



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (dziesiąta izba)

z dnia 28 marca 2019 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) – Sytuacja podmiotowa kandydata lub oferenta – Możliwość wykluczenia przez państwa członkowskie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy objętego postępowaniem układowym – Uregulowanie krajowe przewidujące wykluczenie osób, wobec których „toczy się” postępowanie układowe, chyba że w planie restrukturyzacyjnym przewidziano kontynuowanie działalności – Wykonawca, który złożył wniosek o otwarciu postępowania układowego, zastrzegając sobie możliwość przedstawienia planu przewidującego kontynuowanie działalności

W sprawie C-101/18

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 11 stycznia 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 12 lutego 2018 r., w postępowaniu:

Idi Srl

przeciwko

Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis),

przy udziale

Regione Campania,

TRYBUNAŁ (dziesiąta izba),

w składzie: C. Lycourgos, prezes izby, E. Juhász (sprawozdawca) i M. Ilešič, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Tanchev,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Idi Srl przez L. Lentiniego, avvocato,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez V. Fedeli i C. Colelli, avvocati dello Stato,

* Język postępowania: włoski.

– w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Gattinarę, P. Ondrůška i L. Haasbeek, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wyduje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Idi Srl a Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis) (kampanijskim regionalnym przedsiębiorstwem ochrony gruntów, Włochy, zwanym dalej „Arcadisem”) w przedmiocie wykluczenia tymczasowego związku przedsiębiorstw (zwanego dalej „konsorcjum”), którego pełnomocnikiem była spółka Idi, z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Artykuł 45 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”, stanowi w ust. 2:

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

- a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, który zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

[...]

Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”.

- 4 Dyrektywa 2004/18 została uchylona i zastąpiona ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r. przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), która nie ma jednak zastosowania do sporu w postępowaniu głównym.

- 5 Artykuł 57 dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Podstawy wykluczenia”, stanowi w ust. 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:

[...]

- b) jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych;

[...]”.

Prawo włoskie

- 6 Artykuł 38 ust. 1 decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/WE e 2004/18/WE (dekretu ustawodawczego nr 163 – kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy na podstawie dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.), w brzmieniu mającym zastosowanie do okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym (zwanego dalej „kodeksem zamówień publicznych”), stanowi:

„Następujące podmioty są wykluczone z udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji i zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy i usługi, nie można im udzielać zamówień na podwykonawstwo i nie mogą zawierać umów powiązanych:

- a) podmioty, które znajdują się w stanie upadłości, likwidacji przymusowej lub układu z wierzycielami, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 186 bis dekretu królewskiego nr 267 z dnia 16 marca 1942 r., lub w odniesieniu do których wszczęto postępowanie dotyczące jednej z tych okoliczności

[...]”.

- 7 Artykuł 161 legge fallimentare (ustawy o upadłości), zatwierdzonej w drodze regio decreto n. 267 (dekretu królewskiego nr 267) z dnia 16 marca 1942 r. (GURI nr 81 z dnia 6 kwietnia 1942 r., zwanej dalej „ustawą o upadłości”), zatytułowany „Wniosek o otwarciu postępowania układowego”, stanowi:

„1. Wniosek o otwarciu postępowania układowego ma postać podpisanego przez dłużnika wniosku, który składa się do sądu właściwego miejscowo dla głównej siedziby przedsiębiorstwa; przeniesienie siedziby w roku poprzedzającym złożenie wniosku nie ma wpływu na ustalenie jurysdykcji.

2. Dłużnik załącza do wniosku:

[...]

- e) plan zawierający analityczny opis szczegółowych zasad i terminów wykonania wniosku; w każdym przypadku wniosek musi wskazywać konkretnie zindywidualizowane i dające się ekonomicznie oszacować korzyści, które wnioskodawca zobowiązuje się zagwarantować każdemu z wierzycieli.

[...]

6. Przedsiębiorca może złożyć wniosek o otwarcie postępowania układowego, załączając bilanse za ostatnie trzy lata obrotowe i imienną listę wierzycieli ze wskazaniem odpowiednich roszczeń, zastrzegając sobie prawo do złożenia propozycji, planu i dokumentacji, o których mowa w ust. 2 i 3 niniejszego artykułu w terminie wyznaczonym przez sąd, wynoszącym od 60 do 120 dni, podlegającym przedłużeniu w uzasadnionych przypadkach o nie więcej niż 60 dni. [...] Na mocy postanowienia z uzasadnieniem określającego termin, o którym mowa w zdaniu pierwszym, sąd może powołać komisarza sądowego, o którym mowa w art. 163 ust. 2 pkt 3. Artykuł 170 ust. 2 ma zastosowanie. [...]

7. Po wniesieniu wniosku [...] dłużnik może podjąć pilne środki w zakresie zarządu nadzwyczajnego za uprzednią zgodą sądu, który może zbierać informacje zbiorcze i musi uzyskać opinię komisarza sądowego, jeżeli został on wyznaczony. W tym samym czasie i w tym samym terminie dłużnik może również podjąć środki w zakresie zwykłego zarządu [...].

8 Artykuł 168 ustawy o upadłości, zatytułowany „Skutki złożenia wniosku”, stanowi:

„1. Od dnia publikacji wniosku w rejestrze handlowym spółek do dnia uprawomocnienia postanowienia o zatwierdzeniu układu wierzyciele, których tytuł lub roszczenie są wcześniejsze, nie mogą, pod rygorem nieważności, wszczynać lub prowadzić egzekucji i działań zabezpieczających w stosunku do majątku dłużnika.

[...]

3. Wierzyciele nie mogą nabywać praw pierwokupu wobec pozostałych wierzycieli, chyba że zostali do tego upoważnieni przez sąd w przypadkach określonych w poprzednim artykule. Hipoteki przymusowe wpisane do ewidencji działalności gospodarczej w okresie 90 dni przed publikacją wniosku są nieważne wobec wierzycieli z okresu poprzedzającego zawarcie ugody”.

9 Artykuł 186 bis ustawy o upadłości, zatytułowany „Układ przewidujący z założeniem kontynuacji działalności”, stanowi:

„1. Kiedy plan restrukturyzacyjny, o którym mowa w art. 161 ust. 2 lit. e) przewiduje kontynuowanie działalności przedsiębiorstwa przez dłużnika, przekazanie działającego przedsiębiorstwa lub wniesienie działającego przedsiębiorstwa do jednej lub kilku spółek, także nowo utworzonych, zastosowanie mają przepisy niniejszego artykułu. Plan może przewidywać także wyprzedaż majątku nieprzydatnego dla działalności przedsiębiorstwa.

[...]

4. Po złożeniu wniosku udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego musi być zatwierdzony przez sąd po uzyskaniu opinii komisarza sądowego, jeżeli taki został wyznaczony; w braku jego wyznaczenia czynności dokonuje sąd.

5. Otwarcie postępowania układowego z wierzycielami nie stanowi przeszkody dla udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli przedsiębiorstwo w toku postępowania przetargowego przedłoży:

- a) sprawozdanie biegłego, spełniające wymagania, o których mowa w art. 67 ust. 3 lit. d), potwierdzające zgodność z planem oraz racjonalną możliwość realizacji zamówienia;
- b) oświadczenie innego podmiotu spełniającego wymagania o charakterze ogólnym, mającego zdolność finansową, techniczną, ekonomiczną, jak i certyfikacyjną, wymagane do udzielenia zamówienia, który zobowiązał się względem konkurenta i instytucji zamawiającej do udostępnienia na czas trwania zamówienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia i do przejęcia

wspieranego przedsiębiorstwa, jeśli to ostatnie stanie się niewypłacalne w toku przetargu lub po zawarciu umowy, lub z jakiegokolwiek powodu nie będzie już w stanie prawidłowo wykonać umowy. Zastosowanie ma art. 49 dekretu ustawodawczego nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r.

6. Z zastrzeżeniem przepisów akapitu poprzedzającego przedsiębiorstwo objęte postępowaniem układowym może także brać udział w przetargu w ramach tymczasowego związku przedsiębiorstw, pod warunkiem że nie stanowi w nim pełnomocnika i że inne należące do tego konsorcjum przedsiębiorstwa nie są objęte postępowaniem upadłościowym. W takim przypadku oświadczenie, o którym mowa w ust. 4 lit. b), może także złożyć wykonawca będący członkiem konsorcjum.

[...]”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 10 Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, że ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 24 lipca 2013 r. Arcadis ogłosił przetarg na udzielenie zamówienia publicznego na usługi związane z nadzorem nad robotami budowlanymi, pomiarami i księgowością, wsparciem w odbiorze robót oraz koordynacją w zakresie bezpieczeństwa i zdrowia. Szacowana wartość tego zamówienia wynosiła 1 028 096,59 EUR.
- 11 TEI Srl, jako pełnomocnik konsorcjum, w dniu 14 października 2013 r. złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o którym mowa w poprzednim punkcie.
- 12 W dniu 29 kwietnia 2014 r. zamówienie publiczne na usługi zostało tymczasowo przyznane konsorcjum.
- 13 W dniu 18 czerwca 2014 r. TEI wniosło do Tribunale di Milano (sądu w Mediolanie, Włochy) wniosek o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie jednak, na podstawie art. 161 ust. 6 ustawy o upadłości, możliwość przedstawienia w późniejszym terminie planu przewidującego kontynuowanie działalności.
- 14 Decyzją z dnia 9 grudnia 2014 r. (zwaną dalej „decyzją o wykluczeniu”) Arcadis wykluczył konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym względzie Arcadis powołał się na fakt, że zgodnie z art. 38 ust. 1 kodeksu zamówień publicznych złożenie przez spółkę wniosku o otwarcie postępowania układowego stanowi przeszkodę dla udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z wyjątkiem przypadku, odmiennego od przypadku rozpatrywanego w niniejszej sprawie, w którym dłużnik przedłożył wraz z wnioskiem plan kontynuacji działalności (*concordato in continuità aziendale*).
- 15 Wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2015 r. Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionalny sąd administracyjny dla Kampanii, Włochy) oddalił skargę o stwierdzenie nieważności wniesioną przez Idi przeciwko decyzji o wykluczeniu. Sąd ten uznał, że złożenie przez TEI wniosku o otwarcie postępowania układowego było równoważne z przyznaniem przez nią, że znajduje się w sytuacji kryzysowej, co uzasadniało wykluczenie konsorcjum z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.
- 16 Idi wniosło odwołanie do sądu odsyłającego, Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy).
- 17 Sąd ten zauważa, że decyzja o wykluczeniu jest zgodna z jego orzecznictwem.

- 18 Zgodnie z tym orzecznictwem wykonawca, który złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego, może uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w przypadku, gdy jest objęty układem z założeniem kontynuacji działalności, o którym mowa w art. 186 bis ustawy o upadłości, lub gdy po złożeniu wniosku o objęcie go takim postępowaniem zostanie upoważniony przez właściwy sąd do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.
- 19 Natomiast zgodnie z tym orzecznictwem wykonawca, którego wniosek o otwarcie postępowania układowego nie został złożony wraz z planem przewidującym wyraźnie kontynuację działalności, jest wykluczony z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji, zwanej „układem in blanco” (*concordato in bianco*), brak takiego planu stanowi bowiem przyznanie się przez wykonawcę do tego, że ma problemy gospodarcze.
- 20 Sąd odsyłający dodaje, że „układ in blanco”, który stanowi układ z wierzycielami „z zastrzeżeniem” w rozumieniu art. 161 ust. 6 ustawy o upadłości, pozwala z jednej strony „zamrozić” czasowo (zwykle na od 30 do 120 dni) wnioski o upadłość składane przez wierzycieli, z drugiej zaś – pozwala wnioskodawcy wybierać pomiędzy przedstawieniem planu restrukturyzacji lub ugody w celu restrukturyzacji przedsiębiorstwa, w celu odroczenia tego wyboru do czasu zakończenia renegocjacji z ogółem wierzycieli.
- 21 Sąd ten wyraża jednak wątpliwości co do zgodności tego orzecznictwa z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a) i b) dyrektywy 2004/18.
- 22 W tym względzie sąd odsyłający podkreśla, że gdy o otwarcie postępowania upadłościowego wnioskuje wierzyciele, postępowanie takie nie jest uznawane za „otwarte”, dopóki właściwy sąd nie stwierdzi niewypłacalności dłużnika. Natomiast, w przypadku gdy wykonawca wnioskuje o objęcie „układem in blanco”, postępowanie uznaje się za „otwarte” z chwilą złożenia wniosku.
- 23 Sąd krajowy zastanawia się więc, czy art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a) i b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że obejmuje on sytuację wykonawcy, takiego jak ten w postępowaniu głównym, który złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego „in blanco”.
- 24 W powyższych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy jest zgodne z art. 45 ust. 2 [akapit pierwszy] lit. a) i b) dyrektywy 2004/18 uznanie za »postępowanie w toku« samego złożenia do właściwego organu sądowego wniosku o wszczęcie postępowania układowego?
- 2) Czy jest zgodne z wyżej wymienionym przepisem [Unii Europejskiej] uznanie, że przyznanie przez dłużnika, iż znajduje się w stanie niewypłacalności i zamiar złożenia przez niego wniosku o wszczęcie postępowania układowego »in blanco« (którego szczególne cechy przedstawiono powyżej) stanowi podstawę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przyjmując w ten sposób szeroką wykładnię pojęcia »postępowanie w toku« w rozumieniu prawa [Unii] (art. 45 dyrektywy [2004/18]) i krajowego (art. 38 [kodeksu zamówień publicznych])?”.

W przedmiocie dopuszczalności pytań prejudycjalnych

- 25 Rząd włoski zastanawia się nad dopuszczalnością wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

- 26 Przede wszystkim rząd włoski wskazuje, że Consiglio di Stato (rada stanu) poprzestała w postanowieniu odsyłającym na przypomnieniu treści swojego orzecznictwa dotyczącego skutków wniosku o otwarcie postępowania układowego „in blanco” dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a także na powtórzeniu przepisów art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a) i b) dyrektywy 2004/18, nie wyjaśniając, dlaczego sąd ten podaje w wątpliwość zgodność przepisów krajowych z tymże art. 45.
- 27 W dalszej kolejności rząd włoski podnosi, że pytania zadane przez Consiglio di Stato (radę stanu) mają charakter hipotetyczny. W tym względzie podnosi on, że prawa do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, rozpatrywanym w postępowaniu głównym odmówiono TEI na tej podstawie, że Tribunale di Milano (sąd w Mediolanie), w którym spółka ta złożyła wniosek o otwarcie postępowania ugodowego, nie udzielił jej zezwolenia na udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że „podstawa wykluczenia [z udziału w takim postępowaniu] istnieje niezależnie od daty, od której postępowanie upadłościowe może być uznane za [będące] w toku”.
- 28 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału domniemywa się, iż pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwrócił się sąd krajowy na gruncie stanu prawnego i faktycznego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny, przy czym prawidłowość tych ustaleń nie podlega ocenie Trybunału, korzystają z domniemania, iż mają one znaczenie dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w przedmiocie złożonego przez sąd krajowy wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania, co oznacza, że sąd krajowy musi określić stan prawny i faktyczny, w który wpisują się zadane przez niego pytania, lub przynajmniej wyjaśnić założenia faktyczne, na których opiera te pytania (wyroki: z dnia 21 września 2016 r., *Etablissements Fr. Colruyt*, C-221/15, EU:C:2016:704, pkt 14; a także z dnia 31 maja 2018 r., *Zheng*, C-190/17, EU:C:2018:357, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 29 W niniejszym przypadku, jak wynika z uwag przedstawionych przez rząd włoski w odniesieniu do odpowiedzi na pytania prejudycjalne, okoliczności faktyczne i prawne wskazane w postanowieniu odsyłającym pozwalają zrozumieć powody, dla których sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z pytaniami w tym zakresie.
- 30 Ponadto, co się tyczy podnoszonego hipotetycznego charakteru pytań prejudycjalnych, należy stwierdzić, że zgodność z prawem decyzji o wykluczeniu rozpatrywanej w postępowaniu głównym zależy siłą rzeczy od odpowiedzi udzielonej na zadane pytanie. W drodze tego pytania sąd odsyłający dąży bowiem do ustalenia, czy art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a) i b) dyrektywy 2004/18, który przyznaje państwom członkowskim możliwość wykluczenia z udziału w zamówieniach publicznych wykonawców objętych układem z wierzycielami lub będących przedmiotem postępowania układowego, dotyczy sytuacji przedsiębiorstwa, które złożyło wniosek o otwarcie postępowania układowego „in blanco”. Jak zaś wynika z informacji zawartych w postanowieniu odsyłającym, konsorcjum zostało wykluczone właśnie dlatego, że TEI znajdowało się w takiej sytuacji.
- 31 W związku z powyższym pytania prejudycjalne są dopuszczalne.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 32 Na wstępie należy wskazać, że sąd odsyłający odwołuje się w treści swych pytań zarówno do art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a), jak i art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18.

- 33 Z uwagi na to, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielanie zamówienia publicznego może podlegać wyłącznie przepisom art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a) lub art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18, należy stwierdzić, że w świetle okoliczności sprawy w postępowaniu głównym właściwy jest jedynie drugi z wymienionych przepisów.
- 34 W tych okolicznościach, w obu pytaniach, które należy rozpatrywać łącznie, sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które umożliwia wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który na dzień wydania decyzji o wykluczeniu złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie prawo przedłożenia planu zakładającego kontynuację działalności.
- 35 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, w odniesieniu do zamówień publicznych objętych zakresem stosowania dyrektywy 2004/18 art. 45 ust. 2 tej dyrektywy pozostawia stosowanie siedmiu przypadków wykluczenia, o których w nim mowa, a które odnoszą się do uczciwości zawodowej, wypłacalności lub wiarygodności kandydatów startujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, uznaniu państw członkowskich, o czym świadczy wyrażenie „[z] udziału w zamówieniu można wykluczyć”, które znajduje się na początku tego przepisu (wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 28).
- 36 Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) tej dyrektywy zezwala dokładniej, w celu zapewnienia wypłacalności kontrahenta instytucji zamawiającej, na wykluczenie z udziału w zamówieniu publicznym każdego wykonawcy, który jest w szczególności objęty postępowaniem układowym.
- 37 Zgodnie z art. 45 ust. 2 akapit drugi wspomnianej dyrektywy państwa członkowskie określają, zgodnie ze swoim prawem krajowym i z poszanowaniem prawa Unii, warunki wykonania przepisów tego ustępu. Wynika z tego, że pojęcia zawarte w tymże art. 45 ust. 2 akapit pierwszy, w tym wyrażenie „przedmiotem postępowania układowego” mogą zostać wyjaśnione i doprecyzowane w prawie krajowym, z poszanowaniem wszakże prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 74 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 38 W niniejszym przypadku, jak wynika z prawa krajowego, a w szczególności art. 168 ustawy o upadłości, złożenie wniosku o otwarcie postępowania układowego skutkuje w szczególności uniemożliwieniem wierzycielom, przez czas określony przez przepisy ustawy o upadłości, wszczynania postępowań wobec majątku dłużnika oraz ograniczeniem praw skarżącego do rozporządzania swoim majątkiem w zakresie, w jakim po złożeniu wniosku nie może on podejmować samodzielnie, tj. bez zezwolenia sądu, czynności zarządu nadzwyczajnego w odniesieniu do tego majątku.
- 39 Tym samym złożenie takiego wniosku wywołuje skutki prawne względem praw i obowiązków zarówno skarżącego, jak i dla wierzycieli. Oznacza to, że złożenie tego wniosku należy uznać, nawet przed wydaniem jakiegokolwiek postanowienia przez właściwy sąd, za punkt wyjścia dla postępowania układowego, o którym mowa w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18, a w konsekwencji za akt wszczynający to postępowanie.
- 40 Wniosek ten jest również uzasadniony sytuacją gospodarczą i finansową wnioskodawcy. Poprzez złożenie takiego wniosku wykonawca przyznaje bowiem, że znajduje się w trudnej sytuacji finansowej, która może podważać jego wiarygodność gospodarczą. Tymczasem, jak wskazano w pkt 35 niniejszego wyroku, fakultatywna podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18, ma właśnie na celu zapewnienie instytucji zamawiającej, że zawiera umowę z wykonawcą, który jest wystarczająco wiarygodny gospodarczo.
- 41 Wynika z tego, że po złożeniu wniosku należy uznać, że wykonawca jest przedmiotem postępowania układowego w rozumieniu tego przepisu.

- 42 Okoliczność, że we wniosku o otwarcie postępowania układowego wykonawca zastrzega sobie możliwość przedstawienia planu przewidującego kontynuację działalności, nie ma wpływu na to stwierdzenie.
- 43 Z postanowienia odsyłającego rzeczywiście wynika, że wykonawca, który złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego obejmującego plan zakładający kontynuację działalności, może, na warunkach określonych przez prawo krajowe, brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika z tego, że włoskie ustawodawstwo ustanawia odmienne traktowanie wykonawców, którzy złożyli wniosek o otwarcie postępowania układowego, w odniesieniu do możliwości uczestniczenia przez nich w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w zależności od tego, czy owi wykonawcy zawarli w swoim wniosku o otwarcie postępowania układowego plan przewidujący kontynuowanie działalności.
- 44 Jednakże taka różnica w traktowaniu nie jest sprzeczna z orzecznictwem Trybunału.
- 45 Trybunał orzekł już bowiem, że 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 (wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 46 W takim przypadku dane państwo członkowskie powinno również określić warunki, na jakich fakultatywnej podstawy wykluczenia się nie stosuje (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 41).
- 47 Tak więc, jak podkreślił rząd włoski, fakt, że wykonawca jest przedmiotem postępowania układowego w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18, nie uniemożliwia ponadto danemu ustawodawstwu krajowemu dopuszczenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na warunkach określonych w jego przepisach.
- 48 Zgodne z prawem Unii, a zwłaszcza z zasadą równego traktowania w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego, jest zarówno wykluczenie przez ustawodawstwo krajowe z udziału w zamówieniu publicznym wykonawcy, który złoży wniosek o otwarcie postępowania układowego „in blanco”, jak i jego niewykluczenie.
- 49 Ponadto sytuacja, w której wspomniany wykonawca nie zobowiązał się jeszcze na dzień wydania decyzji o wykluczeniu do zawarcia z wierzycielami układu z założeniem kontynuowania działalności nie jest porównywalna, w świetle jego wiarygodności ekonomicznej, z sytuacją wykonawcy, który zobowiązał się do tego czasu do kontynuowania działalności gospodarczej.
- 50 W świetle całości powyższych rozważań odpowiedź na przedstawione pytania powinna brzmieć następująco: art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które dopuszcza wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który na dzień wydania decyzji o wykluczeniu złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie prawo przedłożenia planu przewidującego kontynuację działalności.

W przedmiocie kosztów

- 51 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 (dziesiąta izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które dopuszcza wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który na dzień wydania decyzji o wykluczeniu złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie prawo przedłożenia planu przewidującego kontynuację działalności.

Podpisy