

Sprawa C-682/21

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

Data wpływu:

11 listopada 2021 r.

Sąd odsyłający:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy, Litwa)

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

11 listopada 2021 r.

Wnoszące skargę kasacyjną i skarżące w pierwszej instancji

„HSC Baltic” UAB

„Mitnija” UAB

„Montuotojas” UAB

Druga strona postępowania kasacyjnego i pozwany w pierwszej instancji:

Vilniaus miesto savivaldybės administracija

Pozostali uczestnicy postępowania:

„Active Construction Management” UAB, spółka objęta postępowaniem upadłościowym

„Vilniaus vystymo kompanija” UAB

Przedmiot postępowania głównego

Przedstawione przez wnoszące skargę kasacyjną (i skarżące w pierwszej instancji) żądanie stwierdzenia niezgodności z prawem decyzji drugiej strony postępowania kasacyjnego (i pozwanego w pierwszej instancji) o wpisaniu skarżących do rejestru niezetelnych wykonawców z powodu nienależytego wykonania umowy

w sprawie zamówienia publicznego przez konsorcjum i rozwiązania tej umowy w następstwie istotnego naruszenia jej warunków.

Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Wykładnia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności jej art. 18 ust. 1, art. 57 ust. 4 lit. g) i art. 57 ust. 6; 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, w szczególności jej art. 1 ust. 1 akapit czwarty i art. 1 ust. 3; art. 267 akapit trzeci Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Pytania prejudycjalne

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 przedsiębiorcy do wykazu nierzetelnych wykonawców, a tym samym ograniczeniu na pewien czas jego zdolności do uczestnictwa w ogłoszonych później postępowaniach o udzielenie zamówienia z tego powodu, że ów przedsiębiorca dopuścił się istotnego naruszenia umowy zawartej z tą instytucją zamawiającą, jest środkiem, który może podlegać zaskarżeniu przed sądem?

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 wpisie przedsiębiorcy do rejestru 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, przedsiębiorca odpowiedzialny de iure za to naruszenie zostaje automatycznie wpisany do rejestru 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 zostać wyłączeni z rejestru 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?

Przywołane przepisy prawa Unii

Dyrektywa 2014/24, w szczególności jej art. 18 ust. 1, art. 57 ust. 3, 4 i 6 oraz art. 90 i 91.

Dyrektywa Rady 89/665, w szczególności art. 1 ust. 1 akapit czwarty oraz art. 1 ust. 2 i 3.

Przywołane przepisy prawa krajowego

Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (ustawa Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych, zwana dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”): art. 2 pkt 36 (definicja terminu „wykonawca”); art. 46 („Przyczyny wykluczenia wykonawcy”) ust. 4 pkt 6, ust. 7 i 8; art. 91 („Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego”) i art. 101 („Prawo do zaskarżenia czynności lub decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą”) ust. 1 i 2.

Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (kodeks cywilny Republiki Litewskiej, zwany dalej „kodeksem cywilnym”): art. 6.6 („Zobowiązania solidarne dłużników”) ust. 1 i ust. 3–6; art. 6.15 ust. 1; art. 6.217 („Rozwiązanie umowy”); art. 6.219; art. 6.969 („Pojęcie umowy o wspólnym działaniu (partnerskiej)”) ust. 1; art. 6.975 („Odpowiedzialność partnerów za wspólne zobowiązania”) i art. 6.978 („Zakończenie umowy o wspólnym działaniu”) ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 3.

Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i przebiegu postępowania głównego

- 1 W dniu 7 grudnia 2016 r. pozwany w pierwszej instancji Vilniaus miesto savivaldybės administracija (urząd miasta Wilna) opublikował ogłoszenie o zamówieniu publicznym na roboty budowlane dotyczące budowy wielofunkcyjnego centrum rekreacyjnego Lazdynai w Wilnie („postępowanie o udzielenie zamówienia”).

- 2 W celu wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia skarżące w pierwszej instancji – „Montuotojas” UAB, „Mitnija” UAB, „HSC Baltic” UAB i „Axis Power” UAB – zawarły w dniu 30 stycznia 2017 r. umowę o wspólnym działaniu. Partnerzy umowy o wspólnym działaniu uzgodnili, że w przypadku udzielenia im zamówienia proporcje wartości zobowiązań (wkłady we wspólne działanie) składające się na cenę całkowitą oferty będą następujące: „Active Construction Management” UAB (lider konsorcjum) – 65%, „HSC Baltic” UAB – 15%, „Axis Power” UAB – 10%, „Mitnija” UAB – 5% i „Montuotojas” UAB – 5%.
- 3 W dniu 5 czerwca 2017 r. strona pozwana w pierwszej instancji zawarła ze spółką „Active Construction Management” UAB umowę o roboty budowlane, w której termin wykonania robót budowlanych wyznaczono na 5 grudnia 2018 r.
- 4 Umowy o roboty budowlane nie wykonano terminowo. W dniu 21 sierpnia 2019 r., po tym, jak pozwany w pierwszej instancji przyznał, że w projekcie technicznym były mankamenty, zmieniono termin wykonania robót objętych umową i wyznaczono nowy termin na 28 maja 2020 r. Jednak nawet po przedłużeniu terminu prace nie przebiegały sprawnie i uległy opóźnieniu w stosunku do nowego harmonogramu.
- 5 Postanowieniem z dnia 28 października 2019 r. Vilniaus apygardos teismas (sąd okręgowy w Wilnie, Litwa) wszczął postępowanie upadłościowe wobec „Active Construction Management” UAB. Pozwany w pierwszej instancji oraz skarżące w pierwszej instancji zostali o tym powiadomieni pismem syndyka masy upadłościowej z dnia 6 grudnia 2019 r., w którym stwierdzono również, że partner będący liderem konsorcjum nie będzie już wykonywał umowy o roboty budowlane, w związku z czym umowa została uznana za zakończoną w stosunku do tego partnera.
- 6 Strona pozwana w pierwszej instancji oraz pozostali partnerzy, tj. skarżące w pierwszej instancji, nie doszli do porozumienia w sprawie dalszego wykonywania umowy o roboty budowlane.
- 7 Pismem z dnia 22 stycznia 2020 r. pozwany w pierwszej instancji poinformował skarżące w pierwszej instancji o rozwiązaniu umowy o roboty budowlane z powodu istotnego naruszenia jej warunków.
- 8 W dniu 21 lutego 2021 r. skarżące w pierwszej instancji wniosły do sądu okręgowego w Wilnie skargę, w której zażądały: 1) stwierdzenia, że jednostronne rozwiązanie umowy o roboty budowlane przez stronę pozwaną w pierwszej instancji z powodu istotnego naruszenia umowy było niezgodne z prawem; 2) stwierdzenia, że umowa o roboty budowlane wygasła z winy pozwanego w pierwszej instancji; i 3) stwierdzenia, że decyzja pozwanego w pierwszej instancji o wpisaniu skarżących w pierwszej instancji do rejestru nierzetelnych wykonawców w Centralnym Systemie Informacji o Zamówieniach Publicznych była niezgodna z prawem.

- 9 Wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2020 r. sąd okręgowy w Wilnie oddalił w całości powództwo skarżących w pierwszej instancji.
- 10 Sąd ten uznał, że umowa o roboty budowlane została rozwiązana zgodnie z prawem z powodu istotnego naruszenia jej warunków przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego i że w takim przypadku instytucje zamawiające są zobowiązane do wpisania wykonawców (lub w przypadku grupy wykonawców – wszystkich członków grupy) do rejestru nierzetelnych wykonawców. Ponadto sąd stwierdził, że zgodnie z przepisami krajowymi skarżące w pierwszej instancji będą mogły zrehabilitować się przez samooczyszczenie z zarzutów naruszenia w trakcie udziału w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, a zatem nie zostały pozbawione możliwości udziału w takich postępowaniach.
- 11 Postanowieniem z dnia 21 stycznia 2021 r. Lietuvos apeliacinis teismas (sąd apelacyjny, Litwa) oddalił apelację wniesioną przez skarżące w pierwszej instancji od wyroku sądu okręgowego w Wilnie.
- 12 W dniu 22 stycznia 2021 r. z inicjatywy pozwanego w pierwszej instancji Viešųjų pirkimų tarnyba (urząd zamówień publicznych) wpisał skarżące w pierwszej instancji do rejestru nierzetelnych wykonawców.
- 13 W dniach 18–22 lutego 2021 r. skarżące w pierwszej instancji zaskarżyły postanowienie sądu apelacyjnego do Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sądu najwyższego Litwy, zwanego dalej „sądem odsyłającym”); ich wniosek o zastosowanie środków tymczasowych został uwzględniony – zostali oni wykreśleni z rejestru nierzetelnych wykonawców do czasu zakończenia postępowania kasacyjnego.
- 14 Postanowieniem częściowym z dnia 11 listopada 2021 r. sąd odsyłający utrzymał w mocy te części orzeczeń wydanych przez sąd pierwszej instancji i sąd apelacyjny, w których oddalono żądania skargi dotyczące należytego wykonania umowy i zgodności z prawem jej rozwiązania.

Najważniejsze argumenty stron w postępowaniu głównym

- 15 Skarżące w pierwszej instancji podniosły przed sądem odsyłającym, że uregulowań zawartych w art. 91 ustawy o zamówieniach publicznych – nawet jeśli przyjąć, że celem ich zastosowania jest wykluczenie nieuczciwych przedsiębiorców ze stosunków prawnych w dziedzinie zamówień publicznych – nie można interpretować w ten sposób, że przedsiębiorcy, którzy tworzyli konsorcjum (grupowego wykonawcę) i de facto nie wykonywali żadnych prac objętych umową w sprawie zamówienia publicznego (przed wszczęciem postępowania upadłościowego roboty objęte zamówieniem wykonywał wyłącznie lider konsorcjum), zostaną wpisani do rejestru nierzetelnych wykonawców, jeżeli niewykonanie (lub nienależyte wykonanie) odpowiednich zobowiązań umownych doprowadziło do rozwiązania umowy; w przeciwnym razie podobne sytuacje,

w których odpowiednie roboty objęte umową w sprawie zamówienia publicznego nie zostały wykonane przez podwykonawcę bądź przez odpowiedniego partnera konsorcjum, byłyby traktowane nierówno, ponieważ podwykonawców należy wpisywać do rejestru nierzetelnych wykonawców tylko wówczas, gdy naruszenie dotyczy tej części umowy w sprawie zamówienia publicznego, która została im powierzona; sądy błędnie zastosowały art. 91 ustawy o zamówieniach publicznych i naruszyły zasady zamówień publicznych, ponieważ nie wzięły pod uwagę konkretnych działań poszczególnych przedsiębiorców przy realizacji zamówienia na roboty budowlane, a tym samym ich uczciwości ani rzetelności; art. 91 ustawy o zamówieniach publicznych ma zastosowanie zgodnie z zasadą indywidualnej odpowiedzialności przedsiębiorcy; w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (C-927/19), zauważono, że partnerzy konsorcjum mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności za działania jednego z nich tylko wtedy, gdy o nich wiedzieli, to znaczy działania wszystkich partnerów są oceniane według zasady odpowiedzialności indywidualnej, a nie według zasady odpowiedzialności solidarnej.

- 16 Pozwany w pierwszej instancji oświadczył przed sądem odsyłającym, że popiera ustalenia sądów i że instytucja zamawiająca nie dysponuje swobodą wyboru przy stosowaniu art. 91 ustawy o zamówieniach publicznych i dlatego jest zobowiązana do wpisania danych przedsiębiorców do rejestru nierzetelnych wykonawców. Przy realizacji tego obowiązku nie bierze się pod uwagę, który konkretnie z partnerów konsorcjum spowodował swoim działaniem istotne naruszenie umowy w sprawie zamówienia publicznego; przeciwna interpretacja jest niezgodna z zasadą odpowiedzialności solidarnej partnerów konsorcjum, a tym samym okoliczności łagodzące mają znaczenie tylko w kontekście samooczyszczenia podmiotów już wpisanych do rejestru nierzetelnych wykonawców.

Zwięzłe uzasadnienie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 17 Sąd odsyłający wskazuje, że w sporze dotyczącym wpisu skarżących w pierwszej instancji do rejestru nierzetelnych wykonawców istotą jest kwestia wykładni i stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, a fortiori jej art. 91, oraz ich związku z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi wspólnego działania. Argumenty stron sporu dotyczące wykładni i stosowania przepisów krajowych pociągają za sobą ściśle powiązane kwestie prawne oraz wątpliwości sądu dotyczące zgodności przepisów ustawy o zamówieniach publicznych z prawem Unii: a) czy wpisanie wykonawców do rejestru nierzetelnych wykonawców stanowi decyzję instytucji zamawiającej podlegającą kontroli legalności; i b) jeżeli taka decyzja jest zaskarżalna, jakie są podstawy jej wydania i oceny jej legalności.
- 18 Jak orzekły sąd pierwszej instancji i sąd apelacyjny oraz jak utrzymuje pozwany w pierwszej instancji, zgodnie z przepisami obowiązującymi na Litwie (art. 91

ustawy o zamówieniach publicznych) instytucje zamawiające nie mają swobody uznania przy podejmowaniu decyzji o wpisie danego przedsiębiorcy do rejestru nierzetelnych wykonawców, jeżeli dopuścił się on istotnego naruszenia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a naruszenie to doprowadziło do jednostronnego rozwiązania umowy przez instytucję zamawiającą. Niedyskrecjonalny charakter czynności instytucji zamawiających odzwierciedla spoczywający na tych instytucjach ustawowy obowiązek wpisania do tego rejestru wszystkich podmiotów tworzących grupowego wykonawcę – partnerów konsorcjum.

- 19 W istocie treść art. 91 ustawy o zamówieniach publicznych sugeruje, że czynność wpisywania przedsiębiorców do rejestru nierzetelnych wykonawców pozbawiona jest autonomii zarówno w aspekcie materialnym, jak i formalnym. Zgodnie z przepisami prawa litewskiego taki wpis nie stanowi odrębnej decyzji, lecz skutek prawny innej decyzji jednostronnie rozwiązującej umowę w sprawie zamówienia publicznego: jeżeli przedsiębiorca w ogóle nie kwestionuje rozwiązania umowy z powodu istotnego naruszenia lub taka decyzja zostanie uznana przez sąd za zgodną z prawem, przedsiębiorca, który realizował ową umowę samodzielnie lub z partnerami, obowiązkowo zostaje wpisany do rejestru nierzetelnych wykonawców.
- 20 Takie uregulowania prawne zakładają, że po pierwsze, niemożliwe de iure są sytuacje, w których instytucja zamawiająca wypowiedziałaby umowę zgodnie z prawem z powodu jej istotnego naruszenia, ale wykonawca nie zostałby wpisany do rejestru nierzetelnych wykonawców ze względu na okoliczności konkretnego przypadku, a po drugie, wykonawca może w istocie kwestionować wyłącznie wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez drugą stronę tej umowy.
- 21 Omawiane krajowe przepisy prawne nie wydają się same w sobie sprzeciwiać skutecznej obronie praw wykonawców, ponieważ – jak w przedmiotowej sprawie – przedsiębiorca może skutecznie zakwestionować wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez drugą stronę tej umowy, argumentując, że nie popełnił istotnego naruszenia, że zamawiający jest również częściowo odpowiedzialny za nieosiągnięcie celów umowy itp. Należy jednak przy tym zauważyć, że gdy umowa zostaje rozwiązana z powodu istotnego naruszenia, zgodnie z przepisami prawa litewskiego subiektywny aspekt działań strony naruszającej umowę nie jest w zasadzie brany pod uwagę.
- 22 Na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości można stwierdzić, że przyczyny, które doprowadziły do naruszenia umowy, charakter tego naruszenia i inne okoliczności są prawnie istotne dla podjęcia decyzji o ograniczeniu prawa wykonawców do udziału w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. W wyroku z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca (C-41/18), Trybunał Sprawiedliwości zauważył, że zgodnie z art. 57 ust. 5 dyrektywy 2014/24 instytucje zamawiające powinny mieć możliwość przeprowadzenia własnej oceny czynów popełnionych przez wykonawcę lub czynności przez niego zaniechanych przed postępowaniem

- o udzielenie zamówienia lub w jego trakcie w jednym z przypadków, o których mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy; wobec tego instytucje zamawiające nie mogą być związane wcześniejszym dochodzeniem w sprawie naruszenia, ponieważ nie byłoby to zgodne z zasadą proporcjonalności, z którą między innymi wiąże się konieczność oceny charakteru naruszenia – tj. czy było drobne, czy poważne – i jego powtarzalności.
- 23 Jak już wcześniej zauważono, sąd pierwszej instancji, sąd odwoławczy i pozwany w pierwszej instancji opierają się w istocie na wyżej wspomnianej regule wykładni prawa, uznając, że na tym etapie sporu nie ma możliwości ani potrzeby dokonania oceny charakteru działań skarżących w pierwszej instancji, ponieważ będą one mogły zrehabilitować się przez samooczyszczenie z zarzutów naruszenia w związku z udziałem w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Ten model wynikający z przepisów krajowych jest zgodny z ratio decidendi wyroku Meca (C-41/18), zwłaszcza że w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia dana instytucja zamawiająca nie musi być związana oceną przeprowadzoną przez inną instytucję zamawiającą, co jednak nie ma miejsca w przypadku orzeczenia wydanego przez sąd. Jeżeli wpis przedsiębiorcy do rejestru nierzetelnych wykonawców zostałby uznany przez sąd za zgodny z prawem, wątpliwe jest, czy zainteresowana instytucja zamawiająca zdołałaby zrewidować takie orzeczenie w postępowaniu pozasądowym.
- 24 Zdaniem sądu odsyłającego takie stanowisko przyjęte przez sądy i przez pozwanego w pierwszej instancji w istocie prowadzi jednak do paradoksalnej sytuacji.
- 25 Po pierwsze, aby możliwe było uwzględnienie charakteru działań danego przedsiębiorcy, musi on w pierwszej kolejności zostać wpisany do rejestru nierzetelnych wykonawców; okoliczności wykonania umowy stają się zatem istotne przy podejmowaniu decyzji nie o jego wpisie, lecz o jego doraźnym wykreśleniu z tego rejestru. W tym kontekście między innymi przeszłe działania przedsiębiorcy wpisanego do rejestru nierzetelnych wykonawców na okres trzech lat, jak przewidziano w obowiązujących przepisach, mogą zostać potraktowane inaczej. Fakt, że naruszenie, którego dopuścił się ów przedsiębiorca, zostanie uznane przez jedną instytucję zamawiającą za drobne, nie oznacza jeszcze, że inna instytucja zamawiająca dojdzie do takich samych wniosków.
- 26 Po drugie, w takim modelu decyzję dotyczącą treści działań przedsiębiorcy podejmowałyby nie instytucja zamawiająca, która ma najlepszą wiedzę o naruszeniu, ale inne instytucje zamawiające, które w istocie będą opierać się na wyjaśnieniach danego wykonawcy. W każdym razie możliwość oceny okoliczności naruszenia umowy tylko w odniesieniu do przedsiębiorców, których już wpisano do rejestru nierzetelnych wykonawców, nie jest uzasadniona ani słusznym celem, ani dobrą praktyką.
- 27 Sąd odsyłający nie podziela poglądu pozwanego w pierwszej instancji, jakoby odmienna wykładnia art. 91 ustawy o zamówieniach publicznych, tj.

indywidualna ocena zachowania skarżących w pierwszej instancji przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane, byłaby niemożliwa do pogodzenia z zasadą odpowiedzialności solidarnej partnerów konsorcjum. Kwestia znaczenia odpowiedzialności solidarnej przy ocenie wiarygodności partnerów konsorcjum na podstawie art. 57 dyrektywy 2014/24 została już podniesiona przez sąd odsyłający w sprawie *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, przytoczonej powyżej; jednakże, jak wyjaśnił Trybunał Sprawiedliwości, instytucja zamawiająca musi dokonać indywidualnej oceny działań każdego przedsiębiorcy (partnera). Jak słusznie podnosi „Mitnija” UAB, art. 91 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi *expressis verbis*, że do rejestru nierzetelnych wykonawców należy wpisać również innych przedsiębiorców, na których zdolnościach polegał wykonawca i którzy na podstawie art. 49 ust. 5 tej ustawy przyjęli wraz z nim solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, pod warunkiem że naruszenie dotyczy części umowy, która została im powierzona. Nie ulega wątpliwości, że partner konsorcjum oraz podmiot zapewniający zdolność ekonomiczną lub finansową, zasadniczo działający jako gwarant finansowy, nie są podmiotami tożsamymi; jeżeli jednak ponoszą oni odpowiedzialność solidarną (pierwszy na podstawie kodeksu cywilnego, a drugi na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych), odmienna ocena ich działań nie znajduje uzasadnienia.

- 28 Niemniej jednak solidarna odpowiedzialność partnerów konsorcjum do celów art. 91 ustawy o zamówieniach publicznych [art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24] jest zasadniczo aspektem drugorzędym, jeżeli przyjąć stanowisko, że rejestr nierzetelnych wykonawców ma obejmować tylko tych przedsiębiorców, których w wyniku indywidualnej oceny ich działań należy uznać za nierzetelnych (nieuczciwych). Wówczas rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu istotnego naruszenia *per se* nie pociągałoby za sobą wpisu do rejestru nierzetelnych wykonawców (np. za sprawą niewypłacalności, winy innych podmiotów, siły wyższej itd.); w konsekwencji nie robiłoby (nie powinno robić) różnicy, czy wykonawca, który nie zrealizował umowy w sprawie zamówienia publicznego, działał sam, czy też w ramach grupy niezależnych przedsiębiorców (na podstawie umowy o wspólnym działaniu). W przeciwnym wypadku grupowi wykonawcy zostaliby niesłusznie postawieni w niekorzystnej sytuacji.
- 29 Sąd krajowy ma również wątpliwości co do kwalifikacji decyzji instytucji zamawiającej o wpisaniu przedsiębiorcy do rejestru nierzetelnych wykonawców. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości pojęcie „decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające” należy interpretować szeroko, jako obejmujące praktycznie wszystkie decyzje tych instytucji, bez ich rozróżniania ze względu na treść lub moment wydania; art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 nie przewiduje żadnych ograniczeń dotyczących charakteru i treści decyzji, do których się odnosi (wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., *Stadt Halle i RLP Lochau*, C-26/03, pkt 28, 30).

- 30 Ponadto sąd odsyłający zwraca uwagę na brzmienie art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665, które nie jest identyczne w poszczególnych wersjach językowych. Wersje litewska i angielska traktują odpowiednio o „su sutartimis [...] susiję [...] sprendimai” [„decyzjach związanych z umowami”] i o „contracts [...] decisions” [„decyzjach dotyczących umów”], podczas gdy francuska wersja językowa odnosi się do „les procédures de passation des marchés”. Wydaje się, że francuskie sformułowanie nie jest tak szerokie, ponieważ odnosi się konkretnie do procedur zawierania umów (udzielania zamówienia), a nie do skutków rozwiązania tych umów. Pojęcie „procedury udzielania zamówienia” zostało również użyte w art. 1 ust. 2 dyrektywy 89/665. Ponadto art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 przewiduje między innymi, że podmiot, dla którego dostępna jest procedura odwoławcza, powinien przynajmniej mieć interes w uzyskaniu danego zamówienia i doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów przez instytucję zamawiającą.
- 31 Oczywiście jest, że przedmiotowy spór nie powstał z powodu decyzji instytucji zamawiającej przyznających lub ograniczających prawo do uzyskania określonego zamówienia publicznego (zawarcia umowy), ponieważ umowa o roboty budowlane została zawarta ze skarżącymi w pierwszej instancji; co więcej, ich działania doprowadziły do zgodnej z prawem decyzji pozwanego w pierwszej instancji o rozwiązaniu tej umowy. Z drugiej strony zgodnie z podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 wpis odnośnych przedsiębiorców do wykazu nierzetelnych wykonawców ogranicza ich prawa do zawierania innych umów w sprawie zamówienia publicznego. Zważywszy zatem na ogólną tendencję w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości do szerokiej interpretacji pojęcia „decyzji podejmowanej przez instytucję zamawiającą”, co do zasady uzasadnione byłoby zakwalifikowanie decyzji pozwanego w pierwszej instancji stanowiącej przedmiot sporu w niniejszej sprawie jako decyzji, o której mowa w art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665.
- 32 Jeżeli sporna decyzja instytucji zamawiającej w części postępowania krajowego wchodzi w zakres zastosowania art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665, ważne jest ustalenie podstaw dla oceny zgodności z prawem takiej decyzji. Skarżące w pierwszej instancji najmocniej podkreślają następujące okoliczności mające służyć za podstawę oceny ich rzetelności (niezależnie od tego, że umowa o roboty budowlane została rozwiązana): proporcjonalne wielkości zobowiązań umownych wykonawców (ich wkładów w wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego); okoliczność, że przed rozwiązaniem umowy o roboty budowlane wszystkie prace wykonywał tylko lider konsorcjum, to znaczy skarżące w pierwszej instancji jeszcze nie rozpoczęły żadnych powierzonych im prac; postępowanie upadłościowe wszczęte przeciwko liderowi konsorcjum; określone działania pozwanego w pierwszej instancji, które mogły doprowadzić do nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane, i inne okoliczności.
- 33 Zdaniem sądu odsyłającego wyżej wymienione okoliczności mogą mieć znaczenie przy ocenie rzetelności wykonawców umowy o roboty budowlane w związku

z wpisem do rejestru nierzetelnych wykonawców. Jeżeli zgodnie z wyrokiem Meca (C-41/18) taką ocenę rzetelności muszą przeprowadzić instytucje zamawiające, które opublikowały ogłoszenie o nowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, niezasadniony nie byłby wymóg, aby ta sama instytucja zamawiająca, która udzieliła zamówienia zakończonego rozwiązaniem umowy – czyli w tym wypadku pozwany w pierwszej instancji – przeprowadziła również taką ocenę.

DOKUMENT ROBOCZY