



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

20 december 2017*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 45, leden 2 en 3 – Voorwaarden voor uitsluiting van deelneming aan de overheidsopdracht – Verklaring inzake het ontbreken van onherroepelijke vonnissen houdende veroordeling van de voormalige bestuurders van de inschrijvende vennootschap – Strafbbaar gedrag van een voormalige bestuurder – Strafrechtelijke veroordeling – Volledige en daadwerkelijke distantieering tussen de inschrijvende onderneming en die bestuurder – Bewijs – Beoordeling door de aanbestedende dienst van de eisen betreffende die verplichting”

In zaak C-178/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (raad van state, Italië) bij beslissing van 1 december 2015, ingekomen bij het Hof op 24 maart 2016, in de procedure

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,

Guerrato SpA

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 SpA,

Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, C. Vajda, E. Juhász (rapporteur), K. Jürimäe en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Procestaal: Italiaans.

griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 april 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA en Guerrato SpA, vertegenwoordigd door A. Sandulli en L. Antonini, avvocati,
- de Provincia autonoma di Bolzano en de Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP), vertegenwoordigd door C. Guccione, avvocato, R. von Guggenberg, Rechtsanwältin, L. Fadanelli, A. Roilo en S. Bikircher, avvocati,
- Società Italiana per Condotte d'acqua SpA, vertegenwoordigd door A. Guarino en C. Martelli, avvocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Pluchino en P. Grasso, avvocati dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara en A. Tokár als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 juni 2017,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c) en g), en lid 3, onder a), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), en van bepaalde algemene beginselen van Unierecht.
- 2 Dat verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (hierna: „Mantovani”) en Guerrato SpA, de eerste handelend in eigen naam en als leidende gevolmachtigde van het met Guerrato op te richten tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen enerzijds, en de Provincia autonoma di Bolzano (autonome provincie Bolzano, Italië), (hierna: „provincie Bolzano”), de Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) [Agentschap voor de procedures en het toezicht voor overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen (ACP)] en de Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) [nationale anticorruptie-autoriteit (hierna: „ANAC”)] anderzijds, betreffende de uitsluiting van Mantovani van de aanbestedingsprocedure voor de plaatsing van een opdracht voor werken voor de financiering, de uitwerking van het definitieve ontwerp en de uitvoering, de bouw en het beheer van de nieuwe penitentiaire inrichting te Bolzano.

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

- 3 Overweging 2 van richtlijn 2004/18 luidt:

„Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. [...]”

- 4 Artikel 45 van richtlijn 2004/18, „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”, preciseert:

„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:

[...]

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 is gevestigd, 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.

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

3. Als voldoende bewijs dat de ondernemer niet verkeert in een van de situaties bedoeld in lid 1 en in lid 2, onder a), b), c), e) en f) wordt door de aanbestedende diensten aanvaard:

- a) voor lid 1 en lid 2, onder a), b), en c), 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;

[...]"

Italiaans recht

- 5 Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsbesluit 163/2006 tot invoering van een wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG) van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006), zoals gewijzigd bij besluitwet nr. 70 van 13 mei 2011 (GURI nr. 110 van 13 mei 2011, blz. 1), in wet omgezet bij wet nr. 106 van 12 juli 2011 (GURI nr. 160 van 12 juli 2011, blz. 1) (hierna: wetsbesluit 163/2006), bevat de voorschriften die in Italië gelden voor de procedures voor overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen.
- 6 Wetsbesluit 163/2006 bevat in deel II artikel 38, dat de algemene voorwaarden voor deelname aan procedures voor het plaatsen van concessies en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten vaststelt. Artikel 38, lid 1, onder c), van dat wetsbesluit bepaalt:

„De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor de gunning van concessies en het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, komen niet in aanmerking voor opdrachten in onderaannesteding en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten:

[...]

- c) personen die bij een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde of een onherroepelijk geworden strafbeschikking dan wel bij een beslissing houdende toepassing van de bij akkoord vastgestelde straf overeenkomstig artikel 444 van het wetboek van strafvordering zijn veroordeeld voor ernstige strafbare feiten waarbij de staat of de gemeenschap is benadeeld en die indruisen tegen hun beroepsgedragregels. Hoe dan ook is een grond voor uitsluiting de veroordeling bij rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde wegens het begaan van een of meer strafbare feiten bestaande in deelneming aan een criminele organisatie, corruptie, fraude, witwassen van kapitaal, zoals gedefinieerd in de in artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18 vermelde communautaire besluiten. De uitsluiting en het verbod zijn van toepassing indien het vonnis of de beschikking is uitgesproken tegen: de eigenaar of de technisch directeur in geval van een individuele onderneming, de vennoten of de technisch directeur in geval van een vennootschap onder firma, de commanditaire vennoten of de technisch directeur in geval van een commanditaire vennootschap, de bestuurders met vertegenwoordigingsbevoegdheid, de technisch directeur of de natuurlijke persoon die enig vennoot is dan wel de meerderheidsvennoot in geval van een vennootschap met minder dan vier vennoten, indien het gaat om een ander type vennootschap of een consortium. Hoe dan ook geldt de uitsluiting of het verbod mede voor personen die in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de opdracht van hun functie zijn ontheven, wanneer de onderneming niet aantoonde dat de onderneming zich volledig heeft gedistantieerd van het strafrechtelijk veroordeelde gedrag. De uitsluiting of het verbod geldt hoe dan ook niet wanneer het betrokken feit niet meer strafbaar is of in geval van rehabilitatie, wanneer het strafbaar feit na de veroordeling vervallen is verklaard of in geval van herroeping van de veroordeling. [...]"

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

- 7 Met een aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Unie* op 7 juli 2013 (S 145-251280), heeft de provincie Bolzano een aanbestedingsprocedure ingeleid voor de gunning via een openbare procedure van een opdracht voor de financiering, de uitwerking van het definitieve ontwerp en de uitvoering, de bouw en het beheer van de nieuwe penitentiare inrichting te Bolzano. Het geraamde bedrag van de werkzaamheden was 165 400 000 EUR.
- 8 Mantovani heeft op 16 december 2013, in eigen naam en als leidinggevende gevolmachtigde van een op te richten tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen, verzocht te kunnen deelnemen. Die vennootschap heeft twee verklaringen betreffende de inachtneming van de algemene voorwaarden van artikel 38 van wetsbesluit 163/2006 overgelegd. Op 4 december 2013 heeft zij verklaard dat de heer B., voorzitter van de raad van bestuur, directeur-generaal en wettelijk vertegenwoordiger die zijn functies op 6 maart 2013 had neergelegd, niet bij rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde was veroordeeld. Op 16 december 2013 heeft Mantovani die verklaring bevestigd.
- 9 Op de zitting van 9 januari 2014 heeft de aanbestedende dienst Mantovani toegelaten onder het voorbehoud dat zij bepaalde nadere gegevens over B. zou verstrekken. Volgens een artikel in een plaatselijke krant, bekendgemaakt op 6 december 2013, was B. namelijk gerechtelijk vervolgd wegens het opzetten van een systeem van valse facturen en was hij een veroordeling tot een gevangenisstraf van een jaar en tien maanden overeengekomen.
- 10 Daarop heeft de aanbestedende dienst een uittreksel uit het strafregister van B. opgevraagd, waaruit bleek dat die veroordeling was uitgesproken op 5 december 2013 en op 29 maart 2014 in gewijsde was gegaan. Op de zitting van 29 mei 2014 heeft de aanbestedende dienst Mantovani verzocht om nadere preciseringen over die veroordeling.
- 11 Mantovani heeft onder meer geantwoord dat de veroordeling van B. in gewijsde was gegaan na de door haar op 4 en 16 december 2013 afgelegde verklaringen. Het vonnis van 6 december 2013 was uitgesproken op een niet-openbare zitting en was pas op 3 februari 2014 gepubliceerd. Mantovani heeft daaraan toegevoegd dat de onderneming zich volledig en daadwerkelijk had gedistantieerd van de gedragingen van B. door deze met onmiddellijke ingang uit al zijn directiefuncties in de Mantovani-groep te zetten, waarbij de beheersorganen van de vennootschap waren gereorganiseerd, de aandelen van B. waren ingekocht en tegen B. een schadevordering was ingediend.
- 12 Na een volgorde te hebben opgesteld waarin Mantovani – onder voorbehoud – op de vijfde plaats stond, heeft de aanbestedende dienst de ANAC om advies gevraagd over de rechtmatigheid van een eventuele uitsluiting van Mantovani. De ANAC heeft in hoofdzaak geantwoord dat bij gebreke van een onherroepelijke veroordeling de verklaringen van Mantovani weliswaar niet als „valse verklaringen” kunnen worden aangemerkt, maar dat het verzuim om tijdig de voortgang van een strafprocedure tegen een van de in artikel 38, lid 1, onder c), van wetsbesluit 163/2006 vermelde personen mee te delen, schending kan opleveren van de verplichting tot loyale samenwerking met de aanbestedende dienst, waardoor geen sprake is van volledige en daadwerkelijke distantieering ten opzichte van de betrokken persoon.
- 13 Daarop heeft de aanbestedende dienst op de vergadering van 27 februari 2015 besloten dat Mantovani van de aanbestedingsprocedure werd uitgesloten. Volgens het proces-verbaal van die vergadering was vastgesteld dat de in artikel 38 van wetsbesluit 163/2006 gestelde algemene voorwaarden niet vervuld waren „omdat de gegevens waarmee de vennootschap wilde aantonen dat zij zich van de strafbare gedragingen van de persoon die had opgehouden directiefuncties te bekleden had gedistantieerd, te laat waren verstrekt en ontoereikend waren” en omdat de veroordeling „was uitgesproken vóór de in de aanbestedingsprocedure overgelegde verklaring en als zodanig door Mantovani had kunnen worden meegedeeld in het stadium van het onderzoek van de deelneming”.

- 14 Mantovani heeft bij de Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionale bestuursrechter, autonome afdeling Bolzano, Italië) beroep ingesteld tegen die uitsluiting. Bij beslissing van 27 augustus 2015 heeft die rechter de rechtmatigheid van de uitsluiting bevestigd met de overweging dat van de veroordeling van B. melding had kunnen worden gemaakt in de loop van de aanbestedingsprocedure en dat enkel een inschrijver die met de werkelijkheid strokende verklaringen heeft overgelegd zonder de aanbestedende dienst te misleiden, de distantieering bedoeld in artikel 38, lid 1, onder c), van wetsbesluit 163/2006 kan invoeren.
- 15 Mantovani heeft die beslissing bij de Consiglio di Stato (raad van state, Italië) aangevochten met onder meer het betoog dat artikel 38 van wetsbesluit 163/2006 in strijd is met het Unierecht, en verzocht om prejudiciële verwijzing naar het Hof.
- 16 In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Staat de juiste toepassing van artikel 45, lid 2, onder c) en g), en lid 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 [wetsbesluit 163/2006], 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, en voor zover deze regeling bepaalt dat de betrokken onderneming van de aanbesteding wordt uitgesloten wanneer zij niet aantoonbaar heeft gedistantieerd van de strafrechtelijk veroordeelde handeling van die personen, waarbij 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 bekleeden niet in de wet zijn voorzien;
- (ii) de verplichting zich spontaan te distantieëren 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) de verplichting tot loyale samenwerking van onbepaalde aard, afgezien van een verwijzing naar de algemene clausule van goede trouw?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Ontvankelijkheid

- 17 Volgens de provincie Bolzano is het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk. Zij merkt op dat het Hof in het arrest van 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), reeds uitspraak heeft gedaan over een vraag betreffende de uitlegging van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 die analoog is aan de vraag in de onderhavige zaak.

- 18 Dienaangaande kan worden volstaan met op te merken dat een verzoek om een prejudiciële beslissing tot uitlegging niet reeds niet-ontvankelijk is op grond dat het analoog is aan een prejudiciële vraag waarover het Hof zich reeds heeft uitgesproken. Hoe dan ook betrof de zaak waarin het in het voorgaande punt vermelde arrest is gewezen een andere rechtssituatie, waarin een inschrijver wegens niet-betaling van de socialezekerheidsbijdragen was uitgesloten in het kader van een aanbestedingsprocedure waarvoor alleen de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU golden, daar de in artikel 7, onder c), van richtlijn 2004/18 vastgelegde drempel niet bereikt was.
- 19 De provincie Bolzano is bovendien van oordeel dat de prejudiciële vraag geen verband houdt met het hoofdgeding, daar met de uitsluiting niet de schending van informatie- of vermeldingsverplichtingen is bestraft, maar het ontbreken van volledige en daadwerkelijke distantieering tussen Mantovani en het gedrag van haar voormalige bestuurder, B. Voor het overige is de verwijzing naar de in artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder g), en lid 3, van richtlijn 2004/18 vermelde uitsluitingsgrond betreffende valse verklaringen niet relevant en niet beslissend.
- 20 In dit verband zij eraan herinnerd dat op vragen betreffende het Unierecht een vermoeden van relevantie rust. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord op de gestelde vragen te geven (arrest van 8 september 2015, Taricco e.a., C-105/14, EU:C:2015:555, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 21 In de onderhavige zaak heeft de verwijzende rechterlijke instantie verklaard dat de door Mantovani op 4 en 6 december 2013 afgelegde verklaringen over het ontbreken van een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde niet als „valse verklaringen” in de zin van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder g), van richtlijn 2004/18 kunnen worden aangemerkt. Zij heeft echter gepreciseerd dat zij zich gesteld ziet voor de vraag of op grond van het Unierecht in aanmerking mag worden genomen dat geen verklaring is overgelegd betreffende strafprocedures tegen voormalige bestuurders van de inschrijvende onderneming waarin nog geen onherroepelijke beslissing is gegeven.
- 22 In die omstandigheid blijkt niet dat de gestelde vraag kennelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding.
- 23 Bijgevolg is het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk.

Ten gronde

- 24 Met haar vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of richtlijn 2004/18, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c) en g), en artikel 45, lid 3, onder a), van die richtlijn, alsook de beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen, rechtszekerheid, gelijke behandeling, evenredigheid en doorzichtigheid aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan nationale voorschriften op grond waarvan de aanbestedende dienst volgens de door hem vastgestelde voorwaarden een strafrechtelijke veroordeling van de bestuurder van een inschrijvende onderneming voor een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming in de beschouwing kan betrekken, wanneer die bestuurder zijn functies heeft neergelegd in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de overheidsopdracht, en die onderneming van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure kan uitsluiten op grond dat zij, door na te laten die nog niet onherroepelijke veroordeling te melden, zich niet volledig en daadwerkelijk van de gedragingen van die bestuurder heeft gedistantieerd.

- 25 Allereerst moet worden opgemerkt dat de verwijzende rechterlijke instantie in de formulering van haar prejudiciële vraag de in artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c) en g), van richtlijn 2004/18 vermelde uitsluitingsgronden noemt, betreffende de uitsluiting respectievelijk van een inschrijver tegen wie een in gewijsde gegane strafrechtelijke veroordeling volgens de wettelijke bepalingen van het betrokken land met de vaststelling van een strafbaar feit dat indruist tegen zijn beroepsgedragsregels is uitgesproken, en van een inschrijver die zich bij het verstrekken van de op grond van afdeling 2 van hoofdstuk VII van die richtlijn vereiste gegevens op ernstige wijze schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen of die heeft verzuimd die gegevens te verstrekken.
- 26 Volgens de vermeldingen in de verwijzingsbeslissing is Mantovani van de aanbestedingsprocedure uitgesloten op grond dat zij de gegevens om aan te tonen dat zij zich van de gedragingen van haar bestuurder had gedistantieerd, te laat en onvolledig had meegedeeld. Inzonderheid is haar verweten, in haar verklaringen van 4 en 16 december 2013 niet te hebben vermeld dat tegen haar voormalige bestuurder een strafprocedure was ingeleid waarin op 6 december 2013 een niet in het openbaar overeengekomen veroordeling was uitgesproken.
- 27 Zoals de Europese Commissie opmerkt, zou dan ook kunnen worden geoordeeld dat de feiten in het hoofdgeding kunnen vallen onder de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2004/18, op grond waarvan een inschrijver die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, kan worden uitgesloten.
- 28 Volgens vaste rechtspraak staat het feit dat de verwijzende rechterlijke instantie bij de formulering van een prejudiciële vraag slechts heeft verwezen naar bepaalde voorschriften van Unierecht, er niet aan in de weg dat het Hof die rechterlijke instantie 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 daarbij aan het Hof om uit alle door de nationale rechterlijke instantie verschaft gegevens en met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing de elementen van Unierecht te putten die, gelet op het voorwerp van het geding, uitlegging behoeven (zie onder meer arrest van 22 oktober 2015, Impresa Edilux en SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de prejudiciële vraag mede ziet op de uitlegging van de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2004/18.
- 30 Aangaande de facultatieve uitsluitingsgronden moet meteen worden vastgesteld dat het overeenkomstig artikel 45, lid 2, laatste alinea, van richtlijn 2004/18 aan de lidstaten is, onder eerbiediging van het recht van de Unie de „voorwaarden voor de toepassing” ervan te bepalen.
- 31 Volgens vaste rechtspraak beoogt artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 niet een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op het niveau van de Unie, aangezien de lidstaten over de mogelijkheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om ze in de nationale wetgeving op te nemen met een mate van hardheid die per geval zou kunnen verschillen, afhankelijk van de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen. In dat kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen (arrest van 14 december 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 32 De lidstaten beschikken dus bij de bepaling van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 over een beoordelingsbevoegdheid die zeker is.

- 33 Aangaande de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van die richtlijn, op grond waarvan de aanbestedende diensten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure kunnen uitsluiten een inschrijver jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een strafbaar feit is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels, moet allereerst worden vastgesteld dat niet wordt bepaald in hoeverre door directieleden of bestuurders van een rechtspersoon gepleegde strafbare feiten krachtens die bepaling tot uitsluiting van deze laatste kunnen leiden.
- 34 Zoals de advocaat-generaal in de punten 54 en 58 van zijn conclusie heeft opgemerkt, gaat het Unierecht niettemin uit van de premisse dat rechtspersonen door tussenkomst van hun vertegenwoordigers handelen. Met de beroepsgedragsregels strijdig gedrag van deze laatsten kan dan ook een relevante factor zijn voor de beoordeling of een onderneming de beroepsgedragsregels eerbiedigt. De lidstaten kunnen dus zonder meer in het kader van de uitoefening van hun bevoegdheid, de voorwaarden voor de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden te bepalen, onder de factoren die relevant zijn om de integriteit van de inschrijvende onderneming te beoordelen het eventuele bestaan van gedragingen van bestuurders die tegen de beroepsgedragsregels indruisen in de beschouwing betrekken.
- 35 In dat verband wordt in artikel 45, lid 1, in fine, van richtlijn 2004/18 in het kader van de verplichte uitsluitingsgronden erkend dat in het nationale recht rekening mag worden gehouden met laakbaar gedrag van de bestuurders van de rechtspersoon. Niets belet dan ook dat de lidstaten, wanneer zij uitvoering geven aan de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van richtlijn 2004/18, de gedragingen van een bestuurder die de inschrijvende onderneming vertegenwoordigt beschouwen als aan deze laatste toerekenbare gedragingen.
- 36 Wanneer in het kader van de uitsluitingsgrond van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van richtlijn 2004/18 de gedragingen van de bestuurders van een inschrijver die een rechtspersoon is in aanmerking worden genomen, kan dat dus niet worden beschouwd als een „uitbreiding” van het toepassingsgebied van die uitsluitingsgrond, maar wordt er daarmee uitvoering aan gegeven met behoud van het nuttig effect van die uitsluitingsgrond.
- 37 Dat de feitelijke omstandigheden op grond waarvan de inschrijver kan worden uitgesloten voortvloeien uit het gedrag van een bestuurder die zijn functies op de dag van indiening van het verzoek om deelneming aan de aanbestedingsprocedure had neergelegd, kan evenmin aan toepassing van die uitsluitingsgrond in de weg staan.
- 38 Het ligt immers voor de hand dat die uitsluitingsgrond het oog heeft op foutief handelen van een ondernemer vóór de openbare aanbestedingsprocedure. Het is aan de lidstaat om, rekening houdend met het evenredigheidsbeginsel, te bepalen vanaf welke datum dat gedrag uitsluiting van een inschrijver kan rechtvaardigen.
- 39 Wat bovendien de vraag betreft of de inschrijvende onderneming met een strafbaar feit de beroepsgedragsregels heeft overtreden, moet worden vastgesteld dat wanneer een bestuurder van een vennootschap deelneemt aan de uitreiking van valse facturen, dat kan worden beschouwd als een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels.
- 40 Aangaande tot slot de voorwaarde dat de rechterlijke uitspraak kracht van gewijsde moet hebben, aan deze voorwaarde wordt in het hoofdgeding voldaan aangezien tot de uitsluiting is besloten nadat de rechterlijke uitspraak betreffende B. in gewijsde was gegaan.
- 41 Overeenkomstig de in punt 31 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak is een lidstaat gerechtigd, de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden te verlichten en toepassing van een uitsluitingsgrond achterwege te laten in geval van distantiëring tussen de inschrijvende onderneming en het gedrag dat een strafbaar feit oplevert. In dat geval is hij eveneens

gerechtigd, de voorwaarden van die distantiering te bepalen en te verlangen – zoals in het Italiaanse recht – dat de inschrijvende onderneming de aanbestedende dienst in kennis stelt van een tegen haar bestuurder uitgesproken veroordeling, ook indien die nog niet onherroepelijk is.

- 42 De inschrijvende onderneming, die die voorwaarden moet vervullen, kan alle bewijs aandragen dat naar haar oordeel die distantiering aantoont.
- 43 Indien die distantiering niet naar tevredenheid van de aanbestedende dienst kan worden aangetoond, moet noodzakelijkerwijs de uitsluitingsgrond worden toegepast.
- 44 Zoals in punt 27 van het onderhavige arrest is opgemerkt, kan in een situatie waarin de rechterlijke uitspraak houdende vaststelling van een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van de bestuurder van een inschrijvende onderneming nog niet definitief is, artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2004/18 toepassing vinden. Op grond van die bepaling kan een inschrijvende onderneming die in de beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken, worden uitgesloten.
- 45 Dienaangaande moet worden geconstateerd dat de overwegingen in de punten 34 tot en met 43 van het onderhavige arrest mutatis mutandis gelden voor een ernstige fout in de beroepsuitoefening.
- 46 Ten opzichte van de toepassing van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), van richtlijn 2004/18, bestaat een van de verschillen in de omstandigheid dat de aanbestedende dienst, „op elke grond”, het bestaan van een dergelijke ernstige fout aannemelijk kan maken.
- 47 Daarbij kan een rechterlijke beslissing, ook indien zij nog niet onherroepelijk is, afhankelijk van het voorwerp van die beslissing de aanbestedende dienst een passend middel aanreiken om het bestaan van een ernstige fout in de beroepsuitoefening aannemelijk te maken, daar zijn beslissing hoe dan ook aan rechterlijke toetsing kan worden onderworpen.
- 48 Hieraan moet worden toegevoegd dat een inschrijver volgens artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder g), van richtlijn 2004/18 kan worden uitgesloten indien hij zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen, maar ook wanneer hij de ingevolge afdeling 2 van hoofdstuk VII van titel II van die richtlijn vereiste inlichtingen, betreffende de „kwalitatieve selectiecriteria”, niet verstrekt. Wanneer de aanbestedende dienst niet in kennis wordt gesteld van de strafbare gedragingen van de voormalige bestuurder, kan dus ingevolge die bepaling ook op die grond een inschrijver van deelneming aan de openbare aanbesteding worden uitgesloten.
- 49 Aangaande artikel 45, lid 3, eerste alinea, onder a), van genoemde richtlijn kan worden volstaan met op te merken dat de verwijzende rechterlijke instantie niet uiteenzet in hoeverre de uitlegging van die bepaling noodzakelijk is gelet op de feiten in het hoofdgeding.
- 50 In haar prejudiciële vraag vermeldt de verwijzende rechterlijke instantie nog meerdere beginselen – waarvan er slechts enkele in de rang van beginselen van Unierecht zijn verheven – zonder nauwkeurig aan te geven waarom zij gelet op de feiten van de zaak relevant zouden kunnen zijn en in de weg zouden staan aan de nationale voorschriften in het hoofdgeding.
- 51 Wat het beginsel van gelijke behandeling betreft kan in die omstandigheden worden volstaan met op te merken dat, gelet op het doel van die voorschriften – bescherming van de integriteit van de openbare aanbesteding – de situatie van een inschrijvende onderneming waarvan de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming of aan een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep, niet kan worden beschouwd als vergelijkbaar met die van een inschrijvende onderneming waarvan de bestuurder zich niet schuldig heeft gemaakt aan een dergelijk gedrag.

- 52 Wat betreft het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het doorzichtigheidsbeginsel blijkt uit de verwijzingsbeslissing niet in hoeverre uitlegging ervan noodzakelijk zou kunnen zijn gelet op het hoofdgeding.
- 53 Bij het onderzoek van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel moet worden gekeken naar de invloed van de datum vanaf welke het foutieve gedrag van de bestuurder kan worden geacht tot de uitsluiting van de inschrijvende onderneming te hebben geleid. In geval van een te grote afstand in de tijd zouden de nationale voorschriften de werkingssfeer van de richtlijnen van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten immers kunnen beperken.
- 54 In dat verband lijkt het niet onevenredig, foutief gedrag in de loop van het jaar voorafgaand aan de datum van aankondiging van de overheidsopdracht in aanmerking te nemen, te meer daar de onderneming volgens de voorschriften in het hoofdgeding kan aantonen dat zij zich daadwerkelijk en volledig van de gedragingen van haar bestuurder heeft gedistantieerd.
- 55 Gelet op al het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat richtlijn 2004/18, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), d) en g), van die richtlijn, alsook de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan nationale voorschriften op grond waarvan de aanbestedende dienst:
- volgens de door hem vastgestelde voorwaarden een strafrechtelijke veroordeling – ook indien die veroordeling nog niet onherroepelijk is geworden – van de bestuurder van een inschrijvende onderneming voor een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming in de beschouwing kan betrekken, wanneer die bestuurder zijn functies heeft neergelegd in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de overheidsopdracht, en
 - die onderneming van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure kan uitsluiten op grond dat zij, door na te laten die nog niet onherroepelijke veroordeling te melden, zich niet volledig en daadwerkelijk van de gedragingen van die bestuurder heeft gedistantieerd.

Kosten

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

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

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, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder c), d) en g), van die richtlijn, alsook de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan nationale voorschriften op grond waarvan de aanbestedende dienst:

- **volgens de door hem vastgestelde voorwaarden een strafrechtelijke veroordeling – ook indien die veroordeling nog niet onherroepelijk is geworden – van de bestuurder van een inschrijvende onderneming voor een strafbaar feit dat indruist tegen de beroepsgedragsregels van die onderneming in de beschouwing kan betrekken, wanneer die bestuurder zijn functies heeft neergelegd in het jaar voorafgaand aan de aankondiging van de overheidsopdracht, en**

- **die onderneming van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure kan uitsluiten op grond dat zij, door na te laten die nog niet onherroepelijke veroordeling te melden, zich niet volledig en daadwerkelijk van de gedragingen van die bestuurder heeft gedistantieerd.**

ondertekeningen