzyć część tego wykonania.
- 43 Z powyższych rozważań wynika, że art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 nie sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, na podstawie którego instytucja zamawiająca ma uprawnienie do wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przewidziana w tym przepisie podstawa wykluczenia została stwierdzona względem jednego z podwykonawców wymienionych w ofercie tego wykonawcy.
- 44 Niemniej jednak należy przypomnieć, jak wskazano w pkt 33 niniejszego wyroku, że państwa członkowskie przy określaniu warunków wykonywania art. 57 dyrektywy 2014/24 muszą na podstawie ust. 7 tego artykułu przestrzegać prawa Unii.
- 45 W tym względzie należy przypomnieć, że po pierwsze, instytucje zamawiające powinny w trakcie całego postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się, w szczególności, zasady równego traktowania i proporcjonalności (wyrok z dnia 26 września 2019 r., *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo), oraz po drugie, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania postanowień tej dyrektywy, takie jak przepisy mające na celu ustanowienie warunków wykonania art. 57 wspomnianej dyrektywy, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celów przewidzianych przez tę dyrektywę (zob. podobnie wyroki z dnia 7 lipca 2016 r., *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530, pkt 40; z dnia 8 lutego 2018 r., *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 46 I tak, po pierwsze, w sytuacji gdy instytucja zamawiająca przystępuje do sprawdzenia w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, do czego jest zobowiązana na podstawie art. 56 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/24 w związku z motywem 40 tej dyrektywy, czy nie istnieją podstawy wykluczenia w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. a) wspomnianej dyrektywy, a przepisy krajowe przewidują, że ma ona prawo, a nawet obowiązek wykluczyć wykonawcę w przypadku naruszenia przez podwykonawcę obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, to w celu przestrzegania zasady równego traktowania jest ona zobowiązana do sprawdzenia istnienia jakiegokolwiek naruszenia tych obowiązków w odniesieniu nie tylko do wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę, ale także w odniesieniu do wszystkich podwykonawców wskazanych przez tych wykonawców w ich konkretnych ofertach.
- 47 Ponieważ taka jednolita weryfikacja zachodzi na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, należy wyjaśnić, że zasada równego traktowania nie sprzeciwia się temu, aby uregulowanie krajowe przewidywało, że stwierdzenie naruszenia w odniesieniu do jednego z podwykonawców po udzieleniu zamówienia powoduje nie wykluczenie wybranego oferenta, a jedynie zastąpienie podwykonawcy. W rzeczywistości bowiem, ponieważ ogół wykonawców i podwykonawców wskazanych w ofertach tych wykonawców poddany został w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia weryfikacji przeprowadzanej na tych samych warunkach przez instytucję zamawiającą, należy uznać, że owi wykonawcy i podwykonawcy byli traktowani pod tym względem na stopie równości w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a zasada równego traktowania nie sprzeciwia się temu, aby inna zasada została przewidziana, gdy naruszenie mogło zostać stwierdzone dopiero na etapie wykonania zamówienia.
- 48 Po drugie, jeżeli chodzi o zasadę proporcjonalności, to należy przypomnieć, poza orzecznictwem wymienionym w pkt 45 niniejszego wyroku, że z motywu 101 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 wynika, że przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia, takich jak podstawy znajdujące się w art. 57 ust. 4 lit. a) tej dyrektywy, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, uwzględniając między innymi drobny charakter nieprawidłowości lub powtarzanie się drobnych nieprawidłowości. Owo zwrócenie uwagi ma jeszcze większą wagę, jeżeli wykluczenie przewidziane przez uregulowanie krajowe dotyczy wykonawcy, który złożył ofertę, z powodu naruszenia popełnionego nie bezpośrednio przez niego, lecz przez osobę niezależną od jego przedsiębiorstwa, której nie może on kontrolować poprzez dysponowanie wobec niej wymaganym władztwem lub jakimkolwiek koniecznym środkiem.
- 49 Konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności jest również odzwierciedlona w art. 57 ust. 6 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, na podstawie którego każdy wykonawca, który znajduje się w szczególności w sytuacji, o której mowa w art. 4 lit. a) tej dyrektywy, w tym, jak to wynika z pkt 43 niniejszego wyroku, wskutek naruszenia stwierdzonego wobec jednego z podwykonawców wskazanego w ofercie, może przedstawić dowody w celu poświadczenia, że podjęte przez niego środki wystarczają do wykazania jego wiarygodności pomimo istnienia owej podstawy wykluczenia. Artykuł 57 ust. 6 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 stanowi, że jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten wprowadza w ten sposób mechanizm środków naprawczych (*self-cleaning*), który podkreśla znaczenie przypisywane wiarygodności wykonawcy (wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 40, 41).
- 50 Z powyższego wynika, że w sytuacji ryzyka wykluczenia go z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia z powodu naruszenia obowiązków z dziedziny prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które można przypisać jednemu z podwykonawców, jakimi zamierzał się on posłużyć, wykonawca, który złożył ofertę, może wykazać instytucji zamawiającej, że pozostaje wiarygodny mimo istnienia takiej podstawy wykluczenia, a instytucja zamawiająca powinna zgodnie z art. 57 ust. 6 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 ocenić dowody przedstawione przez tego wykonawcę na podstawie powagi sytuacji i szczególnych okoliczności danej sprawy.

- 51 Tymczasem uregulowanie krajowe rozpatrywane w postępowaniu głównym przewiduje w ogólny i abstrakcyjny sposób automatyczne wykluczenie wykonawcy, jeżeli w odniesieniu do któregoś z podwykonawców wskazanych w ofercie tego wykonawcy zostanie stwierdzone naruszenie obowiązków z dziedziny prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, niezależnie od okoliczności leżących u podstaw tego naruszenia, ustanawiając tym samym niewzruszalne domniemanie, zgodnie z którym wykonawca musi zostać wykluczony za każde naruszenie, jakie można przypisać jednemu z jego podwykonawców, bez pozostawienia instytucji zamawiającej uprawnienia do oceny w każdym przypadku szczególnych okoliczności danej sprawy, a wykonawcy uprawnienia do wykazania swojej wiarygodności pomimo stwierdzenia naruszenia.
- 52 W szczególności takie uregulowanie nie pozwala instytucji zamawiającej na uwzględnienie dla celów oceny sytuacji szeregu istotnych czynników, takich jak środki, jakimi dysponował wykonawca, który złożył ofertę, w celu sprawdzenia istnienia naruszenia przez jego podwykonawcę, lub istnienie w jego ofercie wskazówki, że jest on w stanie wykonać zamówienie sam, bez konieczności posługiwania się danym podwykonawcą.
- 53 W tych okolicznościach uregulowanie krajowe przewidujące takie automatyczne wykluczenie wykonawcy, który złożył ofertę, narusza zasadę proporcjonalności poprzez nałożenie na instytucje zamawiające obowiązku automatycznego dokonania takiego wykluczenia z powodu naruszenia dokonanego przez podwykonawcę oraz poprzez przekroczenie w ten sposób zakresu uznania, jakimi dysponują państwa członkowskie na podstawie art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 przy określaniu warunków wykonania podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. a) tej dyrektywy z poszanowaniem prawa Unii. Takie uregulowanie pozbawia również wykonawcę możliwości wykazania zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 jego wiarygodności pomimo istnienia naruszenia po stronie jednego z jego podwykonawców (zob. analogicznie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 30; z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 34, 35; a także z dnia 26 września 2019 r., Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 40, 41).
- 54 W konsekwencji przewidziane przez uregulowanie krajowe automatyczne wykluczenie wykonawcy, który złożył ofertę, w zakresie, w jakim pozbawia ono, po pierwsze, tego wykonawcę możliwości przedstawienia szczegółowych dowodów dotyczących sytuacji, oraz po drugie, instytucję zamawiającą zakresu uznania w tym względzie, nie może zostać uznane za zgodne z art. 57 ust. 4 i 6 dyrektywy 2014/24 i z zasadą proporcjonalności (zob. analogicznie wyrok z dnia 26 września 2019 r., Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 42, 43).
- 55 W świetle powyższych rozważań na postawione pytania trzeba odpowiedzieć, że art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 nie sprzeciwia się przepisom krajowym, na podstawie których instytucja zamawiająca ma prawo, a nawet obowiązek wykluczyć wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy w odniesieniu do któregoś z podwykonawców wymienionych w ofercie tego wykonawcy zostanie stwierdzona podstawa wykluczenia przewidziana w tym przepisie. Z kolei przepis ten w związku z art. 57 ust. 6 tej dyrektywy oraz zasada proporcjonalności sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu przewidującemu automatyczny charakter takiego wykluczenia.

### **W przedmiocie kosztów**

- 56 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 (druga izba) orzeka, co następuje:

**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 nie sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, na podstawie którego instytucja zamawiająca ma prawo, a nawet obowiązek wykluczyć wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli w odniesieniu do któregoś z podwykonawców wymienionych w ofercie tego wykonawcy została stwierdzona podstawa wykluczenia przewidziana w tym przepisie. Z kolei przepis ten, w związku z art. 57 ust. 6, tej dyrektywy oraz zasada proporcjonalności sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu przewidującemu automatyczny charakter takiego wykluczenia.**

Podpisy