



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 26 stycznia 2023 r. *

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 57 ust. 4 lit. g) – Fakultatywna podstawa wykluczenia związana z niedociągnięciami w ramach wcześniejszego zamówienia – Zamówienie udzielone konsorcjum – Rozwiązanie umowy w sprawie tego zamówienia – Automatyczne wpisanie wszystkich członków konsorcjum do wykazu nierzetelnych wykonawców – Zasada proporcjonalności – Dyrektywa 89/665/CEE – Artykuł 1 ust. 1 i 3 – Prawo do skutecznego środka odwoławczego

W sprawie C-682/21

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowieniem z dnia 11 listopada 2021 r., które wpłynęło do Trybunału tego samego dnia, w postępowaniu:

„HSC Baltic” UAB,

„Mitnija” UAB,

„Montuotojas” UAB

przeciwko

Vilniaus miesto savivaldybės administracija,

przy udziale:

„Active Construction Management” UAB, w upadłości,

„Vilniaus vystymo kompanija” UAB,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: C. Lycourgos (sprawozdawca), prezes izby, L.S. Rossi, J.-C. Bonichot, S. Rodin i O. Spineanu-Matei, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

* Język postępowania: litewski.

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu rządu litewskiego – K. Dieninis, V. Kazlauskaitė-Švenčionienė oraz E. Kurelaitytė, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu czeskiego – L. Halajová, M. Smolek oraz J. Vlácil, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej – P. Ondrůšek, A. Steiblytė oraz G. Wils, w charakterze pełnomocników,

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

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 18 ust. 1, art. 57 ust. 4 lit. g) i art. 57 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), a także art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.U. 2017, L 94, s. 1).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporów pomiędzy „HSC Baltic” UAB, „Mitnija” UAB i „Montuotojas” UAB a Vilniaus miesto savivaldybės administracija (urzędem miasta Wilno, Litwa) (zwanym dalej „miastem Wilno”), popieranym przez „Active Construction Management” UAB, w upadłości, i „Vilniaus vystymo kompanija” UAB, w przedmiocie skutków rozwiązania przez HSC Baltic, Mitnija i Montuotojas umowy w sprawie zamówienia publicznego udzielonego grupie wykonawców, do której należały te spółki.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 89/665

- 3 Artykuł 1 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie [2014/24] [...].

[...]

Państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić [...] możliwość skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

[...]

3. Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

[...]”.

Dyrektywa 2014/24

4 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 [...].

[...] 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 poddające 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 [...].

(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 wykluczany jedynie ze wspomnianych względów [...].”

5 Artykuł 18 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi w ust. 1:
„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

[...]”.

6 Artykuł 57 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Podstawy wykluczenia”, przewiduje:

„[...]

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;

[...]

6. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte [przyjęte] 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.

[...]

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

7 Artykuł 90 owej dyrektywy stanowi w ust. 1:

„Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r. [...]”.

8 Zgodnie z art. 91 dyrektywy 2014/24:

„Dyrektywę 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)] uchyla się ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r.

[...]”.

Prawo litewskie

Ustawa o zamówieniach publicznych

9 Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (ustawa Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych), w brzmieniu mającym zastosowanie w sprawie w postępowaniu głównym (zwana dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”), stanowi w art. 2 pkt 36:

„»Dostawca« oznacza wykonawcę – osobę fizyczną lub osobę prawną prawa prywatnego lub publicznego, inną organizację i jej członków lub grupę składającą się z takich osób, w tym tymczasowe stowarzyszenie podmiotów gospodarczych, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych, dostawę towarów lub świadczenie usług”.

10 Artykuł 46 tej ustawy stanowi:

„[...]”

4. „Instytucja zamawiająca wyklucza dostawcę z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli:

[...]”

6) dostawca nie wykonał zamówienia udzielonego zgodnie z niniejszą ustawą, [...] lub umowy koncesyjnej, lub niewłaściwie ją wykonał, co stanowiło istotne naruszenie umowy określone w kodeksie cywilnym [...], którego skutkiem było rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia w ciągu poprzednich trzech lat lub prawomocne orzeczenie wydane w ciągu trzech poprzednich lat, które uwzględniało roszczenia odszkodowawcze instytucji zamawiającej, podmiotu zamawiającego lub organu zamawiającego w związku ze szkodą, jaką poniosły w związku z istotnymi lub powtarzającymi uchybieniami w wykonaniu przez dostawcę istotnego postanowienia umowy w sprawie zamówienia, lub decyzja instytucji zamawiającej wydana w okresie trzech wcześniejszych lat stwierdzająca istotne lub uporczywe niedociągnięcia w wykonaniu przez dostawcę istotnych warunków zamówienia i nakładająca z tego powodu karę umowną [...].

[...]”

8. Jeżeli dostawca nie spełnia wymogów określonych w ust. 1, 4 i 6 niniejszego artykułu, instytucja zamawiająca nie wyklucza go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli spełnione są dwa następujące warunki:

1) dostawca przedstawił instytucji zamawiającej informacje wskazujące na przyjęcie następujących środków:

- a) dobrowolna zapłata lub zobowiązanie się do zapłaty odszkodowania za szkodę spowodowaną uchybieniem lub naruszeniem, o którym mowa, w odpowiednim przypadku, w ust. 1, 4 lub 6 niniejszego artykułu;
 - b) współpraca, aktywna pomoc lub przyjęcie innych środków, które przyczyniają się do wyjaśnienia lub określenia popełnionego przez niego, w odpowiednim przypadku, naruszenia lub uchybienia;
 - c) przyjęcie środków technicznych lub środków w zakresie organizacji i zarządzania pracownikami, mających na celu zapobieganie innym naruszeniom lub uchybieniom;
- 2) instytucja zamawiająca dokonała oceny informacji przedstawionych przez dostawcę na podstawie z pkt 1 niniejszego ustępu i wydała uzasadnioną decyzję, zgodnie z którą środki podjęte przez dostawcę w celu wykazania jego rzetelności są wystarczające [...].
- 11 Zgodnie z art. 91 ust. 1 wspomnianej ustawy w brzmieniu podanym przez sąd odsyłający:

„Instytucja zamawiająca publikuje, najpóźniej w ciągu 10 dni, na stronie głównej zamówień publicznych, zgodnie z zasadami określonymi przez organ ds. zamówień publicznych, informacje o dostawcach (w przypadku grupy dostawców – informacje dotyczące wszystkich członków tej grupy), którzy nie wykonali zamówienia lub wykonali je w sposób nieprawidłowy, a także, w przypadku gdy uchybienie dotyczy części zamówienia, która została im powierzona, informacje dotyczące wykonawców, którymi posłużył się dostawca i którzy byli solidarnie odpowiedzialni z dostawca za prawidłowe wykonanie zamówienia [...]”.

Kodeks cywilny

- 12 Artykuł 6.6 Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (kodeksu cywilnego Republiki Litewskiej) stanowi:

„1. Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie nie można domniemywać odpowiedzialności solidarnej dłużników. Pojawia się ono wyłącznie w przypadkach przewidzianych przez prawo lub uzgodnionych przez strony, jak również gdy przedmiot zobowiązania jest niepodzielny.

[...]

3. Domniemywa się solidarność między dłużnikami, jeżeli zobowiązanie dotyczy świadczenia usług, wspólnej działalności lub naprawienia szkody spowodowanej przez działania kilku osób.

[...]”.

- 13 Artykuł 6.15 tego kodeksu stanowi w ust. 1:

„Jeżeli wykonanie zobowiązania jest niemożliwe z winy jednego ze współdłużników, inni współdłużnicy nie są zwolnieni z odpowiedzialności z tytułu niewykonania zobowiązania”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 14 W dniu 7 grudnia 2016 r. miasto Wilno opublikowało ogłoszenie o zamówieniu publicznym o wartości 21 793 166,72 EUR, bez podatku od wartości dodanej, na roboty budowlane wielofunkcyjnego centrum odnowy biologicznej (zwane dalej „spornym zamówieniem”).
- 15 Zawarta w dniu 30 stycznia 2017 r. umowa konsorcjum pomiędzy Active Construction Management, HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas i „Axis Power” UAB wyznaczyła dla celów uczestnictwa w spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wykonywania prac budowlanych w przypadku jego udzielenia Active Construction Management jako lidera owego konsorcjum. Ustalono również, że poszczególne udziały, według wartości wkładów do konsorcjum, będą rozdzielone w następujący sposób: Active Construction Management – 65%, HSC Baltic – 15%, Axis Power – 10%, Mitnija – 5% i Montuotojas – 5%.
- 16 W dniu 5 czerwca 2017 r. miasto Wilno udzieliło spornego zamówienia wspomnianemu konsorcjum. Ponieważ termin realizacji robót został ustalony na 18 miesięcy, zamówienie to miało zostać wykonane najpóźniej do dnia 5 grudnia 2018 r.
- 17 Jako że prace nie zostały ukończone w tym terminie, termin zakończenia prac został przesunięty na dzień 28 maja 2020 r. W trakcie tego dodatkowego okresu prace nie postępowywały zgodnie z przewidzianym harmonogramem.
- 18 Postanowieniem z dnia 28 października 2019 r. Vilniaus apygardos teismas (sąd okręgowy w Wilnie, Litwa) na wniosek osoby zarządzającej Active Construction Management wszczął wobec tej spółki postępowanie upadłościowe. W dniu 6 grudnia 2019 r. syndyk masy upadłościowej poinformował HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas, Axis Power, a także miasto Wilno o owym postępowaniu upadłościowym, a także o tym, że lider konsorcjum nie będzie dalej wykonywał spornego zamówienia.
- 19 W dniu 22 stycznia 2020 r. miasto Wilno poinformowało spółki HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas i Axis Power o tym, że rozwiązuje umowę w sprawie spornego zamówienia z powodu istotnego uchybienia polegającego na porzuceniu i pozostawieniu bez nadzoru budowy, na braku ustanowienia nowej gwarancji, na nieprzestrzeganiu harmonogramu prac oraz na braku zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.
- 20 Spółki te wniosły do Vilniaus apygardos teismas (sądu okręgowego w Wilnie) skargę zmierzającą do stwierdzenia niezgodności z prawem rozwiązania umowy w sprawie spornego zamówienia przez miasto Wilno i wpisania ich do wykazu nierzetelnych wykonawców znajdującego się na głównej stronie internetowej zamówień publicznych.
- 21 Wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2020 r. sąd ten oddalił skargę, stwierdzając, że miasto Wilno słusznie wskazało na problemy związane z wykonywaniem prac przez lidera i innych członków konsorcjum. Ponieważ spółki te były solidarnie odpowiedzialne za prawidłowe wykonanie spornego zamówienia, a umowa w sprawie owego zamówienia została rozwiązana, instytucja zamawiająca nie dysponowała zakresem uznania pozwalającym jej na niedokonanie wpisu wszystkich członków konsorcjum do wykazu nierzetelnych wykonawców. Wpis ten nie uniemożliwiał wspomnianym spółkom zrehabilitowanie się i uczestnictwo w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

- 22 Spółki HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas i Axis Power wniosły apelację od tego wyroku do Lietuvos apeliacinis teismas (litewskiego sądu apelacyjnego). Sąd ten oddalił apelację wyrokiem z dnia 21 stycznia 2021 r., przyjmując rozumowanie sądu pierwszej instancji.
- 23 W dniu 22 stycznia 2021 r. Viešųjų pirkimų tarnyba (urząd zamówień publicznych, Litwa) wpisał z inicjatywy miasta Wilno członków konsorcjum do wykazu nierzetelnych wykonawców.
- 24 Spółki HSC Baltic, Mitnija i Montuotojas wniosły od wyroku z dnia 21 stycznia 2021 r. Lietuvos apeliacinis teismas (litewskiego sądu apelacyjnego) skargę kasacyjną do Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądu najwyższego Litwy), sądu odsyłającego.
- 25 W dniu 15 marca 2021 r. spółki HSC Baltic, Mitnija i Montuotojas zwróciły się do sądu odsyłającego o nakazanie, tytułem środka tymczasowego, wykreślenia ich nazw z wykazu nierzetelnych dostawców. Wyrokiem z dnia 31 marca 2021 r. sąd ten uwzględnił to żądanie.
- 26 W dniu 11 listopada 2021 r. wspomniany sąd wydał wyrok, w którym częściowo orzekł w przedmiocie skargi, oddalając zarzuty spółek HSC Baltic, Mitnija i Montuotojas oparte na niezgodności z prawem rozwiązania umowy w sprawie spornego zamówienia.
- 27 Sąd odsyłający uważa, że aby móc orzec o wpisie owych spółek do wykazu nierzetelnych dostawców, że konieczne jest uzyskanie pewnych wyjaśnień dotyczących zakresu prawa Unii.
- 28 W tym względzie sąd ten wskazuje na wstępie, że ustawodawca litewski zbyt późno transponował dyrektywę 2014/24, ze skutkiem od dnia 1 lipca 2017 r., po dniu 18 kwietnia 2016 r., dacie upływu terminu do dokonania transpozycji tej dyrektywy. Uważa on jednak, że wspomniana dyrektywa może mieć zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym.
- 29 Rzeczonemu sąd zastanawia się, czy automatyczne wpisanie do wykazu nierzetelnych dostawców każdego wykonawcy ponoszącego prawnie odpowiedzialność za uchybienie, które doprowadziło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest zgodne z wymogiem zindywidualizowanej oceny w ramach stosowania podstaw wykluczenia przewidzianych w dyrektywie 2014/24.
- 30 Zauważa on, że w świetle zakresu wyrażenia „decyzje podjęte przez instytucje zamawiające” zawartego w art. 1 dyrektywy 89/665 wpisanie wykonawcy do wykazu nierzetelnych dostawców może stanowić akt, od którego przysługuje odwołanie. Tymczasem prawo litewskie nie pozwala na zaskarżenie tego wpisu, ponieważ jest on uważany za zwykły skutek prawny rozwiązania umowy w sprawie zamówienia. W niniejszej sprawie do Vilniaus apygardos teismas (sądu okręgowego w Wilnie) rzeczywiście wniesiono skargę, w której kwestionowano zarówno rozwiązanie umowy, jak i wspomniany wpis do wykazu. Jednakże z uwagi na to, że wpis ten nastąpił po uprawomocnieniu się orzeczenia Lietuvos apeliacinis teismas (litewskiego sądu apelacyjnego), sąd pierwszej instancji i sąd apelacyjny nie mogły zdaniem sądu odsyłającego rozstrzygnąć części skargi dotyczącej owego wpisu.

31 W tych okolicznościach Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy art. 18 ust. 1, art. 57 ust. 4 lit. g) i art. 57 ust. 6 dyrektywy [2014/24] oraz art. 1 ust. 1 akapit czwarty i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, ale bez ograniczenia do treści tych przepisów) należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej o wpisaniu danego wykonawcy do wykazu nierzetelnych wykonawców, a tym samym o ograniczeniu na pewien czas jego zdolności do uczestnictwa w ogłoszonych później postępowaniach o udzielenie zamówienia z tego powodu, że ów wykonawca dopuścił się istotnego naruszenia umowy zawartej z tą instytucją zamawiającą, jest aktem, który może podlegać zaskarżeniu do sądu?
- 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze – czy wyżej wymienione przepisy prawa Unii (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, ale bez ograniczenia do treści tych przepisów) należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym i praktyce ich stosowania, na podstawie których: a) instytucja zamawiająca, w związku z rozwiązaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu istotnego naruszenia jej warunków, nie podejmuje formalnej (odrębnej) decyzji o wpisaniu wykonawców do wykazu nierzetelnych wykonawców; b) wykonawcy nie powiadamia się z wyprzedzeniem o mającym nastąpić wpisie do rejestru nierzetelnych wykonawców i w związku z tym nie ma on możliwości złożenia stosownych wyjaśnień, a następnie skutecznego zakwestionowania wpisu; c) zamawiający nie przeprowadza indywidualnego badania okoliczności nienależytego wykonania umowy, wobec czego jeśli umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana zgodnie z prawem z powodu istotnego jej naruszenia, wykonawca odpowiedzialny *de iure* za to naruszenie zostaje automatycznie wpisany do wykazu nierzetelnych wykonawców?
- 3) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na dwa pierwsze pytania – czy przywołane powyżej przepisy prawa Unii (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, ale bez ograniczenia do treści tych przepisów) należy interpretować w ten sposób, że partnerzy konsorcjum (podmioty tworzące wspólnego wykonawcę), którzy wykonali umowę w sprawie zamówienia publicznego rozwiązana zgodnie z prawem z powodu istotnego naruszenia jej warunków, mogą wykazać swoją rzetelność i tym samym mogą zostać wykreśleni z wykazu nierzetelnych wykonawców dzięki powołaniu się między innymi na wysokość (wartość) udziału w wykonanym zamówieniu, niewypłacalność partnera będącego liderem konsorcjum, działania tego partnera i przyczynienie się instytucji zamawiającej do niewykonania zamówienia?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

32 Pytania drugie i trzecie, które należy zbadać przed pytaniem pierwszym, dotyczą warunków, na jakich wykonawcy są po rozwiązaniu z nimi umowy w sprawie udzielonego im zamówienia publicznego wpisywani do wykazu nierzetelnych wykonawców w celu wykluczenia ich z udziału w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

33 Rozwiązanie umowy w sprawie spornego zamówienia przez miasto Wilno skutkowało tymczasowym uniemożliwieniem skarżącym w postępowaniu głównym uczestnictwa w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Po owym rozwiązaniu, o którym poinformowano skarżące w dniu 22 stycznia 2020 r., w dniu 22 stycznia 2021 r. dokonano wpisania ich do wykazu nierzetelnych dostawców. W związku z tym pytania drugie i trzecie należy zbadać w świetle dyrektywy 2014/24, która obowiązywała w tych dniach, bez konieczności badania, czy dyrektywa ta miała zastosowanie w okresie pomiędzy dniem 18 kwietnia 2016 r., czyli dniem upływu terminu na dokonanie jej transpozycji, a dniem 1 lipca 2017 r., datą jej transpozycji na Litwie.

W przedmiocie pytania drugiego

34 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy art. 18 ust. 1 i art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym lub praktyce krajowej, zgodnie z którymi w przypadku gdy instytucja zamawiająca rozwiązuje umowę w sprawie zamówienia publicznego udzielonego konsorcjum wykonawców grupie wykonawców z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć, które doprowadziły do niewykonania istotnego obowiązku w ramach tego zamówienia, każdy członek tego konsorcjum jest automatycznie wpisywany do wykazu nierzetelnych wykonawców i w ten sposób czasowo uniemożliwia się mu co do zasady uczestnictwo w nowych postępowaniach o zamówienia publiczne.

35 W tym względzie należy przede wszystkim zauważyć, że art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 pozwala wykluczyć z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego każdego wykonawcę, w przypadku którego stwierdzono znaczące lub uporczywe niedociągnięcia przy wykonywaniu istotnego obowiązku, który spoczywał na nim w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego, i to w szczególności wówczas, gdy te niedociągnięcia doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia.

36 Jak wynika z motywu 101 tej dyrektywy, przedmiotem i celem tej fakultatywnej podstawy jest wykluczenie wykonawców, których rzetelność w jest poważnie zagrożona z powodu zawinonego lub niestaranego zachowania.

37 Jeżeli państwo członkowskie określa w swoim uregulowaniu krajowym przesłanki zastosowania owej fakultatywnej podstawy wykluczenia, to musi ono uwzględniać jej określone w tym akcie istotne cechy charakterystyczne określone w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 33).

38 Ponadto stosowanie wspomnianej fakultatywnej podstawy wykluczenia musi być zgodne z zasadą proporcjonalności, ogólną zasadą prawa Unii, o której przypomina w dziedzinie zamówień publicznych art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Przestrzeganie tej zasady zasługuje na szczególną uwagę przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 57 tej dyrektywy (zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 45, 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

39 W tym względzie wykluczenie to musi, po pierwsze, mieć charakter tymczasowy. Z motywu 101 dyrektywy 2014/24 wynika bowiem, że każdy akt prawa krajowego ustalający warunki stosowania art. 57 ust. 4 lit. g) tej dyrektywy powinien przewidywać maksymalny czas trwania wykluczenia. Artykuł 57 ust. 7 wspomnianej dyrektywy uściśla, że w przypadku gdy okres ten nie został określony w prawomocnym wyroku, nie może on przekraczać trzech lat.

- 40 Po drugie, w owym okresie wykluczenia dany wykonawca powinien, o ile nie został wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prawomocnym wyrokiem, zostać dopuszczony do udziału w takim postępowaniu, jeśli przedstawi zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 dowody na to, że przyjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Podmioty gospodarcze zostają zatem zachęczone do przyjmowania środków naprawczych (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 40).
- 41 Po trzecie, zasada proporcjonalności wymaga konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy na podstawie wszystkich mających znaczenie okoliczności (wyrok z dnia 3 czerwca 2021 r., Rad Service i in., C-210/20, EU:C:2021:445, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 42 W niniejszej sprawie z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że w przypadku rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć wykonawcy przy wykonywaniu istotnego zobowiązania rozwiązanie to prowadzi na mocy właściwych przepisów krajowych do wpisania każdego wykonawcy, który był prawnie odpowiedzialny za prawidłowe wykonanie danego zamówienia, do wykazu mającego na celu umożliwienie instytucjom zamawiającym poznanie nazw wykonawców, którzy nie wykonali zamówienia publicznego lub wykonali je w sposób nieprawidłowy i którzy z tego powodu są uznawani za nierzetelnych wykonawców. Wpisanie do tego wykazu pociąga za sobą wykluczenie z każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okresie trzech lat, chyba że dany wykonawca wykaże, iż przyjął adekwatne środki naprawcze.
- 43 Sąd odsyłający wyjaśnia, że w praktyce z chwilą wydania orzeczenia sądowego potwierdzającego zgodność z prawem rozwiązania danej umowy w sprawie zamówienia wszyscy wykonawcy, którzy są prawnie odpowiedzialni za wykonanie tego zamówienia, zostają automatycznie wpisani do tego wykazu, przy czym formalnie nie zostaje wydana w tym celu decyzja.
- 44 Jeżeli chodzi o to, czy takie uregulowanie lub praktyka są zgodne z istotnymi cechami fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 i zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 18 ust. 1 tej dyrektywy, należy zauważyć, że przepisy te nie sprzeciwiają się tymczasowej rejestracji na stronie internetowej mającej na celu ułatwienie zarządzania postępowaniami o udzielanie zamówień publicznych nazw podmiotów, w przypadku których stwierdzono znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w wykonywaniu istotnego zobowiązania w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego.
- 45 Jak bowiem wskazano w pkt 35 i 36 niniejszego wyroku, owa fakultatywna podstawa wykluczenia ma na celu umożliwienie, aby dostęp takich podmiotów do postępowań o udzielanie zamówień publicznych był ograniczony przez zakaz udziału w tych postępowaniach. Takie ograniczenie zostało w niniejszym przypadku ustanowione w art. 46 ustawy o zamówieniach publicznych. Przewidziane w art. 91 tej ustawy wpisanie zainteresowanych wykonawców do elektronicznego wykazu dostępnego dla instytucji zamawiających i innych podmiotów właściwych w dziedzinie zamówień publicznych wydaje się, z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji przez sąd odsyłający, mieć na celu ułatwienie stosowania tego ograniczenia.
- 46 Niemniej jednak aby uwzględnić istotne cechy przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 fakultatywnej podstawy wykluczenia oraz zasadę proporcjonalności, system taki powinien zostać zorganizowany w taki sposób, aby przed wpisaniem do wykazu nierzetelnych wykonawców wykonawcy będącego członkiem konsorcjum, któremu udzielono zamówienia

publicznego, należało dokonać konkretnej oceny wszystkich istotnych elementów przedstawionych przez tego wykonawcę w celu wykazania, że umieszczenie jego nazwy w tym wykazie byłoby nieuzasadnione z punktu widzenia jego indywidualnego zachowania.

- 47 Nie można zatem przyjąć, żeby w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć w trakcie jego realizacji taki wykonawca automatycznie został zakwalifikowany jako nierzetelny i tymczasowo wykluczony bez uprzedniej oceny jego zachowania, w sposób konkretny i zindywidualizowany, w świetle wszystkich istotnych okoliczności.
- 48 Prawdą jest, że państwo członkowskie może ustanowić w przypadku ustalenia warunków stosowania przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 fakultatywnej podstawy wykluczenia domniemanie, zgodnie z którym przyjmuje się, że wykonawca prawnie odpowiedzialny za prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego przyczynił się przy wykonywaniu tego zamówienia do powstania lub utrzymywania się znaczących lub uporczywych niedociągnięć, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie wspomnianego zamówienia. Jednakże w sytuacji gdy zamówienie to zostało udzielone konsorcjum złożonemu z wykonawców, których indywidualny udział w owych niedociągnięciach i w ewentualnych wysiłkach służących usunięciu tych uchybień niekoniecznie jest jednakowy, takie domniemanie powinno być wzruszalne, w przeciwnym przypadku będzie bowiem stanowiło naruszenie istotnych cech owej fakultatywnej podstawy wykluczenia i przypomnianej w art. 18 ust. 1 tej dyrektywy zasady proporcjonalności.
- 49 Niezależnie bowiem od odpowiedzialności solidarnej członków takiego konsorcjum zastosowanie fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 powinno opierać się na zawinionym lub niedbałym charakterze tego indywidualnego zachowania.
- 50 W związku z tym w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym każdy członek konsorcjum, który jest prawnie odpowiedzialny za należyte wykonanie zamówienia publicznego, musi przed wpisaniem go do wykazu nierzetelnych dostawców i przed poddaniem go z tego powodu systemowi tymczasowego wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego mieć możliwość wykazania, że niedociągnięcia, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia, nie miały związku z jego indywidualnym zachowaniem. W przypadku gdy w wyniku konkretnej i zindywidualizowanej oceny zachowania danego wykonawcy w świetle wszystkich istotnych okoliczności okazuje się, że zachowanie to nie było przyczyną stwierdzonych niedociągnięć i że nie można było racjonalnie wymagać od tego wykonawcy, aby uczynił więcej, niż to zrobił w celu usunięcia tych niedociągnięć, dyrektywa 2014/24 sprzeciwia się wpisaniu owego wykonawcy do wykazu nierzetelnych dostawców (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 157, 158).
- 51 Wykładni tej nie podważa możliwość uniknięcia przez danego wykonawcę wykluczenia go z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wykazanie zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, że przyjął środki naprawcze, takie jak wymienione w sposób przykładowy w motywie 102 tej dyrektywy. Od takiego wykonawcy nie można bowiem wymagać, aby wykazał, że przyjął środki naprawcze, jeśli jego indywidualne zachowanie nie ma nawet nic wspólnego z niedociągnięciami, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia.

52 Z uwagi na ogół powyższych rozważań na pytanie drugie trzeba odpowiedzieć, że art. 18 ust. 1 i art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one krajowym przepisom lub praktyce, zgodnie z którymi w przypadku gdy instytucja zamawiająca rozwiązuje umowę w sprawie zamówienia publicznego udzielonego konsorcjum z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć, które doprowadziły do niewykonania istotnego zobowiązania w ramach tego zamówienia, każdy członek owego konsorcjum zostaje automatycznie wpisany do wykazu nierzetelnych wykonawców, przez co czasowo uniemożliwia się mu co do zasady uczestnictwo w nowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiocie pytania trzeciego

53 Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 18 ust. 1 i art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że wykonawca, który jest członkiem konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, może, w przypadku rozwiązania tego zamówienia z powodu niewykonania istotnego zobowiązania, powołać się w celu wykazania, że wpisanie go do wykazu nierzetelnych wykonawców jest nieuzasadnione, zarówno na okoliczności dotyczące jego własnej sytuacji, jak i na okoliczności dotyczące sytuacji osób trzecich, takich jak lider konsorcjum.

54 Jak wskazano w pkt 50 niniejszego wyroku, w przypadku rozwiązania umowy z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć każdy członek konsorcjum, któremu udzielono zamówienia, musi w przypadku rozwiązania umowy w sprawie zamówienia z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć mieć możliwość, zanim zostanie wpisany do wykazu nierzetelnych wykonawców i zanim na tej podstawie zostanie poddany systemowi tymczasowego wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówień publicznych, wykazania, iż jego indywidualne zachowanie przy wykonywaniu owego zamówienia nie miało związku z tymi niedociągnięciami.

55 Aby ustalić, czy jego indywidualne zachowanie nie leży u podstaw owych niedociągnięć oraz czy nie można było ponadto racjonalnie wymagać od niego, aby czynił więcej niż zrobił w celu zaradzenia tym niedociągnięciom, dany wykonawca powinien mieć możliwość powołania się na wszelkie okoliczności, które uzna za istotne.

56 W treści art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 nie sprecyzowano bowiem, w jakich okolicznościach należy uznać, że członek konsorcjum miał udział w niedociągnięciach, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia. W związku z tym przepis ten umożliwia każdemu członkowi konsorcjum, któremu udzielono zamówienia, podniesienie każdej okoliczności dotyczącej jego sytuacji lub sytuacji osoby trzeciej, która mogłaby wskazywać na to, że owa podstawa wykluczenia nie może mieć do niego zastosowania.

57 Instytucja zamawiająca, która rozwiązała umowę w sprawie zamówienia, a w odpowiednim przypadku sąd rozpatrujący środek zaskarżenia, powinny ustalić w ramach konkretnej i zindywidualizowanej oceny wymaganej na podstawie przypomnianej w art. 18 ust. 1 wspomnianej dyrektywy wagę, jaką należy przyznać każdej z podniesionych okoliczności.

58 Z uwagi na ogół powyższych rozważań na pytanie trzecie trzeba odpowiedzieć, że art. 18 ust. 1 i art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że wykonawca będący członkiem konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu niewykonania istotnego zobowiązania może w celu wykazania, iż wpisanie go do wykazu nierzetelnych wykonawców jest nieuzasadnione, powołać się

na każdą okoliczność, w tym na okoliczność dotyczącą osób trzecich, takich jak lider tego konsorcjum, która mogłaby wskazywać na to, że to nie działanie owego wykonawcy było przyczyną niedociągnięć, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie wspomnianego zamówienia, oraz na to, iż nie można było od niego rozsądnie wymagać, aby uczynił więcej niż zrobił w celu usunięcia owych niedociągnięć.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 59 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że państwo członkowskie, które przewiduje w ramach ustalania warunków stosowania przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 fakultatywnej podstawy wykluczenia, że wykonawcy, którym udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu braku wykonania istotnego zobowiązania zostają wpisani do wykazu nierzetelnych wykonawców, przez co czasowo zostają co do zasady wykluczeni z udziału w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, powinno zagwarantować prawo do wniesienia środka odwoławczego na dokonanie wpisu do tego wykazu nierzetelnych wykonawców.
- 60 Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie muszą przyjąć niezbędne środki, aby zagwarantować, by decyzje wydane przez instytucje zamawiające mogły być przedmiotem skutecznych i możliwie szybkich środków odwoławczych z tego powodu, iż decyzje te naruszyły prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub transponujące to prawo przepisy prawa krajowego. Stosownie do art. 1 ust. 3 tej dyrektywy wspomniane postępowania w sprawie środków odwoławczych muszą być dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która poniosła szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku zarzucanego naruszenia.
- 61 Poprzez te przepisy dyrektywa 89/665 ma na celu zapewnienie pełnego stosowania w dziedzinie zamówień publicznych objętych prawem Unii prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, ustanowionego w art. 47 akapity pierwszy i drugi Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (wyrok z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 128 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 62 W tym kontekście pojęcie „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” znajdujące się w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 należy interpretować szeroko. Każda decyzja instytucji zamawiającej, która podlega przepisom Unii w dziedzinie zamówień publicznych i która może je naruszać, powinna podlegać kontroli sądowej przewidzianej w tej dyrektywie. Pojęcie to odnosi się więc ogólnie do decyzji instytucji zamawiającej, bez ich rozróżnienia ze względu na treść lub chwilę wydania, i nie przewiduje żadnych ograniczeń co do charakteru i treści decyzji, których dotyczy (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 105).
- 63 Sformułowanie „każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia”, zawarte w art. 1 ust. 3 tej dyrektywy, również należy interpretować szeroko, tak aby zasady zawarte we wspomnianej dyrektywie miały zastosowanie do wszystkich osób, których interes w uzyskaniu takiego zamówienia został naruszony przez wydaną przez instytucję zamawiającą decyzję.

- 64 Jeżeli tak jak w niniejszej sprawie członkowie konsorcjum zostają z inicjatywy instytucji zamawiającej z powodu rozwiązania umowy w sprawie udzielonego im zamówienia publicznego wpisani do wykazu nierzetelnych wykonawców, a przez to czasowo zostają co do zasady wykluczeni z uczestnictwa w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ów wpis, który dotyczy interesów każdego z owych wykonawców w uzyskaniu zamówienia publicznego podlegającego prawu Unii, stanowi decyzję podjętą przez instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665. Owa decyzja, jak to wynika z badania pytań drugiego i trzeciego, powinna zachowywać charakterystyczne cechy przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 fakultatywnej podstawy wykluczenia i być zgodna z ustanowioną w art. 18 ust. 1 tej dyrektywy zasadą proporcjonalności. W przypadku podniesienia naruszenia owych przepisów lub jakiegokolwiek innego przepisu prawa Unii potencjalnie poszkodowana osoba powinna na podstawie art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 posiadać prawo do skutecznego środka odwoławczego.
- 65 Tymczasem możliwość wniesienia przez członków konsorcjum środka odwoławczego od decyzji o rozwiązaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, z której wynika ich wpisanie do wykazu nierzetelnych wykonawców, nie stanowi dla nich skutecznego środka odwoławczego od decyzji o wpisaniu ich do tego wykazu i o wykluczeniu ich co do zasady w ten sposób z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W rzeczywistości bowiem zgodność z prawem Unii tego rozwiązania z jednej strony oraz owego wpisu i wykluczenia z drugiej strony może zależeć, jak to wynika z analizy pytania drugiego, od różnych okoliczności.
- 66 W związku z tym jeżeli rozwiązanie umowy dotyczyło zamówienia udzielonego konsorcjum, każdy członek owego konsorcjum powinien mieć możliwość wniesienia środka odwoławczego od owego wpisu do wykazu nierzetelnych wykonawców, z którego wynika co do zasady jego wykluczenie z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.
- 67 Z uwagi na powyższe na pytanie pierwsze trzeba odpowiedzieć, iż art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że państwo członkowskie, które przewiduje w ramach ustalania warunków stosowania przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 fakultatywnej podstawy wykluczenia, że członkowie konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu braku wykonania istotnego zobowiązania zostają wpisani do wykazu nierzetelnych wykonawców, a przez to czasowo zostają co do zasady wykluczeni z uczestnictwa w nowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, powinno zagwarantować owym wykonawcom prawo do wniesienia skutecznego środka odwoławczego od wpisania ich do tego wykazu.

W przedmiocie kosztów

- 68 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:

- 1) Artykuł 18 ust. 1 i 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,**

należy interpretować w ten sposób, że:

sprzeciwiają się one krajowym przepisom lub praktyce, zgodnie z którymi w przypadku gdy instytucja zamawiająca rozwiązuje umowę w sprawie zamówienia publicznego udzielonego konsorcjum z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć, które doprowadziły do niewykonania istotnego zobowiązania w ramach tego zamówienia, każdy członek owego konsorcjum zostaje automatycznie wpisany do wykazu nierzetelnych wykonawców, przez co czasowo uniemożliwia się mu co do zasady uczestnictwo w nowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

2) Artykuł 18 ust. 1 oraz art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24

należy interpretować w ten sposób, że:

wykonawca będący członkiem konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu niewykonania istotnego zobowiązania może w celu wykazania, iż wpisanie go do wykazu nierzetelnych wykonawców jest nieuzasadnione, powołać się na każdą okoliczność, w tym na okoliczność dotyczącą osób trzecich, takich jak lider tego konsorcjum, która mogłaby wskazywać na to, że to nie działanie owego wykonawcy było przyczyną niedociągnięć, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie wspomnianego zamówienia, oraz na to, iż nie można było od niego rozsądnie wymagać, aby uczynił więcej niż zrobił w celu usunięcia owych niedociągnięć.

3) Artykuł 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r.,

należy interpretować w ten sposób, że:

państwo członkowskie, które przewiduje w ramach ustalania warunków stosowania przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 fakultatywnej podstawy wykluczenia, że członkowie konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu niewykonania istotnego zobowiązania zostają wpisani do wykazu nierzetelnych wykonawców, a przez to czasowo zostają co do zasady wykluczeni z uczestnictwa w nowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, powinno zagwarantować owym wykonawcom prawo do wniesienia skutecznego środka odwoławczego od wpisania ich do tego wykazu.

Podpisy