Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 20 grudnia 2017 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 45 ust. 2 i 3 – Podstawy wykluczenia z udziału w przetargu – Oświadczenie o braku skazania prawomocnym wyrokiem byłych członków zarządu uczestniczącej w przetargu spółki – Bezprawne zachowanie byłego członka zarządu – Wyrok skazujący – Całkowite i faktyczne odcięcie się przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu od tego członka zarządu – Dowód – Ocena przez instytucję zamawiającą wymogów dotyczących tego obowiązku

W sprawie C-178/16

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (najwyższy sąd administracyjny, Włochy) postanowieniem z dnia 1 grudnia 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 marca 2016 r., w postępowaniu:

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,

Guerrato SpA

przeciwko

Provincia autonoma di Bolzano,

Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

przy udziale:

Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA,

Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

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

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

* Język postępowania: włoski.

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 5 kwietnia 2017 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

– w imieniu Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA oraz Guerrato SpA przez M.A. Sandulli oraz L. Antoniniego, avvocati,

– w imieniu Provincia autonoma di Bolzano oraz Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) przez C. Guccionego, avvocato, R. von Guggenberg, Rechtsanwältin, L. Fadanelli, A. Roilo oraz S. Bikirchera, avvocati,

– w imieniu Società Italiana per Condotte d'acqua SpA przez A. Guarinę oraz C. Martelli, avvocati,

– w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Pluchino oraz P. Grassa, avvocati dello Stato,

– w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Gattinarę oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 21 czerwca 2017 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) i g) oraz art. 45 ust. 3 lit. a) 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 niektórych zasad ogólnych prawa Unii.

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (zwaną dalej „Mantovani") i Guerrato SpA, z których ta pierwsza działała we własnym imieniu i w charakterze lidera tymczasowego związku przedsiębiorstw, który miał zostać utworzony wraz z Guerrato, a Provincia autonoma di Bolzano (autonomiczną prowincją Bolzano, Włochy; zwaną dalej „prowincją Bolzano), Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) [agencją ds. postępowań przetargowych i nadzoru nad zamówieniami publicznymi na roboty budowlane, usługi i dostawy (ACP)] oraz Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) [krajowym urzędem antykorupcyjnym (ANAC)], dotyczącego wykluczenia Mantovani z postępowania przetargowego w sprawie udzielenia zmówienia publicznego na roboty budowlane obejmujące sfinansowanie, opracowanie ostatecznego projektu i projektu wykonawczego nowego zakładu karnego w Bolzano, jego budowę i zarządzanie nim.

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 […]".

4 Artykuł 45 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta", stanowi:

„1. Z udziału w zamówieniu wykluczany jest każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów i który znany jest instytucji zamawiającej [o czym wie instytucja zamawiająca]:

[…]

Do celów niniejszego ustępu instytucje zamawiające, o ile jest to właściwe, proszą kandydatów lub oferentów o dostarczenie dokumentów, o których mowa w ust. 3, i mogą w przypadku wątpliwości co do podmiotowej sytuacji takich kandydatów lub oferentów zwrócić się do właściwych organów z wnioskiem o udzielenie wszelkich niezbędnych informacji dotyczących podmiotowej sytuacji tych kandydatów lub oferentów. W przypadku gdy informacja taka dotyczy kandydata lub oferenta posiadającego siedzibę lub miejsce zamieszkania w innym państwie niż to, w którym znajduje się siedziba instytucji zamawiającej, instytucja ta może zwrócić się o współpracę do właściwych organów. Uwzględniając krajowe przepisy prawa państwa członkowskiego, w którym znajdują się siedziby lub miejsca zamieszkania kandydatów lub oferentów, wnioski takie odnoszą się do osób prawnych lub fizycznych, w tym, stosownie, dyrektorów przedsiębiorstw oraz wszelkich osób posiadających uprawnienia do reprezentowania, decydowania lub sprawowania kontroli nad kandydatem lub oferentem.

2. Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

[…]

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;

[…]

g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

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

3. Jako wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z przypadków wymienionych w ust. 1 lub ust. 2 lit. a), b), c), e) lub f), instytucje zamawiające przyjmują:

a) w odniesieniu do ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c) – wyciąg z rejestru sądowego, a w przypadku jego braku równoważny dokument wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa;

[…]".

Prawo włoskie

5 Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekret ustawodawczy nr 163 – kodeks zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.), zmieniony dekretem z mocą ustawy nr 70 z dnia 13 maja 2011 r. (GURI nr 110 z dnia 13 maja 2011 r., s. 1), zastąpionym ustawą na mocy ustawy nr 106 z dnia 12 lipca 2011 r. (GURI nr 160 z dnia 12 lipca 2011 r., s. 1) (zwany dalej „dekretem ustawodawczym nr 163/2006") reguluje we Włoszech ogół postępowań z zakresu zamówień publicznych w sektorach robót budowlanych, usług i dostaw.

6 Dekret ustawodawczy nr 163/2006 zawiera w części II art. 38, który określa ogólne warunki udziału w postępowaniach w sprawie udzielenia koncesji oraz zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Artykuł 38 ust. 1 lit. c) tego dekretu stanowi:

„Następujące osoby są wykluczone z udziału w postępowaniu w sprawie udzielania koncesji i zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, nie mogą występować w charakterze podwykonawców oraz nie mogą zawierać związanych z tym umów:

[…]

c) te, wobec których został wydany prawomocny wyrok skazujący lub nakaz karny skazujący, który stał się ostateczny, lub wyrok stwierdzający dobrowolne poddanie się karze, na podstawie art. 444 kodeksu postępowania karnego, za poważne przestępstwo na szkodę państwa lub Wspólnoty związane z działalnością zawodową tych osób; wykluczenie następuje również w wypadku skazania prawomocnym wyrokiem za jedno lub więcej przestępstw udziału w organizacji przestępczej, korupcję, oszustwo, pranie pieniędzy, określonych w aktach wspólnotowych wymienionych w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE; wykluczenie i zakaz następują, jeżeli wyrok lub nakaz zostały wydane wobec: właściciela lub dyrektora technicznego w przypadku spółki jednoosobowej; wspólników lub dyrektora technicznego w przypadku spółki jawnej; komplementariuszy lub dyrektora technicznego w przypadku spółki komandytowej; członków zarządu z prawem reprezentacji, dyrektora technicznego lub jedynego wspólnika będącego osobą fizyczną w spółce posiadającej mniej niż czterech wspólników, w przypadku innego rodzaju spółki lub w przypadku konsorcjum. W każdym wypadku wykluczenie i zakaz obowiązują również względem osób zwolnionych z pełnienia swych funkcji w roku poprzedzającym opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli przedsiębiorstwo nie wykaże, że doszło do całkowitego i faktycznego odcięcia się przedsiębiorstwa od karalnego zachowania; wykluczenie i zakaz nie znajdują w ogóle zastosowania, jeżeli czyn zabroniony przestał być karalny lub jeśli doszło do uniewinnienia lub gdy po wydaniu orzeczenia skazującego czyn zabroniony został uznany za przedawniony lub też uchylony został wyrok skazujący […]".

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

7 W *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 27 lipca 2013 r. (S 145-251280) zostało opublikowane ogłoszenie, w drodze którego prowincja Bolzano wszczęła postępowanie przetargowe w celu udzielenia w otwartej procedurze zamówienia na roboty budowlane obejmujące sfinansowanie, opracowanie ostatecznego projektu i projektu wykonawczego nowego zakładu karnego w Bolzano, jego budowę i zarządzanie nim. Szacunkowa wartość robót budowlanych wynosiła 165 400 000 EUR.

8 Mantovani przystąpiła do przetargu w dniu 16 grudnia 2013 r. we własnym imieniu i jako członek tymczasowego związku przedsiębiorstw, który miał zostać utworzony. Spółka ta złożyła dwa oświadczenia dotyczące spełnienia ogólnych wymogów przewidzianych w art. 38 dekretu ustawodawczego nr 163/2006. W dniu 4 grudnia 2013 r. oświadczyła ona, że wobec B., działającego

jako prezes zarządu, dyrektor generalny oraz reprezentant prawny, który zaprzestał pełnienia swych funkcji w dniu 6 marca 2013 r., nie został wydany żaden prawomocny skazujący wyrok. W dniu 16 grudnia 2013 r. Mantovani powtórzyła to oświadczenie.

9 Na posiedzeniu w dniu 9 stycznia 2014 r. instytucja zamawiająca dopuściła z pewnymi zastrzeżeniami kandydaturę Mantovani, w oczekiwaniu na dostarczenie przez tę spółkę określonych wyjaśnień dotyczących B. Zgodnie bowiem z opublikowanym w prasie lokalnej artykułem z dnia 6 grudnia 2013 r. B. został oskarżony o wprowadzenie systemu fałszowania faktur i poddał się dobrowolnie karze roku i dziesięciu miesięcy pozbawienia wolności.

10 Instytucja zamawiająca uzyskała następnie zaświadczenie z rejestru karnego B., w którym widniało, że w dniu 5 grudnia 2013 r. został on skazany na rzeczoną karę pozbawienia wolności, a wyrok stał się prawomocny w dniu 29 marca 2014 r. Na posiedzeniu w dniu 29 maja 2014 r. instytucja zamawiająca zwróciła się do Mantovani o przedstawienie jej wyjaśnień w związku z tym wyrokiem skazującym.

11 Mantovani udzieliła odpowiedzi, z której wynikało w szczególności, że wyrok skazujący B. uprawomocnił się dopiero po złożeniu przez nią oświadczeń z dnia 4 i 16 grudnia 2013 r., przy czym wyrok z dnia 6 grudnia 2013 r. został wydany na posiedzeniu niejawnym bez przeprowadzenia publicznej rozprawy, a jego ogłoszenie nastąpiło dopiero w dniu 3 lutego 2014 r. Mantovani dodała, że w celu całkowitego i faktycznego odcięcia się przedsiębiorstwa od działań B. został on niezwłocznie odsunięty od wszystkich pełnionych w zarządzie grupy Mantovani stanowisk, organy zarządzające spółki zostały poddane reorganizacji, posiadane przez B. akcje zostały odkupione oraz wniesione zostało przeciwko niemu powództwo w celu ustalenia jego odpowiedzialności odszkodowawczej.

12 Po sporządzeniu klasyfikacji, w której Mantovani znalazła się, z zastrzeżeniem, na piątym miejscu, instytucja zamawiająca zwróciła się do ANAC o wydanie opinii w kwestii zgodności z prawem ewentualnego wykluczenia Mantovani. ANAC udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą jakkolwiek w braku prawomocnego wyroku oświadczenia Mantovani nie mogą zostać uznane za „poważne wprowadzenie w błąd", to jednak brak poinformowania w odpowiednim czasie o przebiegu postępowania karnego dotyczącego jednej z osób wymienionych w art. 38 ust. 1 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 163/2006 może stanowić naruszenie obowiązku lojalnej współpracy z instytucją zamawiającą i uniemożliwić w związku z tym całkowite i faktyczne odcięcie się spółki od odnośnej osoby.

13 W tej sytuacji instytucja zamawiająca na posiedzeniu w dniu 27 lutego 2015 r., podjęła decyzję o wykluczeniu Mantovani z postępowania przetargowego. Zgodnie z protokołem z tego posiedzenia stwierdzone zostało, że ogólne warunki wymagane na podstawie art. 38 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 nie zostały spełnione „z uwagi na zbyt późne i niepełne przekazanie przez spółkę informacji niezbędnych do wykazania, że odcięła się ona od karalnych działań osoby, która zaprzestała pełnienia funkcji w zarządzie", jak również że skazanie „nastąpiło zanim dostarczono oświadczenia w postępowaniu przetargowym, a Mantovani mogła poinformować o tym skazaniu jako takim na etapie badania wniosku o dopuszczenie do udziału".

14 Mantovani wniosła skargę na decyzją o wykluczeniu do Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionalnego sądu administracyjnego, autonomiczna izba w Bolzano, Włochy). Wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2015 r. sąd ten stwierdził, że wykluczenie było zgodne z prawem, uznając, że możliwe było poinformowanie o wyroku skazującym B. w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, a wyłącznie oferent, który przedstawił oświadczenia zgodne z rzeczywistością bez wprowadzania w błąd instytucji zamawiającej może powołać się na korzyść wynikającą z odcięcia, o którym mowa w art. 38 ust. 1 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 163/2006.

15 Mantovani odwołała się od tego wyroku do Consiglio di Stato (najwyższego sądu administracyjnego, Włochy), podnosząc między innymi niezgodność art. 38 dekretu ustawodawczego nr 163/2006 z prawem Unii i wnosząc o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

16 W tych okolicznościach Consiglio di Stato (najwyższy sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy na przeszkodzie prawidłowemu stosowaniu art. 45 ust. 2 lit. c) i g) i art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy [2004/18] oraz zasad prawa Unii: ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa, równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości, zakazu obciążenia postępowania i maksymalnego otwarcia rynku zamówień publicznych na konkurencję, a także zasady wyczerpującego i określonego charakteru sankcji, stoi uregulowanie krajowe takie jak art. 38 ust. 1 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 163/2006 […], w zakresie, w jakim rozciąga ono zakres przewidzianego w nim obowiązku złożenia oświadczenia o niekaralności (w tym o braku wyroków wydanych na podstawie dobrowolnego poddania się karze) za wskazane w nim przestępstwa na podmioty zarządzające przedsiębiorstwami uczestniczącymi w postępowaniu przetargowym odwołane ze stanowiska w roku poprzedzającym ogłoszenie o przetargu i ustanawia podstawę wykluczenia z przetargu, jeżeli przedsiębiorstwo nie wykaże, że dokonało całkowitego i rzeczywistego odcięcia się od objętego sankcją karną działania takich podmiotów, przy czym ocenę, czy spełniony został wymóg zachowania świadczącego o odcięciu, uregulowanie to pozostawia swobodnemu uznaniu zamawiającego i pozwala mu wprowadzić, w wymiarze faktycznym, pod rygorem wykluczenia z przetargu:

i) obowiązki informacyjne i deklaratywne dotyczące spraw karnych niezakończonych jeszcze ostatecznym wyrokiem (a zatem, z definicji, mające niepewny wynik), nieprzewidziane w ustawie nawet w odniesieniu do podmiotów na stanowiskach;

ii) obowiązki w zakresie samorzutnego odcięcia się, nieokreślone co do natury zachowań stanowiących przesłankę uniewinnienia, względnego czasu odniesienia (również przedwczesnego w stosunku do momentu uprawomocnienia się wyroku karnego) i co do etapu postępowania, na którym powinny zostać spełnione;

iii) obowiązki w zakresie lojalnej współpracy w nieokreślonym kształcie, z wyjątkiem ogólnej klauzuli dobrej wiary?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

W przedmiocie dopuszczalności

17 Prowincja Bolzano uważa, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny. Jej zdaniem Trybunał w wyroku z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063) orzekł już w kwestii wykładni art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, analogicznej do kwestii podniesionej w niniejszej sprawie.

18 W tym względzie należy zauważyć, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczący wykładni nie jest niedopuszczalny wyłącznie z tego względu, że jest analogiczny do kwestii prejudycjalnej, w której Trybunał już orzekał. W każdym wypadku sprawa zakończona cytowanym w poprzednim punkcie wyrokiem dotyczyła odmiennej sytuacji prawnej, w której chodziło o wykluczenie oferenta z uwagi na nieuiszczenie składek na zabezpieczenie społeczne w ramach postępowania w spawie udzielenia zamówienia publicznego, do którego znajdowały wyłącznie zastosowanie podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, gdyż próg przewidziany w art. 7 lit. c) dyrektywy 2004/18 nie został osiągnięty.

19 Prowincja Bolzano twierdzi ponadto, że pytanie prejudycjalne nie ma związku ze sporem rozstrzyganym w postępowaniu głównym, gdyż wykluczenie nie było sankcją za naruszenie obowiązków deklaratywnych i informacyjnych, lecz za brak całkowitego i faktycznego odcięcia się

Mantovani od działań jej byłego członka zarządu – B. Ponadto odwołanie się do podstawy wykluczenia dotyczącej poważnego wprowadzenia w błąd, zawartej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. g) i ust. 3 dyrektywy 2004/18, nie jest ani istotne, ani rozstrzygające.

20 W tym zakresie należy przypomnieć, że pytania dotyczące prawa Unii korzystają z domniemania, iż posiadają znaczenia dla sprawy. Odmowa wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o które wnioskował sąd krajowy, jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej lub gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu przedstawione (wyrok z dnia 8 września 2015 r., Taricco i in., C-105/14, EU:C:2015:555, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).

21 W niniejszej sprawie sąd odsyłający podniósł, że wprawdzie złożone przez Mantovani w dniach 4 i 16 grudnia 2013 r. oświadczenia o braku prawomocnego wyroku sądowego nie mogą być uznane za „poważne wprowadzenie w błąd" w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. g) dyrektywy 2004/18, jednak sąd ten stwierdził, że musi rozstrzygnąć kwestię, czy prawo Unii umożliwia uwzględnienie braku oświadczenia dotyczącego postępowań karnych przeciwko byłym członkom zarządu uczestniczącego w przetargu przedsiębiorstwa, co do których nie zapadł jeszcze prawomocny wyrok.

22 W tej sytuacji nie wydaje się oczywiste, aby pytanie prejudycjalne nie miało związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem postępowania głównego.

23 Z powyższego wynika, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

Co do istoty sprawy

24 Poprzez swe pytania sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/18, a w szczególności art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) i g) oraz art. 45 ust. 3 lit. a) tej dyrektywy, a także zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań, pewności prawa, równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych umożliwiających instytucji zamawiającej uwzględnienie, na warunkach przez nią przewidzianych, skazującego wyroku karnego wydanego wobec członka zarządu przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu za przestępstwo związane z działalnością gospodarczą tego przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy zaprzestał on pełnienia funkcji w roku poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu, oraz wykluczenie tegoż przedsiębiorstwa z udziału w odnośnym przetargu z uwagi na to, że poprzez brak poinformowania o tym – nieprawomocnym jeszcze – wyroku skazującym nie odcięło się ono całkowicie i faktycznie od działań tegoż członka zarządu.

25 Na wstępie należy zauważyć, że sąd odsyłający odwołuje się w treści pytania prejudycjalnego do podstaw wykluczenia zawartych w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) i g) dyrektywy 2004/18, dotyczących wykluczenia, odpowiednio, oferenta, który został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową, oraz oferenta, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy sekcji 2 rozdziału VII tej dyrektywy.

26 Jak wynika ze wskazówek zawartych w postanowieniu odsyłającym, Mantovani została wykluczona z postępowania przetargowego z uwagi na spóźnione i niepełne przekazanie informacji świadczących o tym, że odcięła się od działań członka swego zarządu. Zarzucono jej w szczególności, że nie poinformowała w oświadczeniach z dnia 4 i 16 grudnia 2013 r., iż względem jej byłego członka zarządu toczyło się postępowanie karne, zakończone dobrowolnym podaniem się karze ustalonym na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 grudnia 2013 r.

27 W rezultacie, jak twierdzi Komisja Europejska, można by uznać, że okoliczności faktyczne postępowania głównego mogą być objęte zakresem podstawy wykluczenia wymienionej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18, umożliwiającej wykluczenie oferenta, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

28 Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że okoliczność, iż zadając pytanie prejudycjalne, sąd odsyłający powołał się wyłącznie na określone przepisy prawa Unii, nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał przekazał temu sądowi wszelkie wskazówki dotyczące wykładni, które mogą być pomocne w rozstrzygnięciu rozpatrywanej przez niego sprawy, niezależnie od tego, czy sąd ten powołał się na nie w treści pytań. W tym względzie do Trybunału należy wskazanie na podstawie całości informacji przedstawionych przez sąd krajowy, a w szczególności na podstawie uzasadnienia postanowienia odsyłającego, elementów prawa Unii, które wymagają wykładni w świetle przedmiotu sporu (zob. w szczególności wyrok z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).

29 W tej sytuacji należy uznać, że pytanie prejudycjalne dotyczy również wykładni fakultatywnej podstawy wykluczenia zawartej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18.

30 Co się tyczy fakultatywnych podstaw wykluczenia należy stwierdzić na wstępie, że zgodnie z art. 45 ust. 2 ostatni akapit dyrektywy 2004/18 państwa członkowskie, uwzględniając przepisy prawa Unii, określają ich „warunki wykonania".

31 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie ma na celu jednolitego stosowania na poziomie Unii wymienionych w nim podstaw wykluczenia, ponieważ państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też do włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od przypadku, 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 14 grudnia 2016 r., Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

32 Państwom członkowskim przysługuje zatem pewien margines uznania przy określaniu warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18.

33 Co się tyczy fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) wskazanej dyrektywy, która umożliwia instytucjom zamawiającym wykluczenie z udziału w postępowaniu przetargowym oferenta, który został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową, należy przede wszystkim zauważyć, że nie stanowi ona, w jakim zakresie przestępstwo popełnione przez dyrektorów lub członków zarządu osoby prawnej może prowadzić do wykluczenia jej na mocy tego przepisu.

34 Niemniej jednak jak zauważył rzecznik generalny w pkt 54 i 58 opinii, prawo Unii oparte jest na założeniu, że osoby prawne działają poprzez osoby nimi zarządzające. Zachowanie tych ostatnich osób sprzeczne z etyką zawodową może zatem stanowić istotny czynnik w ocenie rzetelności przedsiębiorstwa. Jest zatem w pełni dopuszczalne, aby państwa członkowskie w wykonaniu przysługujących im kompetencji obejmujących określenie warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia uznały za jeden z istotnych czynników do celów oceny rzetelności przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu występowanie ewentualnych działań ze strony członków jego zarządu sprzecznych z etyką zawodową.

35 W tym względzie art. 45 ust. 1 in fine dyrektywy 2004/18 dopuszcza w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, aby prawo krajowe uwzględniało naganne działania członków zarządu osoby prawnej. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie temu, aby państwa członkowskie w ramach wprowadzania

w życie podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) dyrektywy 2004/18 uznały, że działania członka zarządu reprezentującego przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu stanowią działania tego przedsiębiorstwa.

36 Uwzględnienie w ramach podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) dyrektywy 2004/18 działań członka zarządu oferenta będącego osobą prawną nie może być zatem uznane za „rozszerzenie" zakresu stosowania tej podstawy wykluczenia, ale stanowi wprowadzenie w życie tego przepisu, przy jednoczesnym zachowaniu skuteczności tejże podstawy wykluczenia.

37 Co więcej, fakt, że niektóre okoliczności faktyczne mogące doprowadzić do wykluczenia oferenta są wynikiem zachowania członka zarządu, który zaprzestał pełnienia funkcji w dniu zgłoszenia udziału w postępowaniu przetargowym, również nie stoi na przeszkodzie stosowaniu tej podstawy wykluczenia.

38 Rzeczona podstawa wykluczenia dotyczy bowiem w sposób oczywisty bezprawnego działania podmiotu gospodarczego poprzedzającego postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. To państwo członkowskie ma określić, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, datę, od której takie zachowanie może uzasadnić wykluczenie oferenta.

39 Co się tyczy ponadto kwestii, czy przestępstwo było związane z działalnością zawodową przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu, należy stwierdzić, że uczestniczenie przez członka zarządu spółki w wystawianiu fałszywych faktur może zostać uznane za przestępstwo związane z działalnością zawodową.

40 Jeśli chodzi wreszcie o wymóg, zgodnie z którym wyrok ma być prawomocny, należy zauważyć, że wymóg ten był spełniony w sprawie rozstrzyganej w postępowaniu głównym, zważywszy, że decyzja o wykluczeniu została podjęta po uprawomocnieniu się wyroku dotyczącego B.

41 Zgodnie z orzecznictwem cytowanym w pkt 31 niniejszego wyroku państwo członkowskie może złagodzić warunki stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia i w związku z tym odstąpić od stosowania podstawy wykluczenia w przypadku odcięcia się przez przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu od zachowania stanowiącego przestępstwo. W takim przypadku może ono również określić warunki tego odcięcia się i ustanowić wymóg, tak jak ma to miejsce w prawie włoskim, zgodnie z którym przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu informuje instytucje zamawiającą o wyroku skazującym wobec członka jego zarządu, nawet jeśli wyrok ten nie jest jeszcze prawomocny.

42 Przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu, które musi spełnić te wymogi, może przedstawić wszelkie dowody, które jego zdaniem świadczą o takim odcięciu się.

43 Jeżeli nie jest możliwe wykazanie względem instytucji zamawiającej, że doszło do takiego odcięcia się, automatycznie prowadzi to do zastosowania podstawy wykluczenia.

44 W świetle tego, co zauważono w pkt 27 niniejszego wyroku, w sytuacji gdy wyrok sądowy skazujący za przestępstwo związane z działalnością zawodową popełnione przez członka zarządu przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu nie jest prawomocny, zastosowanie może znaleźć art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Przepis ten pozwala na wykluczenie przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu, które jest winne poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

45 W tym względzie należy stwierdzić, że uwagi zawarte w pkt 34–43 niniejszego wyroku zachowują ważność i odnoszą się mutatis mutandis do poważnego wykroczenia zawodowego.

46 W stosunku do przypadku stosowania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c) dyrektywy 2004/18 różnica polega na tym, że instytucja zamawiająca może udowodnić „dowolnymi środkami" zaistnienie takiego poważnego wykroczenia.

47 W tym zakresie orzeczenie sądowe, nawet jeśli nie jest prawomocne, może, w zależności od jego przedmiotu, stanowić dla instytucji zamawiającej odpowiedni dowód świadczący o wystąpieniu poważnego wykroczenia zawodowego, przy czym decyzja instytucji zamawiającej podlega w każdym wypadku kontroli sądowej.

48 Należy dodać, że zgodnie z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. g) dyrektywy 2004/18 można wykluczyć oferenta, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy sekcji 2 rozdziału VII tytułu II tej dyrektywy, to znaczy informacji dotyczących „kryteriów kwalifikacji podmiotowej". W związku z tym fakt nieprzekazania instytucji zamawiającej informacji o karalnych działaniach byłego członka zarządu również może stanowić okoliczność umożliwiającą wykluczenie oferenta na mocy tego przepisu w postępowania przetargowego.

49 Co się tyczy art. 45 ust. 3 akapit pierwszy lit. a) wskazanej dyrektywy wystarczy zauważyć, że sąd odsyłający nie wyjaśnił, w jakim zakresie wykładnia tego przepisu jest konieczna w świetle okoliczności faktycznych postepowania głównego.

50 Sąd odsyłający w swym pytaniu prejudycjalnym odwołuje się do szeregu zasad, z których tylko niektóre stanowią zasady prawa Unii, nie wyjaśniając przy tym, dlaczego w świetle okoliczności faktycznych niniejszego przypadku mogłyby się one okazać istotne i stać w sprzeczności z przepisami krajowymi będącymi przedmiotem postępowania głównego.

51 Jeśli chodzi o zasadę równego traktowania wystarczy w tych okolicznościach zauważyć, że w świetle celu tych przepisów, dążących do ochrony rzetelności postępowania przetargowego, sytuacja uczestniczącego w przetargu przedsiębiorstwa, którego członek zarządu popełnił przestępstwo związane z działalnością zawodową tego przedsiębiorstwa lub poważne wykroczenie zawodowe, nie może być uznana za sytuację porównywalną z sytuacją przedsiębiorstwa, którego członek zarządu nie dopuścił się takich czynów.

52 W odniesieniu do zasady pewności prawa, ochrony uzasadnionych oczekiwań i zasady przejrzystości z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie wynika, w jakim zakresie konieczne może okazać się dokonanie ich wykładni w kontekście sprawy rozstrzyganej w postępowaniu głównym.

53 Co się tyczy zasady proporcjonalności należy zbadać jej zastosowanie z uwzględnieniem znaczenia daty, od której zawinione zachowanie członka zarządu może być uznane za powodujące wykluczenie przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu. W przypadku zbyt dużego oddalenia w czasie przepisy krajowe mogłyby prowadzić do zawężenia zakresu zastosowania dyrektyw Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

54 W tym zakresie uwzględnienie zawinionego zachowania następującego w ciągu roku poprzedzającego opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu nie wydaje się nieproporcjonalne, tym bardziej że przepisy będące przedmiotem postępowania głównego przewidują, iż przedsiębiorstwo może wykazać, że faktycznie i całkowicie odcięło się od działań członka jego zarządu.

55 Z ogółu powyższych rozważań wynika, że na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że dyrektywa 2004/18, w szczególności art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), d) i g) tej dyrektywy, a także zasady równego traktowania i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych umożliwiających instytucji zamawiającej:

– uwzględnienie, na warunkach przez nią przewidzianych, skazującego, nawet jeszcze nieprawomocnego, wyroku karnego wydanego wobec członka zarządu przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu za przestępstwo związane z działalnością gospodarczą tego przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy zaprzestał on pełnienia funkcji w roku poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu publicznym; oraz

– wykluczenie przedsiębiorstwa z udziału w odnośnym przetargu z uwagi na to, że poprzez brak poinformowania o tym – nieprawomocnym jeszcze – wyroku skazującym nie odcięło się ono całkowicie i faktycznie od działań tegoż członka zarządu.

W przedmiocie kosztów

56 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:

Dyrektywę 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, w szczególności art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), d) i g) tej dyrektywy, a także zasady równego traktowania i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych umożliwiających instytucji zamawiającej:

– **uwzględnienie, na warunkach przez nią przewidzianych, skazującego, nawet jeszcze nieprawomocnego, wyroku karnego wydanego wobec członka zarządu przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu za przestępstwo związane z działalnością gospodarczą tego przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy zaprzestał on pełnienia funkcji w roku poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu publicznym; oraz**

– **wykluczenie przedsiębiorstwa z udziału w odnośnym przetargu z uwagi na to, że poprzez brak poinformowania o tym – nieprawomocnym jeszcze – wyroku skazującym nie odcięło się ono całkowicie i faktycznie od działań tegoż członka zarządu.**

Podpisy