Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (czwarta izba w składzie powiększonym)

z dnia 2 października 2024 r.*

Zamówienia publiczne – Rozporządzenie finansowe – Wykluczenie na dwa lata z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i z przyznawania subwencji finansowanych z budżetu ogólnego Unii i EFR – Publikacja informacji dotyczącej wykluczenia – Wpis do bazy danych systemu wczesnego wykrywania i wykluczania – Poważne wykroczenie zawodowe – Decyzja krajowego organu ochrony konkurencji – Zawieszenie przez sąd krajowy – Obowiązek uzasadnienia – Prawo do skutecznej ochrony sądowej – Środki zaradcze – Nieograniczone prawo orzekania – Oczywisty błąd w ocenie – Błąd w ocenie – Proporcjonalność

W sprawie T-126/23

VC, którą reprezentowali J. Rodríguez Cárcamo i S. Centeno Huerta, adwokaci,

strona skarżąca,

przeciwko

Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa i Zdrowia w Pracy (EU-OSHA), którą reprezentowała E. Ortega Urretavizcaya, w charakterze pełnomocnika, którą wspierali M. Troncoso Ferrer, L. Lence de Frutos i F.-M. Hislaire, adwokaci,

strona pozwana,

SĄD (czwarta izba w składzie powiększonym),

w składzie: S. Papasavvas, prezes, R. da Silva Passos, S. Gervasoni (sprawozdawca), N. Półtorak i I. Reine, sędziowie,

sekretarz: A. Juhász-Tóth, administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

uwzględniając wniosek skarżącej o pominięcie określonych danych, w tym jej nazwy,

uwzględniając wniosek skarżącej o zastosowanie środka tymczasowego,

* Język postępowania: hiszpański

uwzględniając postanowienie z dnia 13 marca 2023 r., VC/EU-OSHA (T-126/23 R, niepublikowane), zarządzające zawieszenie wykonania zaskarżonej decyzji do czasu wydania postanowienia kończącego postępowanie w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych przed Sądem,

uwzględniając postanowienie z dnia 14 lipca 2023 r., VC/EU-OSHA (T-126/23 R, niepublikowane, EU:T:2023:405), uchylające to postanowienie i nakazujące zawieszenie wykonania zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim decyzja ta przewiduje w art. 4 publikację na stronie internetowej Komisji Europejskiej określonych informacji dotyczących wykluczenia skarżącej z udziału w niektórych postępowaniach,

uwzględniając odwołanie wniesione przez skarżącą od tego postanowienia oraz postanowienie z dnia 27 lipca 2023 r., VC/EU-OSHA [C-456/23 P(R)-R, niepublikowane, EU:C:2023:612], wydane na podstawie art. 160 § 7 regulaminu postępowania przed Trybunałem, nakazujące zawieszenie wykonania art. 1–3 i 5 zaskarżonej decyzji do czasu wydania albo postanowienia kończącego postępowanie w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych, albo postanowienia w przedmiocie odwołania, zależnie od tego, które zostanie wydane wcześniej.

uwzględniając postanowienie z dnia 24 października 2023 r., VC/EU-OSHA [C-456/23 P(R), niepublikowane, EU:C:2023:831], uchylające postanowienie z dnia 14 lipca 2023 r., VC/EU-OSHA (T-126/23 R, niepublikowane, EU:T:2023:405), ze względu na to, że oddalono w nim wniosek o zawieszenie wykonania art. 1–3 i 5 zaskarżonej decyzji, i rozstrzygające samodzielnie w przedmiocie tego wniosku, oddalając również ten wniosek,

uwzględniając przekazanie niniejszej sprawy do czwartej izby Sądu w składzie powiększonym,

uwzględniając wyznaczenie innego sędziego celem uzupełniania składu izby w następstwie wystąpienia przeszkody w wykonywaniu obowiązków przez jednego z jej członków,

uwzględniając wniosek o zastosowanie środka organizacji postępowania złożony przez skarżącą w dniu 23 kwietnia 2024 r., uwagi EU-OSHA dotyczące tego wniosku złożone w dniu 10 maja 2024 r. i cofnięcie przez skarżącą wniosku w dniu 13 maja 2024 r.,

po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 16 maja 2024 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 W skardze wniesionej na podstawie art. 263 TFUE skarżąca, VC, wnosi o stwierdzenie nieważności decyzji Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa i Zdrowia w Pracy (EU-OSHA) z dnia 13 stycznia 2023 r. nakazującej wykluczenie jej z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w procedurach dotyczących dotacji, nagród, wyboru i instrumentów finansowych objętych budżetem ogólnym Unii Europejskiej oraz w procedurach wyboru dotyczących Europejskiego Funduszu Rozwoju (EFR), regulowanych rozporządzeniem Rady (UE) 2018/1877 z dnia 26 listopada 2018 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do 11. Europejskiego Funduszu Rozwoju i uchylającego rozporządzenie (UE) 2015/323 (Dz.U. 2018, L 307, s. 1) na okres dwóch lat ze skutkiem od dnia 18 stycznia 2023 r. (art. 1 i 2), umieszczenie jej nazwy w bazie danych systemu wczesnego wykrywania

i wykluczania na czas trwania okresu wykluczenia (art. 3) oraz publikację na stronie internetowej Komisji Europejskiej określonych informacji dotyczących wykluczenia (art. 4) (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją").

Okoliczności powstania sporu i okoliczności faktyczne zaistniałe po wniesieniu skargi

2 W dniu 11 maja 2021 r. EU-OSHA opublikowała zaproszenie do składania ofert EUOSHA/2021/OP/F/SE/0144 na świadczenie usług w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz usług internetowych. Zamówienie to było podzielone na trzy części.

3 W tym samym dniu Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, krajowa komisja ds. rynków i konkurencji, Hiszpania) wydała decyzję stwierdzającą, że skarżąca uczestniczyła w jednolitym i ciągłym naruszeniu prawa konkurencji i nakładającą na nią grzywnę oraz zakaz zawierania umów w sprawie zamówień z hiszpańskimi organami administracji (zwaną dalej „decyzją CNMC"). Zdaniem CNMC skarżąca wraz z kilkoma innymi przedsiębiorstwami uczestniczyła w okresie od marca 2009 r. do maja 2017 r. w sieci współpracy, w ramach której uczestnicy wymieniali poufne informacje handlowe i prowadzili wspólne strategie mające na celu wyeliminowanie konkurencji w niektórych przetargach na świadczenie usług doradczych na rzecz hiszpańskich organów administracji i innych organów publicznych.

4 W dniu 21 czerwca 2021 r. skarżąca złożyła ofertę dotyczącą drugiej części rozpatrywanego zamówienia, dotyczącej świadczenia usług wsparcia i doradztwa w zakresie zarządzania projektem.

5 Po zapoznaniu się z decyzją CNMC EU-OSHA zwróciła się w dniu 29 lipca 2021 r. do skarżącej o wyjaśnienie, dlaczego w oświadczeniu skarżąca nie wspomniała o tej decyzji, oraz czy podjęła ona środki zaradcze w celu usunięcia stwierdzonego naruszenia.

6 Skarżąca odpowiedziała w dniu 24 sierpnia 2021 r., że nie zawarła w oświadczeniu informacji o decyzji CNMC, ponieważ, po pierwsze, nie była ona ostateczna, gdyż Audiencia Nacional (sąd centralny, Hiszpania) nie orzekł ani w przedmiocie skargi na tę decyzję, ani w przedmiocie wniosku w przedmiocie środka tymczasowego, a po drugie, nie zawierała rzeczywistego zakazu udziału w zamówieniach publicznych w braku określenia zakresu zakazu przez hiszpańskiego ministra gospodarki i finansów.

7 W dniu 10 lutego 2022 r. właściwy urzędnik zatwierdzający zwrócił się do zespołu zwołanego zgodnie z art. 143 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz zmieniającego rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylającego rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 (Dz.U. 2018, L 193, s. 1, zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym") o wydanie zalecenia dotyczącego wykluczenia skarżącej lub nałożenia na nią kary finansowej.

8 W dniu 11 kwietnia 2022 r. Audiencia Nacional (sąd centralny) zawiesił wykonanie decyzji CNMC (zwanej dalej „krajowym postanowieniem zawieszającym").

9 W dniu 13 lipca 2022 r. zespół zwołany na podstawie art. 143 rozporządzenia finansowego (zwany dalej „zespołem") powiadomił skarżącą o wstępnej kwalifikacji jej zachowania w rozumieniu art. 136 ust. 2 rozporządzenia finansowego.

10 Skarżąca przedstawiła uwagi w przedmiocie tej wstępnej kwalifikacji w dniu 22 sierpnia 2022 r.

11 W dniu 8 grudnia 2022 r. zespół skierował zalecenie do EU-OSHA. Uznając, że zachowanie skarżącej należy uznać za „poważne wykroczenie zawodowe", zalecił jej wykluczenie i opublikowanie informacji dotyczącej tego wykluczenia.

12 W zaskarżonej decyzji, doręczonej skarżącej w dniu 17 stycznia 2023 r., EU-OSHA zastosowała się do tego zalecenia i nakazała:

– wykluczenie skarżącej z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz w procedurach dotyczących dotacji, nagród, wyboru i instrumentów finansowych objętych budżetem ogólnym Unii Europejskiej, a także w procedurach wyboru dotyczących EFR, regulowanych rozporządzeniem Rady (UE) 2018/1877 na okres dwóch lat ze skutkiem od dnia 18 stycznia 2023 r. (art. 1 i 2);

– umieszczenie nazwy skarżącej w bazie danych systemu wczesnego wykrywania i wykluczania, o którym mowa w art. 142 ust. 1 rozporządzenia finansowego na czas trwania okresu wykluczenia (art. 3);

– publikację na stronie internetowej Komisji po trzech miesiącach od doręczenia tej decyzji określonych informacji dotyczących wykluczenia skarżącej z procedur wyboru, zgodnie z art. 140 rozporządzenia finansowego (art. 4);

– doręczenie tej decyzji skarżącej (art. 5).

13 Po wniesieniu skargi w niniejszej sprawie skarżąca wniosła w dniu 21 listopada 2023 r. do EU-OSHA o zmianę zaskarżonej decyzji na podstawie art. 136 ust. 8 rozporządzenia finansowego.

Żądania stron

14 Skarżąca wnosi do Sądu o:

– stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

– tytułem żądania ewentualnego, zastąpienie wykluczenia karą finansową lub stwierdzenie nieważności art. 4 zaskarżonej decyzji;

– obciążenie EU-OSHA kosztami postępowania.

15 EU-OSHA wnosi do Sądu o:

– oddalenie skargi;

– obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

Co do prawa

16 W uzasadnieniu swojej skargi skarżąca przedstawia pięć zarzutów. Zarzut pierwszy dotyczy nieprzestrzegania krajowego postanowienia zawieszającego, a zarzut drugi oceny środków zaradczych zastosowanych przez skarżącą. Zarzut trzeci dotyczy naruszenia zasady proporcjonalności poprzez nałożenie sankcji polegającej na wykluczeniu. W zarzucie czwartym zakwestionowano publikację informacji dotyczącej wykluczenia. W zarzucie piątym, podniesionym posiłkowo, skarżąca zarzuca EU-OSHA, że ta nie rozpatrzyła zastosowania kary finansowej jako alternatywy dla wykluczenia.

W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego nieprzestrzegania krajowego postanowienia zawieszającego

W przedmiocie części pierwszej, dotyczącej naruszenia art. 106 ust. 2 dawnego rozporządzenia finansowego, art. 136 ust. 2 rozporządzenia finansowego, art. 4 ust. 3 TUE i art. 325 ust. 1 TFUE

17 Skarżąca twierdzi, że z art. 106 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.U. 2012, L 298, s. 1), zmienionego w szczególności rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 października 2015 r. (UE, Euratom) 2015/1929 (Dz.U. 2015, L 286, s. 1) (zwanego dalej „dawnym rozporządzeniem finansowym") oraz z art. 136 rozporządzenia finansowego wynika, zarówno w zakresie, w jakim w ust. 1 nakazują one wykluczenie podmiotów, które dopuściły się poważnego wykroczenia zawodowego stwierdzonego w ostatecznej decyzji krajowej, jak i w zakresie, w jakim zezwalają one w ust. 2 na takie wykluczenie na podstawie wstępnej kwalifikacji dokonanej przez organy Unii na podstawie nieostatecznej decyzji krajowej, że organy Unii powinny również przestrzegać orzeczeń wydanych tytułem zabezpieczenia przez sądy krajowe w odniesieniu do nieostatecznych krajowych decyzji administracyjnych, w szczególności gdy – jak w niniejszej sprawie – organy te same nie prowadzą żadnych czynności dochodzeniowych. Zatem w przypadku zawieszenia wykonania decyzji służącej za wyłączną podstawę wspomnianej wyżej kwalifikacji wstępnej decyzja ta nie może zostać już użyta do dokonania tej kwalifikacji. Skarżąca podkreśla, że krajowe postanowienie o zawieszeniu, nawet bez badania fumus boni iuris, podważa ważność i zgodność z prawem decyzji CNMC. Wskazuje ona również na podobieństwo celu, jakiemu służy wykluczenie, o którym mowa w zaskarżonej decyzji, do celu, jakiemu służy wydany przez CNMC zakaz udzielania zamówień, który odpowiada sankcji charakterystycznej dla dziedziny zamówień publicznych, zawieszonej na mocy krajowego postanowienia o zawieszeniu.

18 Skarżąca powołuje się ponadto na art. 325 TFUE, dotyczący zwalczania nadużyć finansowych, oraz na art. 4 ust. 3 TUE ustanawiający zasadę lojalnej współpracy, aby podkreślić oczywistą sprzeczność między krajowym postanowieniem o zawieszeniu a zaskarżoną decyzją, która wynika z oczywistego braku koordynacji między właściwymi organami w zakresie ochrony interesów finansowych Unii, a przecież tego wymagają te postanowienia.

19 Na wstępie należy przypomnieć, że przepisy proceduralne mają co do zasady zastosowanie do wszystkich postępowań trwających w chwili ich wejścia w życie, w odróżnieniu od przepisów materialnych, które są zazwyczaj interpretowane w ten sposób, iż nie obowiązują co do zasady w stosunku do sytuacji powstałych przed ich wejściem w życie [zob. podobnie wyroki: z dnia 12 listopada 1981 r., Meridionale Industria Salumi i in., od 212/80 do 217/80, EU:C:1981:270,

pkt 9; z dnia 6 lipca 1993 r., CT Control (Rotterdam) i JCT Benelux/Komisja, C-121/91 i C-122/91, EU:C:1993:285, pkt 22; z dnia 26 marca 2015 r., Komisja/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, pkt 33]. W konsekwencji przepisami mającymi zastosowanie do rozpatrywanego postępowania w sprawie wykluczenia są przepisy rozporządzenia finansowego, które weszło w życie w 2018 r., podczas gdy przepisami materialnymi mającymi zastosowanie do tego wykluczenia są przepisy dawnego rozporządzenia finansowego, które obowiązywało w dniu wystąpienia jednolitego i ciągłego naruszenia leżącego u podstaw wykluczenia, które zakończyło się w 2017 r.

20 Ponadto należy zauważyć, że art. 106 dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 rozporządzenia finansowego są identyczne w zakresie przepisów mających znaczenie dla niniejszej sprawy.

21 Otóż zgodnie z jego ust. 1 lit. c) ppkt (ii) wyklucza się osobę lub podmiot z uczestnictwa w procedurach wyboru regulowanych rozporządzeniem finansowym, w przypadku gdy stwierdzono – w drodze prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej – że osoba lub podmiot dopuściły się poważnego wykroczenia zawodowego poprzez naruszenie mających zastosowanie przepisów ustawowych lub wykonawczych lub norm etycznych grupy zawodowej, do której ta osoba lub ten podmiot należą, lub poprzez jakiekolwiek bezprawne zachowanie, które ma wpływ na ich zawodową wiarygodność, w przypadku gdy tego rodzaju zachowanie wskazuje na bezprawny zamiar lub rażące niedbalstwo, w tym również w szczególności poprzez zawarcie porozumienia z innymi osobami lub podmiotami w celu zakłócenia konkurencji.

22 Podobnie, zgodnie z ich ust. 2 akapity pierwszy i drugi, w przypadku braku prawomocnego wyroku lub, w stosownych przypadkach, ostatecznej decyzji administracyjnej, o których mowa w ust. 1 lit. c), właściwy urzędnik zatwierdzający wyklucza daną osobę lub podmiot na podstawie wstępnej kwalifikacji prawnej zachowania tych osób lub podmiotów, z uwzględnieniem stwierdzonych faktów lub innych ustaleń zawartych w zaleceniu zespołu. Wstępna kwalifikacja nie przesądza o końcowej ocenie zachowania danej osoby lub danego podmiotu przez właściwe organy państw członkowskich na podstawie prawa krajowego. Właściwy urzędnik zatwierdzający dokonuje przeglądu swojej decyzji o wykluczeniu danej osoby lub danego podmiotu lub nałożeniu kary finansowej niezwłocznie po otrzymaniu powiadomienia o prawomocnym wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej. W przypadkach gdy prawomocny wyrok lub ostateczna decyzja administracyjna nie określają czasu trwania wykluczenia, właściwy urzędnik zatwierdzający określa ten czas trwania na podstawie stwierdzonych faktów i ustaleń oraz z uwzględnieniem zalecenia zespołu.

23 Zgodnie z ust. 2 akapit trzeci tych artykułów w przypadku gdy taki prawomocny wyrok lub ostateczna decyzja administracyjna stanowią, że osoba lub podmiot nie dopuściły się zachowania będącego przedmiotem wstępnej kwalifikacji prawnej, na podstawie której zostali wykluczeni, właściwy urzędnik zatwierdzający niezwłocznie stwierdza koniec obowiązywania tego wykluczenia lub zwraca, stosownie do sytuacji, ewentualną ściągniętą karę finansową. Ponadto zgodnie z ich ust. 2 akapit czwarty fakty i ustalenia, o których mowa w akapicie pierwszym, obejmują w szczególności fakty stwierdzone w ramach audytów lub dochodzeń prowadzonych przez Europejski Trybunał Obrachunkowy, Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF) lub wszelkich innych weryfikacji, audytów lub kontroli prowadzonych w zakresie odpowiedzialności urzędnika zatwierdzającego, jak również decyzje Komisji dotyczące naruszenia prawa konkurencji Unii lub decyzje właściwego organu krajowego w sprawie naruszenia unijnego lub krajowego prawa konkurencji.

24 Z przepisów tych wynika, że dany podmiot jest wykluczany z udziału w odnośnych postępowaniach, jeżeli zostanie wykazane, że dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, w drodze prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej, bądź – w przypadku braku prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej – na podstawie wstępnej kwalifikacji prawnej jego zachowania przez właściwy organ Unii w świetle stwierdzonych faktów lub ustaleń dokonanych w szczególności w decyzjach krajowego organu ochrony konkurencji.

25 Wynika stąd, że brak prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji stwierdzających rozpatrywane zawinione zachowanie nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu wykluczenia przez właściwy organ Unii w celu ochrony interesów finansowych Unii (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2022 r., Elevolution – Engenharia/Komisja, T-652/19, niepublikowany, EU:T:2022:63, pkt 76; z dnia 21 grudnia 2022 r., Vialto Consulting/Komisja, T-537/18, niepublikowany, EU:T:2022:852, pkt 142).

26 Wynika z tego również zamiar prawodawcy Unii, aby umożliwić właściwemu organowi Unii dokonanie własnej oceny czynów popełnionych przez dany podmiot gospodarczy, nie czekając na wydanie wyroku przez sąd (zob. analogicznie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 31). Jest tak też w przypadku skuteczności systemu wykluczenia, która wymaga, by był on stosowany tak szybko, jak to możliwe, bez konieczności oczekiwania na prawomocny wyrok (zob. podobnie wyrok z dnia 9 lutego 2022 r., Elevolution – Engenharia/Komisja, T-652/19, niepublikowany, EU:T:2022:63, pkt 77).

27 Elementy, które mogą zostać wzięte pod uwagę w tym względzie, zostały ponadto sprecyzowane, przy czym wyliczenie to nie jest wyczerpujące, zarówno w art. 106 ust. 2 akapit czwarty dawnego rozporządzenia finansowego, jak i w art. 136 ust. 2 akapit czwarty rozporządzenia finansowego (zob. pkt 23 powyżej) i opierają się w szczególności na czynnościach dochodzeniowych innych podmiotów Unii lub państw członkowskich, w związku z czym nie ma znaczenia, że dany organ Unii sam nie prowadzi dochodzenia przed wydaniem ewentualnej decyzji o wykluczeniu.

28 Tak więc w niniejszym przypadku, wobec braku ostatecznej decyzji, skoro skarga na decyzję CNMC została wniesiona i była w trakcie rozpatrywania w dniu wydania zaskarżonej decyzji, do EU-OSHA należało przeprowadzenie własnej oceny zachowania skarżącej na podstawie decyzji CNMC, która figuruje wśród elementów wymienionych w mających znaczenie dla sprawy przepisach (zob. pkt 23 powyżej), ale także innych istotnych elementów kontekstu, w tym w szczególności zawieszenia wykonania tej decyzji. Hipoteza art. 106 ust. 2 dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 ust. 2 rozporządzenia finansowego dotyczy bowiem właśnie sytuacji, w której decyzja mogąca służyć za podstawę wykluczenia nie jest ostateczna, albo nie upłynął termin do jej zaskarżenia, albo została ona zaskarżona, albo też została ona zawieszona, jak w niniejszej sprawie. Uznanie, jak twierdzi skarżąca, że zawieszona decyzja nie może już służyć za podstawę decyzji o wykluczeniu, sprowadzałoby się do pozbawienia skuteczności tej hipotezy przewidzianej w mających zastosowanie przepisach, podobnie zresztą jak art. 106 ust. 7 lit. c) dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 ust. 6 lit. a) rozporządzenia finansowego zachęcających osoby lub podmioty, wobec których nie wydano prawomocnego wyroku, do przyjęcia środków zaradczych mających na celu wykazanie swojej rzetelności pomimo decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 40; zob. także pkt 55 poniżej).

29 Tymczasem należy stwierdzić w pierwszej kolejności, że EU-OSHA rzeczywiście, postępując zgodnie z ustaleniami zawartymi w zaleceniu zespołu, uwzględniła zawieszenie wykonania decyzji CNMC, w odpowiedzi na argument skarżącej oparty na takim zawieszeniu. W motywach 35–37

zaskarżonej decyzji Komisja rozpoczęła od przypomnienia tego argumentu, a następnie przedstawiła powody, dla których jej zdaniem zawieszenie to nie przesądzało w niniejszej sprawie o niemożności zastosowania unijnych przepisów. W szczególności EU-OSHA uznała, że krajowe postanowienie zawieszające, w braku zajęcia stanowiska w przedmiocie fumus boni iuris, nie budzi wątpliwości co do ważności i zgodności z prawem decyzji CNMC i jest oparte na względach niezwiązanych z niniejszym postępowaniem administracyjnym, realizujących inny cel niż cel leżący u podstaw sankcji krajowej. Dodała ona, że to postanowienie zawieszające z definicji nie jest ostateczne i w związku z tym nie było dla niej wiążące.

30 W drugiej kolejności należy również zauważyć, że EU-OSHA słusznie uznała, iż zawieszenie wykonania decyzji CNMC nie stoi na przeszkodzie uwzględnieniu ustaleń zawartych w tej decyzji w celu wykazania popełnienia przez skarżącą poważnego wykroczenia zawodowego i zastosowania środka polegającego na wykluczeniu.

31 Po pierwsze bowiem czyny zarzucane skarżącej nie opierają się na zwykłych przypuszczeniach lub domniemaniach, lecz zostały ustalone na podstawie informacji wynikających z dochodzenia prowadzonego przez CNMC (zob. podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., Vialto Consulting/Komisja, T-537/18, niepublikowany, EU:T:2022:852, pkt 143; zob. także analogicznie wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., Infraestruturas de Portugal i Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, pkt 78).

32 Po drugie, z krajowego postanowienia zawieszającego nie wynika żadne stanowisko w przedmiocie zasadności decyzji CNMC. Ustalenia i stwierdzenia tej decyzji dotyczące naruszenia prawa konkurencji przez skarżącą nie zostały zatem w żaden sposób podważone ani nawet podane w wątpliwość przez sąd krajowy. Podstawą postanowienia zawieszającego są względy dotyczące wyłącznie skutków nałożonej grzywny i zakazu zawierania umów w odniesieniu do dalszego prowadzenia działalności przez skarżącą. Przyznaje ona ponadto, że sąd krajowy nie zbadał wyraźnie istnienia fumus boni iuris. W zakresie, w jakim skarżąca podnosi, że sąd krajowy w sposób dorozumiany, lecz niewątpliwy uznał wiarygodność twierdzeń skarżącej kwestionujących decyzję CNMC, ponieważ zgodnie z orzecznictwem krajowym zastosowanie środka tymczasowego zakłada takie prawdopodobieństwo, należy zauważyć, że takie dorozumiane względy nie mogą w żadnym razie wystarczyć do podważenia wyraźnych ustaleń i stwierdzeń zawartych w decyzji CNMC.

33 Nie ma ponadto znaczenia, że krajowe postanowienie zawieszające zawiesza wykonanie, oprócz zapłaty grzywny nałożonej decyzją CNMC, również nałożonego na skarżącą w tej decyzji zakazu udzielania zamówień w Hiszpanii. Chodzi oczywiście o zakaz, który jest podobny do wykluczenia orzeczonego w zaskarżonej decyzji, i to tym bardziej, że zgodnie z twierdzeniami skarżącej pewne zakazy udzielania zamówień nie są ustanawiane lub stosowane, gdy dany wykonawca podjął środki zaradcze lub środki zapewniające zgodność z prawem mające na celu naprawienie szkód spowodowanych jego bezprawnym zachowaniem. Jednakże powód zawieszenia wykonania zakazu udzielania zamówień jest, jak wynika z pkt 32 powyżej, niezależny od ustaleń i stwierdzeń zawartych w decyzji CNMC, a zatem nie może ich podważyć. A zatem, nawet jeśli – jak twierdzi skarżąca – różnica celu między postępowaniem w sprawie wykluczenia przewidzianym w przepisach Unii a procedurą krajową nie wystarcza sama w sobie do wykluczenia możliwości uwzględnienia przez EU-OSHA krajowego postanowienia zawieszającego (zob. pkt 28 powyżej), to pozostaje faktem, że w niniejszej sprawie powody zawieszenia wykonania decyzji CNMC nie podważają prawdziwości okoliczności faktycznych, na których została oparta zaskarżona decyzja

w celu stwierdzenia wykluczenia skarżącej. Ponadto z krajowego postanowienia zawieszającego nie wynika żadna informacja dotycząca zastosowania przez skarżącą środków zaradczych ani uzasadnienia zawieszenia przez przyjęcie takich środków.

34 Ponadto z prawidłowego wyważenia przez EU-OSHA w niniejszej sprawie decyzji CNMC i krajowego postanowienia zawieszającego wynika, że nie można jej zarzucić ani sprzeczności między uzasadnieniem zaskarżonej decyzji a uzasadnieniem krajowego postanowienia zawieszającego, ani braku koordynacji z władzami krajowymi, co naruszałoby zasadę lojalnej współpracy przewidzianą w art. 4 ust. 3 TUE i przeciwstawiałoby się zwalczaniu nadużyć finansowych uregulowanemu w art. 325 TFUE.

35 W świetle powyższego należy oddalić pierwszą część zarzutu pierwszego.

W przedmiocie części drugiej, dotyczącej naruszenia art. 47 karty praw podstawowych i art. 19 ust. 1 TUE

36 Skarżąca podnosi, że pozbawiając wszelkiego znaczenia krajowe postanowienie zawieszające, zaskarżona decyzja podważa ochronę sądową, którą uzyskała od sądu krajowego, a tym samym narusza art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „Kartą") w związku z art. 19 ust. 1 TUE. Przestrzeganie krajowych procedur sądowniczych jest tym bardziej konieczne w przypadku „złożonych postępowań", takich jak postępowanie w sprawie wykluczenia, w którym organy Unii podejmują decyzje na podstawie decyzji krajowych. Skarżąca dodaje, że prawo do wniesienia o ponowne rozpatrzenie decyzji o wykluczeniu lub możliwość przedstawienia uwag właściwemu zespołowi lub urzędnikowi zatwierdzającemu stanowią gwarancje administracyjne, które nie pozwalają na zastąpienie gwarancji kontroli zgodności z prawem aktów niekorzystnych i poszanowania orzeczeń sądowych charakteryzujących skuteczną ochronę sądową.

37 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada skutecznej ochrony sądowej praw, jakie jednostki wywodzą z prawa Unii, do której odnosi się art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, stanowi zasadę ogólną prawa Unii, wynikającą z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, wyrażoną w art. 6 i 13 Europejskiej konwencji ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., obecnie potwierdzoną w art. 47 Karty (zob. wyrok z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

38 Z orzecznictwa wynika również, że skutki wniesienia odwołania administracyjnego lub skargi do sądu są ściśle związane z wykonywaniem i ochroną praw podstawowych związanych z ochroną sądową, których poszanowanie zapewnia również porządek prawny Unii, oraz że uregulowanie, które całkowicie pomija skutki wniesienia odwołania administracyjnego lub skargi do sądu dla możliwości udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mogłoby naruszać prawa podstawowe zainteresowanych podmiotów (zob. analogicznie wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., La Cascina i in., C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 38).

39 Tymczasem nie można uznać, że w niniejszej sprawie krajowe postanowienie zawieszające zostało pominięte i że doszło do naruszenia ochrony sądowej skarżącej.

40 Po pierwsze bowiem, jak wynika z pkt 29–33 powyżej, decyzja ta została należycie uwzględniona przez zespół, a następnie przez EU-OSHA w zaskarżonej decyzji. W szczególności EU-OSHA słusznie uznała, że wobec braku zajęcia w krajowym postanowieniu zawieszającym stanowiska co do zasadności decyzji CNMC mogła ona oprzeć się na ustaleniach zawartych w tej decyzji w celu

stwierdzenia istnienia poważnego wykroczenia zawodowego i zastosowania wykluczenia (zob. pkt 30 i 32 powyżej). Ponadto zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami w przypadku braku prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji kara wykluczenia może zostać wymierzona wyłącznie na podstawie wstępnej kwalifikacji prawnej spornego zachowania przez zespół, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności, w tym zawieszenie decyzji CNMC (zob. pkt 22, 23 i 28 powyżej), przy czy, w przedmiocie tej wstępnej kwalifikacji prawnej skarżąca miała zresztą możliwość przedstawienia uwag (zob. pkt 10 powyżej) na podstawie art. 143 ust. 5 rozporządzenia finansowego. Chodzi oczywiście, jak podkreśla skarżąca, o gwarancje o charakterze administracyjnym, ale nie zmienia to faktu, że umożliwiają one zapewnienie należytego uwzględnienia orzeczenia sądu krajowego. Należy również podkreślić, że zaskarżona decyzja, która wyklucza skarżącą z zakresu zamówień udzielanych przez organy administracji Unii, w żaden sposób nie podważa skutków krajowego postanowienia zawieszającego w zakresie, w jakim zawiesza ona zakaz udzielania zamówień administracji hiszpańskiej.

41 Po drugie, jak wynika z pkt 24–26 powyżej, z mających zastosowanie przepisów wynika, że w braku prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji, jak w niniejszej sprawie, organ Unii nie jest związany decyzjami administracyjnymi lub orzeczeniami sądowymi wydanymi na szczeblu krajowym i tym samym ma możliwość wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w Unii osoby lub podmiotu, w niniejszym przypadku skarżącej, na podstawie wstępnej kwalifikacji prawnej ich zachowania.

42 Zaś skorzystanie z tego uprawnienia nie narusza art. 47 Karty. Istnienie środka zaskarżenia w celu zakwestionowania zaskarżonej decyzji przed sądem Unii, które nie zostało zakwestionowane przez skarżącą i które potwierdza niniejsza skarga, pozwala bowiem właśnie na zapewnienie skarżącej ochrony sądowej. W szczególności Sąd jest właściwy w niniejszej sprawie zarówno do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, jak i do ponownego rozpatrzenia tej decyzji w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania przewidzianego w art. 143 ust. 9 rozporządzenia finansowego (wyrok z dnia 9 lutego 2022 r., Elevolution – Engenharia/Komisja, T-652/19, niepublikowany, EU:T:2022:63, pkt 80; zob. także pkt 127 poniżej). Tymczasowa ochrona sądowa jest ponadto zagwarantowana przez sędziego Sądu orzekającego w przedmiocie środków tymczasowych, który może zarządzić zawieszenie wykonania zaskarżonej decyzji, w szczególności jeżeli uzna, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, że nie można wykluczyć prima facie, iż EU-OSHA powinna była uwzględnić konsekwencje krajowego postanowienia zawieszającego (postanowienie z dnia 14 lipca 2023 r., VC/EU-OSHA, T-126/23 R, niepublikowane, EU:T:2023:405, pkt 51).

43 Nie można zatem uznać, że krajowe postanowienie zawieszające ma taki sam skutek jak skutek przyznany ostatecznym decyzjom lub prawomocnym wyrokom, które zobowiązują organy Unii do wykluczenia danej osoby lub danego podmiotu zgodnie z art. 136 ust. 1 rozporządzenia finansowego lub, w stosownych przypadkach, do dopuszczenia ich udziału w unijnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby uprawnienie do wykluczenia przysługujące organom Unii paraliżował sam fakt wniesienia skargi o charakterze zawieszającym od decyzji krajowej mogącej służyć za podstawę wykluczenia lub zawieszenia wykonania tej decyzji, pozbawiłoby to takie uprawnienie skuteczności (effet utile) (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 37, 38).

44 Należy dodać, że w przypadku gdy po wydaniu krajowego postanowienia zawieszającego zostanie wydany prawomocny wyrok uchylający decyzję CNMC, art. 136 ust. 2 akapit trzeci rozporządzenia finansowego przewiduje, że urzędnik zatwierdzający niezwłocznie doprowadza

do zakończenia wykluczenia, nadając w ten sposób pełną skuteczność krajowemu orzeczeniu sądowemu i gwarantując tym samym ochronę sądową skarżącego, związaną w niniejszym przypadku z krajowym orzeczeniem sądowym, które wiąże w tym przypadku organ Unii.

45 Wynika z tego, że część drugą zarzutu pierwszego należy oddalić, w związku z czym należy również oddalić ten zarzut.

W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego środków zaradczych podjętych przez skarżącą

46 Zdaniem skarżącej zaskarżona decyzja zawiera poważne błędy w ocenie i narusza art. 106 ust. 7 lit. a) dawnego rozporządzenia finansowego oraz art. 136 ust. 6 lit. a) rozporządzenia finansowego, ponieważ na podstawie informacji przekazanych EU-OSHA instytucja ta powinna była stwierdzić, że podjęła ona wystarczające środki zaradcze. Tymczasem EU-OSHA wymagała od skarżącej, w odniesieniu do każdego ze środków zaradczych, nadmiernego i nieproporcjonalnego standardu dowodowego, nie dając jej żadnej możliwości skorygowania lub uzupełnienia żądanych informacji. Skarżąca ubolewa w tym względzie nad brakiem niezależnej oceny tych środków przez zespół i nad tym, że bazował on na ocenie CNMC, opartej na innych dokumentach. Uważa ona ponadto, że szeroki zakres uznania w odniesieniu do udzielenia zamówienia publicznego nie może zostać przeniesiony na decyzję o nałożeniu kary, która wykracza poza ramy konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i powoduje istotną szkodę, która nie wynikałaby ze zwykłego braku udzielenia zamówienia.

47 Skarżąca dodaje, że w zakresie, w jakim Sądowi przysługuje nieograniczone prawo orzekania do celów ponownego rozpatrzenia zaskarżonej decyzji na podstawie art. 143 ust. 9 rozporządzenia finansowego, opartego na art. 261 TFUE, przedstawia ona w ramach niniejszego postępowania nowe dokumenty potwierdzające rzetelność środków zaradczych. Podkreśla ona w tym względzie, że środki zaradcze nie są elementami składowymi naruszenia, w odniesieniu do których Sąd nie jest właściwy. Zdaniem skarżącej, niezależnie od tego nieograniczonego prawa orzekania, dokumenty te będą w każdym razie istotne dla kontroli zgodności z prawem zaskarżonej decyzji, ponieważ dotyczą środków zaradczych przyjętych przed wydaniem zaskarżonej decyzji.

48 Podsumowując, skarżąca podkreśla w replice, że od 2018 r. nie stosowała żadnej praktyki antykonkurencyjnej, co świadczy o tym, że wprowadzony przez nią system jako całość wykazuje wymaganą rzetelność. Dla pełności wywodu przedstawia ona w załączniku do repliki dokumenty, które potwierdzają tę rzetelność.

49 Na wstępie należy zauważyć, że skarżąca nie kwestionuje przed Sądem, iż popełniła naruszenie stwierdzone i ukarane decyzją CNMC. Nie kwestionuje ona również tego, że jej wykluczenie, o którym zadecydowano w następstwie stwierdzenia naruszenia hiszpańskiego prawa konkurencji i art. 101 TFUE, ma charakter sankcji.

50 Skarżąca kwestionuje jednak swoje wykluczenie w niniejszej sprawie na podstawie poważnego wykroczenia zawodowego ze względu na to, że podjęła środki zaradcze wykazujące jej rzetelność zgodnie z art. 106 ust. 7 lit. c) dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 ust. 6 lit. a) rozporządzenia finansowego, które kolejno miały zastosowanie w niniejszej sprawie, ze względu na datę podjęcia rozpatrywanych środków zaradczych.

51 Przed zbadaniem argumentów skarżącej kwestionujących dokonaną przez EU-OSHA ocenę podjętych środków zaradczych należy wyjaśnić charakter właściwości oraz zakres kontroli, jaką Sąd może przeprowadzić w odniesieniu do rozpatrywanych ocen, czego również dotyczy spór między stronami.

W przedmiocie charakteru właściwości i zakresu kontroli Sądu w odniesieniu do środków zaradczych

52 Artykuł 143 ust. 9 rozporządzenia finansowego stanowi:

„Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej ma nieograniczoną jurysdykcję do dokonania przeglądu decyzji, na mocy której urzędnik zatwierdzający wykluczył osobę lub podmiot, o których mowa w art. 135 ust. 2, lub nałożył karę finansową na odbiorcę, łącznie z unieważnieniem wykluczenia, skróceniem lub wydłużeniem czasu trwania wykluczenia lub unieważnieniem, obniżeniem lub zwiększeniem nałożonej kary finansowej. […]”.

53 Prawodawca Unii skorzystał tu z możliwości oferowanej przez art. 261 TFUE, który stanowi, że „[r]ozporządzenia uchwalone wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, i przez Radę, na mocy postanowień traktatów, mogą przyznać Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej nieograniczone prawo orzekania w odniesieniu do kar przewidzianych w tych rozporządzeniach”.

54 Artykuł 143 ust. 9 rozporządzenia finansowego należy zatem interpretować w świetle art. 261 TFUE, w związku z czym zakres tego nieograniczonego prawa orzekania jest ściśle ograniczony do określenia kary, z wyłączeniem wszelkich zmian elementów składowych zachowania uzasadniających tę karę (zob. analogicznie wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Galp Energía España i in./Komisja, C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 76, 77 i przytoczone tam orzecznictwo).

55 Tymczasem w niniejszej sprawie, wbrew temu, co twierdzi skarżąca, należy uznać, że badanie środków zaradczych wchodzi w zakres oceny takiego zachowania. Zgodnie z art. 106 ust. 7 lit. c) dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 ust. 6 lit. a) rozporządzenia finansowego właściwy urzędnik zatwierdzający „nie wyklucza” osoby lub podmiotu, jeżeli „podjęły środki zaradcze […], w zakresie, w jakim są one wystarczające, aby wykazać rzetelność tej osoby lub tego podmiotu”. Przepis ten przewiduje więc niemożność wykluczenia z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia wykonawcy, który podjął pewne środki zaradcze wykazujące jego rzetelność (wyrok z dnia 27 czerwca 2017 r., NC/Komisja, T-151/16, EU:T:2017:437, pkt 58). Zgodnie bowiem z celem ochrony interesów finansowych Unii, do którego zmierza sankcja wykluczenia (zob. podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., Vialto Consulting/Komisja, T-537/18, niepublikowany, EU:T:2022:852, pkt 159, 164; zob. także pkt 25 powyżej), nie można wykluczyć podmiotu, który zawinił, ale który stał się ponownie rzetelny. W takim przypadku pierwotnie stwierdzone poważne wykroczenie zawodowe zostało skorygowane do tego stopnia, że nie może już stanowić podstawy wykluczenia. Ocena, jaką należy przeprowadzić w odniesieniu do środków zaradczych, jest zatem równoznaczna ze zbadaniem, czy poważne wykroczenie zawodowe, wywiedzione w niniejszym przypadku z naruszenia stwierdzonego przez organ krajowy, oraz możliwość powtórzenia się tego wykroczenia utrzymują się, co wchodzi w zakres oceny zachowania danego wykonawcy oraz okoliczności faktycznych, które są z nim bezpośrednio związane, a nie w zakres oceny sankcji.

56 Nie ma w tym względzie znaczenia, że środki zaradcze podejmowane są zazwyczaj po wystąpieniu naruszenia stwierdzonego przez organ krajowy. Jak bowiem wynika z pkt 26–26 powyżej, takie stwierdzenie naruszenia przez organ krajowy stanowi jedynie warunek wstępny, który może prowadzić w następstwie oceny dokonanej przez organ Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., RH/Komisja, T-175/21, niepublikowany, EU:T:2023:77, pkt 29) do tego, by Komisja dokonała kwalifikacji jako poważnego wykroczenia zawodowego. Zachowanie, które należy odróżnić od sankcji w celu określenia zakresu stosowania nieograniczonego prawa orzekania, nie ogranicza się w dziedzinie zamówień publicznych, biorąc pod uwagę w szczególności dwuetapowe postępowanie przewidziane w rozporządzeniu finansowym, do naruszenia stwierdzonego przez organ krajowy i do jego elementów składowych, lecz obejmuje inne elementy, w stosownym przypadku późniejsze w stosunku do tego naruszenia i mogące skłonić organ Unii do wyciągnięcia na tej podstawie wniosku, że dany podmiot jest rzetelny mimo wspomnianego naruszenia.

57 Wynika z tego, że Sąd nie może skorzystać z nieograniczonego prawa orzekania przewidzianego w art. 143 ust. 9 rozporządzenia finansowego w celu zbadania niniejszego zarzutu. Nie może on zatem zastąpić oceny dokonanej przez EU-OSHA swoją własną oceną omawianych środków zaradczych i musi ograniczyć się do kontroli zgodności z prawem tej oceny.

58 Po pierwsze, mając na względzie różne stanowiska wyrażone przez strony w tej kwestii, należy uściślić, że kontrola zgodności z prawem ogranicza się do weryfikacji, czy przestrzegane były przepisy prawa, w szczególności przepisy proceduralne oraz przepisy dotyczące obowiązku uzasadnienia aktu, a także czy nie wystąpił błąd co do okoliczności faktycznych oraz czy nie wystąpił oczywisty błąd w ocenie i czy nie doszło do nadużycia władzy (zob. wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., RH/Komisja, T-175/21, niepublikowany, EU:T:2023:77, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo). Co się tyczy badania przez sąd Unii istnienia oczywistego błędu dotyczącego aktu instytucji, należy doprecyzować, że, aby ustalić, czy Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie złożonych faktów, dający podstawę do stwierdzenia nieważności danego aktu, przedstawione przez skarżącego dowody muszą wystarczyć do pozbawienia wiarygodności dokonanej w tym akcie oceny faktów (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 1996 r., AIUFFASS i AKT/Komisja, T-380/94, EU:T:1996:195, pkt 59; z dnia 28 lutego 2012 r., Grazer Wechselseitige Versicherung/Komisja, T-282/08, EU:T:2012:91, pkt 158). Z zastrzeżeniem tego badania wiarygodności Sąd nie może zastąpić dokonanej przez autora decyzji oceny złożonych kwestii swą oceną [wyroki: z dnia 15 października 2009 r., Enviro Tech (Europe), C-425/08, EU:C:2009:635, pkt 47; wyrok z dnia 12 lutego 2008 r., BUPA i in./Komisja, T-289/03, EU:T:2008:29, pkt 221].

59 W zakresie, w jakim instytucje dysponują bowiem zakresem uznania przy ocenie, czy dane zachowanie może zostać zakwalifikowane jako poważne wykroczenie zawodowe (wyrok z dnia 15 lutego 2023 r., RH/Komisja, T-175/21, niepublikowany, EU:T:2023:77, pkt 30; zob. także analogicznie wyroki: z dnia 4 lipca 2008 r., Entrance Services/Parlament, T-333/07, niepublikowany, EU:T:2008:250, pkt 59; z dnia 9 lutego 2022 r., Companhia de Seguros Índico/Komisja, T-672/19, niepublikowany, EU:T:2022:64, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo), a ocena środków zaradczych stanowi integralną część oceny takiego zachowania (zob. pkt 55 powyżej) należy im również przyznać zakres uznania przy ocenie środków zaradczych.

60 Udzielając skarżącej odpowiedzi należy dodać, że potencjalne konsekwencje decyzji o wykluczeniu, wykraczające poza ramy konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i mogące spowodować istotną szkodę dla wykluczonego podmiotu, są elementami, które należy wziąć pod uwagę przy korzystaniu z zakresu uznania, jakim dysponuje instytucja, i nie mogą one jako takie prowadzić do podważenia tego zakresu uznania.

61 Po drugie, należy również doprecyzować, jakie elementy Sąd może wziąć pod uwagę przy dokonywaniu kontroli zgodności z prawem dokonanej przez EU-OSHA oceny środków zaradczych podjętych przez skarżącą, biorąc pod uwagę rozbieżności między stronami w tym względzie.

62 Z orzecznictwa z dziedziny konkurencji wynika że zakresem kontroli zgodności z prawem przewidzianej w art. 263 TFUE objęta jest całość elementów wydanych przez Komisję decyzji dotyczących postępowań prowadzonych w zastosowaniu art. 101 i 102 TFUE, których kontrolę w świetle przedstawionych przez skarżące zarzutów zapewnia Sąd, i biorąc pod uwagę cały przedłożony przez nie materiał dowodowy, niezależnie od tego, czy jest on wcześniejszy lub późniejszy od zaskarżonej decyzji, czy został wcześniej przedstawiony w postępowaniu administracyjnym lub po raz pierwszy w ramach rozpatrywanej przez Sąd skargi w zakresie, w jakim dowody te są istotne dla kontroli zgodności z prawem decyzji Komisji [wyroki: z dnia 21 stycznia 2016 r., Galp Energía España i in./Komisja, C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 72; z dnia 14 września 2022 r., Google i Alphabet/Komisja (Google Android), T-604/18, odwołanie w toku, EU:T:2022:541, pkt 89].

63 Wbrew temu, co twierdzi skarżąca, z orzecznictwa tego nie można wywieść, że w niniejszej sprawie Sąd powinien wziąć pod uwagę dokumenty, które skarżąca mu przedstawiła w ramach niniejszego postępowania i które nie zostały wcześniej przedstawione w toku postępowania administracyjnego przed EU-OSHA.

64 Zgodnie bowiem z art. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101] i [102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1) w przypadku sporu co do istnienia naruszenia reguł konkurencji na Komisji spoczywa ciężar udowodnienia stwierdzonych przez nią naruszeń oraz przedstawienia środków dowodowych pozwalających wykazać w sposób wymagany prawem występowanie okoliczności stanowiących naruszenie (zob. wyrok z dnia 8 września 2016 r., Lundbeck/Komisja, T-472/13, EU:T:2016:449, pkt 105 i przytoczone tam orzecznictwo). Dane przedsiębiorstwo może wówczas przedstawić dowód przeciwny, również w oparciu o dowody, które nie zostały przedstawione w toku postępowania administracyjnego (zob. wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r., PROAS/Komisja, C-616/13 P, EU:C:2016:415, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).

65 Natomiast przewidując, że dana osoba lub podmiot nie zostają wykluczone, jeżeli podjęły środki zaradcze wystarczające, aby wykazać swoją rzetelność, art. 106 ust. 7 lit. c) dawnego rozporządzenia finansowego, a następnie art. 136 ust. 6 lit. a) rozporządzenia finansowego nakładają na daną osobę lub dany podmiot ciężar wykazania, że przyjęte środki zaradcze mogą zapobiec ich wykluczeniu (zob. również art. 106 ust. 10 dawnego rozporządzenia finansowego i art. 137 ust. 1 rozporządzenia finansowego). Wynika z tego, że nie można dopuścić, by dany podmiot gospodarczy przedstawił przed Sądem dowody, które nie zostały przedstawione w toku postępowania w sprawie wykluczenia, w celu uzyskania stwierdzenia nieważności decyzji o jego wykluczeniu w braku przedstawienia przez ten podmiot dowodów uznanych za wystarczające do

wykazania swojej rzetelności, gdyż w przeciwnym razie ciężar dowodu nałożony przez te przepisy zostałby pozbawiony skuteczności. A fortiori Sąd nie może orzekać w ramach niniejszego postępowania w przedmiocie środków zaradczych nieprzedstawionych EU-OSHA.

66 Jest tak tym bardziej, że art. 136 ust. 8 rozporządzenia finansowego reguluje kwestię środków zaradczych lub dowodów przedstawionych po wydaniu decyzji o wykluczeniu, przewidując w takim przypadku, że decyzja ta zostanie niezwłocznie poddana przeglądowi przez właściwego urzędnika zatwierdzającego. Tymczasem byłoby sprzeczne z prawidłowym administrowaniem wymiarem sprawiedliwości i równowagą instytucjonalną, gdyby Sąd wypowiedział się w przedmiocie nowych środków zaradczych lub nowych dowodów przedłożonych w razie potrzeby jednocześnie urzędnikowi zatwierdzającemu, które mogłyby skłonić go do ponownego rozpatrzenia zaskarżonej decyzji w trakcie postępowania (zob. podobnie wyrok z dnia 13 maja 2020 r., Agmin Italy/Komisja, T-290/18, niepublikowany, EU:T:2020:196, pkt 46, 47). Takie ryzyko jest zresztą rzeczywiste w niniejszej sprawie, ponieważ skarżąca złożyła do EU-OSHA w dniu 21 listopada 2023 r. w trakcie niniejszego postępowania wniosek o dokonanie przeglądu na podstawie art. 136 ust. 8 rozporządzenia finansowego, załączając do niego elementy zawarte w załączniku do skargi i repliki bez uprzedniego przedłożenia ich EU-OSHA.

67 Inaczej byłoby w przypadku, gdyby EU-OSHA nie pozwoliła skarżącej w toku toczącego się przed nią postępowania na przedstawienie wszystkich dowodów, na które ta chciała się powołać w celu wykazania, że podjęte przez nią środki zaradcze wykazały jej rzetelność (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 7 czerwca 2023 r., TC/Parlament, T-309/21, odwołanie w toku, EU:T:2023:315, pkt 131 i przytoczone tam orzecznictwo). Jednakże taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie.

68 Twierdzenia skarżącej, zgodnie z którymi EU-OSHA nie pozostawiła jej żadnej możliwości skorygowania lub uzupełnienia informacji dotyczących podjętych przez nią środków zaradczych, są bowiem bezzasadne. Jak wynika z akt sprawy, pismem z dnia 29 lipca 2021 r. (zob. pkt 5 powyżej) EU-OSHA wezwała skarżącą do poinformowania jej, czy podjęto działania zaradcze, i w następstwie powiadomienia o tych środkach zwróciła się, przekazując jej wstępną kwalifikację zespołu z dnia 13 lipca 2022 r. (zob. pkt 9 powyżej) o przekazanie jej dowodów z dokumentów istotnych dla umożliwienia zespołowi „oceny treści tych środków w oparciu o czas ich stosowania oraz dowód, w jaki sposób i w jakim zakresie są one wprowadzane w życie”. Zespół wyjaśnił ponadto w swojej kwalifikacji, że skarżąca może również poinformować go o ewentualnych innych środkach zaradczych przyjętych po dniu 24 sierpnia 2021 r. i wykazać, w jaki sposób i w jakim zakresie środki te zostały wdrożone i są wystarczające do wykazania jej rzetelności.

69 Wynika z tego, że w celu zbadania argumentów skarżącej kwestionujących dokonaną przez EU-OSHA ocenę podjętych przez nią środków zaradczych zostaną uwzględnione jedynie dowody przedstawione EU-OSHA przed wydaniem zaskarżonej decyzji.

W przedmiocie przyjętych środków zaradczych

70 Zgodnie z identycznymi w tym względzie art. 106 ust. 8 lit. a) dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 ust. 7 lit. a) rozporządzenia finansowego środki zaradcze mogą obejmować w szczególności „środki służące wskazaniu przyczyn sytuacji prowadzących do wykluczenia oraz konkretne techniczne, organizacyjne i kadrowe środki […], odpowiednie w celu skorygowania zachowania i zapobieżenia jego wystąpieniu w przyszłości”.

71 Jak wynika z brzmienia tych przepisów, które wymagają w szczególności „konkretnych środków odpowiednich w celu skorygowania zachowania", dana osoba lub dany podmiot nie może poprzestać na udowodnieniu przyjęcia nowych zasad wewnętrznych lub ustanowienia nowych podmiotów, lecz musi wykazać ich wdrożenie i skuteczność, które jako jedyne mogą „skorygować" zachowanie, które rzeczywiście miało miejsce w stopniu uzasadniającym wykluczenie. W związku z tym nie można zarzucać EU-OSHA, że wymagając takich dowodów, narzuca skarżącej nadmierny i nieproporcjonalny standard dowodowy. Jest tak tym bardziej, że należy przypomnieć, iż rozpatrywana podstawa wykluczenia opiera się na istotnym elemencie stosunku między wykonawcą danego zamówienia a instytucją zamawiającą, a mianowicie na rzetelności pierwszego z nich, na której opiera się zaufanie, jakim darzy go druga strona (zob. wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., Infraestruturas de Portugal i Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, pkt 76 i przytoczone tam orzecznictwo).

72 W niniejszej sprawie skarżąca przedstawiła dowody mające na celu wykazanie, że podjęła następujące środki zaradcze:

– dochodzenie wewnętrzne;

– zakończenie pełnienia obowiązków przez osoby zamieszane w dane zachowanie;

– program zgodności;

– monitorowanie i aktualizacja programu zgodności;

– usprawnienie kanału zgłaszania nieprawidłowości;

– istnienie komitetów ds. zarządzania ryzykiem i zapobiegania ryzyku;

– przyjęcie polityki i procedur w zakresie etyki;

– oraz szkolenie pracowników.

73 Na wstępie należy podkreślić, że wszystkie te środki, z których niektóre zostały przyjęte przed wydaniem decyzji przez CNMC, zostały zbadane przez EU-OSHA, nie wspominając zresztą o stwierdzeniach CNMC, które już uwzględniły niektóre z nich. Można z tego wywnioskować, że wbrew temu, co twierdzi skarżąca, EU-OSHA dokonała niezależnej oceny i nie ograniczyła się do powtórzenia rozważań CNMC. Ta autonomiczna ocena, uzasadniona własnymi uprawnieniami dyskrecjonalnymi organu Unii w stosunku do organów krajowych (zob. pkt 26–28 powyżej) oznacza zatem, wbrew temu, co twierdzi EU-OSHA, że środki zaradcze przeanalizowane już przez CNMC nie są wyłączone z analizy.

– *W przedmiocie dochodzenia wewnętrznego*

74 Zgodnie z motywami 57–61 zaskarżonej decyzji EU-OSHA uważa, że przedstawiony przez skarżącą plan działania zaświadczający o wszczęciu dochodzenia wewnętrznego nie zawiera żadnej informacji na temat daty dochodzenia, zastosowanego postępowania, zakresu dochodzenia, zasobów przeznaczonych na to dochodzenie lub prowadzącej jej osoby i jej zakresu odpowiedzialności. EU-OSHA uważa także, że skarżąca nie przedstawiła również wyników dochodzenia, a w szczególności środków podjętych w jego następstwie, gwarantowanego poziomu odpowiedzialności, jego konsekwencji i wreszcie przekazania jego wyników pracownikom

i kierownictwu. EU-OSHA doszła na tej podstawie do wniosku, że o ile przeprowadzenie dochodzenia wewnętrznego może być odpowiednim sposobem określenia źródła danego postępowania, w tym przypadku brak informacji na temat wyżej wymienionych aspektów uniemożliwia uznanie go za pełnoprawny środek zaradczy.

75 Skarżąca podkreśla, że przedstawiony zespołowi plan działania był jedynie prezentacją istotnych informacji, które posłużyły do przeprowadzenia dochodzenia wewnętrznego, że dochodzenie to trwało co najmniej trzy miesiące, pozwoliło na uzyskanie informacji na temat procesów i osób, których dotyczyło postępowanie będące przedmiotem dochodzenia, a jego następstwem były konkretne plany działania mające na celu skorygowanie omawianego zachowania, a także podjęcie środków dyscyplinarnych wobec zidentyfikowanych osób odpowiedzialnych.

76 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 106 ust. 8 lit. a) dawnego rozporządzenia finansowego, a następnie art. 136 ust. 7 lit. a) rozporządzenia finansowego, po środkach zaradczych, dzięki którym można uniknąć wykluczenia, należy, w przypadku gdy mają one na celu określenie źródła sytuacji powodującej wykluczenie, zastosować konkretne środki, które mogą skorygować tę sytuację lub zapobiec jej powtórzeniu.

77 Wynika z tego, że środek ograniczony do zidentyfikowania trudności leżącej u podstaw wykluczenia, taki jak dochodzenie wewnętrzne, nie może sam w sobie zostać uznany za wystarczający środek zaradczy.

78 Wynika z tego również, że nawet gdyby przyjąć, jak twierdzi skarżąca, że rozpatrywane dochodzenie wewnętrzne trwało co najmniej trzy miesiące, należy zbadać inne podjęte środki zaradcze w celu sprawdzenia, czy rozpatrywane łącznie z tym dochodzeniem powinny były zostać uznane przez EU-OSHA za wykazujące rzetelność skarżącej.

– *W przedmiocie zaprzestania pełnienia obowiązków przez osoby zamieszane w dane zachowanie*

79 EU-OSHA uznała w motywach 62 i 63 zaskarżonej decyzji, że zwolnienie lub dymisja osób zamieszanych w rozpatrywane zachowanie stanowią działania pozytywne, jeżeli są bezpośrednim wynikiem postępowań dyscyplinarnych związanych z tym zachowaniem, co nie zostało wykazane w niniejszej sprawie.

80 Skarżąca podkreśla, że zaprzestanie pełnienia obowiązków przez dwie osoby zamieszane w rozpatrywane zachowanie zostało wspomniane w decyzji CNMC i twierdzi, że EU-OSHA popełniła poważny błąd w ocenie, uznając, że środek ten był niewystarczający, ponieważ nie był wynikiem postępowania dyscyplinarnego, podczas gdy odstraszający skutek tego środka wynikał z powiadomienia o nim jej pracowników. W każdym razie skarżąca przedstawia w załączniku do skargi dodatkowe dokumenty mające na celu poświadczenie zaprzestania pełnienia obowiązków przez wspólnika odpowiedzialnego za sporne zachowanie.

81 Należy zauważyć, że z dokumentów przedstawionych przez skarżącą nie wynika żaden związek między zakończeniem pełnienia obowiązków przez te osoby a rozpatrywanym zachowaniem. Prawdą jest, że zgodnie z decyzją CNMC, na której opierała się głównie skarżąca, przynajmniej jeden członek personelu skarżącej zaprzestał pełnienia obowiązków w dniu 31 grudnia 2018 r. Nie ma jednak żadnej wskazówki co do przyczyny i charakteru zakończenia pełnienia przez niego obowiązków, dymisji lub zwolnienia, co nie pozwala na ustalenie związku z danym zachowaniem.

Ten związek z rozpatrywanym zachowaniem jest zresztą tym mniej prawdopodobny, że pomiędzy rozpoczęciem dochodzenia wewnętrznego a zaprzestaniem pełnienia obowiązków upłynęły prawie dwa lata.

82 Tymczasem jedynie taki związek może wywołać skutek odstraszający, który mógłby zapobiec powtórzeniu się przedmiotowego zachowania, na który to skutek powołuje się skarżąca.

83 EU-OSHA uznała zatem, nie popełniając przy tym oczywistego błędu w ocenie, że zaprzestanie pełnienia obowiązków przez osoby zamieszane w rozpatrywane zachowanie nie stanowiło w niniejszej sprawie wystarczającego środka zaradczego.

– *W przedmiocie programu zgodności*

84 Zgodnie z motywami 64–71 zaskarżonej decyzji nie zostało wykazane, że program zgodności ustanowiony w następstwie dochodzenia wewnętrznego, polegający na specjalnym planie zgodności dla procedur negocjacyjnych bez publikacji (maj 2017 r.) i nowym planie działania na rzecz poprawy zgodności w sektorze publicznym (listopad 2017 r.), został faktycznie wdrożony. EU-OSHA ma również wątpliwości co do skuteczności kontroli przeprowadzonych przez „specjalnego wspólnika odpowiedzialnego za kontrolę", ustanowionego w planie z maja 2017 r.

85 Skarżąca podkreśla, po pierwsze, że specjalny plan zgodności dotyczący procedur negocjacyjnych bez publikacji z maja 2017 r. oraz nowy plan działania na rzecz wzmocnienia zgodności w sektorze publicznym z listopada 2017 r. stały się ostateczne, a po drugie, że „specjalny wspólnik odpowiedzialny za kontrolę" co miesiąc kontroluje projekty doradztwa dla sektora publicznego, o czym świadczą trzy sprawozdania z kontroli tego wspólnika przekazane EU-OSHA, a także wszystkie sprawozdania z kontroli sporządzone w 2018 r., przekazane w załączniku do skargi. Dodaje ona również, że wdrożyła środki mające na celu zapobieżenie powtórzeniu się omawianego zachowania, co potwierdzają dokumenty przekazane w załączniku do skargi.

86 Należy zauważyć, po pierwsze, że dokumentami przekazanymi przez skarżącą w celu wykazania planu działania z listopada 2017 r. są „dokument wewnętrzny" opatrzony tą datą i wyszczególniający różne środki, który nie zawiera ani wskazania jego autora, ani nawet wzmianki o nazwie skarżącej, oraz schematyczny opis zawierający te środki, opatrzony tą samą datą i nazwą skarżącej. Takie dokumenty, datowane na dzień przyjęcia planu, nie pozwalają pozbawić prawdopodobieństwa wątpliwości EU-OSHA co do skutecznej realizacji planu z listopada 2017 r., tym bardziej że skarżąca mogła w celu rozwiania tych wątpliwości przedstawić dokumenty świadczące o realizacji kolejnych etapów przewidzianych w tym planie i wymienione w obu dokumentach, w szczególności poprzez dostarczenie „sprawozdania zawierającego wnioski, zastosowaną metodologię i opis przeprowadzonej oceny", którego przedłożenie było przewidziane w planie.

87 Po drugie, należy stwierdzić, co się tyczy planu zgodności z maja 2017 r., że został on również przedstawiony w formie „dokumentu wewnętrznego", bez wskazania jego autora ani nazwy skarżącej. Jedyne dokumenty potwierdzające jego wdrożenie dotyczą jednego ze środków przewidzianych w planie, jakim jest comiesięczna kontrola przeprowadzana przez „specjalnego wspólnika odpowiedzialnego za kontrolę". Jednakże przekazane comiesięczne sprawozdania z kontroli, w tym sprawozdania przekazane w ramach niniejszego postępowania, dotyczą jedynie 2018 r., podczas gdy w planie nie przewidziano żadnej daty zakończenia tej kontroli, co nie pozwala pozbawić prawdopodobieństwa wątpliwości EU-OSHA co do dalszego prowadzenia kontroli po 2018 r. aż do dnia wydania zaskarżonej decyzji.

88 Wynika z tego, że EU-OSHA mogła uznać, nie popełniając przy tym oczywistego błędu w ocenie, że dwa plany sporządzone w ramach programu zgodności przyjętego w następstwie dochodzenia wewnętrznego nie są wystarczającymi środkami zaradczymi.

– *W przedmiocie monitorowanie i aktualizacji programu zgodności*

89 EU-OSHA uznała w motywach 78 i 79 zaskarżonej decyzji, że skarżąca nie przedstawiła istotnych dowodów na faktyczne monitorowanie środków przyjętych w ramach programu zgodności.

90 Skarżąca uważa, że przykład aktualizacji środków przyjętych w ramach programu zgodności z przepisami z dnia 29 kwietnia 2019 r., podany do wiadomości EU-OSHA i świadczący o monitorowaniu tego programu, jest wystarczającym dowodem i przedstawia w ramach niniejszego postępowania, w przypadku gdyby Sąd uznał to za konieczne, dwie wiadomości elektroniczne dyrektora ds. ryzyka skierowane do zainteresowanych pracowników, informujące ich o aktualizacji w szczególności wzorów umów dotyczących najczęstszych stosunków gospodarczych.

91 Wystarczy stwierdzić w tym względzie, że skarżąca ograniczyła się do przekazania EU-OSHA wiadomości elektronicznej z dnia 29 kwietnia 2019 r., w której zapowiedziano dodanie nowego elementu do „polityki przedsiębiorstwa w zakresie prezentów itp.”, nie załączając do wiadomości elektronicznej załącznika zawierającego zaktualizowany dokument. Wobec braku innych dokumentów, które mogłyby zostać wzięte pod uwagę, gdyż nie zostały one przedstawione EU-OSHA, sama ta wiadomość elektroniczna nie pozwala na podważenie stwierdzenia niewystarczającego charakteru dowodu na monitorowanie i aktualizację programu zgodności skarżącej, ponieważ dotyczy ona tylko jednego aspektu tego programu, w dodatku takiego, który nie dotyczy bezpośrednio rozpatrywanego zachowania, w związku z czym nie można uznać, że „koryguje” uchybienie leżące u podstaw jej wykluczenia.

92 EU-OSHA nie popełniła zatem oczywistego błędu w ocenie, uznając, że aktualizacja i monitorowanie programu zgodności nie zostały wystarczająco udowodnione, aby wypełnić znamiona środków zaradczych dla uchybienia stanowiącego podstawę wykluczenia.

– *W przedmiocie zgłaszania nieprawidłowości*

93 W motywach 72–74 zaskarżonej decyzji EU-OSHA z zadowoleniem przyjęła ulepszenia wprowadzone w wewnętrznym kanale zgłaszania nieprawidłowości, podkreślając, że istnienie poufnego mechanizmu zgłaszania oraz skutecznego i rzetelnego procesu dochodzeniowego w sprawie zarzutów niewłaściwego zachowania jest jednym z najskuteczniejszych co do zasady środków zaradczych. Stwierdziła ona jednak niewystarczający charakter dowodów przedstawionych przez skarżącą, aby wykazać wprowadzenie w życie i skuteczność zastosowanych ulepszeń w jej kanale zgłaszania nieprawidłowości.

94 Skarżąca podnosi, że jej kanał zgłaszania nieprawidłowości został powierzony przedsiębiorstwu trzeciemu w celu jego udoskonalenia, co potwierdzają dokumenty przedłożone EU-OSHA, potwierdzające procedurę rozpatrywania zgłoszeń, roczną ocenę wykorzystania tej procedury i jej promocji w przedsiębiorstwie, do których to dokumentów należy dodać dane zawarte w jej sprawozdaniu dotyczącym skutków z 2021 r. dostępnym na jej stronie internetowej.

95 Z dowodów przedstawionych przez skarżącą można wywnioskować, że nowa procedura zgłaszania nieprawidłowości została rzeczywiście przyjęta i była upowszechniana w przedsiębiorstwie w lipcu 2018 r.

96 Natomiast wiadomość elektroniczna wysłana do pracowników skarżącej w dniu 22 maja 2019 r. w celu wezwania ich do udzielenia odpowiedzi na kwestionariusz w ramach rocznego badania etycznego nie pozwala, w braku przekazania załączonego kwestionariusza, na wykazanie istnienia corocznego monitorowania wdrażania nowego postępowania. Co się tyczy wskazanych w skardze danych dotyczących otrzymanych zgłoszeń i działań podjętych w odniesieniu do nich za rok 2021, nie zostały one w żaden sposób wykazane, poza odesłaniem do strony internetowej skarżącej. Tymczasem, chociaż takie odesłanie jest co do zasady dopuszczalne (zob. postanowienie z dnia 13 grudnia 2023 r., Hamoudi/Frontex, T-136/22, niepublikowane, odwołanie w toku, EU:T:2023:821, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo), dane znajdujące się na stronie internetowej skarżącej nie mogą zostać uwzględnione w niniejszej sprawie, ponieważ nie zostały one przekazane EU-OSHA ani jako takie, ani poprzez odesłanie do strony internetowej, podczas gdy ciężar dowodu spoczywa na skarżącej. W każdym wypadku należy stwierdzić, że sprawozdanie ze skutków za 2021 r., dostępne na stronie internetowej skarżącej, ogranicza się do wskazania liczby zgłoszeń otrzymanych w 2021 r.(18), faktu, że dotyczyły one w szczególności „integralności” i że wszystkie zostały rozpatrzone na dzień sporządzenia sprawozdania, bez dalszych wyjaśnień, co nie pozwala na ustalenie domniemanego znaczącego wzrostu liczby zgłoszeń, ani nie dostarcza konkretnych wskazówek co do działań podjętych w związku z tymi zgłoszeniami.

97 Wynika z tego, że skarżąca nie przedstawiła dowodów pozwalających pozbawić wiarygodności stwierdzenie EU-OSHA dotyczące niewystarczającego dowodu wdrożenia i skuteczności nowej procedury zgłaszania nieprawidłowości.

– *W przedmiocie komitetów do spraw zarządzania ryzykiem i zapobiegania ryzyku*

98 Zgodnie z motywami 75–77 zaskarżonej decyzji istnienie komitetu ds. zarządzania ryzykiem i komitetu ds. zapobiegania ryzyku nie jest niczym poparte, i to samo dotyczy doświadczenia i stażu pracy ich członków oraz działalności prowadzonej przez te komitety.

99 Skarżąca podkreśla, że podręcznik polityki grupy przewiduje istnienie osoby odpowiedzialnej za nadzór ryzyka o określonym stażu pracy i doświadczeniu, który składa sprawozdanie kierownictwu.

100 Wystarczy stwierdzić w tym względzie, że biorąc pod uwagę jego treść, a mianowicie wytyczne, które zresztą nie wymieniają komitetów do spraw zarządzania ryzykiem i zapobiegania ryzyku, oraz datę jego przyjęcia w 2016 r., czyli w okresie trwania naruszenia, dokument przekazany przez skarżącą nie może dowodzić, że komitety te, rozpatrywane łącznie z innymi środkami, stanowią mechanizm korygujący mogący wykazać rzetelność skarżącej.

101 Nie można zatem przyjąć istnienia oczywistego błędu w ocenie w odniesieniu do dokonanej przez EU-OSHA oceny skuteczności komitetów ds. zarządzania ryzykiem i zapobiegania ryzyku skarżącej.

– *W sprawie procedur i polityk w zakresie etyki*

102 EU-OSHA uznała w motywach 80–87 zaskarżonej decyzji, że dowody przedstawione przez skarżącą nie pozwalają na wykazanie skutecznego wdrożenia kodeksu etyki w przedsiębiorstwie, autonomii komisji etycznej, ani kwestii rzeczywiście rozstrzygniętych i środków podjętych w odniesieniu do personelu przez komisję etyczną. Jeśli chodzi o inne polityki przyjęte przez skarżącą, nic nie wskazuje na to, czy są one przestrzegane i stosowane w ramach przedsiębiorstwa.

103 Skarżąca podkreśla, że kodeks etyki został publicznie zatwierdzony przez prezesa grupy i że można się z nim zapoznać na jej stronie internetowej. Ponadto przekazuje Sądowi zaktualizowaną wersję kodeksu etyki oraz szereg komunikatów skierowanych do personelu w 2019 r., w których przypomniano wagę przestrzegania kodeksu etyki. Skarżąca przypomina ponadto o funkcjach komisji etycznej i o wszczęciu ostatniego dochodzenia w 2019 r., które umożliwią poznanie kwestii rozpatrywanych przez tę komisję i przyjętych przez nią środków. Jeśli chodzi o inne przyjęte środki, a mianowicie podręcznik polityki grupy, podręcznik zgodności i walki z korupcją oraz politykę zgodności, a także przewodnik na temat zgodności w dziedzinie konkurencji, skarżąca powołuje się na ich przekazanie swoim pracownikom, uzupełniając dostarczone w tym względzie dowody, a konkretnie w odniesieniu do podręcznika polityki grupy podnosi brak uzasadnienia w braku wyjaśnienia dotyczącego niewystarczającego charakteru tego środka w zaskarżonej decyzji.

104 Co się tyczy kodeksu etyki, należy zauważyć, że dostarczone przez skarżącą dowody potwierdzające jego istnienie nie pozwalają na pozbawienie wiarygodności stwierdzenia przez EU-OSHA braku dowodu faktycznego wprowadzenia w życie tego kodeksu, podczas gdy takie dowody mogły zostać dostarczone, w szczególności w oparciu o działania prowadzone przez komisję etyczną ustanowioną na mocy kodeksu etyki.

105 Jeśli chodzi konkretnie o komisję etyczną, informacje przekazane przez skarżącą, dotyczące głównie przepisów regulujących tę komisję, nie pozwalają na ustalenie jej konkretnych działań, w szczególności w celu zapewnienia pełnego stosowania kodeksu etyki. Prawdą jest, że skarżąca przedstawiła wiadomość elektroniczną potwierdzającą wszczęcie przez komisję etyczną ankiety dotyczącej etyki wśród wszystkich pracowników w celu oceny znajomości kodeksu i wskazania potencjalnych ulepszeń. Jednakże poza tym, że skarżąca nie załączyła kwestionariusza załączonego do tej wiadomości elektronicznej (zob. pkt 96 powyżej), nie przedstawiono żadnego dowodu dotyczącego wyników tej ankiety i podjętych w jej następstwie dalszych kroków.

106 Wreszcie, co się tyczy podręczników, przewodników i polityk przyjętych przez skarżącą w celu promowania etyki, dowód ich istnienia, gdy rzeczywiście go przedstawiono, a nawet ich rozpowszechniania, nie pozwala na podważenie stwierdzenia przez EU-OSHA, że nie przedstawiono dowodu na ich rzeczywiste wprowadzenie w życie. Ponadto mnożenie rozpowszechnianych dokumentów niekoniecznie sprzyja takiemu skutecznemu wprowadzeniu w życie. Co się tyczy w szczególności podręcznika polityki grupy, w odniesieniu do którego skarżąca podnosi brak uzasadnienia zaskarżonej decyzji, należy wyjaśnić, że EU-OSHA wzięła go pod uwagę, a w motywach 81–83 zaskarżonej decyzji wypowiedziała się na jego temat wraz z innymi politykami przedsiębiorstwa, uznając, że samo ich przedstawienie bez dodatkowego dowodu na ich wprowadzenie w życie było niewystarczające.

107 EU-OSHA nie popełniła zatem oczywistego błędu w ocenie wdrożenia u skarżącej procedur i polityk w dziedzinie etyki.

– *W przedmiocie szkolenia pracowników*

108 Zgodnie z motywami 88–90 zaskarżonej decyzji informacje przedstawione przez skarżącą nie pozwalają ocenić prawdopodobnego ogólnego wpływu jej oferty szkoleniowej na zachowanie jej pracowników w braku dowodu dotyczącego obecności na szkoleniach i ich wpływu na rzeczywistą wiedzę pracowników.

109 Skarżąca podnosi, że program szkoleń wdrożony przed dochodzeniem CNMC, jak i ten stworzony specjalnie w następstwie tego dochodzenia, jednoznacznie wyraża jej wolę stosowania się do przepisów, podkreślając istnienie w jej ramach służby poświęconej szkoleniu wewnętrznemu oraz obowiązkowy charakter odnośnych szkoleń, potwierdzony różnymi dokumentami przekazanymi Sądowi.

110 Bezsporne jest, że niektóre z omawianych szkoleń zostały stworzone specjalnie w celu uniknięcia powtórzenia się rozpatrywanych zachowań, co zresztą potwierdzają dokumenty dostarczone przez skarżącą, które opisują lub powtarzają treść tych szkoleń.

111 Jednakże dokumenty te nie wskazują osób korzystających z omawianych szkoleń ani nie potwierdzają ich skuteczności. Ich obowiązkowy charakter przyczynia się wprawdzie do większego rozpowszechnienia tej wiedzy, ale nie pozwala sam w sobie na poznanie dokładnego poziomu uczestnictwa, a zwłaszcza których kategorii uczestników dotyczą, podczas gdy skierowanie szkoleń do niektórych kategorii osób jest decydujące dla ich skuteczności, ani tym bardziej stopnia przyswojenia przekazywanej wiedzy, co mogło zostać potwierdzone poprzez przedstawienie dowodów dotyczących przeprowadzenia testów po zakończeniu sesji szkoleniowych i wyników tych testów.

112 EU-OSHA nie popełniła zatem oczywistego błędu w ocenie, uznając, że szkolenia zorganizowane przez skarżącą nie stanowią wystarczającego środka zaradczego.

113 Z całości powyższych rozważań wynika, że EU-OSHA nie popełniła oczywistego błędu w ocenie środków zaradczych podjętych przez skarżącą, czy to rozpatrywanych odrębnie, czy też łącznie i kolejno, biorąc pod uwagę niewystarczające dowody na ich wdrożenie i skuteczność, wspólne dla wszystkich środków.

114 Wniosku tego nie podważa podniesiony przez skarżącą w replice argument, zgodnie z którym od czasu wydania przez CNMC decyzji dotyczącej okoliczności faktycznych zaistniałych w 2017 r. nie nałożono już na nią kolejnych kar, co świadczy o jej rzetelności po tej dacie. Brak sankcji ze strony organu ochrony konkurencji nie oznacza bowiem braku działań stanowiących naruszenie ani tym bardziej skuteczności przyjętych środków zaradczych.

115 Zarzut drugi należy zatem oddalić.

W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego nieproporcjonalnego charakteru decyzji o wykluczeniu

116 Skarżąca podnosi naruszenie art. 106 ust. 3 i art. 106 ust. 7 lit. a) i d) dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 ust. 3 lit. a) rozporządzenia finansowego w związku z zasadą proporcjonalności i twierdzi, że analiza proporcjonalnego charakteru sankcji wymaganej przez te przepisy jest dotknięta oczywistymi błędami w ocenie.

117 Co się tyczy okoliczności obciążającej związanej z wagą sytuacji i wpływem zachowania na interesy finansowe Unii, skarżąca uważa, że w niniejszym przypadku nie chodzi o poważną sytuację i że nie można przyjąć, że zachowanie miało duży wpływ. Podkreśla ona w tym względzie brak bezpośredniej szkody dla interesów finansowych Unii, brak korupcji lub nadużyć finansowych, ograniczony zakres terytorialny rozpatrywanego zachowania, udział jednego tylko wspólnika skarżącej, czas, jaki upłynął od zaistnienia okoliczności faktycznych, oraz brak okoliczności obciążających dotyczących wpływu zachowania na konkurencję w rozporządzeniu finansowym, gdyż uwzględniane są jedynie skutki finansowe. Tymczasem zdaniem skarżącej dopuszczenie jej do udziału w przetargach prowadzonych przez instytucje i organy Unii nie może mieć wpływu na budżet Unii, ponieważ rozpatrywane zachowanie miało miejsce w sektorze nieregulowanym przez przepisy dotyczące zamówień publicznych Unii.

118 W odniesieniu do zarzucanej jej roli inicjatora omawianego zachowania skarżąca twierdzi, że EU-OSHA popełniła poważny błąd w ocenie, zakładając, że CNMC uznała, iż odgrywała ona rolę sprawczą w naruszeniu, i że w każdym razie rozporządzenie finansowe nie przewiduje takiej okoliczności, gdyż rozporządzenie to wspomina jedynie o umyślnym charakterze i stopniu niedbalstwa, które nie zostały wykazane w niniejszej sprawie.

119 W replice skarżąca krytykuje dodanie przez EU-OSHA w odpowiedzi na skargę nowych okoliczności obciążających, które nie zostały uwzględnione w zaskarżonej decyzji, i wywodzi z tego, że rozpatrywane twierdzenia są niedopuszczalne.

120 Skarżąca powtarza wreszcie, że ze względu na podjęte przez nią środki zaradcze, które czynią mało prawdopodobnym powtórzenie się rozpatrywanego zachowania, sankcja w postaci wykluczenia jest nieproporcjonalna.

121 Zgodnie z art. 106 ust. 3 dawnego rozporządzenia finansowego, podobnie jak i art. 136 ust. 3 lit. a) rozporządzenia finansowego, decyzje urzędnika zatwierdzającego podejmowane są zgodnie z zasadą proporcjonalności i z uwzględnieniem, z uwzględnieniem w szczególności wagi sytuacji, w tym również wpływu na interesy finansowe oraz wizerunek Unii, czasu, jaki upłynął od stwierdzenia danego zachowania, czasu trwania i powtarzania się zachowania, umyślnego charakteru zachowania lub stopnia zaniedbania oraz wszelkich innych okoliczności łagodzących, takich jak współpraca danej osoby lub podmiotu z odpowiednim właściwym organem oraz wkład tej osoby lub podmiotu w dochodzenie. Podobnie art. 106 ust. 7 lit. c) dawnego rozporządzenia finansowego i następnie art. 136 ust. 6 lit. c) rozporządzenia finansowego stanowią, że osoba lub podmiot nie zostają wykluczone, jeżeli takie wykluczenie byłoby nieproporcjonalne. Ponadto zgodnie z art. 106 ust. 14 lit. c) dawnego rozporządzenia finansowego oraz art. 139 ust. 1 lit. b) ppkt (ii) rozporządzenia finansowego okres wykluczenia nie może przekraczać trzech lat, w przypadku gdy wykluczenie to opiera się, jak w niniejszej sprawie, na, odpowiednio, art. 106 ust. 1 lit. c) dawnego rozporządzenia finansowego lub art. 136 ust. 1 lit. c) rozporządzenia finansowego, i gdy nie istnieje prawomocny wyrok lub ostateczna decyzja administracyjna.

122 Ponadto z utrwalonego orzecznictwa w dziedzinie prawa sankcji wynika, że zgodnie z zasadą proporcjonalności akty instytucji nie powinny wykraczać poza to, co jest odpowiednie i konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. Waga naruszeń musi zostać ustalona na podstawie licznych czynników, przy czym żadnemu z nich nie należy przypisywać nieproporcjonalnie dużego znaczenia w porównaniu z innymi elementami oceny. Zasada proporcjonalności oznacza w tej sytuacji, że należy ustalić wymiar kary proporcjonalnie do czynników uwzględnionych przy ocenie wagi naruszenia i że w tym celu należy oceniać te czynniki w sposób spójny i obiektywnie uzasadniony (wyrok z dnia 9 lutego 2022 r., Companhia de Seguros Índico/Komisja, T-672/19,

niepublikowany, EU:T:2022:64, pkt 80; zob. także podobnie i analogicznie wyrok z dnia 17 maja 2011 r., Arkema France/Komisja, T-343/08, EU:T:2011:218, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).

123 W swojej ocenie proporcjonalności ewentualnego wykluczenia EU-OSHA uznała, że należy wziąć pod uwagę dokonaną przez CNMC ocenę uczestnictwa skarżącej w kartelu, które stanowi poważne naruszenie krajowych i unijnych reguł konkurencji (motyw 99 zaskarżonej decyzji) i, przyznając, że brak jest bezpośredniej szkody dla interesów finansowych Unii, uznała, że naruszenie to stanowi formę poważnego wykroczenia zawodowego, które również stnaowi zagrożenie dla budżetu Unii (motyw 101 zaskarżonej decyzji). EU-OSHA doszła na tej podstawie do wniosku, że wykluczenie skarżącej nie jest w niniejszym przypadku nieproporcjonalne.

124 Co się tyczy czasu trwania wykluczenia, EU-OSHA przyjęła wykluczenie na dwa lata, krótsze od maksymalnego okresu trzech lat, opierając się na trzech okolicznościach obciążających, a mianowicie długim czasie trwania spornego zachowania (99 miesięcy), wpływie tego zachowania (ponad 80 umów i posiadanie przez skarżącą najwyższego stopnia zasięgu w danej sieci) oraz sprawczą rolę skarżącej (motyw 112 zaskarżonej decyzji), przy jednoczesnym uwzględnieniu czasu, jaki upłynął od rozpatrywanego zachowania (ponad pięć lat), braku bezpośredniej szkody dla interesów finansowych Unii i podjęcia środków zaradczych zmierzających we właściwym kierunku, choć niewystarczających do wykazania rzetelności skarżącej (motywy 113–115 zaskarżonej decyzji).

125 W niniejszej sprawie argumentację, za pomocą której skarżąca kwestionuje proporcjonalność decyzji o wykluczeniu na okres dwóch lat w świetle okoliczności niniejszej sprawy, należy interpretować w ten sposób, że wzywa ona Sąd do dokonania oceny, w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, proporcjonalności kary wykluczenia i jej czasu trwania z uwzględnieniem podnoszonych okoliczności (zob. podobnie wyrok z dnia 29 czerwca 2022 r., LA International Cooperation/Komisja, T-609/20, EU:T:2022:407, pkt 158). Również w świetle żądania ewentualnego, w którym skarżąca wnosi do Sądu o zastąpienie środka wykluczającego karą finansową, niniejszy zarzut należy bowiem rozumieć jako zmierzający do tego, by Sąd, jeśli uzna, że kara wykluczenia jest nieproporcjonalna, zastąpił ją mniej surowym środkiem, co zostało potwierdzone przez skarżącą na rozprawie w odpowiedzi na pytanie zadane przez Sąd.

126 Wykonywanie tego nieograniczonego prawa orzekania nie jest oczywiście równoznaczne z przeprowadzeniem kontroli z urzędu, a postępowanie jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Nieograniczone prawo orzekania nie zobowiązuje zatem Sądu do przeprowadzenia z urzędu kompletnego badania akt sprawy, niezależnie od zarzutów podniesionych przez stronę skarżącą (zob. podobnie wyrok z dnia 8 listopada 2018 r., „Pro NGO!”/Komisja, T-454/17, EU:T:2018:755, pkt 83; zob. także analogicznie wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., Duravit i in./Komisja, C-609/13 P, EU:C:2017:46, pkt 32, 33, 36). Jednak aby spełniać wymogi związane z przeprowadzaniem kontroli w ramach wykonywania nieograniczonego prawa orzekania w rozumieniu art. 47 Karty w zakresie dotyczącym sankcji, sąd Unii jest zobowiązany do przeanalizowania wszystkich zarzutów natury prawnej czy faktycznej, za pomocą których podnoszący je chcą wykazać, iż sankcja nie jest dostosowana do wagi i czasu trwania zawinionego zachowania (zob. analogicznie wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 195 i przytoczone tam orzecznictwo). Kwestionując proporcjonalność swojego wykluczenia, skarżąca kwestionuje właśnie tę adekwatność w niniejszej sprawie.

127 Z powyższego wynika, że należy zbadać niniejszy zarzut, który dotyczy sankcji nałożonej w niniejszej sprawie na skarżącą, a także wszystkie argumenty podniesione na jego poparcie dotyczące oceny uwzględnionych okoliczności obciążających i łagodzących, korzystając z nieograniczonego prawa orzekania Sądu zgodnie z art. 143 ust. 9 rozporządzenia finansowego (zob. również pkt 52-54 powyżej).

128 Wynika z tego również, że wbrew temu, co twierdzi EU-OSHA, Sąd jest uprawniony, na podstawie nieograniczonego prawa orzekania do zmiany zaskarżonego aktu, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych, na przykład w celu zmiany czasu trwania wykluczenia (wyrok z dnia 29 czerwca 2022 r., LA International Cooperation/Komisja, T-609/20, EU:T:2022:407, pkt 157) i nie może ograniczyć się do przeprowadzenia ograniczonej kontroli oceny rozpatrywanych okoliczności obciążających i łagodzących.

129 Co się tyczy, po pierwsze, okoliczności obciążającej dotyczącej wagi sytuacji, należy przede wszystkim stwierdzić, że z użycia wyrażenia „w tym" poprzedzającego wzmiankę o „wpływie na interesy finansowe Unii oraz wizerunek Unii" w mających zastosowanie przepisach wynika (zob. pkt 121 powyżej), że wpływ ten nie jest jedyną rzeczą, którą można uwzględnić przy ocenie tej okoliczności obciążającej. Waga danego zachowania może zatem również zostać wzięta pod uwagę (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 czerwca 2022 r., LA International Cooperation/Komisja, T-609/20, EU:T:2022:407, pkt 159; z dnia 21 grudnia 2022 r., Vialto Consulting/Komisja, T-537/18, niepublikowany, EU:T:2022:852, pkt 160), jak uczyniono to w zaskarżonej decyzji (motywy 99, 101).

130 Następnie należy uznać, że zachowanie skarżącej można uznać za poważne. Skarżąca nie kwestionuje bowiem, że CNMC, będąca autorem decyzji leżącej u podstaw niniejszego wykluczenia, zakwalifikowała naruszenie prawa konkurencji, w którym uczestniczyła skarżąca, jako „poważne". Skarżąca nie kwestionuje również tego, że jej zachowanie mogło, bez podjęcia środków zaradczych, stanowić „poważne wykroczenie zawodowe" w rozumieniu przepisów mających zastosowanie w niniejszej sprawie. Prawdą jest, jak słusznie podkreśla skarżąca, że takie kwalifikacje nie wystarczają do stwierdzenia „wagi sytuacji", gdyż w przeciwnym razie każde poważne wykroczenie zawodowe byłoby uznawane za karane w sposób proporcjonalny poprzez wykluczenie. Jednak w niniejszej sprawie, jak wynika z zaskarżonej decyzji i bez kwestionowania przedmiotowych danych przez skarżącą, za taką powagą przemawia duża liczba umów, których dotyczy naruszenie (80) oraz posiadanie przez skarżącą największego zasięgu w danej sieci [motyw 112 lit. b) i c) zaskarżonej decyzji]. Nie ma w tym względzie znaczenia, że osoby bezpośrednio odpowiedzialne od tamtej pory zaprzestały pełnienia obowiązków w strukturach skarżącej, ponieważ zaprzestanie to, które nastąpiło po zakończeniu zachowania noszącego znamiona naruszenia i którego związek z tym zachowaniem nie został wykazany, nie podważa ani tego zachowania, ani jego wagi. To samo dotyczy czasu, jaki upłynął od wystąpienia okoliczności faktycznych, również podnoszonego przez skarżącą, który o ile może zostać uwzględniony (zob. pkt 139 poniżej), o tyle nie wpływa on na samą wagę zachowania. Co się tyczy braku korupcji lub oszustwa, nie pozwala on sam w sobie na wyciągnięcie wniosku, że wszystkie inne zachowania, choć mniej poważne, nie mają wagi wymaganej do uzasadnienia środka w postaci wykluczenia.

131 Wreszcie można stwierdzić, że przywołany przez skarżącą brak bezpośredniej szkody dla interesów finansowych Unii został również uwzględniony przez EU-OSHA (motywy 101, 113 zaskarżonej decyzji). Jednakże w zakresie, w jakim rozpatrywane zachowanie stanowi poważne wykroczenie zawodowe, wiąże się ono z ryzykiem dla budżetu Unii, ponieważ mogłoby zostać powtórzone w przyszłych przetargach unijnych, gdyby skarżąca zdecydowała się w nich

uczestniczyć (zob. motywy 101–107 zaskarżonej decyzji). Z przepisów mających zastosowanie w niniejszej sprawie wynika bowiem, że ich celem jest uniknięcie sytuacji, w której podmioty nierzetelne, w szczególności ze względu na naruszenie prawa konkurencji, mogłyby otrzymywać zamówienia publiczne Unii (zob. pkt 21-24 i 71 powyżej). Wynika z tego ponadto, że w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę w szczególności jej swoistą wagę, nie ma znaczenia ograniczony terytorialny zasięg rozpatrywanego zachowania.

132 Po drugie, jeśli chodzi o rzekomą rolę inicjatorki, skarżąca błędnie rozumie decyzję CNMC. Z fragmentów tej decyzji poświęconych ustaleniu wymiaru sankcji (s. 271 i 272) wynika bowiem, że CNMC, po pierwsze, uwzględniła okoliczności przewidziane w art. 64 ust. 1 ley 15/2007 defensa de la competencia (ustawy 15/2007 o ochronie konkurencji) z dnia 3 lipca 2007 r. (BOE nr 159 z dnia 4 lipca 2007 r., s. 28848) dotyczące czasu trwania naruszenia, liczby odnośnych przetargów oraz obrotu na rynku, na który miało wpływ naruszenie, a ponadto okoliczność obciążającą przewidzianą w art. 64 ust. 2 lit. b) tej samej ustawy dotyczącej pozycji podmiotu odpowiedzialnego lub podżegającego do popełnienia naruszenia. Szczególna rola, jaką w rozumieniu tego przepisu skarżąca odegrała w naruszeniu, została zatem uznana przez CNMC. Ponadto tego rodzaju rola wystarcza do stwierdzenia przynajmniej pewnego zaniedbania, wyraźnie wymienionego w mających zastosowanie przepisach wśród okoliczności obciążających (zob. pkt 121 powyżej).

133 Co się tyczy, po trzecie, okoliczności łagodzącej, jaką stanowią środki zaradcze podjęte przez skarżącą, należy na wstępie wyjaśnić, że te środki zaradcze, uznane za zmierzające we właściwym kierunku, zostały w niniejszej sprawie uwzględnione przez EU-OSHA, wprawdzie nie żeby wywieść z nich wystarczają rzetelność skarżącej, pozwalającą na to, żeby jej nie wykluczać (zob. zarzut drugi; zob. także motywy 102 i 103 zaskarżonej decyzji), ale w celu ograniczenia czasu trwania wykluczenia na podstawie art. 106 ust. 3 dawnego rozporządzenia finansowego, a następnie art. 136 ust. 3 rozporządzenia finansowego (motywy 114, 115 zaskarżonej decyzji). W niniejszej sprawie chodzi zatem o analizę środków zaradczych przyjętych przez skarżącą w zakresie, w jakim przyczyniają się one nie do określenia zawinionego zachowania, lecz do określenia sankcji, co uzasadnia skorzystanie przez Sąd z przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania. W ten sposób, nawet jeśli podnoszone są te same środki zaradcze, zostały one uwzględnione przez EU-OSHA w jej analizie do różnych celów, a ponadto na podstawie różnych przepisów, po pierwsze, w celu sprawdzenia, czy miało miejsce zachowanie uzasadniające wykluczenie [art. 106 ust. 7 lit. c) dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 ust. 6 lit. a) rozporządzenia finansowego], a po drugie, w celu określenia czasu trwania wykluczenia (art. 106 ust. 3 dawnego rozporządzenia finansowego i art. 136 ust. 3 rozporządzenia finansowego) (zob. podobnie wyrok z dnia 20 marca 2024 r., Westpole Belgium/Parlament, T-640/22, niepublikowany, EU:T:2024:188, pkt 83–86), co wymaga również odrębnego badania przez Sąd tych dwóch ocen.

134 W celu wykonania nieograniczonego prawa orzekania w niniejszej sprawie Sąd jest zatem uprawniony do uwzględnienia dowodów przedstawionych po raz pierwszy w ramach niniejszego postępowania, które nie zostały wcześniej podane do wiadomości EU-OSHA (zob. podobnie i analogicznie wyroki: z dnia 16 listopada 2000 r., Stora Kopparbergs Bergslags/Komisja, C-286/98 P, EU:C:2000:630, pkt 57; z dnia 12 lipca 2011 r., Fuji Electric/Komisja, T-132/07, EU:T:2011:344, pkt 209, 210), z zastrzeżeniem jednak poszanowania zasad dopuszczalności określonych w regulaminie postępowania przed Sądem.

135 Tak więc na podstawie art. 85 regulaminu postępowania należy odrzucić jako niedopuszczalne dowody przedstawione w załączniku do repliki. Wszystkie te dowody mogły były bowiem zostać przedstawione wcześniej, gdyż albo są opatrzone datą wcześniejszą od daty wniesienia skargi (załączniki C.1 i C.3), albo, choć noszą późniejszą datę, wskazują one na sprawozdanie roczne i oświadczenie roczne (załączniki C.2 i C.4), których wersja z poprzednich lat mogła zostać przedstawiona, albo stanowią zrzut ekranu, który mógł zostać zrobiony wcześniej (załącznik C.5). Ponadto ze względu na to, że od momentu wydania zaskarżonej decyzji EU-OSHA zarzucała skarżącej brak wystarczających dowodów wdrożenia podnoszonych środków zaradczych, które to wdrożenie mają wykazać te dowody, nie stanowią one dowodów przeciwnych, których dopuszczalność jest dozwolona nawet na etapie repliki [zob. wyrok z dnia 5 października 2020 r., HeidelbergCement i Schwenk Zement/Komisja, T-380/17, EU:T:2020:471, pkt 161, 162 (niepublikowany) i przytoczone tam orzecznictwo].

136 Należy natomiast uznać za dopuszczalne, z powodów wskazanych w pkt 134 powyżej, dowody przedstawione po raz pierwszy w ramach niniejszego postępowania w załączniku do skargi, które nie zostały wcześniej przekazane EU-OSHA.

137 Tymczasem z analizy tych dowodów wynika, że potwierdzają one dane pochodzące już z dowodów przekazanych wcześniej EU-OSHA (załącznik A.31 w odniesieniu do zaprzestania pełnienia obowiązków przez odpowiedzialnego wspólnika), dotyczą nowych środków zaradczych (przeprowadzanie losowych audytów wewnętrznych i utworzenie funkcji „specjalnego doradcy ds. ryzyka”, ustanowionych w załącznikach A.32–A.34) i potwierdzają nawet istnienie pewnych środków, a wręcz rozpoczęcie wdrażania niektórych z nich (załączniki A.35-A.48 w odniesieniu do aktualizacji programu zgodności, procedur i polityki w dziedzinie etyki oraz szkolenia pracowników).

138 Można z tego wywnioskować, podobnie jak stwierdziła to EU-OSHA, że podjęte przez skarżącą środki zaradcze zmierzają we właściwym kierunku. Jednakże obniżenie kary, w niniejszym przypadku czasu trwania wykluczenia, na podstawie takich środków zaradczych powinno być dokonywane z dużą ostrożnością, aby nie było ono postrzegane jako zachęta do popełniania poważnych wykroczeń zawodowych poprzez spekulacje na temat możliwego obniżenia kary ze względu na późniejszą zmianę zachowania danej osoby lub danego podmiotu (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 18 lipca 2005 r., Scandinavian Airlines System/Komisja, T-241/01, EU:T:2005:296, pkt 228).

139 Mając na względzie wszystkie wspomniane powyżej ustalenia i okoliczności, a także niekwestionowaną okoliczność obciążającą w odniesieniu do czasu trwania rozpatrywanego zachowania i również niekwestionowaną okoliczność łagodzącą w odniesieniu do czasu, który upłynął od rozpatrywanego zachowania, należy uznać, że środek polegający na wykluczeniu przyjęty przez EU-OSHA i krótszy niż maksymalny okres trzech lat przewidziany w odpowiednich przepisach rozporządzenia finansowego stanowi proporcjonalną sankcję mającą na celu zapobieżenie sytuacji, w której nierzetelne podmioty mogłyby otrzymywać zamówienia publiczne Unii, oraz ochronę finansów Unii.

140 W konsekwencji zarzut trzeci należy oddalić.

W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego publikacji informacji dotyczącej wykluczenia

141 Skarżąca utrzymuje, że podejmując decyzję o publikacji informacji dotyczącej sankcji w postaci wykluczenia, EU-OSHA naruszyła ciążący na niej obowiązek uzasadnienia, popełniła oczywisty błąd w ocenie i naruszyła zasadę proporcjonalności.

142 Po pierwsze, uzasadnienie publikacji informacji dotyczącej wykluczenia jest stereotypowe, a zatem nie spełnia wymogów rozporządzenia finansowego, które wymaga uzasadnienia dotyczącego konieczności publikacji w okolicznościach danej sprawy i odstraszającego skutku publikacji.

143 Po drugie, skarżąca podnosi, że publikacja, o której zadecydowano w niniejszej sprawie, jest oczywiście bezzasadna w świetle kryteriów określonych w art. 140 rozporządzenia finansowego, przewidującego publikację w wypadku konieczności wzmocnienia odstraszającego skutku wykluczenia i wykluczającego tę publikację w przypadku nieproporcjonalnej szkody wyrządzonej danemu wykonawcy. Podkreśla ona w tym względzie brak bezpośredniej szkody dla interesów finansowych Unii, istnienie licznych przypadków wykluczenia znacznie bardziej nagannych niż ten, który uzasadniał jej własne wykluczenie, ograniczony zakres terytorialny spornych okoliczności faktycznych, podjęcie środków zaradczych zmierzających we właściwym kierunku, zaprzestanie rozpatrywanego zachowania od ponad pięciu lat oraz wyjątkowo niskie ryzyko powtórzenia przez nią spornego zachowania, w szczególności ze względu na zmianę ustawodawstwa hiszpańskiego i zaprzestanie pełnienia obowiązków przez wspólnika odpowiedzialnego za wspomniane zachowanie. Skarżąca kwestionuje ponadto nieograniczone uprawnienia dyskrecjonalne EU-OSHA w zakresie publikacji, biorąc pod uwagę konieczność przestrzegania granic wyraźnie określonych w art. 140 rozporządzenia finansowego.

144 Po trzecie, publikacja jest całkowicie nieproporcjonalna, zważywszy na istnienie tylko jednej okoliczności obciążającej i nieodwracalny wpływ na reputację skarżącej, jak również na reputację wszystkich podmiotów działających pod znakiem towarowym grupy. Skarżąca dodaje, że publikacja decyzji CNMC na stronie internetowej CNMC oraz w prasie hiszpańskiej potwierdza bezużyteczność publikacji zaskarżonej decyzji.

145 Należy uściślić, że z uwagi na datę publikacji zaskarżonej decyzji przepisem mającym zastosowanie w niniejszej sprawie jest art. 140 rozporządzenia finansowego, który jest podobny do art. 106 ust. 16 dawnego rozporządzenia finansowego i ma następujące brzmienie:

„Publikacja informacji dotyczących wykluczenia i kar finansowych

1. W celu wzmocnienia – w razie konieczności – skutku odstraszającego wykluczenia lub kary finansowej, Komisja, z zastrzeżeniem decyzji właściwego urzędnika zatwierdzającego, publikuje na swojej stronie internetowej następujące informacje dotyczące wykluczenia oraz, stosownie do sytuacji, kary finansowej w przypadkach, o których mowa w art. 136 ust. 1 lit. c)–h):

a) imię i nazwisko lub nazwę danej osoby lub danego podmiotu, o których mowa w art. 135 ust. 2;

b) sytuację wykluczenia;

c) czas trwania wykluczenia lub kwotę kary finansowej.

W przypadku gdy decyzja o wykluczeniu lub karze finansowej została podjęta na podstawie wstępnej kwalifikacji, zgodnie z art. 136 ust. 2, w publikacji wskazuje się, że brak jest

prawomocnego wyroku lub, w stosownych przypadkach, ostatecznej decyzji administracyjnej. W takich przypadkach niezwłocznie publikuje się informacje o wszelkich środkach odwoławczych, ich statusie i wyniku, a także każdą zmienioną decyzję właściwego urzędnika zatwierdzającego. W przypadku nałożenia kary finansowej w publikacji wskazuje się także, czy kara ta została zapłacona.

Decyzja o opublikowaniu informacji podejmowana jest przez właściwego urzędnika zatwierdzającego w następstwie odnośnego prawomocnego wyroku lub, w stosownych przypadkach, ostatecznej decyzji administracyjnej albo w następstwie zalecenia zespołu, […], w zależności od przypadku. Decyzja ta staje się skuteczna trzy miesiące po powiadomieniu o niej danej osoby lub danego podmiotu, o których mowa w art. 135 ust. 2.

Opublikowane informacje są usuwane niezwłocznie po zakończeniu wykluczenia. W przypadku kary finansowej opublikowane informacje usuwa się sześć miesięcy po zapłaceniu tej kary.

[…]

2. Informacji, o których mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, nie publikuje się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

[…]

b) gdy publikacja wyrządziłaby niewspółmierną szkodę danej osobie lub danemu podmiotowi, o których mowa w art. 135 ust. 2, lub byłaby w inny sposób nieproporcjonalna ze względu na kryteria proporcjonalności określone w art. 136 ust. 3 oraz ze względu na kwotę kary finansowej;

[…]”

146 W niniejszej sprawie EU-OSHA postanowiła w art. 4 zaskarżonej decyzji opublikować narzucone informację o zastosowanym wobec skarżącej wykluczeniu na stronie internetowej Komisji na cały okres tego wykluczenia. Uznała ona, że zachowanie skarżącej leżące u podstaw jej wykluczenia było „szczególnie szkodliwe i naganne”, ponieważ skarżąca „wykazała poważne lekceważenie zasad regulujących funkcjonowanie rynku ze względu na intensywny i ciągły udział w praktykach kartelowych mających na celu ograniczenie i zakłócenie konkurencji”. Wskazała ona ponadto, że opublikowanie informacji o wykluczeniu ma na celu wzmocnienie jego odstraszającego skutku (motywy 119–121 zaskarżonej decyzji).

147 Na wstępie należy stwierdzić, że decyzja o opublikowaniu wykluczenia skarżącej jest wystarczająco uzasadniona.

148 W motywach 119–121 zaskarżonej decyzji przedstawiono bowiem w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie EU-OSHA, oparte na wadze zachowania skarżącej i zamierzonym celu wzmocnienia odstraszającego skutku wykluczenia (zob. pkt 146 powyżej), umożliwiając w ten sposób skarżącej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, poznanie podstaw przyjętego środka, a Sądowi przeprowadzenie jego kontroli (zob. podobnie wyrok z dnia 1 lipca 2008 r., Chronopost i La Poste/UFEX i in., C-341/06 P i C-342/06 P, EU:C:2008:375, pkt 88 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto, biorąc pod uwagę wyspecyfikowanie szczególnej wagi zachowania skarżącej, którą należy interpretować w szczególności w świetle motywów 40–44 zaskarżonej decyzji precyzujących kwalifikację okoliczności faktycznych niniejszej sprawy jako poważnego

wykroczenia zawodowego, nie można uznać, że takie uzasadnienie ma charakter stereotypowy. To samo dotyczy wzmianki, bez dalszych uściśleń, o konieczności wzmocnienia odstraszającego skutku wykluczenia, ponieważ taka konieczność jest nierozerwalnie związana ze szczególną wagą popełnionego uchybienia (zob. podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., Vialto Consulting/Komisja, T-537/18, niepublikowany, EU:T:2022:852, pkt 160).

149 Co się tyczy zasadności publikacji, należy na wstępie wyjaśnić, że w przypadku poważnego wykroczenia zawodowego wykluczenie i publikacja uzupełniają się, ponieważ ostatecznie zmierzają do tego samego celu, jakim jest skłonienie wszystkich zainteresowanych osób do rezygnacji z ewentualnego naruszenia przepisów (zob. podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., Vialto Consulting/Komisja, T-537/18, niepublikowany, EU:T:2022:852, pkt 152, 171). Jako uzupełnienie sankcji polegającej na wykluczeniu należy uznać, że zgodnie z orzecznictwem dotyczącym kontroli zgodności kar z prawem kontrola proporcjonalności publikacji nie może być ograniczona, lecz powinna być pogłębiona zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 9 czerwca 2021 r., DI/EBC, T-514/19, EU:T:2021:332, pkt 197 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. także pkt 128 powyżej).

150 Niemniej jednak wykluczenie i publikacja nie są równoważne pod względem skutków, ponieważ wykluczenie jest zasadniczo represyjne, podczas gdy publikacja ma charakter odstraszający i prewencyjny. Wynika z tego, że decyzja o publikacji powinna być przedmiotem szczególnej analizy proporcjonalności, nawet jeśli okoliczności faktyczne leżące u podstaw środka polegającego na publikacji i sankcji polegającej na wykluczeniu mogą być wspólne i zbadane jednocześnie, a kryteria oceny ich proporcjonalności są w części wspólne (zob. podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2022 r., Vialto Consulting/Komisja, T-537/18, niepublikowany, EU:T:2022:852, pkt 171, 173).

151 W niniejszej sprawie, co się tyczy, po pierwsze, konieczności wzmocnienia odstraszającego skutku wykluczenia, należy przypomnieć, że taka konieczność jest nierozerwalnie związana z wagą danego zachowania (zob. pkt 148 powyżej). Tymczasem, jak wynika z badania proporcjonalności wykluczenia, skarżąca nie kwestionuje w ramach niniejszego postępowania popełnienia naruszenia ukaranego przez CNMC ani okoliczności wskazujących na jego swoistą wagę (zob. pkt 130 powyżej; zob. także pkt 49 powyżej), którego nie podważa istnienie bardziej nagannych przypadków wykluczenia. Ponadto z analizy środków zaradczych podjętych przez skarżącą wynika, że o ile zmierzają one w dobrym kierunku, o tyle nie pozwalają one na stwierdzenie rzetelności skarżącej (zob. pkt 113 i 138 powyżej), której również nie można wywnioskować z samego upływu czasu od zakończenia naruszenia. Ponadto ani podnoszony ograniczony zakres terytorialny spornych okoliczności faktycznych, ani brak bezpośredniej szkody dla interesów finansowych Unii, ani podnoszona zmiana hiszpańskich przepisów eliminujących rodzaj zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpatrywane zachowanie, nie mają decydującego znaczenia dla oceny konieczności wzmocnienia odstraszającego skutku wykluczenia w rozumieniu art. 140 ust. 1 rozporządzenia finansowego, ponieważ odstraszenie to ma na celu uniknięcie ponownego wystąpienia rozpatrywanego zachowania w ramach przyszłych stosunków danej osoby lub danego podmiotu z instytucjami i organami Unii. W odniesieniu do rzekomo szczególnie niskiego ryzyka, że skarżąca powtórzy rozpatrywane zachowanie, poza faktem, że skarżąca uzasadnia je jedynie zmianą ustawodawstwa hiszpańskiego i środkiem zaradczym polegającym na zaprzestaniu pełnienia obowiązków przez wspólnika odpowiedzialnego za omawiane zachowanie, które to okoliczności zostały oddalone powyżej, należy przypomnieć, że odstraszanie dotyczy nie tylko danego przedsiębiorstwa, ale również osób trzecich (zob.

analogicznie wyrok z dnia 29 listopada 2005 r., Union Pigments/Komisja, T-62/02, EU:T:2005:430, pkt 174). Wynika z tego, że EU-OSHA nie popełniła błędu w ocenie, uznając, że konieczne jest wzmocnienie odstraszającego skutku wykluczenia poprzez jego publikację.

152 Co się tyczy, po drugie, naruszenia dobrego imienia skarżącej, należy uznać, że takie naruszenie jest nierozerwalnie związane z publikacją informacji o wykluczeniu i nie stanowi w niniejszym przypadku nieproporcjonalnej szkody w rozumieniu art. 140 ust. 2 lit. b) rozporządzenia finansowego.

153 Już przed tą publikacją decyzja CNMC została bowiem udostępniona na stronie internetowej CNMC, a hiszpańska prasa informowała o tej decyzji. Ponadto wpływ publikacji zarządzonej przez EU-OSHA będzie ograniczony przez wzmiankę, wymaganą przez art. 140 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia finansowego, o nieprawomocnym charakterze decyzji CNMC, biorąc pod uwagę w niniejszej sprawie skargę wniesioną na tę decyzję do Audiencia Nacional (sądu centralnego) i zawieszenie wykonania tej decyzji zarządzone przez ten sąd. Takie upublicznienie nieostatecznego charakteru decyzji CNMC, wykraczające poza ramy krajowe, może nawet złagodzić skutki wywołane rozpowszechnieniem decyzji CNMC na stronie internetowej CNMC i jej umieszczeniem w prasie hiszpańskiej.

154 W związku z tym należy oddalić zarzut czwarty.

155 Podobnie byłoby w przypadku, gdyby – jak zażądała skarżąca na rozprawie – Sąd skorzystał z przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania w celu wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie niniejszego zarzutu. Bez konieczności orzekania w przedmiocie dopuszczalności tego wniosku i możliwości zastąpienia przez Sąd oceny EU-OSHA własną oceną w odniesieniu do publikacji informacji dotyczącej wykluczenia na podstawie art. 143 ust. 9 rozporządzenia finansowego należy bowiem uznać, że wobec braku dodatkowego dowodu przedstawionego przez skarżącą na poparcie jej wniosku i w świetle przeanalizowanych powyżej elementów publikacja informacji o wykluczeniu skarżącej jest uzasadniona.

W przedmiocie zarzutu piątego, dotyczącego braku oceny zastosowania kary finansowej jako alternatywy dla wykluczenia

156 Posiłkowo skarżąca zarzuca, po pierwsze, że EU-OSHA nie oceniła możliwości zastosowania kary finansowej jako alternatywy dla decyzji o wykluczeniu zgodnie z art. 106 ust. 13 lit. a) dawnego rozporządzenia finansowego, który ma zastosowanie w niniejszej sprawie. Wywodzi ona z tego w replice, że zaskarżona decyzja jest dotknięta oczywistym brakiem uzasadnienia w tym względzie.

157 Po drugie, na wypadek gdyby Sąd nie uwzględnił tego zastrzeżenia, skarżąca wnosi o zastąpienie kary wykluczenia w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania sankcją finansową rozsądną w świetle okoliczności niniejszej sprawy, mieszczącą się w przedziale od 2 % do 10 % wartości zamówienia. Podkreśla ona dopuszczalność tego żądania, popartego w niniejszej sprawie szczególnym argumentem dotyczącym zastosowania korzystniejszego przepisu w zakresie sankcji.

158 Na wstępie należy wyjaśnić, że z uwagi na oddalenie zarzutów pierwszego, drugiego, trzeciego i czwartego należy zbadać niniejszy zarzut podniesiony tytułem ewentualnym na wypadek oddalenia pozostałych zarzutów podważających sankcję wykluczenia.

159 Należy zauważyć, co nie zostało zresztą zakwestionowane przez strony, że przepisem mającym zastosowanie w niniejszej sprawie jest przepis dawnego rozporządzenia finansowego.

160 Jedynie ten przepis przewiduje bowiem możliwość zastąpienia przez właściwego urzędnika zatwierdzającego kary wykluczenia karą finansową, w przypadku gdy wykluczenie byłoby nieproporcjonalne dla dowolnego wykonawcy, takiego jak skarżąca, podczas gdy art. 138 ust. 1 rozporządzenia finansowego zezwala na takie zastąpienie jedynie w odniesieniu do niektórych wykonawców, „odbiorców, z którymi podjęto zobowiązanie prawne". Tak więc zgodnie z orzecznictwem w przypadku ewolucji przepisów dotyczących kar administracyjnych, prowadzącej do tego, że w niektórych aspektach nowe uregulowanie jest mniej surowe, lecz w innych aspektach bardziej surowe niż poprzednie, należy zastosować najłagodniejsze uregulowanie (zob. podobnie wyrok z dnia 27 czerwca 2017 r., NC/Komisja, T-151/16, EU:T:2017:437, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo), czyli w niniejszej sprawie przepis dawnego rozporządzenia finansowego.

161 Artykuł 106 ust. 13 lit. a) dawnego rozporządzenia finansowego stanowi:

„13) Aby zapewnić skutek odstraszający, instytucja zamawiająca może, mając w stosownych przypadkach na uwadze zalecenie panelu, o którym mowa w art. 108, nałożyć karę finansową na wykonawcę, który usiłował uzyskać dostęp do unijnych środków finansowych poprzez udział lub złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajdując się jednocześnie – bez złożenia oświadczenia zgodnie z ust. 10 niniejszego artykułu – w jednej z poniższych sytuacji wykluczenia:

a) w odniesieniu do sytuacji, o których mowa w ust. 1 lit. c), d), e) i f) niniejszego artykułu – jako alternatywne rozwiązanie dla decyzji o wykluczeniu wykonawcy, gdy takie wykluczenie byłoby nieproporcjonalne na podstawie kryteriów, o których mowa w ust. 3 niniejszego artykułu".

162 W pierwszej kolejności z brzmienia tego przepisu, który przewiduje alternatywną możliwość, można wywnioskować, że EU-OSHA nie była w niniejszym przypadku zobowiązana do zbadania zastąpienia sankcji wykluczenia karą finansową. Jest tak tym bardziej, że z powyższego wynika, iż EU-OSHA słusznie uznała, że wykluczenie nie stanowi kary nieproporcjonalnej. Nie można jej zatem zarzucać braku uzasadnienia w tym względzie.

163 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o skierowany do Sądu wniosek o to, by Sąd sam dokonał tego zastąpienia w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, należy stwierdzić, że należy go oddalić jako bezzasadny, bez konieczności orzekania w przedmiocie jego dopuszczalności, kwestionowanej przez EU-OSHA. Skarżąca ogranicza się bowiem do powołania się na zastosowanie art. 106 ust. 13 lit. a) dawnego rozporządzenia finansowego, nie wskazując powodów, dla których kara wykluczenia powinna w niniejszym przypadku zostać zastąpiona karą finansową. Ponadto i w każdym razie z analizy zarzutu trzeciego wynika, że nałożona w niniejszej sprawie sankcja wykluczenia jest odpowiednia i w związku z tym nie powinna być zastąpiona karą finansową.

164 Zarzut piąty należy zatem oddalić.

165 W świetle powyższych rozważań należy oddalić niniejszą skargę.

W przedmiocie kosztów

166 Zgodnie z art. 134 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, należy zgodnie z żądaniem EU-OSHA obciążyć ją kosztami postępowania, w tym kosztami postępowania w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych.

Z powyższych względów

SĄD (czwarta izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

1) **Skarga zostaje oddalona.**

2) **VC zostaje obciążona kosztami postępowania, w tym kosztami postępowania w przedmiocie środków tymczasowych.**

Papasavvas da Silva Passos Gervasoni

Półtorak Reine

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 2 października 2024 r.

Podpisy