

orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 13 grudnia 2012 r.(*)

Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) – Dyrektywa 2004/17/WE – Artykuł 53 ust. 3, art. 54 ust. 4 – Zamówienia publiczne – Sektor usług pocztowych – Kryteria wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia – Poważne wykroczenie zawodowe – Ochrona interesu publicznego – Zachowanie uczciwej konkurencji

W sprawie C-465/11

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska) postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2011 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 września 2011 r., w postępowaniu:

Forposta S.A.,

ABC Direct Contact sp. z o.o.

przeciwko

Poczcie Polskiej S.A.,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: K. Lenaerts, pełniący obowiązki prezesa trzeciej izby, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis, J. Malenovský i T. von Danwitz, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: M. Aleksejev, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 26 września 2012 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Forposty S.A. oraz ABC Direct Contact sp. z o.o. przez P. Gruszczyńskiego i A. Starczewską-Galos, radców prawnych,
- w imieniu Poczty Polskiej S.A. przez P. Burzyńskiego i H. Kornackiego, radców prawnych,
- w imieniu rządu polskiego przez M. Szpunara, B. Majczynę, M. Laszuk i E. Gromnicką, działających w charakterze pełnomocników,

- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varonego, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez K. Herrmann i A. Tokára, działających 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. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114) w związku z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu toczonego przez spółki Forposta S.A., dawniej Praxis sp. z o.o., i ABC Direct Contact sp. z o.o. z Poczta Polska S.A. (zwaną dalej „Poczta Polska”) w przedmiocie podjętej przez tę ostatnią spółkę decyzji o wykluczeniu ich z ogłoszonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Sekcja 2 rozdziału VII dyrektywy 2004/18, poświęcona „[k]ryteriom kwalifikacji podmiotowej”, zawiera art. 45 zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”. W art. 45 ust. 1 wymienione są kryteria obowiązkowego wykluczenia kandydata lub oferenta z postępowania, zaś w ust. 2 wymienione są kryteria mogące prowadzić do wykluczenia. Artykuł 45 ust. 2 brzmi następująco:

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

- a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;

- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;
- e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy [jest winny bądź poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy, bądź nieprzekazania tych informacji].

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

- 4 Sekcja 1 rozdziału VII dyrektywy 2004/17 nosi tytuł „Systemy kwalifikowania oraz kwalifikacja podmiotowa”. Znajdujący się w tej sekcji art. 53, zatytułowany „Systemy kwalifikowania”, stanowi, co następuje:

„1. Podmioty zamawiające mogą, według swojego uznania, ustanowić i stosować systemy kwalifikowania wykonawców.

Podmioty zamawiające, które utworzą i stosują taki system, zapewniają, aby wykonawcy mogli w dowolnym momencie wnioskować o ujęcie ich w tym systemie.

[...]

3. Kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 2, mogą obejmować kryteria wykluczania wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE na zasadach i w okolicznościach tam określonych.

Jeżeli podmiotem zamawiającym jest instytucja zamawiająca w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a), te kryteria i zasady będą obejmować kryteria wykluczania wymienione w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE.

[...]”.

- 5 Artykuł 54 dyrektywy 2004/17, również znajdujący się w sekcji 1, zatytułowany „Kryteria kwalifikacji podmiotowej”, zawiera w ust. 1 i 4 następujące przepisy:

„1. Podmioty zamawiające, które ustanawiają kryteria kwalifikacji w procedurze otwartej, dokonują tego zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami dostępnymi dla zainteresowanych wykonawców.

[...]

4. Kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 1 i 2, mogą obejmować kryteria wykluczania wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE na zasadach tam określonych.

Jeżeli podmiotem zamawiającym jest instytucja zamawiająca w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a), kryteria i zasady, o których mowa w ust. 1 i 2 niniejszego artykułu, powinny obejmować kryteria wyłączeń wymienione w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE”.

Prawo polskie

- 6 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759) określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w tym zakresie. Ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2011 r., nr 87, poz. 484), która weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r., w ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 24 w ust. 1 dodano pkt 1a). Zmieniony w ten sposób przepis brzmi następująco:

„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

[...]

- 1a) wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy;

[...]”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 7 Poczta Polska jest spółką Skarbu Państwa, działającą w sektorze usług pocztowych i stanowi instytucję zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/17. Wszczęła ona, w procedurze otwartej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „doręczanie paczek pocztowych, krajowych i zagranicznych, paczek pocztowych plus, przesyłek pobraniowych, paczek pocztowych przyjmowanych na warunkach szczególnych”. Zgodnie z ustaleniami zawartymi we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wartość tego zamówienia przekracza próg, od którego mają zastosowanie przepisy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych.
- 8 Instytucja zamawiająca uznała oferty spółek Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. za najkorzystniejsze dla określonych części zamówienia i zaprosiła je do podpisania umowy. Wybór ten nie został zakwestionowany przez żadnego z uczestników postępowania. Jednakże w dniu 21 lipca 2011 r., na który wyznaczono termin podpisania umowy, Poczta Polska unieważniła udzielenie zamówienia ze względu na to, że podmioty, które przedstawiły wybrane oferty, musiały zostać obowiązkowo wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 9 Obie zainteresowane spółki wniosły odwołania od powyższej decyzji do Krajowej Izby Odwoławczej, podnosząc niezgodność przytoczonego przepisu krajowego z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. W ich opinii, przesłanki określone we

wskazany przepis krajowy ujęte są znacznie szerzej niż przesłanka określona w prawie Unii, zgodnie z którą podstawę wykluczenia stanowi wyłącznie „poważne wykroczenie zawodowe”, a w okolicznościach rozpatrywanych w postępowaniu głównym takie poważne wykroczenie nie zostało popełnione.

- 10 Sąd odsyłający podnosi, że przyjmując art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca krajowy wskazał, iż opierał się na przepisach art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Sąd odsyłający wyraża wątpliwości co do zgodności wskazanego przepisu krajowego ze stanowiącym jego podstawę przepisem prawa Unii i uzasadnia te wątpliwości wymienionymi poniżej względami.
- 11 W pierwszej kolejności podstawą wykluczenia zawartą we wskazanym przepisie dyrektywy 2004/18 jest poważne wykroczenie zawodowe, pojęcie, które zdaniem sądu odsyłającego w języku prawniczym wskazuje raczej na złamanie zasad etyki, godności bądź sumienności zawodowej. Osoba winna tego rodzaju naruszenia ponosi odpowiedzialność zawodową, w szczególności w drodze postępowania dyscyplinarnego wszczynanego przez właściwe organizacje zawodowe. Tym samym w przedmiocie poważnego wykroczenia zawodowego orzekają takie organizacje zawodowe lub sądy, a nie instytucje zamawiające, jak przewiduje to sporny przepis krajowy.
- 12 W drugiej kolejności pojęcie okoliczności, za które wykonawca „ponosi odpowiedzialność”, zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych, jest w ocenie sądu odsyłającego znacznie szersze niż pojęcie poważnego wykroczenia zawodowego, którego „winny jest wykonawca”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18, a zatem nie powinno mieć zastosowania w przepisach o charakterze sankcyjnym.
- 13 W trzeciej kolejności, jako że rozpatrywany przepis dyrektywy 2004/18 wymaga, by wykroczenie było „poważne”, można mieć wątpliwości, czy niezrealizowanie 5% wartości umowy można już uznać za takie poważne wykroczenie. Sąd odsyłający podkreśla w tym względzie, że jeśli określone w spornym w postępowaniu głównym przepisie krajowym przesłanki są spełnione, instytucja zamawiająca ma obowiązek wykluczyć danego wykonawcę i nie ma przy tym żadnej możliwości wzięcia pod uwagę jego indywidualnej sytuacji, co może prowadzić do naruszenia zasady proporcjonalności.
- 14 Sąd odsyłający podnosi na koniec, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału (wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, Zb.Orz. s. I-9999; z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, Zb.Orz. s. I-12169) dyrektywa 2004/18 nie zabrania państwom członkowskim wprowadzenia innych podstaw wykluczenia niż podstawy określone w art. 45 ust. 2 dyrektywy, które nie są oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych przedsiębiorców, o ile środki te są proporcjonalne do zamierzonego celu. Jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału (wyroki: z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb.Orz. s. I-1559; a także z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 *SECAP i Santorso*, Zb.Orz. s. I-3565) prawo Unii sprzeciwia się uregulowaniom krajowym przewidującym automatyczne wykluczanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, automatyczne odrzucanie ofert lub stosowanie środków nieproporcjonalnych do założonego celu. Tymczasem zdaniem sądu odsyłającego sporny przepis krajowy ma zarówno automatyczne zastosowanie, jak i wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu polegającego na ochronie interesu publicznego poprzez eliminację naprawdę nierzetelnych wykonawców.

15 Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza uznała za niezbędne zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy art. 45 ust. 2 [akapit pierwszy] lit. d) dyrektywy 2004/18 [...] w brzmieniu: »z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który [...] jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające« w związku z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17 [...] można interpretować w ten sposób, że za takie zawinione poważne wykroczenie zawodowe można uznać sytuację, w której dana instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?
- 2) W przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze: czy, jeśli państwo członkowskie może wprowadzić inne niż wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18 [...] podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uzna za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słuszych interesów instytucji zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, za zgodną z tą dyrektywą oraz Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej można uznać sytuację, w której wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?».

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie właściwości Trybunału

- 16 Poczta Polska podnosi, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdyż pełni ona jednocześnie funkcje sądownicze i konsultacyjne.
- 17 Należy w tym względzie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przy ustalaniu, czy organ odsyłający ma charakter „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, co jest kwestią podlegającą wyłącznie porządkowi prawnemu Unii, Trybunał bierze pod uwagę zespół przesłanek, takich jak w szczególności ustawowe umocowanie istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontrydiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (wyroki: z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 Dorsch Consult, Rec. s. I-4961, pkt 23; a także z dnia 19 kwietnia 2012 r. w sprawie C-443/09 Grillo Star, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 18 W niniejszym wypadku należy stwierdzić, że, jak wynika z przedłożonych Trybunałowi akt sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza, która jest organem ustanowionym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, mającym wyłączną właściwość do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców z instytucjami

zamawiającymi, i którego funkcjonowanie regulują art. 172–198 wspomnianej ustawy, jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Fakt, że na podstawie innych przepisów omawiany organ jest również upoważniony do pełnienia funkcji o charakterze konsultacyjnym, jest w tym względzie bez znaczenia.

W przedmiocie dopuszczalności

- 19 Rząd polski utrzymuje, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny ze względu na to, że jest hipotetyczny i zmierza w istocie do ustalenia zgodności krajowych przepisów będących przedmiotem postępowania głównego z przepisami dyrektywy 2004/18, a nie do interpretacji prawa Unii na potrzeby wyjaśniania sprawy będącej przedmiotem sporu, który ma być rozstrzygnięty na gruncie prawa krajowego. Tymczasem w ramach postępowania prejudycjalnego zadaniem Trybunału nie jest dokonywanie oceny zgodności ustawodawstwa krajowego z prawem Unii ani dokonywanie wykładni przepisów krajowych.
- 20 W tym względzie należy zauważyć, po pierwsze, że sąd odsyłający nie zwraca się do Trybunału o ocenę zgodności właściwych przepisów krajowych z prawem Unii ani o wykładnię tych przepisów. Wnosi tylko o dokonanie wykładni uregulowań Unii z zakresu zamówień publicznych w celu ustalenia, czy w postępowaniu głównym należy odstąpić od zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych. Po drugie, należy stwierdzić, że zadane pytania są istotne dla rozstrzygnięcia omawianego sporu, ponieważ Poczta Polska unieważniła decyzję o udzieleniu spornego zamówienia ze względu na to, że wykonawcy, których oferty wygrały, musieli zostać obowiązkowo wykluczeni z postępowania na podstawie przytoczonego przepisu krajowego.
- 21 W tych okolicznościach wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny i należy w związku z tym udzielić odpowiedzi na przedłożone w nim pytania.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 22 Zadając pytanie pierwsze, sąd odsyłający pragnie w istocie ustalić, czy art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.
- 23 Ze względu na niektóre uwagi przedstawione przez rząd polski na rozprawie przed Trybunałem, zgodnie z którymi sprawa taka, jak sprawa w postępowaniu głównym, podlegająca *ratione materiae* dyrektywie 2004/17, powinna być poddana ocenie wyłącznie w ramach tej dyrektywy, należy podkreślić, że zgodnie z ustaleniami sądu odsyłającego krajowy ustawodawca sam wskazał, iż przyjmując art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych, na którego podstawie zainteresowane spółki zostały wykluczone z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, opierał się na przepisach art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Poza tym to właśnie

do tegoż art. 45 odsyłają wprost przepisy art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17.

- 24 Widać z tego, że Rzeczpospolita Polska skorzystała z upoważnienia przyznanego przez wymienione przepisy dyrektywy 2004/17 i zawarła w uregulowaniach krajowych podstawę wykluczenia przewidzianą w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18.
- 25 Należy stwierdzić, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18, w odróżnieniu od przepisów dotyczących podstaw wykluczenia określonych w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a), b), e) i f), nie zawiera odesłania do krajowych przepisów ustawowych i wykonawczych, lecz art. 45 ust. 2 akapit drugi stanowi, że zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa Unii państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów tego ustępu.
- 26 Zatem pojęcia „poważnego” „wykroczenia” „zawodowego” zawarte w omawianym art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) mogą zostać wyjaśnione i doprecyzowane w prawie krajowym, zawsze jednak z poszanowaniem prawa Unii.
- 27 W tym względzie należy stwierdzić, że, jak słusznie podnosi rząd polski, pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym.
- 28 Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia bowiem instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Ponadto w odróżnieniu od wspomnianego art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), prawomocny wyrok nie jest wymagany do stwierdzenia wykroczenia zawodowego w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d).
- 29 W związku z tym niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe.
- 30 Jednak pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.
- 31 Ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.
- 32 Tymczasem uregulowania stanowiące przedmiot postępowania głównego nakazują instytucji zamawiającej wykluczyć z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcę, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca „ponosi odpowiedzialność”, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z nim w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego.
- 33 W tym względzie należy zauważyć, że zważywszy na cechy właściwe poszczególnym krajowym systemom prawnym w zakresie odpowiedzialności, pojęcie „okoliczności, za

które [wykonawca] ponosi odpowiedzialność” jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tymczasem art. 54 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 odsyła do uprawnienia do zastosowania kryteriów wykluczenia wymienionych w art. 45 dyrektywy 2004/18 „na zasadach tam określonych”, tak że pojęcia „poważnego wykroczenia” w rozumieniu opisanym w pkt 25 niniejszego wyroku nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca.

- 34 Ponadto uregulowania krajowe będące przedmiotem postępowania głównego same określają kryteria, na podstawie których zachowanie wykonawcy w przeszłości zmusza daną instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia go z właśnie wszczętego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, nie pozostawiając tej instytucji zamawiającej możliwości dokonania oceny, dla każdego przypadku oddzielnie, wagi rzekomego zawinionego uchybienia danego wykonawcy w związku z wykonaniem wcześniejszego zamówienia.
- 35 W związku z tym należy stwierdzić, że uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego nie ograniczają się do wytyczenia ogólnych ram stosowania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18, lecz nakładają w tym względzie na instytucje zamawiające wiążące warunki i konieczność automatycznego wyciągnięcia konsekwencji z określonych okoliczności, przekraczając tym samym zakres uznania, który przysługuje państwom członkowskim na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi omawianej dyrektywy w zakresie określania szczegółowych zasad stosowania podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d), przy poszanowaniu prawa Unii.
- 36 Z całości przedstawionych powyżej względów odpowiedź na pytanie pierwsze powinna pierwsze brzmieć tak, iż art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

W przedmiocie pytania drugiego

- 37 Pytanie drugie, przedstawione na wypadek udzielenia przeczącej odpowiedzi na pytanie pierwsze, zmierza w istocie do ustalenia, czy zasady i przepisy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych uzasadniają, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w pytaniu pierwszym.
- 38 W tym względzie, chociaż z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17 wynika, że instytucje zamawiające mogą ustalać jakościowe kryteria wyboru wykraczające poza kryteria wykluczenia wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18, to jednak zgodnie z utrwalonym

orzecznictwem Trybunału wspomniany art. 45 ust. 2 omawianej dyrektywy zawiera zamknięty katalog podstaw mogących uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w przetargu ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności i dotyczących jego cech zawodowych, a w związku z tym stoi na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie zawartego w nim wykazu o inne podstawy wykluczenia wynikające z kryteriów dotyczących cech zawodowych (zob. wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 La Cascina i in., Zb.Orz. s. I-1347, pkt 22; ww. wyrok w sprawie Michaniki, pkt 43; a także wyrok z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-74/09 Bâtiments et Ponts Construction et WISAG Produktionservice, Zb.Orz. s. I-7271, pkt 43).

- 39 Jedynie w sytuacji, gdy dana podstawa wykluczenia nie jest związana z cechami zawodowymi wykonawcy, a zatem nie podlega wyczerpującemu wyliczeniu w postaci takiego zamkniętego katalogu, można rozważać ewentualną dopuszczalność takiej podstawy w świetle zasad i innych norm prawa Unii z zakresu zamówień publicznych (zob. w tym względzie ww. wyroki: w sprawach połączonych Fabricom, pkt 25–36; w sprawie Michaniki, pkt 44–69; a także wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur, Zb.Orz. s. I-4219, pkt 21–33).
- 40 Tymczasem w niniejszym wypadku art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych ustanawia podstawę wykluczenia dotyczącą cechy zawodowej zainteresowanego wykonawcy, co znajduje potwierdzenie we wskazanym w pkt 10 i 23 niniejszego wyroku fakcie, że polski ustawodawca przywołał art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 na poparcie przyjęcia tego przepisu krajowego. Tego rodzaju podstawa wykluczenia, wykraczająca poza ramy zamkniętego katalogu zawartego w omawianym art. 45 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18, jak wynika z odpowiedzi na pytanie pierwsze, nie jest również dopuszczalna w świetle zasad i innych norm prawa Unii z zakresu zamówień publicznych.
- 41 W związku z tym odpowiedź na pytanie drugie powinna brzmieć tak, iż zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne.

W przedmiocie skutków niniejszego wyroku *ratione temporis*

- 42 Na rozprawie przed Trybunałem rząd polski zwrócił się o ograniczenie zakresu temporalnego skutków niniejszego wyroku, na wypadek gdyby Trybunał dokonał wykładni art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych takich, jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego.
- 43 Na poparcie swojego wniosku rząd polski podnosi brak jasności wspomnianego przepisu prawa Unii, który nie był jeszcze przedmiotem wykładni Trybunału, a także ryzyko poważnych konsekwencji gospodarczych na szczeblu krajowym, z którym miałyby się wiązać taka wykładnia.
- 44 Należy w tym względzie przypomnieć, że wykładnia normy prawa Unii dokonana przez Trybunał w ramach kompetencji przyznanej mu w art. 267 TFUE wyjaśnia i precyzuje

znaczenie oraz zakres tej normy, w postaci, w jakiej należy lub należało ją rozumieć i stosować od chwili jej wejścia w życie oraz że jedynie w wyjątkowych przypadkach Trybunał, stosując ogólną zasadę pewności prawa stanowiącą integralną część porządku prawnego Unii, może stanąć wobec potrzeby ograniczenia wobec ogółu zainteresowanych możliwości powoływania się na zinterpretowany przez siebie przepis celem podważenia nawiązanych w dobrej wierze stosunków prawnych (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 maja 2012 r. w sprawach połączonych od C-338/11 do C-347/11 Santander Asset Management SGIC i in., dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 58, 59; z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-525/11 Mednis, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 41, 42).

- 45 Dokładniej mówiąc, Trybunał stosował to rozwiązanie jedynie w bardzo konkretnych okolicznościach: po pierwsze, gdy istniało ryzyko poważnych reperkusji gospodarczych, między innymi ze względu na znaczną liczbę stosunków prawnych nawiązanych w dobrej wierze na podstawie przepisów uważanych za obowiązujące, i, po drugie, gdy okazywało się, że jednostki oraz władze krajowe zostały skłonione do zachowań niezgodnych z prawem Unii ze względu na istnienie obiektywnej i istotnej niepewności co do zakresu przepisów prawa Unii, do której to niepewności przyczyniło się ewentualnie również samo zachowanie innych państw członkowskich bądź Komisji Europejskiej (zob. w szczególności ww. wyroki: w sprawach połączonych Santander Asset Management SGIC i in., pkt 60; a także w sprawie Mednis, pkt 43).
- 46 Jeśli chodzi o podnoszoną obiektywną istotną niepewność co do zakresu rozpatrywanych przepisów prawa Unii, to w postępowaniu głównym nie można przyjąć istnienia takiej niepewności. Po pierwsze bowiem, hipotezy „poważnego wykroczenia zawodowego” w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 oczywiście nie spełnia podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych. Po drugie, z orzecznictwa, dobrze utrwalonego już w chwili uchwalania omawianego przepisu krajowego, wynika, że taka podstawa wykluczenia nie może być uzasadniona w świetle zasad i innych norm prawa Unii w zakresie zamówień publicznych.
- 47 Natomiast finansowe konsekwencje mogące wyniknąć dla państwa członkowskiego z wyroku Trybunału wydanego w trybie prejudycjalnym nie stanowią same w sobie uzasadnienia dla ograniczenia skutków temporalnych takiego wyroku (ww. wyroki: w sprawach połączonych Santander Asset Management SGIC i in., pkt 62; w sprawie Mednis, pkt 44).
- 48 Należy przy tym zauważyć, że w każdym razie rząd polski nie przedstawił żadnych informacji pozwalających Trybunałowi na ocenę zaistnienia, z powodu niniejszego wyroku, ryzyka poważnych gospodarczych reperkusji dla Rzeczypospolitej Polskiej.
- 49 W związku z powyższym nie ma podstaw do ograniczenia skutków temporalnych niniejszego wyroku.

W przedmiocie kosztów

- 50 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 (trzecia izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.**

- 2) **Zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słuszných interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w odpowiedzi na pierwsze pytanie.**

Podpisy

* Język postępowania: polski.