

Sprawa C-387/19

Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości

Data wpływu:

17 maja 2019 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Raad van State (Belgia)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

7 maja 2019 r.

Strona skarżąca:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Strona przeciwna:

Vlaams Gewest

Przedmiot postępowania głównego

Skarga o stwierdzenie nieważności decyzji afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest (departamentu dróg i transportu agencji dróg i transportu Regionu Flamandzkiego dla prowincji Oost-Vlaanderen) z dnia 29 listopada 2016 r., w drodze której udzielono podmiotowi konkurencyjnemu wobec skarżących zamówienia publicznego na wykonanie robót drogowych.

Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Podstawa prawna 267 TFUE

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy kwestii, czy od oferenta, który został wykluczony przez instytucję zamawiającą z powodu „poważnego wykroczenia zawodowego”, należy oczekiwać, że z własnej inicjatywy wskaże on istnienie poważnych wykroczeń zawodowych i środków samonaprawczych, które podjął w tym zakresie, czy też instytucja zamawiająca powinna zaradzić tej sytuacji w postępowaniu kontradiktoryjnym w przypadku uznania przez nią, że doszło do poważnego błędu, zanim faktycznie wyda orzeczenie o wykluczeniu.

Pytania prejudycjalne

1. Czy art. 57 ust. 4 lit. c) i lit. g) w związku z ust. 6 i 7 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 sprzeciwia się on takiemu stosowaniu, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do przedstawiania z własnej inicjatywy dowodów podjęcia środków w celu wykazania swojej rzetelności?
2. W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej, czy poddany takiej wykładni art. 57 ust. 4 lit. c) i g) w związku z ust. 6 i 7 dyrektywy 2014/24 mają skutek bezpośredni?

Powołane przepisy prawa Unii

- Artykuł 57 ust. 4 lit. c) i g), ust. 6 i ust. 7; art. 69 ust. 1; art. 90 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014 r., L 94, s. 65)
- Ogólna zasada kontradiktoryjności
- Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. U. z 2016 r., L 3, s. 16)

Powołane przepisy prawa krajowego

- Artykuły 23 i 24 wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (ustawy z dnia 15 czerwca 2006 r. o zamówieniach publicznych i określonych zamówieniach na roboty budowlane, dostawy i usługi)
- Artykuły 2 i 3 wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (ustawy z dnia 29 lipca 1991 r. o przedstawianiu wyraźnego uzasadnienia czynności administracyjnych)

- Artykuł 70 wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (ustawy z dnia 17 czerwca 2016 r. o zamówieniach publicznych)
- Artykuł 61 § 1 i § 2 koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (dekretu królewskiego z dnia 15 lipca 2011 r. o udzieleniu zamówień publicznych w sektorach klasycznych)
- Artykuł 20 algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken gevoegd als bijlage bij het Koninklijk besluit van 26 september 1996 (ogólnych warunków zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz koncesji na roboty publiczne, stanowiące załącznik do dekretu królewskiego z dnia 26 września 1996 r.)
- Ogólne zasady dobrej administracji: zasada równości, konkurencji, staranności i transparentności oraz zasada merytorycznego uzasadniania

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i postępowania głównego

- 1 Agenschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest rozpisała przetarg na zamówienie publiczne obejmujące wykonanie robót drogowych. Zamówienie miało być udzielone w drodze otwartej procedury przetargowej. W ogłoszeniu o zamówieniu wyraźnie wskazano, że instytucja zamawiająca może wykluczyć oferenta, który dopuścił się poważnego wykroczenia w związku z wykonywaniem zawodu.
- 2 Decyzją o udzieleniu zamówienia oferta strony skarżącej, która utworzyła konsorcjum, została wykluczona z udziału w zamówieniu z uwagi na poważne uchybienia zawodowe. W uzasadnieniu sprawozdania z udzielenia zamówienia, które załączono do decyzji o udzieleniu zamówienia, wyjaśniono, jakie fakty uznano za poważne wykroczenia zawodowe w odniesieniu do każdego podmiotu występującego jako strona skarżąca. Dotyczą one między innymi naruszeń przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy na placu budowy, wadliwej sygnalizacji drogowej i (technicznych) nieprawidłowości w wykonaniu poprzednich robót budowlanych.
- 3 Strona skarżąca wniosła do sądu odsyłającego skargę o stwierdzenie nieważności tej decyzji o udzieleniu zamówienia.
- 4 Sąd odsyłający stwierdza, że rozstrzygnięcie przedmiotowego sporu wymaga dokonania wykładni prawa Unii, a ściślej rzecz ujmując art. 57 dyrektywy 2014/24.

Najważniejsze argumenty stron w postępowaniu głównym

- 5 Strona skarżąca zarzuca naruszenie art. 23 i 24 wyżej wymienionej ustawy z dnia 15 czerwca 2006 r., art. 57 ust. 4, 6 i 7 dyrektywy 2014/24, wyrażonej w tej dyrektywie zasady *audi et alteram partem*, art. 2 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 1991 r. („formelemotiveringswet”) i kilku ogólnych zasad dobrej administracji.
- 6 Strona ta stoi na stanowisku, że przed wykluczeniem z powodu zarzucanych poważnych wykroczeń zawodowych, powinna była ona mieć możliwość obrony poprzez wykazanie, że podjęła środki zaradcze w związku z wcześniejszymi uchybieniami. Wyżej wymienione przepisy dyrektywy przewidują kontradiktoryjne postępowanie, w ramach którego oferent może wykazać, że wcześniejsze wykroczenia zostały skorygowane i już nie występują, a także, iż zdarzenia takie jak te będące przedmiotem niniejszego postępowania mogą stanowić podstawę wykluczenia oferenta przez maksymalnie trzy lata, nawet jeśli nie wykaże on, że usunął uchybienia.
- 7 Strona skarżąca powołuje się na bezpośrednie obowiązywanie wyżej wymienionych przepisów dyrektywy.

Dyrektywa ta nie została transponowana do belgijskiego porządku prawnego w stosownym terminie, zatem w świetle dokonywanej przez Trybunał Sprawiedliwości szerokiej interpretacji pojęcia „państwa” może ona stanowić podstawę zarzutu wobec strony przeciwnej, jako jednostki rządu regionalnego.

Jej zdaniem przepisy te są bezwarunkowe, jasne i precyzyjne. Wskazanie, że państwa członkowskie „muszą podjąć stosowne środki” i samo odniesienie w preambule do faktu, że państwa członkowskie mają opracować szczegółowe warunki materialne i formalne - warunki, które w opinii strony skarżącej dotyczą jedynie procedury - nie oznaczają same w sobie, że wprowadzenie obowiązującego każdego wykonawcę prawa do przytaczania dowodów jego *self clearance* miałyby być obwarowane warunkiem.

Strona skarżąca powołuje się między innymi na strukturę dyrektywy, którą jej zdaniem należy odczytywać w ten sposób, że każdy wykonawca musi mieć możliwość udowodnienia, iż podjął działania, jeżeli instytucja zamawiająca uzna, że jego integralność została naruszona poprzez wykroczenie. Oferent jest w stanie dowiedzieć się, co organy publiczne uznają za poważne wykroczenie tylko wówczas, jeżeli informacje te zostaną mu przekazane. Ponadto ratio legis kontradiktoryjności implikuje „że ten, kto jest uprawniony do obrony, wie czego ta obrona ma dotyczyć”. Nie jest zatem tak, że kandydat lub oferent musi udowodnić „z własnej inicjatywy”, że podjął działania zaradcze. Ten obowiązek, narzucony przez przyszłe prawo, nie ma zdaniem strony skarżącej zastosowania do przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest sprzeczny z duchem i celem art. 57 dyrektywy, który podobnie jak w przypadku rażąco niskich cen, przewiduje kontradiktoryjną procedurę.

Ponadto naruszono wyraźnie określoną w dyrektywie zasadę prawną *audi et alteram partem*. Następnie strona przeciwna nie wykazała się należyłą starannością i działała wbrew zasadzie transparentności, zasadzie prawidłowej konkurencji i zasadzie równości, jako że strona skarżąca została potraktowana w odmienny sposób, niż inni europejscy wykonawcy.

- 8 Strona przeciwna kwestionuje przede wszystkim fakt, że art. 57 dyrektywy 2014/24 ma skutek bezpośredni. Przeczy ona bezwarunkowemu, jasnemu i precyzyjnemu charakterowi art. 57 ust. 6 tej dyrektywy. Zdaniem strony przeciwnej wymóg ten nie został spełniony co najmniej w odniesieniu do środków naprawczych, jako, że art. 57 ust. 7 stanowi, iż państwa członkowskie „określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu”. W tym kontekście powołuje się ona również na motyw 102 przedmiotowej dyrektywy. Również wiążący sposób, w jaki dyrektywa „określa” system środków naprawczych oznacza, że państwa członkowskie dysponują szerokimi uprawnieniami dyskrecjonalnymi w zakresie wdrażania dyrektywy w tej dziedzinie. W dyrektywie nie określono na przykład kiedy kandydat lub oferent jest zobowiązany do wykazania, że podjęto środki naprawcze lub w jaki sposób należy tego dokonać. Fakt, że państwa członkowskie mają szerokie uprawnienia w zakresie opracowania systemu działań naprawczych wynika również z tego, że dyrektywa pozostawia państwom członkowskim swobodę decydowania o tym, który podmiot – instytucja zamawiająca lub inny organ – jest uprawniony do oceny działań naprawczych. Wskazuje na to również fakt, iż prawodawca belgijski określił bądź podkreślił podstawowe kwestie dotyczące środków naprawczych w nieobowiązującej jeszcze w momencie udzielenia zamówienia ustawie (art. 70 ustawy z dnia 17 lipca 2016 r., który stanowi transpozycję art. 57 dyrektywy 2014/24).
- 9 Pomocniczo strona przeciwna podnosi, że zaskarżona decyzja nie narusza wprowadzonego dyrektywą uregulowania w zakresie *self cleaning*. Jako, że dyrektywa opisuje jedynie w bardzo ogólnych sformułowaniach, w jaki sposób powinien zostać wdrożony system działań naprawczych, dla instytucji zamawiającej trudne byłoby określenie na podstawie art. 57 ust. 6 w jaki sposób należy zastosować zasadę *self cleaning*. Dla strony przeciwnej logicznym jest, iż w takich okolicznościach należy poszukiwać odesłania do ustawy z dnia 17 lipca 2016 r., która nakłada obowiązek dostarczania dowodów wykazujących konkretne podjęte środki z własnej inicjatywy, nawet jeśli ustawa ta nie weszła jeszcze w życie. Zdaniem strony przeciwnej, nic nie stało na przeszkodzie, aby strona skarżąca, w momencie składania swojej oferty, poinformowała również o przedmiotowych środkach naprawczych.

Zdaniem strony przeciwnej taki sposób wdrożenia uregulowania w przedmiocie środków naprawczych nie jest sprzeczny z art. 57 dyrektywy. Sam oferent jest jednak w stanie najlepiej ocenić, czy występują wobec niego fakultatywne podstawy wykluczenia, a zatem czy powinien podjąć środki naprawcze. W niniejszej sprawie powaga uchybień, których dopuszczono się przy

wcześniejszych zamówieniach na roboty była oczywista, zwłaszcza, że zamówienia te również były zlecane przez stronę przeciwną.

Jeżeli chodzi o porównanie z postępowaniem kontradyktoryjnym dotyczącym rażąco niskich cen, strona przeciwna wskazuje jeszcze, że z samego art. 57 ust. 6, jak i jego porównania z art. 69 ust. 1 dyrektywy wynika, że pomiędzy tymi przepisami istnieje zasadnicza różnica.

Powołuje się ona również na rozporządzenie wykonawcze (UE) 2016/7. Stanowiący załącznik do tego rozporządzenia standardowy formularz umożliwia wskazanie, w odniesieniu do każdej fakultatywnej podstawy wykluczenia, w tym podstawy związanej z poważnym wykroczeniem zawodowym, której dotyczy niniejsze postępowanie, czy środki samonaprawcze zostały podjęte, a w wielu przypadkach także ich opisanie. Wywodzi ona z powyższego, iż również Komisja Europejska stoi na stanowisku, że z dyrektywy 2014/24 wynika, iż inicjatywa w zakresie poinformowania instytucji zamawiającej o ewentualnych środkach naprawczych leży po stronie kandydata lub oferenta.

Strona przeciwna kwestionuje ponadto, że akceptowalna byłaby sytuacja, w której procedura w zakresie *self cleaning* miałaby się różnić w zależności od mającej zastosowanie podstawy wykluczenia. Ponieważ dyrektywa ma na celu znaczne uproszczenie postępowań administracyjnych z zakresu udzielania zamówień publicznych, nie wydaje się, by celem europejskiego prawodawcy było wprowadzenie różnych procedur w zakresie *self cleaning*.

W dalszej kolejności strona przeciwna podnosi pomocniczo, że nie zostały naruszone zasady dobrej administracji. Ponadto odnosi się ona do utrwalonego orzecznictwa Raad van State w odniesieniu do obowiązku wysłuchania, w którym stwierdza się, że instytucja zamawiająca, która chce podjąć decyzję o wykluczeniu, zasadniczo nie jest zobowiązana do wcześniejszego wysłuchania, ponieważ nie pozbawia wcześniej udzielonego prawa, ani nie nakłada sankcji, a jedynie nie przyznaje korzyści, o którą wystąpiono.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 10 W pierwszej kolejności sąd odsyłający zauważa, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniach 11 i 13 maja 2016 r., tj. po upływie ostatecznego terminu transpozycji dyrektywy w dniu 18 kwietnia 2016 r. Począwszy od tej daty standardowy formularz, o którym mowa w rozporządzeniu wykonawczym 2016/7, powinien być również stosowany do celów opracowania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Formularz ten umożliwia w punkcie „podstawy wykluczenia” wskazanie, czy wykonawca podjął środki samonaprawcze, a w wielu przypadkach także uzasadnienie tych środków.

Mając zastosowanie w postępowaniu głównym art. 61 § 2 pkt 4 dekretu królewskiego z 2011 r., na podstawie którego strony skarżące zostały wykluczone, stanowił, że kandydat lub oferent, który dopuścił się poważnego wykroczenia

zawodowego, jest wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na każdym jego etapie.

Sąd odsyłający wskazuje następnie, że ustawa z dnia 17 czerwca 2016 r., która przewiduje procedurę, na mocy której kandydat lub oferent, który może zostać wykluczony ze względu na poważne niedociągnięcia, może z własnej inicjatywy wykazać, że podjął „środki naprawcze”, nie weszła jeszcze w życie w dniu wydania zaskarżonej decyzji.

Sąd krajowy uważa, że w ramach rozpatrywania skargi o stwierdzenie nieważności, niezbędne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie czy art. 57 ust. 4 lit. c) i g) w związku z ust. 6 i 7 dyrektywy 2014/24 sprzeciwia się takiemu stosowaniu, zgodnie z którym wykonawca, który zdaniem instytucji zamawiającej dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, tak jak miało to miejsce w niniejszym przypadku i nie poinformował z własnej inicjatywy o ewentualnych środkach zaradczych, zostanie wykluczony bez - przyznanej wyraźnie przez instytucję zamawiającą w kontekście planowanego wykluczenia - możliwości przedstawienia dowodów na ewentualne podjęte środki, aby mimo wszystko wykazać swoją rzetelność oraz bez wezwania do tego w dokumentach przetargowych lub specyfikacji zamówienia.

O ile na powyższe pytanie zostanie udzielona odpowiedź, zgodnie z którą dyrektywa dopuszcza takie stosowanie, o tyle kwestia bezpośredniego skutku odpowiednich przepisów dyrektywy nie będzie wymagała dalszego badania.

Sąd odsyłający nie znajduje jednak jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie w przedmiotowych przepisach, ani w orzecznictwie Trybunału.

Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w przedmiocie *self cleaning*, a w szczególności wyrok z dnia 24 października 2018 r., C-124/17 w sprawie *Vossloh Laeis GmbH* (pkt 20-23 i sentencja), nie porusza jednak przedmiotowej w niniejszej sprawie kwestii tego, czy art. 57 ust. 6 dyrektywy może być interpretowany w ten sposób, że wykonawca powinien z własnej inicjatywy przedstawić środki samonaprawcze, jak również czy przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu, powinien zostać do tego wezwany.

Sformułowanie przedmiotowego przepisu dyrektywy nie dostarcza wskazówek, jako że wskazuje ono jedynie, iż „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”. Również w motywie 102 dyrektywy wskazuje się jedynie w sposób ogólny, że „wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia.”

Standardowy formularz zawarty w rozporządzeniu wykonawczym nr 2016/7 umożliwia w odniesieniu do każdej podstawy wykluczenia wskazanie, czy wykonawca podjął środki samonaprawcze oraz ich odpowiedni opis.

Możliwe podstawy wykluczenia odnoszą się jednak do różnych sytuacji. W niektórych przypadkach dla danego wykonawcy będzie łatwym do przewidzenia, czy dana podstawa wykluczenia ma do niego zastosowanie, czy nie. Istnieją również inne podstawy wykluczenia, które są mniej oczywiste. Istnieją obowiązkowe i fakultatywne podstawy wykluczenia. W przypadku, gdy może być mowa o „poważnym wykroczeniu”, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, instytucja zamawiająca, zgodnie z motywem 101 dyrektywy, powinna zachować możliwość uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego. Dany oferent nie zawsze może jednak przewidzieć, że instytucja zamawiająca dokona takiej kwalifikacji. Czy oferent powinien działać z własnej inicjatywy, czy też do instytucji zamawiającej należy przeprowadzenie postępowania kontradyktoryjnego w przypadku stwierdzenia, że według jej uznania doszło do poważnego wykroczenia, które może stanowić podstawę wykluczenia?

Ponadto środki samonaprawcze mogłyby zostać włączone w ocenę proporcjonalności środka wyłączającego. Zdaniem sądu odsyłającego interpretacja, zgodnie z którą przed wydaniem ostatecznej decyzji o wyłączeniu należy przeprowadzić kontradyktoryjne postępowanie, wydaje się wspierać konkurencję.

Z drugiej strony przyznanie inicjatywy oferentowi wiąże się z większym prawdopodobieństwem przekazania tych samych informacji kilku instytucjom zamawiających, które podejmują decyzję o udzieleniu zamówienia i w tym sensie może być mowa o większej transparentności.

Jeżeli chodzi o analogię do zasad dotyczących rażąco niskich cen, sąd odsyłający zauważa, że art. 69 dyrektywy dotyczący rażąco niskich cen przewiduje szereg aktywnych działań instytucji zamawiającej, co nie ma w sposób wyraźny miejsca w przypadku uregulowania dotyczącego *self cleaning* zawartego w art. 57 ust. 6 dyrektywy. Dalej, wskazuje on także na odmienne cele regulacji w zakresie rażąco niskich cen i w zakresie *self cleaning*.

- 11 Jeżeli chodzi o bezpośredni skutek omawianych przepisów, sąd odsyłający wskazuje, że Trybunał nie wypowiedział się jeszcze w przedmiocie tej kwestii. Jednakże można jego zdaniem stwierdzić, iż art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 wymaga, dla możliwości jego zastosowania, dodatkowych środków, w szczególności w przypadku gdy stanowi on, że każdy wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. To samo dotyczy art. 57 ust. 7 tej dyrektywy. I tak dyrektywa nie wskazuje, kiedy kandydat lub oferent musi poinformować, że podjęto działania naprawcze lub w jaki sposób miałyby się to odbywać, ani komu powierza się ocenę tych środków.
- 12 Z drugiej strony z orzecznictwa Trybunału wynika, że sformułowanie przepisu wymagającego od państwa członkowskiego „podjęcia niezbędnych środków” nie stanowi samo w sobie przeszkody dla przyznania określonego prawa na mocy

dyrektywy w sposób bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny. I tak, zdaniem sądu odsyłającego, nie należy całkowicie wykluczyć, że chociaż wydaje się, iż przepisy w przedmiocie *self cleaning*, oceniane w całości, nie mają bezpośredniego skutku, to może to mieć miejsce w odniesieniu do ich określonej części, które stanowią gwarancje minimalne.

Jeżeli Trybunał Sprawiedliwości uzna, że przyznana oferentowi w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 możliwość wykazania jego rzetelności pomimo poważnego wykroczenia oznacza, że instytucja zamawiająca musi w każdym wypadku dać tę możliwość oferentowi, zanim zostanie on na tej podstawie wykluczony, to powstaje pytanie czy stanowi to rodzaj minimalnej ochrony, która może być dokładnie określona na podstawie dyrektywy.

- 13 Jako, że istnieją zatem wątpliwości w zakresie interpretacji przedmiotowych przepisów, sąd odsyłający postanowił skierować wyżej wymienione pytania do Trybunału Sprawiedliwości w celu wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

DOKUMENT ROBOCZY