



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

13 december 2012*

„Richtlijn 2004/18/EG — Artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d — Richtlijn 2004/17/EG — Artikelen 53, lid 3, en 54, lid 4 — Overheidsopdrachten — Postdienstsector — Criteria voor uitsluiting van procedure voor gunning van opdracht — Ernstige fout bij beroepsuitoefening — Bescherming van algemeen belang — Handhaving van eerlijke mededinging”

In zaak C-465/11,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Krajowa Izba Odwoławcza (Polen) bij beslissing van 30 augustus 2011, ingekomen bij het Hof op 9 september 2011, in de procedure

Forposta SA,

ABC Direct Contact sp. z o.o.

tegen

Poczta Polska SA,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, waarnemend president van de Derde kamer, E. Juhász (rapporteur), G. Arestis, J. Malenovský en T. von Danwitz, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,

griffier: M. Aleksejev, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 september 2012,

gelet op de opmerkingen van:

- Forposta SA en ABC Direct Contact sp. z o.o., vertegenwoordigd door P. Gruszczyński en A. Starczewska-Galos, radcy prawni,
- Poczta Polska SA, vertegenwoordigd door P. Burzyński en H. Kornacki, radcy prawni,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Szipunar, B. Majczyna, M. Laszuk en E. Gromnicka als gemachtigden,

* Procestaal: Pools.

- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone, avvocato dello Stato,
 - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door K. Herrmann en A. Tokár als gemachtigden,
- gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), junctis de artikelen 53, lid 3, en 54, lid 4, van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Forposta SA, voorheen Praxis sp. z o.o., en ABC Direct Contact sp. z o.o., enerzijds, en Poczta Polska SA (hierna: „Poczta Polska”), anderzijds, over de beslissing van Poczta Polska om hen uit te sluiten van haar procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 Richtlijn 2004/18, hoofdstuk VII, afdeling 2, „Kwalitatieve selectiecriteria”, bevat artikel 45, „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”. In lid 1 van dit artikel worden de criteria opgesomd die noodzakelijkerwijs leiden tot de uitsluiting van de gegadigde of inschrijver voor een opdracht, terwijl in lid 2 van dit artikel de criteria worden opgesomd die kunnen leiden tot deze uitsluiting. Dit laatste lid luidt:

„Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

- a) die in staat van faillissement of van liquidatie verkeert, wiens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens wie een surséance van betaling of een akkoord geldt of die in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wet- of regelgevingen;
- b) wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surséance van betaling of akkoord dan wel een andere soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wet- of regelgevingen, aanhangig is gemaakt;
- c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;
- d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;

- e) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de socialezekerheidsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst;
- f) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst;
- g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.”

- 4 Afdeling 1 van hoofdstuk VII van richtlijn 2004/17 is getiteld „Erkenning en kwalitatieve selectie”. Artikel 53, „Erkenningsregelingen”, dat tot deze afdeling behoort, bepaalt:

„1. Desgewenst mogen de aanbestedende diensten een regeling voor de erkenning van ondernemers invoeren en beheren.

De aanbestedende diensten die een erkenningsregeling invoeren of beheren, zorgen ervoor dat de ondernemers te allen tijde een erkenning kunnen aanvragen.

[...]

3. De in lid 2 bedoelde criteria en regels inzake erkenning kunnen de in artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG genoemde uitsluitingscriteria omvatten, onder de daarin genoemde voorwaarden.

Wanneer de aanbestedende dienst een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, omvatten deze criteria en regels de uitsluitingscriteria van artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18/EG.

[...]”

- 5 Artikel 54, leden 1 en 4, van richtlijn 2004/17, „Kwalitatieve selectiecriteria”, dat eveneens tot dezelfde afdeling 1 behoort, luidt:

„1. De aanbestedende diensten die selectiecriteria bij een openbare procedure opstellen, doen dit volgens objectieve regels en criteria die aan de belangstellende ondernemers ter beschikking worden gesteld.

[...]

4. De in de leden 1 en 2 bedoelde criteria kunnen de in artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18/EG genoemde uitsluitingscriteria omvatten, onder de in dat artikel genoemde voorwaarden.

Wanneer de aanbestedende dienst een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, omvatten de in de leden 1 en 2 van dit artikel bedoelde criteria de uitsluitingscriteria van artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18/EG.”

Pools recht

- 6 De wet van 29 januari 2004 inzake overheidsopdrachten (Dz. U. nr. 113, volgnr. 759; hierna: „overheidsopdrachtenwet”) bepaalt de beginselen en procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten en de ter zake bevoegde autoriteiten. Bij de op 11 mei 2011 in werking getreden wijzigingswet van 25 februari 2011 (Dz. U. nr. 87, volgnr. 484), is punt 1, sub a, ingevoegd in artikel 24, lid 1, van de overheidsopdrachtenwet. Dit aldus gewijzigde artikel bepaalt:

„1. Van de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten:

[...]

1. a) marktdeelnemers wier overeenkomst de betrokken aanbestedende dienst heeft ontbonden, opgezegd of herroepen door aan de marktdeelnemer toerekenbare omstandigheden, wanneer de ontbinding, opzegging of herroeping van de overeenkomst heeft plaatsgevonden binnen drie jaar vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure en de waarde van het niet-uitgevoerde deel van de opdracht minstens 5 % van de waarde van de opdracht bedraagt;

[...]”

Hoofddeding en prejudiciële vragen

- 7 Poczta Polska, een in de postdienstsector actieve vennootschap die in handen van de schatkist is, is een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/17. Deze vennootschap heeft een openbare aanbesteding georganiseerd voor „de bezorging van nationale en internationale postpakketten, postpakketten met voorrang, rembourszendingen en aan bijzondere voorwaarden onderworpen postpakketten”. Volgens de vaststellingen in het verzoek om een prejudiciële beslissing overschrijdt het bedrag van deze opdracht de drempel voor de toepassing van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten.
- 8 Deze aanbestedende dienst was van mening dat de inschrijvingen van Forposta SA en ABC Direct Contact sp. z o.o. het gunstigst waren voor bepaalde onderdelen van de opdracht en heeft hun een overeenkomst aangeboden. Geen van de deelnemers aan de procedure heeft deze keuze aangevochten. Op 21 juli 2011, de datum die was vastgesteld voor de sluiting van de overeenkomst, heeft Poczta Polska echter de gunning nietig verklaard op grond dat de marktdeelnemers wier inschrijvingen waren geselecteerd, overeenkomstig artikel 24, lid 1, punt 1, sub a, van de overheidsopdrachtenwet dwingend moesten worden uitgesloten van de procedure.
- 9 Tegen deze beslissing hebben de twee betrokken ondernemingen beroep bij de Krajowa Izba Odwoławcza ingesteld op grond dat deze nationale bepaling in strijd is met artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18. Concreet is de strekking van de in deze nationale bepaling gestelde voorwaarden volgens hen veel ruimer dan de in het Unierecht gestelde voorwaarde, die als uitsluitingsgrond alleen een „ernstige fout bij de beroepsuitoefening” noemt. Een dergelijke ernstige fout is niet begaan in het hoofddeding.
- 10 De verwijzende rechter merkt op dat de nationale wetgever bij de vaststelling van artikel 24, lid 1, punt 1, sub a, van de overheidsopdrachtenwet heeft aangegeven dat hij zich baseerde op artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18. Hij uit twijfels over de verenigbaarheid van deze nationale bepaling met de daaraan ten grondslag liggende Unierechtelijke bepaling en grondt deze twijfels op de volgende overwegingen.

- 11 In de eerste plaats is de in deze bepaling van richtlijn 2004/18 bedoelde uitsluitingsgrond een ernstige fout bij de beroepsuitoefening. Dit begrip verwijst in het juridische taalgebruik eerder naar een schending van beginselen inzake ethiek, waardigheid of beroepsethiek. Een dergelijke schending kan leiden tot de beroepsaansprakelijkheid van degene die ze heeft gepleegd met name wanneer de bevoegde beroepsinstanties een tuchtprocedure inleiden. Derhalve doen deze organisaties, of de rechterlijke instanties, en niet de aanbestedende diensten, zoals is bepaald in de betrokken nationale bepaling, uitspraak over een ernstige fout bij de beroepsuitoefening.
- 12 In de tweede plaats is het begrip omstandigheden „die aan de marktdeelnemer kunnen worden toegerekend” in artikel 24, lid 1, punt 1, sub a, van de overheidsopdrachtenwet aanzienlijk ruimer dan het begrip „door de ondernemer begane” ernstige fout in artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18, en derhalve mag het niet in sanctiebepalingen worden gebruikt.
- 13 In de derde plaats is het, aangezien de fout volgens deze bepaling van richtlijn 2004/18 „ernstig” moet zijn, twijfelachtig of niet-uitvoering van 5 % van de waarde van een opdracht als een ernstige fout kan worden aangemerkt. Dienaangaande benadrukt de verwijzende rechter dat, wanneer is voldaan aan de voorwaarden van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepaling, de aanbestedende dienst de betrokken marktdeelnemer moet uitsluiten en diens individuele situatie niet in aanmerking mag nemen, wat kan leiden tot schending van het evenredigheidsbeginsel.
- 14 In de laatste plaats wijst de verwijzende rechter erop dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof (arresten van 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, Jurispr. blz. I-9999, en 23 december 2009, *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C-376/08, Jurispr. blz. I-12169) richtlijn 2004/18 een lidstaat niet belet om te voorzien in andere uitsluitingsgronden dan die vermeld in artikel 45, lid 2, van deze richtlijn die niet zijn gebaseerd op objectieve overwegingen die verband houden met de professionele kwaliteiten van de marktdeelnemers, voor zover zij evenredig zijn aan het nagestreefde doel. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof (arresten van 3 maart 2005, *Fabricom*, C-21/03 en C-34/03, Jurispr. blz. I-1559, en 15 mei 2008, *SECAP en Santorso*, C-147/06 en C-148/06, Jurispr. blz. I-3565) verzet het Unierecht zich echter tegen een nationale regeling die voorziet in een automatische uitsluiting van marktdeelnemers van deelneming aan een aanbestedingsprocedure, een automatische afwijzing van inschrijvingen of het nemen van maatregelen die onevenredig zijn aan het nagestreefde doel. De betrokken nationale bepaling is niet alleen automatisch van toepassing, maar bovendien gaat zij verder dan wat nodig is ter bereiking van het doel het openbaar belang te beschermen, dat erin bestaat marktdeelnemers uit te sluiten die werkelijk weinig betrouwbaar zijn.
- 15 Daarop heeft de *Krajowa Izba Odwoławcza* de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
 - „1) Moet artikel 45, lid 2, [eerste alinea], sub d, van richtlijn 2004/18 [...], dat bepaalt dat ‚[v]an deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken’, junctis de artikelen 53, lid 3, en 54, lid 4, van richtlijn 2004/17 [...], aldus worden uitgelegd dat als een dergelijke ernstige fout bij de beroepsuitoefening kan worden aangemerkt de situatie waarin de betrokken aanbestedende dienst door aan de betrokken marktdeelnemer toerekenbare omstandigheden de met de marktdeelnemer gesloten overeenkomst inzake de aanbesteding heeft ontbonden, opgezegd of herroepen, wanneer de ontbinding, opzegging of herroeping van de overeenkomst heeft plaatsgevonden binnen drie jaar vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure en de waarde van het niet-uitgevoerde deel van de opdracht minstens 5 % van de waarde van de opdracht bedraagt?
 - 2) Ingeval de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord: indien een lidstaat andere dan de in artikel 45 van richtlijn 2004/18 opgesomde gronden voor de uitsluiting van marktdeelnemers van deelneming aan de aanbestedingsprocedure in zijn nationale wet kan invoeren zo hij die gerechtvaardigd vindt ter bescherming van het algemeen belang en omwille van de rechtmatige

belangen van de aanbestedende dienst en de handhaving van de eerlijke mededinging tussen de marktdeelnemers, is het dan met deze richtlijn en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verenigbaar, marktdeelnemers van de procedure uit te sluiten met wie de betrokken aanbestedende dienst een overeenkomst inzake de aanbesteding had gesloten en die heeft ontbonden, opgezegd of herroepen door aan de marktdeelnemer toerekenbare omstandigheden, wanneer de ontbinding, opzegging of herroeping van de overeenkomst heeft plaatsgevonden binnen drie jaar vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure en de waarde van het niet-uitgevoerde deel van de opdracht minstens 5 % van de waarde van de opdracht bedraagt?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Bevoegdheid van het Hof

- 16 Poczta Polska betoegt dat de Krajowa Izba Odwoławcza geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is, aangezien zij zowel een rechtsprekende als een adviserende taak heeft.
- 17 Volgens vaste rechtspraak houdt het Hof ter beoordeling van de uitsluitend vanuit het Unierecht te beantwoorden vraag of het verwijzende orgaan een „rechterlijke instantie” is in de zin van artikel 267 VWEU, rekening met een aantal factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regels van het recht, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan (arresten van 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23, en 19 april 2012, Grillo Star, C-443/09, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 18 In casu zij vastgesteld dat, zoals blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier, de Krajowa Izba Odwoławcza, die als bij de overheidsopdrachtenwet opgericht orgaan bij uitsluiting bevoegd is om in eerste aanleg kennis te nemen van geschillen tussen marktdeelnemers en aanbestedende diensten en waarvan de werking is geregeld in de artikelen 172 tot en met 198 van deze wet, in de uitoefening van haar onder deze bepalingen vallende bevoegdheden, zoals in het hoofdgeding, een rechterlijke instantie is in de zin artikel 267 VWEU. Het feit dat dit orgaan eventueel krachtens andere bepalingen een adviserende taak heeft, laat deze vaststelling onverlet.

Ontvankelijkheid

- 19 De Poolse regering voert aan dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is omdat het hypothetisch is, en daarmee in wezen wordt beoogd te vernemen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling in overeenstemming is met richtlijn 2004/18, en niet bedoeld is om uitlegging van het Unierecht te verkrijgen ter verduidelijking van het voorwerp van het geding, dat moet worden beslecht op grond van het nationale recht. Het Hof is in het kader van een prejudiciële verwijzingsprocedure noch bevoegd om te oordelen over de verenigbaarheid van een nationale wettelijke regeling met het Unierecht, noch bevoegd om nationale wettelijke bepalingen uit te leggen.
- 20 Dienaangaande zij opgemerkt dat de verwijzende rechter het Hof niet verzoekt om te beoordelen of de betrokken nationale wetgeving in overeenstemming is met het Unierecht, noch om deze wetgeving uit te leggen. Hij verzoekt slechts om uitlegging van de Unieregels voor het plaatsen van overheidsopdrachten, teneinde te beoordelen of artikel 24, lid 1, punt 1, sub a, van de overheidsopdrachtenwet in het hoofdgeding buiten toepassing moet worden gelaten. Voorts zij vastgesteld dat de prejudiciële vragen relevant zijn voor de beslechting van dat geding, aangezien Poczta Polska de gunning van de litigieuze opdracht nietig heeft verklaard op grond dat de marktdeelnemers wier inschrijvingen waren geselecteerd, overeenkomstig deze nationale bepaling dwingend moesten worden uitgesloten van de procedure.

- 21 Derhalve is het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk en moeten de prejudiciële vragen worden beantwoord.

Eerste vraag

- 22 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening, die leidt tot de automatische uitsluiting van de betrokken marktdeelnemer van een lopende procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, wanneer de aanbestedende dienst door aan deze marktdeelnemer toerekenbare omstandigheden een vorige met deze marktdeelnemer gesloten overeenkomst voor een overheidsopdracht heeft ontbonden, opgezegd of herroepen, wanneer de ontbinding, opzegging of herroeping van de overeenkomst heeft plaatsgevonden binnen drie jaar vóór de aanvang van de lopende procedure en de waarde van het niet-uitgevoerde deel van de overheidsopdracht minstens 5 % van de totale waarde van deze opdracht bedraagt.
- 23 Nu de Poolse regering ter terechtzitting voor het Hof onder meer heeft opgemerkt dat een geval als in het hoofdgeding, dat *ratione materiae* onder richtlijn 2004/17 valt, uitsluitend in het licht van deze richtlijn moet worden beoordeeld, zij benadrukt dat, volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter, de nationale wetgever zelf heeft aangegeven dat hij zich bij de vaststelling van artikel 24, lid 1, punt 1, sub a, van de overheidsopdrachtenwet, op basis waarvan de betrokken vennootschappen zijn uitgesloten van de gunningsprocedure, heeft gebaseerd op artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18. Voorts verwijzen de artikelen 53, lid 3, en 54, lid 4, van richtlijn 2004/17 uitdrukkelijk naar dat artikel 45.
- 24 De Republiek Polen blijkt dus gebruik te hebben gemaakt van de in deze bepalingen van richtlijn 2004/17 voorziene mogelijkheid en de in artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 bedoelde uitsluitingsgrond te hebben opgenomen in de nationale regeling.
- 25 Vastgesteld zij dat artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18, anders dan de bepalingen betreffende de uitsluitingsgronden in deze alinea, sub a, b, e en f, niet verwijst naar de nationale regelingen en wettelijke regelingen, maar dat de tweede alinea van dit lid 2 bepaalt dat de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en met eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid bepalen.
- 26 Derhalve kunnen de in artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, voorkomende begrippen „ernstige” „fout” „bij de beroepsuitoefening” worden gepreciseerd en verduidelijkt naar nationaal recht, evenwel met eerbiediging van het Unierecht.
- 27 Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals de Poolse regering terecht betoogt, het begrip „fout bij de beroepsuitoefening” elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer, en niet alleen schendingen van de tuchtrechtelijke normen in enge zin van de beroepsgroep van deze marktdeelnemer die worden vastgesteld door het voor deze beroepsgroep ingestelde tuchtorgaan of een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing.
- 28 Artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 staat aanbestedende diensten immers toe om een fout bij de beroepsuitoefening vast te stellen op elke grond die zij aannemelijk kunnen maken. Voorts is, anders dan in deze alinea, sub c, geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist voor de vaststelling van een fout bij de beroepsuitoefening in de zin van deze alinea, sub d.
- 29 Derhalve kan de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen in principe worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening.

- 30 Niettemin moet worden aangenomen dat het begrip „ernstige fout” gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout.
- 31 Voorts kan in principe slechts worden vastgesteld dat er sprake is van een „ernstige fout” indien het gedrag van de betrokken marktdeelnemer in concreto en individueel wordt beoordeeld.
- 32 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling verplicht de aanbestedende dienst ertoe om een marktdeelnemer uit te sluiten van de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht wanneer deze dienst door omstandigheden die aan deze marktdeelnemer „kunnen worden toegerekend”, een met hem voor een vorige overheidsopdracht gesloten overeenkomst heeft ontbonden of opgezegd.
- 33 Dienaangaande zij erop gewezen dat, gelet op de specifieke kenmerken van de nationale rechtsstelsels inzake aansprakelijkheid, het begrip „toerekenbare omstandigheden” zeer ruim is en situaties kan omvatten die veel verder gaan dan gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Artikel 54, lid 4, eerste alinea, van richtlijn 2004/17 verwijst naar de mogelijkheid om de in artikel 45 van richtlijn 2004/18 genoemde uitsluitingscriteria toe te passen „onder de in dat artikel genoemde voorwaarden”, zodat het begrip „ernstige fout” in de zin van punt 25 van het onderhavige arrest niet kan worden vervangen door het begrip aan de betrokken marktdeelnemer „toerekenbare omstandigheden”.
- 34 Voorts bepaalt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling zelf de parameters op basis waarvan eerder gedrag van een marktdeelnemer de betrokken aanbestedende dienst ertoe verplicht om deze marktdeelnemer automatisch uit te sluiten van de nieuw ingeleide procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, zonder deze aanbestedende dienst de mogelijkheid te laten om de ernst van het beweerde onrechtmatige gedrag van deze marktdeelnemer bij de uitvoering van de vorige opdracht per geval te beoordelen.
- 35 Derhalve zij vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling niet alleen het algemene kader voor de toepassing van artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 afbakt, maar dienaangaande de aanbestedende diensten dwingende voorwaarden en uit bepaalde omstandigheden automatisch te trekken conclusies oplegt, en daarmee de beoordelingsmarge overschrijdt waarover de lidstaten krachtens artikel 45, lid 2, tweede alinea, van deze richtlijn beschikken bij de bepaling – met eerbiediging van het Unierecht – van de voorwaarden voor de toepassing van de in dit lid 2, eerste alinea, sub d, bedoelde uitsluitingsgrond.
- 36 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening, die leidt tot de automatische uitsluiting van de betrokken marktdeelnemer van een lopende procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, wanneer de aanbestedende dienst door aan deze marktdeelnemer toerekenbare omstandigheden een vorige met deze marktdeelnemer gesloten overeenkomst voor een overheidsopdracht heeft ontbonden, opgezegd of herroepen, wanneer de ontbinding, opzegging of herroeping van de overeenkomst heeft plaatsgevonden binnen drie jaar vóór de aanvang van de lopende procedure en de waarde van het niet-uitgevoerde deel van de vorige overheidsopdracht minstens 5 % van de totale waarde van deze opdracht bedraagt.

Tweede vraag

- 37 Met deze vraag, die is gesteld voor het geval de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, wordt in wezen gevraagd of de Unierechtelijke beginselen en regels inzake overheidsopdrachten rechtvaardigen dat een nationale regeling als in het hoofdgeding uit hoofde van de bescherming van het algemeen belang en de rechtmatige belangen van de aanbestedende diensten alsmede de handhaving van de eerlijke mededinging tussen de marktdeelnemers, een aanbestedende dienst ertoe verplicht om in een geval als bedoeld in de eerste vraag, een marktdeelnemer automatisch uit te sluiten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.
- 38 Dienaangaande blijkt uit artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/17 weliswaar dat aanbestedende diensten naast de uitsluitingscriteria van artikel 45 van richtlijn 2004/18 kwalitatieve selectiecriteria kunnen vaststellen, maar dat neemt niet weg dat, volgens vaste rechtspraak van het Hof, artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 een limitatieve opsomming geeft van de gronden waarmee de uitsluiting van een marktdeelnemer van deelneming aan een opdracht kan worden gerechtvaardigd om op objectieve gegevens gebaseerde redenen die verband houden met zijn professionele kwaliteiten, en derhalve eraan in de weg staat dat de lidstaten de daarin opgenomen lijst aanvullen met andere uitsluitingsgronden die zijn gebaseerd op criteria inzake beroepsbekwaamheid (zie arrest van 9 februari 2006, *La Cascina e.a.*, C-226/04 en C-228/04, Jurispr. blz. I-1347, punt 22; reeds aangehaald arrest *Michaniki*, punt 43, en arrest van 15 juli 2010, *Bâtiments et Ponts Construction en WISAG Produktionservice*, C-74/09, Jurispr. blz. I-7271, punt 43).
- 39 Alleen wanneer de betrokken uitsluitingsgrond geen verband houdt met de professionele kwaliteiten van de marktdeelnemer, en derhalve niet voorkomt in deze limitatieve opsomming, kan worden overwogen deze grond toe te laten ten aanzien van de Unierechtelijke beginselen of andere regels inzake overheidsopdrachten (zie dienaangaande reeds aangehaalde arresten *Fabricom*, punten 25-36, en *Michaniki*, punten 44-69, en arrest van 19 mei 2009, *Assitur*, C-538/07, Jurispr. blz. I-4219, punten 21-33).
- 40 In casu bevat artikel 24, lid 1, punt 1, sub a, van de overheidsopdrachtenwet een uitsluitingsgrond die verband houdt met de beroepsbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, zoals wordt bevestigd door het in de punten 10 en 23 van het onderhavige arrest vermelde feit dat de Poolse wetgever zich voor de vaststelling van deze nationale bepaling heeft gebaseerd op artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18. Deze uitsluitingsgrond, die, zoals uit het antwoord op de eerste vraag blijkt, buiten de limitatieve opsomming in deze eerste alinea valt, is derhalve evenmin toelaatbaar ten aanzien van de Unierechtelijke beginselen en andere regels inzake overheidsopdrachten.
- 41 Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de Unierechtelijke beginselen en regels inzake overheidsopdrachten niet rechtvaardigen dat een nationale regeling als in het hoofdgeding uit hoofde van de bescherming van het algemeen belang en de rechtmatige belangen van de aanbestedende diensten, alsmede de handhaving van de eerlijke mededinging tussen de marktdeelnemers, een aanbestedende dienst ertoe verplicht om in een geval als bedoeld in het antwoord op de eerste prejudiciële vraag, een marktdeelnemer automatisch uit te sluiten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

Werking in de tijd van het onderhavige arrest

- 42 De Poolse regering heeft het Hof ter terechtzitting verzocht de werking van het onderhavige arrest in de tijd te beperken, mocht het artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 aldus uitleggen dat het zich verzet tegen een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

- 43 Ter ondersteuning van haar verzoek beroept de Poolse regering zich op het vermeende onduidelijke karakter van deze Unierechtelijke bepaling, die nog niet door het Hof is uitgelegd, en op het gevaar voor ernstige economische gevolgen op nationaal niveau dat een dergelijke uitlegging inhoudt.
- 44 In dit verband zij eraan herinnerd dat de uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een voorschrift van Unierecht, de betekenis en de strekking van dat voorschrift verklaart en preciseert zoals het sedert het tijdstip van de inwerkingtreding ervan moet of had moeten worden verstaan en toegepast, en dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen het Hof uit hoofde van een aan de rechtsorde van de Unie inherent algemeen beginsel van rechtszekerheid kan besluiten om beperkingen te stellen aan de mogelijkheid voor iedere belanghebbende om met een beroep op een door het Hof uitgelegde bepaling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen in geding te brengen (zie in die zin arresten van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C-338/11–C-347/11, punten 58 en 59, en 18 oktober 2012, Mednis, C-525/11, punten 41 en 42).
- 45 Meer bepaald heeft het Hof slechts in zeer specifieke omstandigheden van deze mogelijkheid gebruikgemaakt, namelijk wanneer er gevaar bestond voor ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en wanneer bleek dat particulieren en de nationale autoriteiten tot met het Unierecht strijdig gedrag waren gebracht op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de strekking van bepalingen of beginselen van Unierecht, aan welke onzekerheid het gedrag zelf van andere lidstaten of van de Europese Commissie eventueel had bijgedragen (zie met name reeds aangehaalde arresten Santander Asset Management SGIIC e.a., punt 60, en Mednis, punt 43).
- 46 Dat er in het hoofdgeding sprake is van objectieve, grote onzekerheid over de strekking van de betrokken bepalingen van Unierecht, kan niet worden aanvaard. De in artikel 24, lid 1, punt 1, sub a, van de overheidsopdrachtenwet bedoelde uitsluitingsgrond valt immers kennelijk niet onder de hypothese van een „ernstige fout bij de beroepsuitoefening” in de zin van artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18. Voorts blijkt uit op de datum van vaststelling van deze nationale bepaling reeds bestaande vaste rechtspraak dat deze uitsluitingsgrond niet kan worden gerechtvaardigd door de Unierechtelijke beginselen of andere regels inzake overheidsopdrachten.
- 47 De mogelijke financiële gevolgen van een arrest van het Hof in het kader van een prejudiciële verwijzing voor een lidstaat vormen op zich geen rechtvaardiging voor een beperking van de werking van dit arrest in de tijd (reeds aangehaalde arresten Santander Asset Management SGIIC e.a., punt 62, en Mednis, punt 44).
- 48 Opgemerkt zij dat de Poolse regering hoe dan ook het Hof geen gegevens heeft verstrekt op basis waarvan het kan beoordelen of er wegens het onderhavige arrest voor de Republiek Polen gevaar voor ernstige economische gevolgen bestaat.
- 49 Derhalve hoeft de werking van het onderhavige arrest niet in de tijd te worden beperkt.

Kosten

- 50 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening, die leidt tot de automatische uitsluiting van de betrokken marktdeelnemer van een lopende procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, wanneer de aanbestedende dienst door aan deze marktdeelnemer toerekenbare omstandigheden een vorige met deze marktdeelnemer gesloten overeenkomst voor een overheidsopdracht heeft ontbonden, opgezegd of herroepen, wanneer de ontbinding, opzegging of herroeping van de overeenkomst heeft plaatsgevonden binnen drie jaar vóór de aanvang van de lopende procedure en de waarde van het niet-uitgevoerde deel van de vorige overheidsopdracht minstens 5 % van de totale waarde van deze opdracht bedraagt.**
- 2) **De Unierechtelijke beginselen en regels inzake overheidsopdrachten rechtvaardigen niet dat een nationale regeling als in het hoofdgeding uit hoofde van de bescherming van het algemeen belang en de rechtmatige belangen van de aanbestedende diensten, alsmede de handhaving van de eerlijke mededinging tussen de marktdeelnemers, een aanbestedende dienst ertoe verplicht om in een geval als bedoeld in het antwoord op de eerste prejudiciële vraag, een marktdeelnemer automatisch uit te sluiten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.**

ondertekeningen