



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 14 grudnia 2016 r. *

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne na usługi — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 45 ust. 2 — Sytuacja podmiotowa kandydata lub oferenta — Fakultatywne podstawy wykluczenia — Poważne wykroczenie zawodowe — Uregulowania krajowe przewidujące badanie każdego przypadku oddzielnie z zastosowaniem zasady proporcjonalności — Decyzje instytucji zamawiających — Dyrektywa 89/665/EWG — Kontrola sądowa

W sprawie C-171/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów, Niderlandy) postanowieniem z dnia 27 marca 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 kwietnia 2015 r., w postępowaniu:

Connexxion Taxi Services BV

przeciwko

Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,

Transvision BV,

Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,

Zorgvervoercentrale Nederland BV,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes izby, E. Juhász (sprawozdawca), C. Vajda, K. Jürimäe i C. Lycourgos, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 kwietnia 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Connexxion Taxi Services BV przez J. van Nouhuysa, advocaat,

* Język postępowania: niderlandzki.

- w imieniu Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV i Zorgvervoercentrale Nederland BV przez J.P. Heeringa i P. Heemskerk, advocaten,
- w imieniu rządu niderlandzkiego przez H.M. Stergiou, M.K. Bulterman, M.A.M. de Ree i J. Langer, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varone i F. Di Mattea, avvocati dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Tokára i S. Noë, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 30 czerwca 2016 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 45 ust. 2 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. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132) oraz zakresu kontroli sądowej decyzji instytucji zamawiających.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Connexxion Taxi Services BV (zwaną dalej „Connexxion”) a Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (państwem niderlandzkim – ministerstwem zdrowia, dobrobytu i sportu, Niderlandy, zwanym dalej „ministerstwem”) oraz zrzeszeniem przedsiębiorstw składającym się z Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV i Zorgvervoercentrale Nederland BV (zwanym dalej jako całość „konsorcjum”), w przedmiocie prawidłowości decyzji ministerstwa o udzieleniu zamówienia publicznego na usługi temu konsorcjum.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Motyw 2 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu”.

- 4 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

- 5 W tytule II sekcja 2 rozdziału VII omawianej dyrektywy poświęcona jest „[k]ryteriom kwalifikacji podmiotowej”. Mieści się w niej art. 45, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”. Jego ust. 1 zawiera wykaz podstaw obowiązkowego wykluczenia kandydata lub oferenta w przetargu. Ustęp 2 tego artykułu wymienia fakultatywne podstawy wykluczenia z przetargu. Miał on następujące brzmienie:

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

[...]

- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;

[...]

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

- 6 Załącznik VIIA do omawianej dyrektywy, zatytułowany „Informacje, które należy zamieścić w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych”, wymienia w pkt 17 „[k]ryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia oraz wymagane informacje stanowiące dowód, że nie są to przypadki uzasadniające wykluczenie [...]”.
- 7 W tytule „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 246), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) stanowi w ust. 1 akapit trzeci:
- „Państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo”.
- 8 Dyrektywa 2004/18 została zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014, L 94, s. 65). Zgodnie z art. 91 dyrektywy 2014/24 dyrektywa 2004/18 została uchylona z dniem 18 kwietnia 2016 r.

Prawo niderlandzkie

- 9 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do prawa niderlandzkiego Besluit houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (rozporządzeniem w sprawie zasad dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi) z dnia 16 lipca 2005 r. (Stb. 2005, s. 408, zwanego dalej „rozporządzeniem”).
- 10 Artykuł 45 ust. 2 lit. d) wskazanej dyrektywy został transponowany do prawa niderlandzkiego w art. 45 ust. 3 lit. d) rozporządzenia, który stanowi:

„Z udziału w zamówieniu instytucja zamawiająca może wykluczyć każdego wykonawcę, który:

[...]

d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

[...]”.

- 11 W uzasadnieniu do rozporządzenia wskazano w odniesieniu do art. 45 ust. 3:

„Ocena co do tego, czy faktycznie ma dojść do wykluczenia i jak długo ma ono obowiązywać, biorąc pod uwagę ogólne zasady dyrektywy, winna być zawsze proporcjonalna i przeprowadzana w sposób niedyskryminujący. Określenie »proporcjonalna« oznacza, że wykluczenie i jego czas trwania powinny być proporcjonalne do wagi przewinienia. Podobnie wykluczenie i czas jego trwania powinny być proporcjonalne do wielkości zamówienia publicznego. Ustalenie bezwzględnego terminu, w którym przedsiębiorstwo działające niezgodnie z prawem jest od razu wykluczone ze wszystkich organizowanych przez państwo przetargów publicznych, nie jest zatem zgodne z zasadą proporcjonalności. Oznacza to również, że jest to zawsze działanie dopasowane, gdyż instytucje zamawiające powinny badać w każdym przypadku, dla każdego zamówienia publicznego, czy należy w konkretnym przypadku wykluczyć dane przedsiębiorstwo (w zależności od charakteru i wielkości zamówienia publicznego, rodzaju i zakresu wykroczenia oraz środków, które zostały przyjęte w międzyczasie przez przedsiębiorstwo)”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 12 W dniu 10 lipca 2012 r. ministerstwo rozpiśało postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia dotyczącego świadczenia „usługi ponadregionalnego przewozu o charakterze socjalno-rekreacyjnym dla osób o ograniczonej mobilności”. Ta usługa ma na celu umożliwienie osobom o ograniczonej sprawności ruchowej swobodnego podróżowania, poprzez przyznanie im co roku funduszu na przejazdy, wyrażonego w kilometrach jazdy taksówką. Minimalny czas trwania zamówienia wynosi trzy lata i dziewięć miesięcy, a jest ono warte około 60 mln EUR rocznie.
- 13 Procedura udzielenia omawianego zamówienia jest szczegółowo opisana w „Dokumencie opisowym”, zawierającym artykuł zatytułowany „Podstawy wykluczenia i wymogi w zakresie predyspozycji”, którego pkt 3.1 stanowi:

„Oferta, względem której zachodzi podstawa wykluczenia, zostaje odrzucona i nie jest dalej (merytorycznie) badana”.

- 14 W kwestii podstaw wykluczenia dokument opisowy odsyła do załącznika „Oświadczenie własne”, które oferenci powinni wypełnić i obowiązkowo załączyć do oferty. Dokument opisowy wskazuje:
- „W tym względzie [...] oferent oświadcza, że nie zachodzi w stosunku do niego jakakolwiek z podstaw wykluczenia (zob. pkt 2 i 3 oświadczenia); potwierdza to poprzez złożenie podpisu pod ujednoliconym oświadczeniem własnym”.
- 15 W oświadczeniu tym oferent stwierdza w szczególności, że „ani jego przedsiębiorstwo, ani żadna osoba z kierownictwa tego przedsiębiorstwa nie dopuściła się w ramach prowadzenia działalności zawodowej żadnego poważnego wykroczenia zawodowego”.
- 16 W przetargu brały udział między innymi Connexxion oraz konsorcjum. Pismem z dnia 8 października 2012 r. ministerstwo poinformowało spółkę Connexxion, że jej oferta zajęła drugie miejsce i że zamierza udzielić zamówienia konsorcjum.
- 17 W dniu 20 listopada 2012 r. Nederlandse Mededingingsautoriteit (niderlandzki urząd ds. ochrony konkurencji) nałożył na dwa przedsiębiorstwa należące do konsorcjum oraz na osoby z kierownictwa tych przedsiębiorstw grzywny z tytułu naruszenia niderlandzkiej ustawy o ochronie konkurencji. Stwierdzone naruszenia dotyczyły porozumień zawieranych z innymi przedsiębiorstwami w okresach: od 18 grudnia 2007 r. do 27 sierpnia 2010 r. i od 17 kwietnia 2009 r. do 1 marca 2011 r. Ministerstwo uznało, że jest to poważne wykroczenie zawodowe, lecz podtrzymało swą decyzję o udzieleniu zamówienia konsorcjum, ponieważ wykluczenie go na podstawie takiego wykroczenia byłoby nieproporcjonalne.
- 18 W postępowaniu w przedmiocie środków tymczasowych Connexxion zażądała zakazania ministerstwu udzielenia zamówienia konsorcjum. W orzeczeniu z dnia 17 kwietnia 2013 r. voorzieningenrechter te Den Haag (sąd orzekający w przedmiocie środków tymczasowych w Hadze, Niderlandy) uwzględnił ten wniosek, uznając, że ministerstwo, po stwierdzeniu zaistnienia poważnego wykroczenia zawodowego, nie mogło dokonać badania proporcjonalności.
- 19 W orzeczeniu z dnia 3 września 2013 r. Gerechtshof Den Haag (sąd apelacyjny w Hadze, Niderlandy) uchylił orzeczenie sądu orzekającego w przedmiocie środków tymczasowych i zezwolił ministerstwu na udzielenie rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia konsorcjum, uznając, że prawo Unii nie zabrania instytucji zamawiającej sprawdzenia, z zastosowaniem zasady proporcjonalności, czy oferent podlegający fakultatywnej podstawie wykluczenia powinien zostać wykluczony, i że dokonując takiego badania proporcjonalności, ministerstwo nie działało wbrew zasadom równego traktowania i przejrzystości.
- 20 Connexxion wniosła skargę kasacyjną na to orzeczenie do Hoge Raad der Nederlanden (sądu najwyższego Niderlandów).
- 21 Jak wskazuje ten sąd i co charakteryzuje sprawę w postępowaniu głównym, po pierwsze, instytucja zamawiająca ogłosiła w warunkach zamówienia, że oferta, której dotyczy podstawa wykluczenia, zostanie odrzucona bez badania merytorycznego, i, po drugie, decyzja o udzieleniu zamówienia danemu oferentowi została jednak utrzymana po tym, jak instytucja zamawiająca stwierdziła, że oferent ten popełnił poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu warunków zamówienia.
- 22 Sąd odsyłający podkreśla, że art. 45 ust. 3 rozporządzenia przejął w całości fakultatywne podstawy wykluczenia określone w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18. Tymczasem, co się tyczy stosowania tych podstaw wykluczenia, z uzasadnienia rozporządzenia dotyczącego tego przepisu wynika, że zważywszy na ogólne zasady tej dyrektywy, to, czy faktycznie nastąpi wykluczenie, powinno zawsze być oceniane w sposób proporcjonalny i niedyskryminujący. Instytucje zamawiające powinny

tym samym sprawdzać w każdym przypadku, czy dane przedsiębiorstwo należy wykluczyć z przetargu publicznego, z uwzględnieniem charakteru i wielkości zamówienia publicznego, rodzaju i zakresu wykroczenia oraz środków, które zostały przyjęte w międzyczasie przez przedsiębiorstwo.

- 23 W związku z tym prawo krajowe zobowiązuje instytucję zamawiającą po stwierdzeniu poważnego wykroczenia zawodowego do podjęcia decyzji przy zastosowaniu zasady proporcjonalności, czy rzeczywiście ma nastąpić wykluczenie winnego tego wykroczenia.
- 24 Zatem obowiązek przeprowadzenia badania proporcjonalności można uznać za przewidziane w prawie krajowym uelastycznienie kryteriów stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia w rozumieniu wyroków z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.* (C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 21) oraz z dnia 10 lipca 2014 r., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 35, 36). Na podstawie art. 45 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 takie uelastycznienie przez prawo krajowe musi być zgodne z prawem Unii, a w szczególności z zasadami równego traktowania i przejrzystości. W sprawie w postępowaniu głównym ministerstwo, jako instytucja zamawiająca, stwierdziwszy popełnienie wykroczenia, sprawdziło, na podstawie zasady proporcjonalności, czy przy realizacji rozpatrywanego zamówienia mogą zostać zagwarantowane uczciwość zawodowa i wiarygodność konsorcjum. Konsorcjum podjęło działania w tej sprawie.
- 25 Sąd odsyłający podnosi, że Trybunał nie udzielił dotychczas odpowiedzi na pytanie, czy prawo Unii, a w szczególności art. 45 ust. 2 omawianej dyrektywy stoi na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca była zobowiązana na podstawie prawa krajowego, w oparciu o zasadę proporcjonalności, do zbadania, czy oferent, który dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, ma być faktycznie wykluczony. Trybunał nie wypowiadał się również w przedmiocie tego, czy w tym względzie ma znaczenie, że instytucja zamawiająca przewidziała w warunkach zamówienia odrzucenie bez merytorycznego badania wszystkich ofert, których dotyczy podstawa wykluczenia. Ponadto dyrektywa ta nie zawiera jakichkolwiek uregulowań odnośnie do zakresu kontroli sądowej rozstrzygnięć instytucji zamawiających.
- 26 W tych okolicznościach Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Nederlandów) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) a) Czy prawo Unii, a w szczególności art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się temu, żeby prawo krajowe nakładało na instytucję zamawiającą obowiązek dokonania oceny w oparciu o zasadę proporcjonalności, czy należy faktycznie wykluczyć oferenta, który dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego?
- b) Czy ma przy tym znaczenie, że instytucja zamawiająca zawarła w warunkach przetargu postanowienie, zgodnie z którym oferta, względem której ma zastosowanie jedna z podstaw wykluczenia, pozostaje bez rozpoznania i nie jest brana pod uwagę przy szczegółowej ocenie pod względem treści?
- 2) W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze lit. a) odpowiedzi przeczącej: czy prawo Unii sprzeciwia się temu, by sąd krajowy dokonywał oceny w oparciu o zasadę proporcjonalności nie w sposób »kompleksowy«, tak jak została ona przeprowadzona w konkretnym przypadku przez instytucję zamawiającą, lecz poprzestał na (»marginalnej«) ocenie, czy instytucja zamawiająca przy rozsądnej ocenie mogła dojść do rozstrzygnięcia, aby jednak nie wykluczać oferenta, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18?».

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 27 Na wstępie należy stwierdzić, że okoliczności faktyczne rozpatrywane w postępowaniu głównym, które zostały przypomniane w pkt 12–17 niniejszego wyroku, nastąpiły przed upływem w dniu 18 kwietnia 2016 r. terminu transpozycji przez państwa członkowskie dyrektywy 2014/24. Wynika z tego, że pytania prejudycjalne należy oceniać *ratione temporis* jedynie w świetle dyrektywy 2004/18 zgodnie z jej wykładnią udzieloną w orzecznictwie Trybunału.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. a)

- 28 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, w odniesieniu do zamówień publicznych objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18 jej art. 45 ust. 2 pozostawia stosowanie wskazanych w nim siedmiu przypadków wykluczenia dotyczących uczciwości zawodowej, wypłacalności lub wiarygodności kandydatów w przetargu uznaniu państw członkowskich, o czym świadczy zwrot „z udziału w zamówieniu można wykluczyć”, który zawarty jest na początku tego przepisu [zob. w odniesieniu do art. 29 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 322) wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 21]. Ponadto na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi państwa członkowskie powinny określić warunki wykonania przepisów tego ustępu zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz z poszanowaniem prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 35).
- 29 W rezultacie art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie ma na celu jednolitego stosowania na szczeblu Unii wymienionych tam podstaw wykluczenia, ponieważ państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od sprawy, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego. W ramach tego państwa członkowskie mają prawo do złagodzenia lub do uelastycznienia kryteriów ustanowionych w tym przepisie (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 30 W niniejszym przypadku należy wskazać, że w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy za poważne wykroczenie zawodowe Królestwo Niderlandów nie zawarło warunków zastosowania art. 45 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy w swoich przepisach, tylko powierzyło stosowanie tego uprawnienia instytucjom zamawiającym w rozporządzeniu. Rozpatrywane w postępowaniu głównym niderlandzkie przepisy uprawniają bowiem instytucje zamawiające do ogłoszenia, że do danego zamówienia publicznego będą mieć zastosowanie fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 45 ust. 2 tej dyrektywy.
- 31 W przypadku podstawy wykluczenia oferenta za poważne wykroczenie zawodowe z postanowienia odsyłającego wynika, że wspomniane przepisy zobowiązują instytucję zamawiającą, która stwierdziła popełnienie przez oferenta takiego wykroczenia, do zbadania na podstawie zasady proporcjonalności, czy faktycznie należy go wykluczyć.
- 32 Widać więc, że to badanie proporcjonalności wykluczenia uelastycznia stosowanie podstawy wykluczenia dotyczącej poważnego wykroczenia zawodowego, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18, zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 29 niniejszego wyroku. Ponadto z motywu 2 dyrektywy wynika, że zasada proporcjonalności ogólnie ma zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

33 Odpowiedź na pierwsze pytanie lit. a) powinna więc brzmieć, iż prawo Unii, a w szczególności art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, nie stoi na przeszkodzie temu, by krajowe przepisy takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym zobowiązywały instytucję zamawiającą do zbadania z zastosowaniem zasady proporcjonalności, czy faktycznie należy wykluczyć kandydata w przetargu publicznym, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe.

W przedmiocie pytania pierwszego lit. b)

34 W pierwszym pytaniu lit. b) sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 w świetle zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego oferentowi, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, ze względu na to, że wykluczenie tego oferenta z postępowania byłoby wbrew zasadzie proporcjonalności, mimo że zgodnie z warunkami zamówienia oferent, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, musi obowiązkowo zostać wykluczony bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji.

35 Z przepisów krajowych będących przedmiotem postępowania głównego wynika, że instytucje zamawiające mają szeroki zakres uznania co do wprowadzenia w dokumentacji przetargowej warunków stosowania art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, który określa przypadki fakultatywnego wykluczenia za popełnienie przez wykonawcę poważnego wykroczenia zawodowego, oraz ich faktycznego stosowania.

36 Nie można wykluczyć, że w trakcie sporządzania dokumentacji przetargowej instytucja zamawiająca uzna, z racji charakteru zamówienia i wrażliwego charakteru świadczeń będących jego przedmiotem, a także wynikających z tego wymogów uczciwości zawodowej i wiarygodności wykonawców, że popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego powinno skutkować automatycznym odrzuceniem oferty i wykluczeniem winnego mu oferenta, pod warunkiem że przy ocenie, czy wykroczenie jest poważne, zapewnione jest przestrzeganie zasady proporcjonalności.

37 Umieszczenie takiej klauzuli, o jednoznacznym brzmieniu, w dokumentacji przetargowej, jak to się stało w rozpatrywanym w postępowaniu głównym przetargu, umożliwia wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zapoznanie się z wymogami instytucji zamawiającej i warunkami zamówienia, aby postąpić zgodnie z nimi.

38 W kwestii, czy instytucja zamawiająca ma obowiązek czy też możliwość, na podstawie właściwych krajowych przepisów, zbadania po złożeniu ofert, a wręcz po wyborze oferentów, czy wykluczenie dokonane na podstawie klauzuli wykluczenia za poważne wykroczenie zawodowe jest zgodne z zasadą proporcjonalności, mimo że zgodnie z warunkami zamówienia w tym przetargu oferent, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, powinien zostać obowiązkowo wykluczony bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji, należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustalonych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo) w świetle, w szczególności, pkt 17 załącznika VIIA do dyrektywy 2004/18.

39 Ponadto zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy zainteresowani danym zamówieniem wykonawcy mieli te same szanse przy redagowaniu ofert i mogli dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).

40 Podobnie obowiązek przejrzystości wymaga, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie

poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 41 Jeśli chodzi o badanie proporcjonalności wykluczenia rozpatrywanego w postępowaniu głównym, należy wskazać, że niektórzy z zainteresowanych wykonawców, mimo świadomości istnienia klauzuli o wykluczeniu zawartej w dokumentacji przetargowej oraz tego, że popełnili wykroczenie zawodowe, które może zostać uznane za poważne, mogliby ulec pokusie złożenia oferty w nadziei, że unikną wykluczenia dzięki późniejszemu zbadaniu ich sytuacji zgodnie z zasadą proporcjonalności na podstawie rozpatrywanych w postępowaniu głównym przepisów krajowych, natomiast inni wykonawcy będący w podobnej sytuacji poniechaliby składania oferty, polegając na brzmieniu tej klauzuli o wykluczeniu, w którym nie ma mowy o takim badaniu proporcjonalności.
- 42 Ta ostatnia sytuacja może w szczególności stać się udziałem wykonawców z innych państw członkowskich, gorzej zaznajomionych z brzmieniem i zasadami stosowania właściwych przepisów krajowych. Jeszcze bardziej odnosi się to do sytuacji takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której obowiązek dokonania przez instytucję zamawiającą badania proporcjonalności wykluczenia za poważne wykroczenie zawodowe nie wynika z samego brzmienia art. 45 ust. 3 rozporządzenia, lecz tylko z uzasadnienia tego przepisu. Tymczasem zgodnie z informacjami udzielonymi przez rząd niderlandzki w ramach postępowania przed Trybunałem uzasadnienie to nie jest jako takie wiążące, tylko powinno być brane pod uwagę przy interpretacji tego przepisu.
- 43 Tym samym rozpatrywane badanie wykluczenia w świetle zasady proporcjonalności, mimo że warunki zamówienia w danym przetargu przewidują odrzucenie bez badania w świetle tej zasady ofert objętych zakresem takiej klauzuli o wykluczeniu, może sprawić, że zainteresowani wykonawcy będą pozostawać w niepewności i może naruszać zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości.
- 44 W świetle powyższego odpowiedź na pytanie pierwsze lit. b) powinna być następująca: przepisy dyrektywy 2004/18, w szczególności zaś przepisy jej art. 2 oraz pkt 17 załącznika VIIA do tej dyrektywy w świetle zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego oferentowi, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, ze względu na to, że wykluczenie tego oferenta z postępowania byłoby wbrew zasadzie proporcjonalności, mimo że zgodnie z warunkami zamówienia oferent, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, musi obowiązkowo zostać wykluczony, bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji.

W przedmiocie pytania drugiego

- 45 Odpowiedź udzielona na pytanie pierwsze lit. b) zawiera elementy niezbędne do tego, by sąd krajowy mógł rozstrzygnąć zawisły przed nim spór. W związku z tym nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.

W przedmiocie kosztów

- 46 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Prawo Unii, a w szczególności art. 45 ust. 2 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 nie stoi na przeszkodzie temu, by krajowe przepisy takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym zobowiązywały instytucję zamawiającą do zbadania z zastosowaniem zasady proporcjonalności, czy faktycznie należy wykluczyć kandydata w przetargu publicznym, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe.**
- 2) **Przepisy dyrektywy 2004/18, w szczególności zaś przepisy jej art. 2 oraz pkt 17 załącznika VIIA do tej dyrektywy w świetle zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego oferentowi, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, ze względu na to, że wykluczenie tego oferenta z postępowania byłoby wbrew zasadzie proporcjonalności, mimo że zgodnie z warunkami zamówienia oferent, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe, musi obowiązkowo zostać wykluczony, bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji.**

Podpisy