



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 3 października 2019 r.\*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Procedura udzielania zamówień publicznych – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 57 ust. 4 – Fakultatywne podstawy wykluczenia – Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – Rozwiązanie wcześniejszej umowy o udzielenie zamówienia publicznego z powodu częściowego podwykonawstwa – Pojęcie „znaczących lub uporczywych niedociągnięć” – Zakres

W sprawie C-267/18

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia) postanowieniem z dnia 2 kwietnia 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 17 kwietnia 2018 r., w postępowaniu:

**Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA**

przeciwko

**Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA,**

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: M. Vilaras, prezes izby, K. Jürimäe, D. Šváby (sprawozdawca), S. Rodin i N. Piçarra, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: R. Șereș, administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 lutego 2019 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA przez I.G. Iacob, R.E. Cîrlig, I. Cojocar, A.M. Abrudan oraz M. I. Macoveia, avocați,
- w imieniu rządu rumuńskiego przez C.R. Cantăra, R.I. Hațeganu oraz L. Lițu, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

\* Język postępowania: rumuński.

– w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Biolana, P. Ondrůška oraz L. Haasbeek, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na rozprawie w dniu 8 maja 2019 r.,

wydaje następujący

### Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 57 ust. 4 lit. g) 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 między Delta Antrepriză od Construcții și Montaj 93 SA (zwaną dalej „Deltą”) a Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (zwaną dalej „CNAIR”), działającą jako instytucja zamawiająca, w przedmiocie wykluczenia Deltę z udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

### Ramy prawne

#### *Prawo Unii*

#### *Dyrektywa 2014/24*

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

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

Mając na uwadze fakt, że instytucja zamawiająca będzie odpowiadać za skutki swojej ewentualnie błędnej decyzji, instytucje zamawiające powinny również zachować możliwość uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego, gdy – przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia – mogą one wykazać za pomocą dowolnych środków, że dany wykonawca naruszył swoje obowiązki, w tym obowiązki dotyczące płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, chyba że przepisy krajowe stanowią inaczej. Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń.

Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności 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 państwu członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym”.

4 Artykuł 57 tej dyrektywy, zatytułowany „Podstawy wykluczenia”, stanowi:

„[...]

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

[...]

g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsz[ej] umow[y] w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji;

h) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59; lub

[...]

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

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

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

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący [wywołuje skutki].

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. Państwa członkowskie powinny w szczególności ustalić maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4”.

5 Zgodnie z art. 71 wspomnianej dyrektywy dotyczącej „Podwykonawstwa”:

„[...]”

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.

[...]”

5. W przypadku zamówień na roboty budowlane i w odniesieniu do usług, które mają być wykonane na obiekcie pod bezpośrednim nadzorem instytucji zamawiającej, po udzieleniu zamówienia i nie później niż w chwili rozpoczęcia realizacji zamówienia, instytucja zamawiająca wymaga od głównego wykonawcy, by wskazał instytucji zamawiającej nazwę/imię i nazwisko, dane kontaktowe i przedstawicieli prawnych podwykonawców tegoż głównego wykonawcy, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, w zakresie znanym w tym momencie. Instytucja zamawiająca wymaga od głównego wykonawcy, by powiadamiał ją o wszelkich zmianach w odniesieniu do tych informacji w trakcie zamówienia, a także by przekazywał jej wymagane informacje na temat ewentualnych nowych podwykonawców, których w późniejszym okresie angażuje do realizacji takich robót budowlanych lub usług.

Niezależnie od akapitu pierwszego państwa członkowskie mogą ewentualnie nałożyć obowiązek dostarczenia wymaganych informacji bezpośrednio na głównego wykonawcę.

Gdy jest to konieczne do celów ust. 6 lit. b) niniejszego artykułu, wymaganym informacjom towarzyszą oświadczenia własne podwykonawców, przewidziane w art. 59. Środki wykonawcze na mocy ust. 8 niniejszego artykułu mogą przewidywać, że podwykonawcy przedstawiani po udzieleniu zamówienia przedkładają zaświadczenia i inne dokumenty potwierdzające zamiast oświadczeń własnych.

Przepisy akapitu pierwszego nie mają zastosowania do dostawców.

Instytucje zamawiające mogą rozszerzyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do rozszerzenia obowiązków przewidzianych w akapicie pierwszym przykładowo na:

- a) zamówienia na dostawy, zamówienia na usługi inne niż te dotyczące usług, które mają być wykonane na obiektach pod bezpośrednim nadzorem instytucji zamawiającej, lub na dostawców uczestniczących w zamówieniach na roboty budowlane lub usługi;
- b) podwykonawców będących podwykonawcami podwykonawców głównego wykonawcy lub na dalsze podmioty w łańcuchu podwykonawców.

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 – samodzielnie lub na żądanie państwa członkowskiego – wymagać, by wykonawca zastąpił podwykonawcę, w odniesieniu do którego weryfikacja wykazała, że istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

[...]”.

#### *Rozporządzenie wykonawcze (UE) 2016/7*

- 6 Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.U. 2016, L 3, s. 16) zawiera załącznik 2, zatytułowany „Standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia”. Część III tego załącznika, zatytułowana „Podstawy wykluczenia”, określa szczegółowe zasady stosowania art. 57 dyrektywy 2014/24.

### *Prawo rumuńskie*

- 7 Artykuł 167 ust. 1 Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (ustawy nr 98/2016 o zamówieniach publicznych) z dnia 19 maja 2016 r. (*Monitorul Oficial al României*, część I, nr 390 z dnia 23 maja 2016 r.) stanowi:

„1. Instytucja zamawiająca wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy ramowej każdego wykonawcę w sytuacji, gdy:

[...]

- g) wykonawca poważnie lub wielokrotnie naruszył swoje podstawowe obowiązki w ramach zawartej wcześniej umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy sektorowej lub umowy w sprawie koncesji i naruszenia te doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania wspomnianej poprzedniej umowy, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji;
- h) wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które były wymagane przez instytucję zamawiającą do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji i wyboru, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów potwierdzających; [...]

[...]

8. Do celów ust. 1 lit. g) za poważne naruszenia obowiązków umownych uważa się, przykładowo, niewykonanie umowy lub dostawy lub świadczenia lub wykonanie produktów, usług lub robót wykazujące poważne niezgodności, które czynią je niezdatnymi do użytku zgodnie z przeznaczeniem określonym w umowie”.

- 8 Artykuł 171 tej ustawy przewiduje:

„1. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji wymienionych w art. 164 i 167, które prowadzą do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego wiarygodności w konkretnym przypadku, pomimo istnienia podstaw wykluczenia.

2. Jeżeli instytucja zamawiająca uzna, że dowody przedstawione przez wykonawcę zgodnie z postanowieniami ust. 1 są w konkretnym przypadku wystarczające do wykazania jego wiarygodności, nie wyklucza wykonawcy z postępowania.

3. Dowody, które wykonawca znajdujący się w którejkolwiek z sytuacji przewidzianych w art. 164 i 167 może przedstawić instytucji zamawiającej w rozumieniu postanowień ust. 1, dotyczą płatności dokonanej przez wykonawcę lub przyjętego przez wykonawcę zobowiązania do zapłaty odpowiedniego odszkodowania za wszelkie szkody spowodowane naruszeniem lub innym czynem niedozwolonym, do wyczerpującego wyjaśnienia przez wykonawcę okoliczności faktycznych, w których zostało popełnione naruszenie lub czyn niedozwolony, poprzez aktywną współpracę z organami prowadzącymi dochodzenie, oraz do przyjęcia przez wykonawcę konkretnych i odpowiednich środków w dziedzinie technicznej i organizacyjnej oraz personelu, takich jak zerwanie stosunków z osobami i organizacjami zaangażowanymi w nieprawidłowe zachowanie, środki reorganizacji personelu, stosowanie systemów kontroli i sprawozdawczości, stworzenie struktury kontroli wewnętrznej w celu weryfikacji przestrzegania przepisów prawa i innych zasad lub przyjęcie wewnętrznych zasad dotyczących odpowiedzialności i zapłaty odszkodowania, aby uniknąć popełnienia nowych naruszeń lub innych czynów niedozwolonych. [...]”.

## Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

- 9 Decyzją z dnia 3 października 2014 r. gmina Râmîncu Vâlcea (Rumunia) (zwana dalej „gminą”) udzieliła tymczasowemu związkowi przedsiębiorstw, na którego czele stała Delta (zwanemu dalej „TZP nr 1”), zamówienia na roboty budowlane w zakresie remontu i modernizacji obiektu rekreacyjnego (zwanego dalej „zamówieniem nr 1”).
- 10 W dniu 7 czerwca 2017 r. gmina ta rozwiązała umowę na tej podstawie, że bez jej uprzedniej zgody TZP nr 1 skorzystało z usług podwykonawcy.
- 11 W dniu 25 lipca 2017 r. wspomniana gmina złożyła na platformie internetowej zwanej „Elektronicznym Systemem Zamówień Publicznych” (zwanej dalej „platformą ESZP”) oświadczenie (zwane dalej „oświadczeniem”), wskazujące, z jednej strony, że umowa ta została rozwiązana z powodu naruszenia popełnionego przez TZP nr 1, oraz z drugiej strony, że wspomniane rozwiązanie wyrządziło jej szkodę oszacowaną na 2 345 299,70 lei rumuńskich (RON) (około 521 000 EUR).
- 12 Przez ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27 lipca 2017 r. CNAIR wszczął otwarte postępowanie przetargowe, którego przedmiotem były roboty budowlane mające na celu poszerzenie drogi krajowej. W tym celu zaplanował zawarcie umowy ramowej na kwotę 210 627 629 RON (około 46 806 140 EUR) na okres 84 miesięcy.
- 13 W ramach tego postępowania ofertę złożył tymczasowy związek przedsiębiorstw utworzony przez Deltę, Aleandri SpA i Luca Way Srl (zwany dalej „TZP nr 2”).
- 14 Po skonsultowaniu platformy ESZP odnośnie do każdego oferenta komisja przetargowa CNAIR zapoznała się z zawartym tam oświadczeniem i zażądała wyjaśnień w tym zakresie od gminy i od Deltę.
- 15 W odpowiedzi na to wezwanie do udzielenia wyjaśnień Delta wskazała, z jednej strony, że nawet gdyby wspomniane oświadczenie odzwierciedlało rzeczywistość, to nie wykazywało ono, iż kilkakrotnie poważnie naruszyła ona swoje zobowiązania umowne, oraz z drugiej strony, że wniosła dwie skargi do sądów rumuńskich, które są obecnie rozpoznawane i które zostały skierowane odpowiednio, przeciwko takiemu oświadczeniu oraz przeciwko decyzji o rozwiązaniu umowy dotyczącej zamówienia nr 1.
- 16 Z kolei gmina potwierdziła, że rozwiązanie umowy dotyczącej zamówienia nr 1 było uzasadnione tym, że w czasie trwania umowy znaczna część odnośnych robót została zlecona podwykonawcom bez jej uprzedniej zgody.
- 17 W świetle otrzymanych w ten sposób odpowiedzi komisja przetargowa CNAIR stwierdziła, że Delta nie wykazała, iż oświadczenie zostało zawieszono lub unieważnione. Ponadto, po tym jak TZP nr 2 oświadczyło w ramach jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, że brak było względem niego podstawy wykluczenia dotyczącej poważnego wykroczenia zawodowego lub sytuacji prowadzącej do wcześniejszego rozwiązania umowy dotyczącej wcześniejszego zamówienia publicznego, odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji w związku z zamówieniem nr 1, komisja ta uznała, że oferta złożona przez ów związek była objęta postanowieniami art. 167 ust. 1 lit. g) ustawy nr 98/2016. W konsekwencji CNAIR wykluczył ofertę TZP nr 2 decyzją z dnia 18 grudnia 2017 r. (zwaną dalej „decyzją o wykluczeniu”).
- 18 W związku z tym Delta zwróciła się do CNAIR o usunięcie rzekomego naruszenia przepisów dotyczących zamówień publicznych poprzez cofnięcie decyzji o wykluczeniu oraz o ponowną ocenę dokumentacji i oferty złożonej przez TZP nr 2.
- 19 Z postanowienia odsyłającego wynika, że wniosek ten pozostał bez odpowiedzi ze strony CNAIR.

- 20 W dniu 8 stycznia 2018 r. roku Delta wniosła sprzeciw do Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (krajowej rady ds. rozpatrywania sprzeciwów, Rumunia, zwanej dalej „CNSC”), który został oddalony decyzją z dnia 2 lutego 2018 r. W decyzji tej CNSC uznało się za niewłaściwe do oceny zgodności z prawem oświadczenia i do stwierdzenia ewentualnego naruszenia zobowiązań przy wykonywaniu zamówienia nr 1. Niemniej jednak wyjaśniło, że ponieważ oświadczenie nie zostało unieważnione prawomocnym orzeczeniem, korzystało ono z domniemania zgodności z prawem, stanowiąc w ten sposób dowód poważnego naruszenia zobowiązań umownych wynikających z zamówienia nr 1. CNSC zauważyło również, że instytucja zamawiająca oparła się nie tylko na tym oświadczeniu w celu wykluczenia TZP nr 2. W rzeczywistości bowiem podjęła ona kroki w celu oceny dowodów wynikających z owych oświadczeń i oparła się na uwagach stron w postępowaniu głównym. Wreszcie, TZP nr 2 powołało się wyłącznie na niezgodność z prawem oświadczenia, nie przedstawiając dowodów na poparcie swojej wiarygodności z punktu widzenia powodów wykluczenia zgodnie z art. 171 ustawy nr 98/2016.
- 21 W celu uzyskania stwierdzenia nieważności decyzji wydanej przez CNSC w dniu 2 lutego 2018 r. Delta w dniu 16 lutego 2018 r. wniosła skargę przeciwko CNAIR do Curtea de Apel București (sądu apelacyjnego w Bukareszcie, Rumunia).
- 22 Delta kwestionuje prawo CNAIR do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane mające na celu poszerzenie drogi krajowej na podstawie decyzji o rozwiązaniu umowy, o której mowa w pkt 10 niniejszego wyroku. W rzeczywistości bowiem rozwiązanie umowy dotyczącej zamówienia nr 1 na tej podstawie, że część prac została zlecona podwykonawcy bez uprzedniej zgody instytucji zamawiającej, stanowiło jej zdaniem drobną nieprawidłowość, a nie naruszenie głównego zobowiązania wynikającego z umowy o zamówienie. Tym samym takie drobne naruszenie może prowadzić do wykluczenia wykonawcy jedynie w wyjątkowych okolicznościach zgodnie z motywem 101 dyrektywy 2014/24. W tym względzie Delta powołuje się na pkt 30 wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), z którego miałyby wynikać, że pojęcie „poważnego wykroczenia” obejmuje zachowanie danego wykonawcy wykazujące zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.
- 23 Stwierdzając, że Trybunał nie miał jeszcze okazji dokonania wykładni art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24, Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie) postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy [2014/24] można interpretować w ten sposób, że rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu tego, że część robót została zlecona podwykonawcom bez zgody instytucji zamawiającej, stanowi znaczące lub uporczywe niedociągnięcie w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które prowadzi do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?”.

### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 24 Przez swoje pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy wykładni art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 należy dokonywać w ten sposób, że zlecenie podwykonawcy przez wykonawcę części robót budowlanych w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego, o którym to zleceniu zadecydowano bez zgody instytucji zamawiającej i które doprowadziło do rozwiązania umowy dotyczącej tego zamówienia, stanowi znaczące lub uporczywe niedociągnięcie stwierdzone przy wykonywaniu istotnego zobowiązania dotyczącego wspomnianego zamówienia publicznego w rozumieniu wspomnianego przepisu i uzasadnia wykluczenie tego wykonawcy z udziału w późniejszym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

- 25 Z brzmienia art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 wynika, że prawodawca Unii zamierzał powierzyć instytucji zamawiającej i tylko jej na etapie selekcji oferentów dokonanie oceny tego, czy danego kandydata lub oferenta należy wykluczyć z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 34).
- 26 Uprawnienie do wykluczenia oferenta z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, jakim dysponuje każda instytucja zamawiająca, ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów. W szczególności fakultatywna podstawa wykluczenia wymieniona w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 101 opiera się na istotnym elemencie stosunku między zwycięskim oferentem a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 29, 30).
- 27 Ustanowienie stosunku opartego na zaufaniu pomiędzy instytucją zamawiającą a wybranym oferentem zakłada zatem, że owa instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 30, 32). Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny. W tym względzie, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 32 opinii, z brzmienia art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 wynika, że naruszenie popełnione przez oferenta musi być wystarczająco poważne, aby uzasadnić rozwiązanie umowy z punktu widzenia zasady proporcjonalności.
- 28 Wynika z tego, że z decyzji innej instytucji zamawiającej o rozwiązaniu wcześniejszej umowy dotyczącej zamówienia publicznego z tego powodu, że wykonawca zlecił podwykonawcy część prac bez jej zgody, instytucja zamawiająca nie może automatycznie wywnioskować, że ów wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. g) w wykonaniu istotnego zobowiązania dotyczącego tego zamówienia publicznego.
- 29 Do instytucji zamawiającej należy bowiem dokonanie własnej oceny zachowania wykonawcy, którego dotyczy rozwiązanie umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego. W tym względzie instytucja ta musi zbadać z należytą starannością i bezstronnością na podstawie wszystkich istotnych elementów, w szczególności decyzji o rozwiązaniu umowy, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, czy ów wykonawca jest jej zdaniem odpowiedzialny za znaczące lub uporczywe niedociągnięcia popełnione przy wykonywaniu zobowiązania ciążącego na nim w ramach wspomnianego zamówienia, ponieważ rzeczone uchybienia mogą spowodować utratę zaufania do danego wykonawcy.
- 30 W okolicznościach postępowania głównego CNAIR powinien w szczególności ustalić, czy jego zdaniem skorzystanie przez TZP nr 1 z podwykonawcy bez uprzedniego wystąpienia o zgodę do gminy stanowiło znaczące niedociągnięcie, a jeżeli tak, to czy owo niedociągnięcie miało wpływ na wykonanie istotnego zobowiązania ciążącego na zwycięskim oferencie w ramach zamówienia nr 1.
- 31 W tym celu CNAIR powinien zbadać wagę tej części zamówienia nr 1, która została zlecona podwykonawcy, i ustalić, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 45 opinii, czy interwencja podwykonawcy miała negatywny wpływ na wykonanie tego zamówienia.
- 32 Powinien on również zbadać, czy umowa dotycząca tego zamówienia zawierała zobowiązanie do osobistego wykonania przez zwycięskiego oferenta lub czy uzależniała skorzystanie z podwykonawcy od uzyskania uprzedniej zgody gminy, przy czym wymogi te są zgodne z art. 71 ust. 2 dyrektywy 2014/24, jak zauważył zasadniczo rzecznik generalny w pkt 39 opinii. Z przepisu tego wynika bowiem, że „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”. Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 38 opinii, instytucja zamawiająca jest w stanie ocenić, czy podwykonawca jest wiarygodny, jedynie na podstawie tych informacji. Wniosek o uprzednią zgodę instytucji zamawiającej ma w szczególności na celu umożliwienie tej ostatniej upewnienia się, że nie ma podstaw do wykluczenia podwykonawcy, z którego usług ma zamiar skorzystać zwycięski oferent.

- 33 CNAIR powinien ponadto rozważyć, czy skorzystanie z podwykonawcy nie może stanowić istotnej zmiany w ofercie zwycięskiego oferenta (zob. analogicznie wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 39), w tym znaczeniu, że wprowadza ono warunki, które jeżeli zostałyby przewidziane w ramach pierwotnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, pozwoliłyby na dopuszczenie innych oferentów niż dopuszczeni oferenci lub które pozwoliłyby na wybranie innej oferty niż oferta pierwotnie wybrana (wyroki: z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 38; z dnia 19 czerwca 2008 r., presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 35).
- 34 Ponadto do CNAIR należy ocena, czy nie informując o rozwiązaniu umowy dotyczącej wykonania zamówienia nr 1, TZP nr 2 nie zachowało się w sposób, o którym mowa w art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy 2014/24. W rzeczywistości bowiem, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 53 opinii, przepis ten obejmuje zarówno zachowania czynne, takie jak sfałszowanie, jak i zaniechanie, ponieważ podanie do wiadomości nieprawdziwych informacji, podobnie jak ukrycie prawdziwych informacji, może mieć wpływ na decyzję podejmowaną przez instytucję zamawiającą.
- 35 Taką interpretację potwierdza ponadto art. 57 ust. 5 akapit drugi dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym „[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”.
- 36 W niniejszym przypadku, ponieważ rozwiązanie umowy dotyczącej zamówienia nr 1 zostało formalnie stwierdzone, do TZP nr 2 należało na podstawie wymogów przejrzystości i lojalności poinformowanie instytucji zamawiającej o swojej sytuacji. W związku z tym powinno ono być już na początku dostarczyć wszystkich informacji mogących wykazać, że kwalifikacja podwykonawstwa była błędna, a tym samym że nie naruszyło ono swoich zobowiązań w ramach zamówienia nr 1 lub też że brak uzyskania zgody instytucji zamawiającej w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego stanowił jedynie drobną nieprawidłowość. Takie wyjaśnienia mogły zostać zawarte w szczególności w standardowym formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, załączonym do rozporządzenia wykonawczego 2016/7. W rzeczywistości bowiem część III tego formularza, która została poświęcona „Podstawom wykluczenia”, zawiera pkt C dotyczący „Podstaw związanych z niewyplącalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”. Otóż, w ramach tego pkt C kandydaci powinni odpowiedzieć między innymi na pytanie dotyczące tego, czy są winni poważnego wykroczenia zawodowego, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej proszeni są o podanie szczegółów.
- 37 Wreszcie, jeżeli instytucja zamawiająca stwierdzi, że zostały spełnione warunki określone w art. 57 ust. 4 lit. g) lub h) dyrektywy 2014/24, musi ona w celu poszanowania postanowień art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w związku z jej motywem 102 umożliwić danemu wykonawcy przedstawienie dowodów świadczących o tym, że podjęte przez niego środki naprawcze są wystarczające dla uniknięcia powtórzenia nieprawidłowości, która doprowadziła do rozwiązania umowy dotyczącej wcześniejszego zamówienia publicznego, i że w związku z tym mogą one wykazać jego wiarygodność pomimo istnienia istotnej fakultatywnej podstawy wykluczenia.

- 38 W tych okolicznościach na przedstawione pytanie trzeba odpowiedzieć, iż art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że zlecenie podwykonawcy przez wykonawcę części robót budowlanych w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego, o którym to podwykonawstwie zadecydowano bez zgody instytucji zamawiającej i które doprowadziło do rozwiązania umowy dotyczącej tego zamówienia, stanowi znaczące lub uporczywe niedociągnięcie przy wykonywaniu istotnego zobowiązania związanego ze wspomnianym zamówieniem w rozumieniu rzeczzonego przepisu, a zatem może ono uzasadniać wykluczenie tego wykonawcy z udziału w późniejszym postępowaniu w sprawie udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli po przeprowadzeniu własnej oceny uczciwości i wiarygodności wykonawcy, którego dotyczyło rozwiązanie umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca prowadząca owo kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia uzna, że takie podwykonawstwo prowadzi do utraty zaufania do danego wykonawcy. Jednakże przed orzeczeniem takiego wykluczenia instytucja zamawiająca powinna zgodnie z art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w związku z jej motywem 102 umożliwić temu wykonawcy przedstawienie środków naprawczych, które przyjął w wyniku rozwiązania umowy dotyczącej wcześniejszego zamówienia publicznego.

### **W przedmiocie kosztów**

- 39 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

**Artykuł 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że zlecenie podwykonawcy przez wykonawcę części robót budowlanych w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego, o którym to podwykonawstwie zadecydowano bez zgody instytucji zamawiającej i które doprowadziło do rozwiązania umowy dotyczącej tego zamówienia, stanowi znaczące lub uporczywe niedociągnięcie przy wykonywaniu istotnego zobowiązania związanego ze wspomnianym zamówieniem w rozumieniu rzeczzonego przepisu, a zatem może ono uzasadniać wykluczenie tego wykonawcy z udziału w późniejszym postępowaniu w sprawie udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli po przeprowadzeniu własnej oceny uczciwości i wiarygodności wykonawcy, którego dotyczyło rozwiązanie umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca prowadząca owo kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia uzna, że takie podwykonawstwo prowadzi do utraty zaufania do danego wykonawcy. Jednakże przed orzeczeniem takiego wykluczenia instytucja zamawiająca powinna zgodnie z art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w związku z jej motywem 102 umożliwić temu wykonawcy przedstawienie środków naprawczych, które przyjął w wyniku rozwiązania umowy dotyczącej wcześniejszego zamówienia publicznego.**

Podpisy