



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
van 21 juni 2017<sup>1</sup>

**Zaak C-178/16**

**Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A.,  
Guerrato S.p.A.**  
tegen  
**Provincia autonoma di Bolzano,  
Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e  
forniture (ACP),  
Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),  
in tegenwoordigheid van:  
Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.,  
Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A.**

[verzoek van de Consiglio di Stato (raad van state, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten – Verklaring inzake het ontbreken van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling jegens voormalige bestuurders van de inschrijvende vennootschap – Verplichting van de vennootschap om op straffe van uitsluiting aan te tonen dat zij zich volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de gedragingen van de voormalige bestuurder – Beoordeling door de aanbestedende dienst van de eisen betreffende deze verplichting”

1. De Italiaanse wetgeving inzake overheidsopdrachten verbiedt (met inachtneming van de hierna te bespreken nuances) opdrachten te gunnen aan personen die zijn veroordeeld wegens ernstige, jegens de staat „of de Gemeenschap” gepleegde strafbare feiten die in strijd zijn met hun beroepsgedragsregels. Dit verbod geldt ook voor ondernemingen wier bestuurders strafrechtelijk zijn veroordeeld voor dergelijke feiten, tenzij die ondernemingen aantonen dat zij zich volledig en daadwerkelijk hebben gedistantieerd van de strafbare gedraging van hun bestuurders.

2. De Consiglio di Stato (raad van state, Italië) moet beslissen in een hoger beroep tegen een uitspraak die het besluit van een aanbestedende dienst om een inschrijvende onderneming, wier bestuurder was veroordeeld wegens een van die strafbare feiten, uit te sluiten van een aanbesteding bevestigt. Voor de beslechting van dit geschil vraagt hij het Hof, kort gezegd, of de Italiaanse rechtsregel op grond waarvan deze uitsluiting plaatsvond verenigbaar is met richtlijn 2004/18/EG<sup>2</sup>.

3. Deze prejudiciële verwijzing biedt het Hof de gelegenheid verder vorm te geven aan zijn rechtspraak over de bevoegdheid van de lidstaten om de inhoud van de in richtlijn 2004/18 vervatte facultatieve gronden voor uitsluiting van inschrijvers nader te bepalen en aan te passen.

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Spaans.

<sup>2</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114).

## I. Toepasselijke bepalingen

### A. *Unierecht*

#### *Richtlijn 2004/18*

4. Artikel 45 van richtlijn 2004/18 („Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”) bepaalt in de leden 1 en 2:

„1. Van deelneming aan een overheidsopdracht wordt uitgesloten, iedere gegadigde of inschrijver jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft:

- a) deelneming aan een criminele organisatie in de zin van artikel 2, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/773/JBZ van de Raad;
- b) omkoping in de zin van artikel 3 van het besluit van de Raad van 26 mei 1997, respectievelijk artikel 3, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/742/JBZ van de Raad;
- c) fraude in de zin van artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap;
- d) witwassen van geld in de zin van artikel 1 van richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

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

Zij kunnen bepalen dat om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgeweken van de in de eerste alinea bedoelde verplichting.

Met het oog op de toepassing van dit lid verzoeken de aanbestedende diensten de gegadigden of inschrijvers indien nodig om de in lid 3 bedoelde documenten te verstrekken en kunnen zij, indien zij twijfels over de persoonlijke situatie van die gegadigden/inschrijvers hebben, de bevoegde autoriteiten verzoeken om de inlichtingen die zij nodig achten over de persoonlijke situatie van die gegadigden of inschrijvers. Wanneer de inlichtingen betrekking hebben op een gegadigde of inschrijver die in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst gevestigd is, kan de aanbestedende dienst om de medewerking van de bevoegde autoriteiten verzoeken. Naargelang van het nationale recht van de lidstaat waarin de gegadigde of de inschrijver gevestigd is, kunnen deze verzoeken betrekking hebben op rechtspersonen en/of natuurlijke personen, met inbegrip, in voorkomend geval, van de bedrijfsleider of van enig persoon met vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid bij de gegadigde of de inschrijver.

2. Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

[...]

- c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;
- d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;

[...]

- g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

[...]”

5. Artikel 45, lid 3, van die richtlijn luidt:

„Als voldoende bewijs dat de ondernemer niet verkeert in een van de situaties bedoeld [...] in lid 2, onder [...] c), [...] wordt door de aanbestedende diensten aanvaard:

- a) [...] een uittreksel uit zijn strafregister of, bij gebreke daarvan, een gelijkwaardig document, afgegeven door een bevoegde rechterlijke of administratieve instantie van het land van oorsprong of van herkomst, waaruit blijkt dat aan de betrokken eisen is voldaan;

[...]”

## ***B. Italiaans recht***

6. Volgens de verwijzingsbeslissing vermeldt artikel 38, lid 1, onder c), van decreto legislativo nr. 163/2006<sup>3</sup>, in de versie die *ratione temporis* van toepassing was op deze feiten, dat de grond voor uitsluiting [van deelneming aan procedures voor de gunning van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen] wegens een onherroepelijke veroordeling of een bij akkoord tussen de partijen vastgestelde straf ex artikel 444 van de Codice di procedura penale (wetboek van strafvordering) voor de daarin genoemde strafbare feiten<sup>4</sup> ook van toepassing is op personen wier [bestuurs]mandaat is beëindigd in het jaar dat voorafgaat aan de bekendmaking van de aankondiging van de aanbesteding, wanneer de onderneming niet aantoonde dat zij zich volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de strafrechtelijk gesanctioneerde gedraging.

7. Onder f) en h) van artikel 38, lid 1, van decreto legislativo nr. 163/2006 is bepaald dat eveneens van dit soort aanbestedingen worden uitgesloten: (i) personen die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, vastgesteld met elk bewijsmiddel door de aanbestedende dienst, en (ii) personen die een valse verklaring hebben afgelegd of valse documenten hebben ingediend met betrekking tot de criteria en voorwaarden voor deelname aan de openbare aanbestedingsprocedure.

## **II. Feiten van het geding en prejudiciële vraag**

8. Op 27 juli 2013 werd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*<sup>5</sup> de aankondiging bekendgemaakt van een aanbesteding voor de financiering, de uitwerking van het definitieve ontwerp en de uitvoeringsplanning, bouw en beheer van de nieuwe gevangenis van Bolzano. De waarde van de opdracht bedroeg 165 400 000 EUR.

3 Wetsbesluit van 12 april 2006, nr. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen tot omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, GURI nr. 100 van 2 mei 2006; hierna: „CCP”).

4 Strafbare feiten betreffende „deelneming aan een criminele organisatie, omkoping, fraude en witwassen van geld, zoals bedoeld in artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18”.

5 S 145-251280.

9. Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A. (hierna: „Mantovani”) heeft in eigen naam en als deelnemer aan een tijdelijk samenwerkingsverband van bedrijven gereageerd op de oproep en twee verklaringen (van 4 en 16 december 2013) overgelegd inzake het vervullen van de daarin vermelde algemene vereisten.

10. In de eerste verklaring stelde Mantovani dat de heer B., haar voormalige voorzitter van de raad van bestuur, tevens bestuurder en juridisch vertegenwoordiger, zijn functies op 6 maart 2013 had neergelegd en dat haar niets bekend was van een uitspraak in de zin van artikel 38, lid 1, onder c), CCP. In vergelijkbare bewoordingen legde zij haar tweede verklaring af.

11. De aanbestedende dienst heeft Mantovani tijdens zijn vergadering van 9 januari 2014 onder voorbehoud toegelaten voor deelname, in afwachting van door haar te verstrekken nadere toelichtingen, want het was volgens een plaatselijke krant „algemeen bekend” dat B., na ervan te zijn beschuldigd een systeem van valse facturen te hebben opgezet, met de openbaar aanklager een gevangenisstraf van een jaar en tien maanden was overeengekomen.

12. Bij zijn onderzoek naar het vervullen van de voorwaarden heeft de aanbestedende dienst een uittreksel uit het strafregister van B. opgevraagd, waaruit bleek dat hij voor verschillende strafbare feiten was veroordeeld tot een gevangenisstraf van een jaar en tien maanden (vonnis van de Tribunale di Venezia, rechtbank Venetië, van 5 december 2013, in kracht van gewijsde gegaan op 29 maart 2014).

13. Tijdens zijn vergadering van 29 mei 2014 heeft de aanbestedende dienst verklaard het voorbehoud voor de toelating van Mantovani tot de aanbesteding niet op te heffen. Op 3 juni 2014 heeft de aanbestedende dienst haar om opheldering betreffende het voornoemde vonnis verzocht.

14. Mantovani heeft bij schrijven van 10 juni 2014 en 17 oktober 2014 de gevraagde opheldering gegeven en aangevoerd dat:

- het vonnis pas was gepubliceerd en onherroepelijk was geworden nadat zij haar verklaringen betreffende de algemene vereisten had afgelegd;
- zij een reeks handelingen had gesteld waaruit bleek dat de onderneming zich tijdig, daadwerkelijk en volledig had gedistantieerd van de gedragingen van B., zoals diens onmiddellijke ontslag uit al zijn vennootschappelijke functies binnen het Mantovani-concern, de interne herschikking van de bestuursorganen van de vennootschap, de afkoop van de door hem gehouden aandelen en het inleiden van een aansprakelijkheidsvordering tegen B.

15. De aanbestedende dienst heeft de Italiaanse nationale anticorruptie-autoriteit (hierna: „ANAC”) om een advies gevraagd, die dit op 25 februari 2015 heeft afgegeven en in essentie het volgende stelt:

- Wanneer de inschrijver een verklaring overlegt waarin hij, met betrekking tot de uitsluitingsgrond van artikel 38, lid 1, onder c), CCP, verklaart dat op de personen wier mandaat is beëindigd in het jaar voorafgaand aan de bekendmaking van de aankondiging van de aanbesteding geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, en hierbij de formulering „voor zover bekend” gebruikt, en de gegevens van die personen vermeldt, staat het aan de aanbestedende dienst om de passende controles te verrichten.
- In de onderhavige zaak is geen sprake van een valse verklaring aangezien daarvoor een onherroepelijk vonnis is vereist en niet louter een lopende strafprocedure.
- Het stond aan de aanbestedende dienst de praktische doeltreffendheid te beoordelen van de door Mantovani ontplooidde initiatieven om aan te tonen dat de vennootschap zich volledig en daadwerkelijk had gedistantieerd van de strafbare activiteiten van de voormalige bestuurder.

– Die maatregelen zouden in het gedrang kunnen zijn gekomen door het verzuim van Mantovani aangezien zij in de aanbestedingsprocedure geen melding had gemaakt van het vonnis. Uit de rechtspraak volgt dat het niet tijdig aan de aanbestedende dienst melden van een lopende strafprocedure, in strijd met de plicht tot loyale samenwerking, een element vormt waaruit blijkt dat er geen sprake is van distantiëring van de in artikel 38, lid 1, onder c), CCP genoemde personen.

16. De aanbestedende dienst heeft gezien het advies van de ANAC op 27 februari 2015 besloten Mantovani uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure op grond van de late en ontoereikende opgave van de vereiste beoordelingsgegevens om aannemelijk te kunnen maken dat zij zich had gedistantieerd van de veroordeelde bestuurder. De dienst voegde eraan toe dat de veroordeling had plaatsgevonden voordat de verklaringen in de aanbestedingsprocedure werden overgelegd, zodat Mantovani hiervan melding had kunnen maken.

17. Mantovani heeft tegen de uitsluiting beroep ingesteld bij de Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionale bestuursrechter, autonome afdeling Bolzano, Italië), die bij vonnis nr. 270 van 27 augustus 2015 heeft geoordeeld dat dit beroep, voor zover het opkwam tegen het advies van de ANAC (een voorbereidende handeling) en tegen de gunning, die nog niet had plaatsgevonden, niet-ontvankelijk was. Verder heeft de bestuursrechter de grieven ten aanzien van de toegang tot alle documenten van het aanbestedingsdossier verworpen en geoordeeld dat niet was aangetoond dat de vennootschap zich had gedistantieerd van de strafbare gedraging van de voormalige bestuurder.

18. Mantovani heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato op grond van onder meer de onverenigbaarheid van artikel 38 CCP met het Unierecht, en heeft verzocht om een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie.

19. De Consiglio di Stato heeft bij beslissing van 1 december 2015 de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staat de juiste toepassing van artikel 45, leden 2, onder c) en g), en 3, onder a), van [richtlijn 2004/18] en van de Unierechtelijke beginselen van de bescherming van gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid, gelijke behandeling, evenredigheid en transparantie, verbod op verzwaring van de procedure en maximale openstelling voor mededinging van openbare aanbestedingen, alsmede legaliteit en nauwkeurige omschrijving van strafbare handelingen, in de weg aan een nationale regeling als die van artikel 38, lid 1, onder c), van [decreto legislativo nr. 163], zoals gewijzigd, voor zover:

- daarbij de daarin neergelegde verplichting om te verklaren dat er geen definitieve veroordelende vonnissen zijn (met inbegrip van vonnissen waarbij de straf door middel van een akkoord tussen de verdachte en de openbaar aanklager is bepaald) voor de daarin vermelde strafbare feiten, wordt uitgebreid tot personen die binnen de betrokken ondernemingen een mandaat bekleedden dat in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aanbesteding is beëindigd;
- deze regeling bepaalt dat de betrokken onderneming van de aanbesteding wordt uitgesloten wanneer zij niet aantoont dat zij zich volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de strafrechtelijk gesanctioneerde handeling van die personen, en
- de beoordeling of de onderneming zich daarvan heeft gedistantieerd aan de aanbestedende dienst is overgelaten, zodat de aanbestedende dienst op straffe van uitsluiting van de aanbesteding in feite het volgende op kan leggen:
  - (i) informatie- en meldingsplichten betreffende strafzaken waarin nog geen definitief vonnis is uitgesproken (en waarvan de uitkomst dus per definitie onzeker is), die zelfs voor de personen die een mandaat bekleden niet in de wet zijn voorzien;

- (ii) plichten zich spontaan te distantiëren van de betrokken handelingen, ongeacht het type rechtvaardigende handeling, de periode (ook voorafgaand aan het moment waarop het strafvonnis definitief wordt) en de fase van de procedure waarin zij vervuld moeten worden;
- (iii) plichten tot loyale samenwerking van onbepaalde aard, afgezien van een verwijzing naar het algemene beginsel van goede trouw?”

### **III. Procesverloop voor het Hof**

20. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ter griffie van het Hof ingekomen op 24 maart 2016.
21. Mantovani, de provincie Bolzano, de Italiaanse regering en de Europese Commissie hebben binnen de in artikel 23, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie genoemde termijn schriftelijke opmerkingen ingediend.
22. Nadat tot een mondelinge behandeling was besloten werden de partijen opgeroepen om overeenkomstig artikel 61, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, hun pleidooi toe te spitsen op de uitlegging van artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18.
23. Op 5 april 2017 vond de zitting plaats, waar Mantovani, de provincie Bolzano, de Italiaanse regering en de Commissie zijn verschenen.

### **IV. Samenvatting van de opmerkingen van partijen**

24. Mantovani is van mening dat artikel 38, lid 1, onder c), CCP zich niet verdraagt met artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 door de grond voor uitsluiting (wegens een strafrechtelijke veroordeling) uit te breiden naar personen die vennootschappelijk bestuurder zijn geweest tot een jaar voorafgaand aan de bekendmaking van de aankondiging van de aanbesteding, en te eisen dat de vennootschap aantoonbaar daadwerkelijk te hebben gedistantieerd van die personen.
25. Haars inziens oefenen de bestuurders nadat hun mandaat is beëindigd geen invloed meer uit binnen de vennootschap, waardoor de aan haar opgelegde plicht informatie dienaangaande te verstrekken niet alleen overbodig maar ook onevenredig is en een last betekent die in strijd is met het oogmerk van een maximale openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.
26. Zelfs aangenomen dat het Unierecht zich niet verzet tegen een dergelijke uitbreiding, zou de bijkomende verplichting om aan te tonen dat de onderneming zich daadwerkelijk heeft gedistantieerd hiermee in strijd zijn, want het betreft een geheel onduidelijke verplichting waarvan de beoordeling wordt overgelaten aan de aanbestedende dienst. Met name de rechtszekerheid zou in gevaar worden gebracht door het feit dat de rechterlijke uitspraak niet onherroepelijk is en dat niet is bepaald hoe de verklaringen moeten worden afgelegd, op welke periode zij betrekking hebben, noch in welke fase van de procedure zij moeten worden afgelegd, alsook door de omstandigheid dat niet is gespecificeerd waaruit de op de inschrijver rustende verplichtingen tot loyale samenwerking bestaan.
27. De provincie Bolzano acht de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk omdat:
- deze vergelijkbaar is met een reeds door het Hof bij arrest van 10 juli 2014 beantwoorde vraag in de zaak *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), met name in punt 36 van dat arrest, ten aanzien van de bevoegdheid van de lidstaten om de facultatieve uitsluitingsgronden op te nemen in hun nationale recht en de inhoud ervan aan te passen;

– Mantovani niet is afgewezen wegens schending van de informatie- of de meldingsplicht, maar omdat de maatregelen om aan te tonen dat zij zich volledig en daadwerkelijk had gedistantieerd van de strafbare gedragingen van haar voormalig bestuurder te laat waren genomen en ongeschikt waren. Daarmee is het beroep op artikel 45, lid 2, onder g), en lid 3, onder a), van richtlijn 2004/18 zonder voorwerp.

28. Ten gronde is er volgens de provincie Bolzano geen sprake van enige spanning tussen artikel 38, lid 1, onder c), CCP en richtlijn 2004/18. Artikel 45 hiervan geeft de lidstaten de vrijheid om te kiezen welke (van de in lid 2 ervan genoemde) facultatieve uitsluitingsgronden in het nationale recht van toepassing zullen zijn en te bepalen hoe de aanbestedende diensten vervolgens de aan uitsluiting ten grondslag liggende feiten moeten beoordelen. De betwiste nationale rechtsregel is in overeenstemming met dit systeem.

29. De Italiaanse regering merkt op dat de ratio legis van artikel 45 van richtlijn 2004/18 en artikel 38 CCP ligt in het waarborgen van de morele, financiële en professionele betrouwbaarheid van de ondernemingen die met de overheid een overeenkomst wensen te sluiten. De Italiaanse wetgever heeft een minder strikte regeling aangenomen dan die van de richtlijn, door het scala aan strafbare feiten die uitsluiting rechtvaardigen te beperken.

30. De uitsluiting van een onderneming op grond van de gedragingen van haar bestuurders wordt volgens de Italiaanse regering juist gerechtvaardigd door diezelfde ratio legis: zonder die waarborg zou de opdrachtnemer gemakkelijk kunnen ontkomen aan de controle op zijn betrouwbaarheid. Bovendien heeft de inschrijvende onderneming de mogelijkheid ten overstaan van de aanbestedende dienst aan te tonen dat zij zich volledig heeft gedistantieerd van de strafbare handelingen van haar bestuurders.

31. De Commissie merkt op dat zelfs wanneer de verwijzende rechter verzoekt om uitlegging van artikel 45, lid 2, onder c) en g), en lid 3, onder a), van richtlijn 2004/18, voor een nuttig antwoord ook moet worden gekeken naar lid 2, onder d), van dat artikel, betreffende het begaan van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening.

32. Hoewel de verwijzingsbeslissing de nadruk legt op het feit dat het vonnis nog niet in kracht van gewijsde was gegaan toen Mantovani haar verklaringen aflegde, kunnen de activiteiten van haar bestuurder (het opmaken van valse facturen voor een bedrag van meer dan negen miljoen EUR en samenspanning) worden aangemerkt als ernstige fouten bij de beroepsuitoefening. En ook al was het mandaat van die bestuurder op het tijdstip van de aanbesteding al beëindigd, artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18 ziet ook op het eerdere gedrag van een ondernemer en omvat ieder strafbaar handelen dat gevolgen heeft voor diens professionele geloofwaardigheid.<sup>6</sup> De handelwijze van kort geleden afgetreden bestuurders kan dan ook gevolgen hebben voor de beoordeling van die geloofwaardigheid door de aanbestedende dienst.

33. De Commissie acht het irrelevant dat de veroordeling van de bestuurder geen kracht van gewijsde had op het tijdstip waarop de verklaringen werden bijgevoegd. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, onder d) en g), van richtlijn 2004/18 niet vereisen dat de ondernemer bij definitief vonnis is veroordeeld.<sup>7</sup> Zowel volgens het Unierecht als naar nationaal recht kan een ernstige fout bij de beroepsuitoefening met elk middel worden aangetoond, zodat het loutere bestaan van een strafrechtelijke procedure voldoende zou kunnen zijn.

34. De Commissie voegt hieraan toe dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling of sprake was van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening, rekening had moeten houden met de maatregelen die de onderneming had genomen om zich te distantiëren van de strafbare handelwijze van haar bestuurder.

<sup>6</sup> In dit verband wordt verwezen naar het arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punt 27).

<sup>7</sup> Arrest van 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, punt 28).

35. Dat Mantovani geen gewag had gemaakt van de strafrechtelijke procedure waarin haar bestuurder was verwickeld zou ook de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18 kunnen vormen. De verplichting van de inschrijver om melding te doen van het bestaan van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening staat los van de controle- en verificatiebevoegdheden die artikel 45, lid 3, en artikel 51 van richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst toekennen, want deze zijn beperkt tot een louter formele verificatie of tot de bevestiging van reeds bekende resultaten.

36. Ten slotte stelt de Commissie dat de toepassing van de uitsluitingsgronden in casu niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

## V. Beoordeling

### A. Inleidende opmerking

37. De door de Consiglio di Stato aan het Hof voorgelegde vragen gaan in beginsel over de verenigbaarheid van een bepaling van Italiaans recht [artikel 38, lid 1, onder c), CCP] met richtlijn 2004/18. Zowel tijdens het debat voor dat gerecht als in de opmerkingen van een van de partijen in de loop van de prejudiciële procedure heeft het geschil zich echter uitgebreid naar de wijze waarop de nationale bepaling moet worden uitgelegd (en toegepast), een discussie waarin het Hof niet bevoegd is zich te mengen.

38. Het antwoord van het Hof kan zich slechts beperken tot de uitlegging van richtlijn 2004/18, teneinde de verwijzende rechter opheldering te geven over de vraag of de nationale bepaling, zoals hij deze voorlegt, in strijd is met het Unierecht. Indien de verenigbaarheid ervan wordt vastgesteld, staat het aan de nationale rechter om aan te geven hoe de verschillende leden van artikel 38 CCP moeten worden uitgelegd en toegepast.

39. Zoals ik hierna zal bespreken geniet de Italiaanse wetgever een ruime beoordelingsbevoegdheid om de in richtlijn 2004/18 genoemde facultatieve gronden voor uitsluiting van inschrijvers over te nemen en de inhoud ervan te preciseren. Voor zover deze niet in strijd is met die richtlijn, staat het aan de lidstaten om, overeenkomstig hun eigen wetgevingsbeleid, de inhoud van de betreffende nationale regelgeving vast te stellen.

40. Dat het Hof enkele prejudiciële vragen betreffende de facultatieve uitsluitingsgronden reeds heeft beantwoord is niet voldoende reden om de vraag van de verwijzende rechter – zoals de provincie Bolzano suggereert – niet-ontvankelijk te verklaren, want deze vraag heeft bestanddelen die haar onderscheiden van eerder voorgelegde vragen.<sup>8</sup>

### B. Formulering van de prejudiciële vraag

41. Uit de uiteenzetting van de Consiglio di Stato volgt dat Mantovani werd uitgesloten van de aanbestedingsprocedure op grond van haar late en ontoereikende opgave van de vereiste beoordelingsgegevens om aannemelijk te kunnen maken dat zij zich had gedistantieerd van de gedragingen van haar bestuurder, die was veroordeeld voordat zij haar verklaringen indiende bij de aanbestedende dienst.

<sup>8</sup> Aan ontvankelijkverklaring van de prejudiciële verwijzing staat evenmin in de weg dat, zoals de provincie Bolzano heeft opgemerkt tijdens de mondelinge behandeling en tevens is benadrukt in het advies van de ANAC van 25 februari 2015, de Consiglio di Stato reeds een arrest had gewezen in een vergelijkbaar geval waarin hij de uitsluiting van Mantovani van een andere overheidsopdracht op vergelijkbare gronden bevestigde. In dat arrest (nr. 6284), op 22 december 2014 uitgesproken door de Consiglio di Stato in een andere rechtsprekende formatie (Vierde afdeling) dan die welke de prejudiciële vraag heeft gesteld (Zesde afdeling), is geoordeeld dat het wettig was Mantovani uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure omdat zij, door haar verzuim melding te maken van de jegens haar bestuurders uitgesproken veroordelingen, niet had aangetoond zich daadwerkelijk te hebben gedistantieerd van hun strafrechtelijke gedrag.



42. De beschrijving van de feiten maakt het mogelijk de eventuele gevolgen van de eerste van de drie betrokken Unierechtelijke bepalingen [artikel 45, lid 2, onder c), van richtlijn 2004/18] voor de prejudiciële verwijzing bij voorbaat al te beperken.

43. Deze bepaling ziet op de ondernemer „jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde [...] is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels”. Het besluit van de aanbestedende dienst lijkt op het eerste gezicht niet te berusten op deze premisse, wellicht omdat het vonnis waarbij de bestuurder werd veroordeeld in kracht van gewijsde ging op 29 maart 2014, nadat Mantovani haar verklaringen betreffende de in de aankondiging van de aanbesteding vermelde algemene vereisten had afgelegd (op 4 en 16 december 2013).

44. Inderdaad blijkt uit de lezing van de gronden voor zijn besluit tot uitsluiting dat de aanbestedende dienst zich niet rechtstreeks baseerde op de strafrechtelijke veroordeling van B., maar op de late en ontoereikende opgave (door Mantovani) van de vereiste beoordelingsgegevens om aan te tonen dat de onderneming zich had gedistantieerd van de strafbare gedragingen van haar bestuurder. Doorslaggevend was dus dat de inschrijver niet tijdig melding had gemaakt van het bestaan van de strafrechtelijke veroordeling van B., blijkens de nationale rechtspraak een gegeven om aan te tonen dat de onderneming zich heeft gedistantieerd van haar bestuurder.

45. Uit deze omstandigheid zou volgens de Commissie kunnen worden afgeleid dat de daadwerkelijk toegepaste uitsluitingsgrond niet valt onder c) van het tweede lid van artikel 45 van richtlijn 2004/18, hoewel hij hiermee wel samenhangt. Men kan van mening zijn dat de handelwijze van Mantovani onder d) van hetzelfde lid zou kunnen vallen, namelijk onder het begaan van „[...] een ernstige fout [...] [in de uitoefening van zijn beroep], vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken”.

46. Weliswaar heeft het Italiaanse recht de uitsluitingsgrond wegens „een ernstige fout” opgenomen in artikel 38, lid 1, onder f), CCP, over deze grond gaat de vraag van de Consiglio di Stato echter niet. Desalniettemin staat niets eraan in de weg dat in het antwoord op de prejudiciële vraag ook de bespreking hiervan aan de orde komt.<sup>9</sup>

47. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, „[staat] het feit dat de verwijzende rechter bij de formulering van een prejudiciële vraag slechts heeft verwezen naar bepaalde voorschriften van het Unierecht, er niet aan in de weg [...] dat het Hof deze rechter alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of deze al dan niet in zijn vragen worden genoemd. Het staat in dit verband aan het Hof om uit alle door de nationale rechter verschaft gegevens, met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van het Unierecht te putten die, gelet op het voorwerp van het geschil, uitlegging behoeven.”<sup>10</sup>

48. In diezelfde lijn, en in het specifieke kader van richtlijn 2004/18, heeft het Hof het in het arrest *Croce Amica One Italia*<sup>11</sup> passend geacht de verwijzende rechter erop te wijzen dat, ook al bracht die rechter „de gedragingen van de wettelijk vertegenwoordiger van [...] kennelijk uitsluitend in verband [...] met de uitsluitingsgronden van strafrechtelijke aard, die een veroordeling bij een definitief geworden vonnis vereisen, [...] de aanbestedende diensten op basis van de uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, onder d) en g), van deze richtlijn ook iedere ondernemer kunnen uitsluiten die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, [...] zonder dat is vereist dat jegens hem een veroordeling bij een onherroepelijk vonnis is uitgesproken”.

<sup>9</sup> Blijkens de opmerkingen tijdens de mondelinge behandeling bestaan er in het nationale recht voor de verwijzende rechter geen procedurele belemmeringen om dit onderdeel van het antwoord op de prejudiciële vraag in overweging te nemen teneinde te kunnen beslissen op het hoger beroep.

<sup>10</sup> Arrest van 22 oktober 2015, *Impresa Edilux en SICEF* (C-425/14, EU:C:2015:721, punt 20) en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>11</sup> Arrest van 11 december 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435, punt 28).

49. Het zou dan ook nuttig zijn als het antwoord van het Hof niet alleen ziet op de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, onder c) en g), van richtlijn 2004/18 (waarover de prejudiciële vraag is gesteld), maar ook op de onder d) vermelde grond. Duidelijk zou immers moeten worden of een nationale rechtsregel als hier aan de orde in strijd is met deze bepalingen van richtlijn 2004/18.

50. Ik benadruk nogmaals dat, in geval van een bevestigend antwoord op de vraag over de verenigbaarheid van de Italiaanse wet met richtlijn 2004/18, het aan de nationale rechter staat te beslissen of de aanbestedende dienst, gelet op de omstandigheden van de zaak, Mantovani rechtsgeldig kon uitsluiten van de opdracht omdat zij hem niet op de hoogte had gebracht van de strafrechtelijke veroordeling van een voormalige bestuurder, wiens mandaat minder dan een jaar voor de bekendmaking van de aankondiging van de aanbesteding was beëindigd.

### ***C. Facultatieve uitsluitingsgronden***

51. Ten aanzien van de marge die de aanbestedende diensten genieten in verband met de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18, heb ik in mijn conclusie in de zaak *Connexion Taxi Services*<sup>12</sup> herinnerd aan hetgeen het Hof reeds had benadrukt in het arrest *La Cascina e.a.*<sup>13</sup>, onder vigeur van richtlijn 92/50/EEG<sup>14</sup> (waarvan artikel 29 gelijklopend was aan artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18), namelijk dat de toepassing van de gevallen van facultatieve uitsluiting aan de beoordeling van de lidstaten wordt overgelaten, zoals blijkt uit de uitdrukking „[v]an deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten” in de aanhef van artikel 29. De lidstaten mogen geen andere uitsluitingsgronden vaststellen dan de hierin genoemde, maar artikel 29 van richtlijn 92/50 voorziet niet in een uniforme toepassing van die uitsluitingsgronden.

52. Het Hof heeft, toen richtlijn 2004/18 reeds in werking was getreden, die lijn aangehouden in het arrest *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*<sup>15</sup>, waarvan punt 35 de overwegingen van het arrest *La Cascina e.a.*<sup>16</sup> overneemt. Het wijst er weer op dat de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden bepalen voor de toepassing van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18. Het Hof bevestigt dus opnieuw de bevoegdheid van de lidstaten om de uitsluitingsgronden over te nemen en desgewenst te versoepelen, en herhaalt dit in het arrest van 14 december 2016, *Connexion Taxi Services*<sup>17</sup>.

53. Zoals ik ook heb benadrukt in die conclusie<sup>18</sup>, blijkt uit het arrest *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*<sup>19</sup> dat de uitoefening van deze bevoegdheid door de staten echter niet onvoorwaardelijk is. Enerzijds hecht de Unie veel belang aan de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, en tracht zij daarom de weg vrij te maken voor een zo groot mogelijke liberalisering van aanbestedingsprocedures, een doelstelling waarvoor de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden een barrière kan vormen. Anderzijds kunnen uitsluitingsgronden gerechtvaardigd zijn door doelstellingen van algemeen belang, zoals de waarborgen van betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, professionele integriteit en degelijkheid van de inschrijver. Bij de afweging van deze tegengestelde belangen hanteert het Hof het evenredigheidsbeginsel.

12 Zaak C-171/15, EU:C:2016:506, punten 41 e.v.

13 Arrest van 9 februari 2006 (C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94, punten 21 en 23).

14 Richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB 1992, L 209, blz. 1).

15 Arrest van 10 juli 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063).

16 Arrest van 9 februari 2006 (C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94).

17 C-171/15, EU:C:2016:948, punt 29.

18 Zaak *Connexion Taxi Services* (C-171/15, EU:C:2016:506, punt 44).

19 Arrest van 10 juli 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063, punten 29, 31 en 32).

***D. Gevolgen voor de inschrijvende onderneming van strafbare feiten van haar bestuurders [artikel 45, lid 2, onder c), van richtlijn 2004/18]***

54. Bepalend voor de (on)betrouwbaarheid van de inschrijvende onderneming in deze zaak is de strafbare gedraging van een voormalige bestuurder toen deze was belast met de leiding. Kan dat strafbare feit gevolgen hebben voor de door de bestuurder geleide vennootschap? Het bevestigende antwoord wordt door het Unierecht zelf gegeven, op basis van de premisse dat rechtspersonen slechts handelen via hun bestuurders. Het is dan ook logisch dat het gebrek aan geloofwaardigheid van de onderneming wordt beoordeeld vanuit het perspectief van de strafbare gedragingen van degenen die zijn belast met de leiding ervan.

55. Op grond van artikel 45, lid 1, in fine, van richtlijn 2004/18 kunnen verzoeken om inlichtingen betreffende de (noodzakelijke, niet facultatieve) uitsluitingsgrond wegens bepaalde ernstige strafbare feiten betrekking hebben op „rechtspersonen en/of natuurlijke personen, met inbegrip, in voorkomend geval, van de bedrijfsleider of van enig persoon met vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid bij de gegadigde of de inschrijver”.

56. Uit dit artikel blijkt dat bepaalde strafbare handelingen van degenen die een rechtspersoon leiden relevant zijn om die rechtspersoon verplicht uit te sluiten van deelname aan een overheidsopdracht. Mijns inziens is er geen bezwaar tegen om, vanuit het oogpunt van Unierecht, dit beginsel (nu facultatief) ook toe te passen op een ander type strafbare feiten, waaronder onrechtmatige gedragingen van de bestuurders van de rechtspersonen, voor zover de gevolgen hiervan de professionele integriteit van deze laatste in het gedrang brengen.

57. Weliswaar bevat artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18, in tegenstelling tot lid 1, geen uitdrukkelijke bepaling in die zin, maar de afwezigheid daarvan lijkt mij niet doorslaggevend om te beletten dat de nationale wet het bestaan van een van de facultatieve gronden voor uitsluiting van rechtspersonen verbindt aan de onrechtmatige gedraging van hun bestuurders.

58. Zoals ik reeds heb opgemerkt kent artikel 45, lid 2, laatste alinea, van richtlijn 2004/18 de lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid toe om de „voorwaarden voor toepassing” van de facultatieve uitsluitingsgronden te bepalen. Gebruikmakend van die vrijheid kunnen de nationale wetgevers in rechtsregels waarin zij bepaalde gronden nader vormgeven (bijvoorbeeld gronden betreffende de integriteit van de inschrijvende onderneming) als relevante factor de gedragingen van vennootschappelijke bestuurders die in strijd zijn met hun beroepseer opnemen.

59. Op grond van de vrijheid die de lidstaten genieten staat dus niets eraan in de weg dat de nationale wet voor de beoordeling van de facultatieve uitsluitingsgronden rekening houdt met het feit dat de onderneming zich niet heeft gedistantieerd van de strafbare gedragingen van haar bestuurder wanneer deze „in strijd zijn met haar beroepsgedragsregels”. Het staat ook aan de nationale wetgever en, in voorkomend geval, de rechter die uitspraak moet doen in het geschil, om te beoordelen welke relevante aanwijzingen of factoren kunnen worden gebruikt om te bepalen of die distantieering al dan niet heeft plaatsgevonden.

60. Dit zijn onder meer de factoren die de verwijzende rechter heeft vastgesteld, te weten de plicht tot spontane distantieering, de mate waarin sprake is van „rechtvaardigende handelingen”, de periode en de fase van de procedure waarin die distantieering moet plaatsvinden. Nogmaals, het staat aan de nationale rechter om de strekking van deze elementen af te bakenen, die in wezen enkel door de nationale wetgever ingevoerde „preciserings” zijn om de contouren van de facultatieve uitsluitingsgrond en van de bewijzen ter verificatie hiervan te bepalen.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Ik behandel het bewijsmateriaal, in verband met artikel 45, lid 3, van richtlijn 2004/18, bij het bespreken van de uitsluitingsgrond wegens beroepsmatige fouten in de punten 75 e.v. van deze conclusie.

61. De Consiglio di Stato merkt bij de formulering van zijn vraag op dat artikel 38, lid 1, onder c), CCP enerzijds de informatieplicht inzake veroordelende vonnissen „uitbreidt”, door deze ook te laten gelden voor gevallen waarin personen met een kaderfunctie binnen de inschrijvende onderneming zijn veroordeeld, en anderzijds bepaalt dat de betrokken onderneming van de aanbesteding wordt uitgesloten wanneer zij niet aantoont dat zij zich heeft gedistantieerd van de strafbare gedragingen van die personen.

62. Op grond van bovenstaande argumenten ben ik van mening dat er in richtlijn 2004/18 voor de nationale wetgever geen belemmeringen zijn om deze facultatieve uitsluitingsgrond nader te omschrijven, zoals hij in de CCP heeft gedaan. Ik zie niet in hoe dat zou kunnen afdoen aan de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten. Het betreft bovendien een uitsluitingsgrond die ertoe strekt het aan de vereisten van betrouwbaarheid, zorgvuldigheid en professionele integriteit van de inschrijvers ten grondslag liggende algemene belang te beschermen.

63. In diezelfde lijn ben ik van mening dat het (vrij generieke en niet al te beargumenteerde) beroep van de verwijzende rechter op de „Unierechtelijke beginselen van de bescherming van gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid, gelijke behandeling, evenredigheid en transparantie, verbod op verzwaring van de procedure en maximale openstelling voor mededinging van openbare aanbestedingen” niets significant toevoegt aan het debat.

64. Het feit dat artikel 45, lid 2, onder c), van richtlijn 2004/18 niet uitdrukkelijk verwijst naar de plicht van de onderneming zich te distantiëren van de strafbare feiten van haar bestuurders betekent dus niet dat de nationale wetgever dit aspect niet kan opnemen in het desbetreffende artikel van de CCP. Zoals ik reeds heb opgemerkt staat het aan de lidstaten de „voorwaarden voor de toepassing” van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 in hun nationale recht te bepalen.

65. Een bepaling als artikel 38, lid 1, onder c), CCP, op grond waarvan ondernemingen die niet aantonen zich volledig en daadwerkelijk te hebben gedistantieerd van bepaalde eerder door hun bestuurders gepleegde strafbare feiten<sup>21</sup> kunnen worden uitgesloten van deelneming aan een opdracht, is dan ook verenigbaar met het Unierecht.

***E. Uitsluiting van een ondernemer die aan de aanbestedende dienst niet de vereiste inlichtingen heeft verstrekt [artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18]***

66. De verwijzende rechter onderstreept de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst, op grond waarvan deze (aan de inschrijvende ondernemingen) in feite een niet in de wet voorziene informatieplicht kan opleggen. De aanbestedende dienst had bovendien „een plicht tot loyale samenwerking van onbepaalde aard, afgezien van een verwijzing naar het algemene beginsel van goede trouw” in het leven geroepen.

67. Voor zover de Consiglio di Stato met deze observaties vraagtekens zet bij het handelen van een door hem te toetsen overheidsorgaan, staat het aan die hoogste rechter in zijn eigen rechtsorde zijn conclusies te trekken.<sup>22</sup> Het antwoord op de prejudiciële vraag mag de eigen bevoegdheidssfeer van de nationale rechters niet doorkruisen.

<sup>21</sup> Zie de opsomming in voetnoot 4. Al deze strafbare feiten zijn in strijd met de beroepsgedragsregels van de plegers.

<sup>22</sup> Ter terechtzitting beriepen enkele partijen zich op artikel 38, lid 2, en artikel 46 CCP als uitdrukking van de plicht van de inschrijvers om in hun verklaringen aan de aanbestedende dienst opgave te doen van de vonnissen waarbij zij waren veroordeeld. De Consiglio di Stato verwees bij arrest van 22 december 2014, aangehaald in voetnoot 8, naar diezelfde bepalingen.

68. Ik moet er verder op wijzen dat de prejudiciële vraag is gesteld teneinde de onverenigbaarheid van een nationale wet met richtlijn 2004/18 vast te stellen. Vanuit dat oogpunt gezien zou het antwoord aandacht moeten schenken aan de tekst van artikel 38, lid 1, onder h), CCP, ditmaal gelezen in samenhang met artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18.

69. Evenwel was de uitsluiting niet gebaseerd op deze grond, maar op het feit dat het zwijgen van de inschrijver erop wees dat hij zich niet had gedistantieerd van de strafbare gedraging van de bestuurder (zoals blijkt uit de opmerkingen van de provincie Bolzano). Het lijkt mij dan ook niet strikt noodzakelijk artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18 uit te leggen wanneer de nationale rechtsregel waarmee die specifieke bepaling van die richtlijn is omgezet niet de regel is die in casu is toegepast.

70. Desalniettemin kan de nationale rechtsregel op dit punt niet worden beticht van onverenigbaarheid, want de strekking ervan komt in wezen overeen met de Unierechtelijke bepaling die erdoor is omgezet. Beide bepalingen eisen van de inschrijvers dat de inlichtingen die zij aan de aanbestedende dienst verstrekken geen onjuistheden bevatten. Artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18 voegt hieraan toe dat ondernemers niet alleen kunnen worden uitgesloten wanneer zij valse verklaringen overleggen, maar ook wanneer zij de vereiste inlichtingen betreffende de „kwalitatieve selectiecriteria” (titel II, hoofdstuk VII, afdeling II, van de richtlijn) niet verstrekken.

71. Het voor de aanbestedende dienst achterhouden van informatie over strafrechtelijke handelingen van de voormalige bestuurder zou bovendien – zoals ik nu uiteen zal zetten – voor de nationale rechter een gegeven kunnen zijn om te beoordelen of er sprake was van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening.

***F. Uitsluiting van een ondernemer die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan [artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18]***

72. Ofschoon de vraag van de Consiglio di Stato eigenlijk niet over deze uitsluitingsgrond gaat, staat niets het Hof eraan in de weg zijn overwegingen dienaangaande uiteen te zetten, zoals ik hiervoor heb opgemerkt. Op verzoek van het Hof waren de argumenten van de partijen ter terechtzitting juist op deze kwestie toegespit.

73. De „fout bij de beroepsuitoefening” waarnaar artikel 45, lid 2, onder d) van richtlijn 2004/18 verwijst, omvat elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de ondernemer.<sup>23</sup> Het begrip „ernstige fout” wijst op gedrag dat blijkt geeft van opzet of nalatigheid van een bepaalde entiteit.<sup>24</sup> Een veroordelend vonnis, ook al is het nog niet in kracht van gewijsde gegaan<sup>25</sup>, is een geschikte indicator voor de beoordeling van strafrechtelijk relevante feiten in het licht van de ernstige fout bij de beroepsuitoefening.<sup>26</sup> Het vonnis zelf is een legitiem middel om objectief vast te stellen op welke wijze de inschrijvende onderneming is bestuurd.

23 Volgens Mantovani zijn in het nationale recht de enige ernstige fouten die kunnen voldoen aan de voorwaarden van artikel 38, lid 1, onder f), CCP, de fouten die zijn opgetreden in de context van haar eerdere contacten met aanbestedende diensten (hoewel zij erkent dat deze kunnen worden uitgebreid naar andere terreinen, zoals dat van de overtredingen op het gebied van mededinging). Al zou dat het geval zijn (en die stelling is verworpen door de provincie Bolzano), dan nog zou deze omstandigheid geen gevolgen hebben voor het antwoord op de prejudiciële vraag, dat zich beperkt tot de uitlegging van artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18, op grond waarvan het duidelijk is dat van die vermeende restrictie geen sprake is. Bovendien zij erop gewezen dat de Consiglio di Stato herhaaldelijk heeft gesteld dat in de formulering van artikel 38, lid 1, onder f), CCP „de communautaire tekst is overgenomen waardoor alle beroepsmatig gemaakte fouten relevant zijn geworden” (arrest van de Vijfde afdeling van 20 november 2015, nr. 5299, gewezen in het hoger beroep nr. 7974 van 2012).

24 Arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punten 27, 30 en 31).

25 In punt 28 van het arrest van 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), heeft het Hof erop gewezen dat, met betrekking tot de ernstige fout bij de beroepsuitoefening, niet is vereist dat jegens de ondernemer een veroordeling bij een onherroepelijk vonnis is uitgesproken.

26 Arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punt 28).

74. Op basis van deze uitgangspunten, en gelet op de aard van de strafbare feiten waarvoor de bestuurder werd veroordeeld, die zonder enige twijfel blijken te geven van een gebrek aan ondernemersintegriteit bij de uitoefening van zijn beroep, zou het feit dat Mantovani zich niet had gedistantieerd van die gedragingen op goede gronden onder deze uitsluitingsgrond kunnen vallen.

75. In dit kader moet onderscheid worden gemaakt tussen het materiële vlak en de bewijslevering. Met betrekking tot de bewijslevering geeft artikel 45, lid 3, van richtlijn 2004/18 inzicht in de logica en systematiek van de informatiedragers die de aanbestedende dienst kan gebruiken om de betrouwbaarheid van de inschrijver te beoordelen.

76. De genoemde bepaling verlangt van de aanbestedende diensten dat zij in de scenario's van artikel 45, lid 1, en lid 2, onder a), b), c), e) en f), als bewijs de opgesomde middelen aanvaarden. Het zijn situaties waarin een (relatief gemakkelijke) mogelijkheid bestaat om via registers of door de openbare instanties afgegeven getuigschriften een officieel bewijs van goed gedrag te verkrijgen.

77. Voor de overige situaties [beschreven onder d) en g) van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18] bestaat een dergelijk schriftelijk bewijsstuk echter niet. Dat is logisch, want ten aanzien van die uitsluitingsgronden (de ernstige fout bij de beroepsuitoefening en de valse verklaringen of het niet verstrekken van de vereiste inlichtingen) zijn de bewijsmogelijkheden moeilijker in te vullen. Het is niet vanzelfsprekend in de verschillende lidstaten te komen tot een homogeen niveau dat het mogelijk maakt de instrumenten of mechanismen voor de officiële vastlegging van deze omstandigheden op gelijkvormige wijze vast te stellen.

78. In geval van facultatieve uitsluitingsgronden ten aanzien waarvan niet is voorzien in een officieel bewijs, zoals bij de ernstige fout bij de beroepsuitoefening, is de aanbestedende dienst in zijn speelruimte niet beperkt door gebondenheid aan een bepaald document of getuigschrift. Een dergelijke fout kan door de aanbestedende dienst op alle mogelijke manieren worden vastgesteld aan de hand van zijn kennis van de relevante feiten.

79. Wat betreft het bewijs herinner ik eraan dat het – met bewijs gestaafde – bestaan van het vonnis (met een akkoord tussen verdachte en openbaar aanklager) tegen de bestuurder van Mantovani wegens het tijdens zijn bestuursmandaat plegen van strafbare feiten in strijd met de beroepsgedragsregels, door niemand ter discussie is gesteld.

80. Uitgaande van dit onweerlegbare gegeven staat het aan de nationale rechters bij wie Mantovani haar vordering heeft ingesteld, te bepalen of de inschrijvende vennootschap zich al dan niet daadwerkelijk en volledig had gedistantieerd van de strafbare gedraging van haar bestuurder. Op dit punt verplaatst het debat zich van het louter procedurele naar het door mij als materiaal aangeduide vlak.

81. Hier moet de handelwijze van Mantovani niet alleen worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de kwalificatie van het feit, maar ook vanuit het perspectief van de evenredigheid van de reactie van de aanbestedende dienst. Een element dat hiervoor relevant zou kunnen zijn is de afstand in de tijd tussen de strafbare gedraging, de handelwijze van de onderneming en de datum van de oproep tot de aanbesteding.

82. De in de CCP voorziene termijn (het jaar voorafgaand aan de datum van de oproep) lijkt mij redelijk om ten aanzien van de handelingen die onmiddellijk voorafgingen aan de aanbestedingsprocedure te kijken naar het verband tussen de gedragingen van de bestuurder en de onderneming. Bovendien leidt die termijn niet tot een onweerlegbaar vermoeden dat de vennootschap de activiteiten van de bestuurder oogluikend heeft toegestaan, want zij wordt in de gelegenheid gesteld om aan te tonen dat zij zich daadwerkelijk en volledig van hem heeft gedistantieerd.

83. Ten slotte hoeven de beoordelingsbevoegdheden die de nationale bepaling de aanbestedende dienst toekent mijns inziens niet onvermijdelijk te leiden tot een onevenredig resultaat. Integendeel, ik ben van mening dat artikel 38, lid 1, onder c), CCP de noodzakelijke balans in het oog houdt tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel, namelijk het buiten de selectieprocedures houden van inschrijvende ondernemingen die onbetrouwbaar zijn, juist omdat zij zich niet hebben gedistantieerd van de eerdere strafrechtelijke gedragingen van hun bestuurders binnen een bepaald tijdvak.

84. De uitsluiting van een inschrijver gebeurt ten slotte niet automatisch<sup>27</sup> maar is het resultaat van een zorgvuldige beoordeling per geval, uit te voeren door de aanbestedende dienst. Ook wordt de inschrijver niet in een moeilijke situatie betreffende de bescherming van zijn rechtspositie gebracht, want de mogelijkheid van effectief rechterlijk toezicht op de uitoefening door de overheid van haar bevoegdheid om te beoordelen of de inschrijver zijn beroepsmatige verplichtingen naleeft, blijft onverlet.

85. Ik kan dan ook geen basis vinden voor enige onverenigbaarheid van de nationale regelgeving, waarover de verwijzende rechter zijn vraag heeft geformuleerd, met het Unierecht.

## VI. Conclusie

86. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Consiglio di Stato (raad van state, Italië) als volgt te beantwoorden:

„Artikel 45, lid 2, onder c), d) en g), en lid 3 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten verzet zich niet tegen een regel van nationaal recht die de aanbestedende dienst toestaat:

- een aan de bestuurder van een inschrijvende onderneming opgelegde strafrechtelijke veroordeling wegens een met zijn beroepsgedragsregels strijdig strafbaar feit in aanmerking te nemen wanneer zijn mandaat minder dan een jaar voor de bekendmaking van de aankondiging van de aanbesteding is beëindigd, ook indien de veroordeling op dat tijdstip niet onherroepelijk was;
- die inschrijvende onderneming van deelneming aan de opdracht uit te sluiten omdat zij zich niet volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de desbetreffende gedragingen van de strafrechtelijk veroordeelde bestuurder.”

<sup>27</sup> Uit het arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punt 31), volgt dat het automatisme (bij de uitsluiting van de inschrijver die zich aan ernstige fouten schuldig heeft gemaakt) de bij artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 aan de lidstaten toegekende beoordelingsmarge kan overschrijden.