



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 21 czerwca 2017 r.¹

Sprawa C-178/16

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Zamówienia publiczne – Oświadczenie o braku skazania prawomocnym wyrokiem byłych członków zarządu uczestniczącej w przetargu spółki – Obowiązek wykazania przez spółkę pod rygorem wykluczenia, że całkowicie i faktycznie odcięła się od zachowania byłego członka zarządu – Ocena przez instytucję zamawiającą wymogów dotyczących tego obowiązku

1. Włoskie przepisy w sprawie zamówień publicznych zakazują (z pewnymi zastrzeżeniami, które analizuję poniżej) udzielania zamówień osobom skazanym za poważne przestępstwa na szkodę państwa lub „Wspólnoty”, związane z ich rzetelnością zawodową. Zakaz ten obejmuje przedsiębiorstwa, których członkowie zarządu zostali skazani za tego rodzaju czyny, z wyjątkiem przedsiębiorstw, które wykażą, że całkowicie i faktycznie odcięły się od karalnego zachowania swoich członków zarządu.
2. Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) rozpoznaje skargę na wyrok utrzymujący w mocy decyzję instytucji zamawiającej wykluczającą z przetargu uczestniczące w nim przedsiębiorstwo, którego członek zarządu został skazany za jedno z takich przestępstw. W celu rozstrzygnięcia wątpliwości zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, w istocie, czy włoskie uregulowanie, na którego podstawie dokonano tego wykluczenia, jest zgodne z dyrektywą 2004/18/WE².
3. Odesłanie prejudycjalne daje Trybunałowi Sprawiedliwości sposobność dopracowania orzecznictwa dotyczącego uprawnienia państw do określania w praktyce i modyfikowania treści fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców, określonych w dyrektywie 2004/18.

¹ Język oryginału: hiszpański.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

Dyrektywa 2004/18

4. Artykuł 45 („Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”), stanowi:

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

- a) udział w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 ust. 1 wspólnego działania Rady 98/733/WSiSW;
- b) korupcja, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 3 aktu Rady z dnia 26 maja 1997 r. oraz art 3 ust. 1 wspólnego działania Rady 98/742/WSiSW;
- c) oszustwo w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich;
- d) udział w praniu pieniędzy, zgodnie z definicją art. 1 dyrektywy Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy [Dz.U. 1991, nr 166, s. 77 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 9, t. 1, s. 153].

Państwa członkowskie określają, zgodnie ze swoim prawem krajowym oraz uwzględniając prawo wspólnotowe, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

Mogą one przewidzieć możliwość odstąpienia od przestrzegania wymogu, o którym mowa w akapicie pierwszym, z uwagi na interes ogólny.

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

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

[...]

- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;

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

[...]

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

5. Artykuł 45 ust. 3 stanowi:

„Jako wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z przypadków wymienionych w [...] ust. 2 lit. [...] c), [...] instytucje zamawiające przyjmują:

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

[...]”.

B. Prawo włoskie

6. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym art. 38 ust. 1 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 163/2006³, w brzmieniu mającym zastosowanie *ratione temporis* do stanu faktycznego, stanowi, że podstawa wykluczenia [z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy i usługi] za fakt skazania prawomocnym wyrokiem lub dobrowolnego poddania się karze na podstawie art. 444 Codice di procedura penale (kodeksu postępowania karnego) za wymienione w nim przestępstwa⁴ „ma również zastosowanie w odniesieniu do osób, które zaprzestały pełnienia funkcji [kierowniczych] w roku poprzedzającym ogłoszenie o przetargu, jeżeli przedsiębiorstwo nie wykaze, że dokonało całkowitego i faktycznego odcięcia się od karalnego zachowania”.

7. Artykuł 38 ust. 1 lit. f) i h) CCP stanowi także, że z tego rodzaju postępowań wykluczony zostaje odpowiednio ten: (i) kto dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą; oraz (ii) kto przedstawił niezgodne z prawdą oświadczenie lub nieprawdziwe dokumenty dotyczące kryteriów i warunków istotnych dla dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

II. Okoliczności faktyczne i pytanie prejudycjalne

8. W dniu 27 lipca 2013 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*⁵ zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu na sfinansowanie, opracowanie ostatecznego projektu i projektu wykonawczego nowego zakładu karnego w Bolzano, jego budowę i zarządzanie nim. Wartość zamówienia wynosiła 165 400 000 EUR.

9. Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A. (zwana dalej „Mantovanim”), we własnym imieniu i jako członek tymczasowego związku przedsiębiorstw, przystąpiła do przetargu, składając dwa oświadczenia (z dni 4 i 16 grudnia 2013 r.) dotyczące spełnienia ogólnych stawianych w nim wymogów.

³ Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekret ustawodawczy nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r., GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r., zwany dalej „CCP”).

⁴ Przestępstwa „udziału w organizacji przestępczej, korupcji, oszustwa, prania brudnych pieniędzy, określone w przepisach, o których mowa w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18”.

⁵ S 145-251280.

10. Dokładniej, Mantovani oświadczył (w pierwszym z tych oświadczeń), że B., jego były prezes zarządu i jednocześnie członek zarządu i reprezentant prawny, zaprzestał pełnienia swych funkcji w dniu 6 marca 2013 r. i że spółce Mantovani nie jest wiadome, czy zostało wydane wobec pana B. jakiegokolwiek orzeczenie w rodzaju tych, o których mowa w art. 38 ust. 1 lit. c) CCP. Drugie oświadczenie zostało złożone przez to przedsiębiorstwo w podobnym brzmieniu.

11. Instytucja zamawiająca na posiedzeniu komisji w dniu 9 stycznia 2014 r. dopuściła z pewnymi zastrzeżeniami Mantovani do udziału, lecz oczekiwała na dostarczenie pewnych wyjaśnień, gdyż było „powszechnie wiadome”, zgodnie z publikacjami lokalnej prasy, że pan B. był oskarżony o wspieranie systemu fałszowania faktur i poddał się dobrowolnie karze roku i dziesięciu miesięcy pozbawienia wolności.

12. Po weryfikacji spełnienia warunków instytucja zamawiająca uzyskała zaświadczenie z rejestru karnego B., w którym widniało, że został on skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze roku i dziesięciu miesięcy za popełnienie szeregu przestępstw [wyrok Tribunale di Venezia (sądu w Wenecji) z dnia 5 grudnia 2013 r., prawomocny od dnia 29 marca 2014 r.].

13. Na posiedzeniu w dniu 29 maja 2014 r. instytucja zamawiająca postanowiła podtrzymać zastrzeżenie odnośnie do dopuszczenia Mantovaniego, zaś w dniu 3 czerwca 2014 r. zażądała wyjaśnień na temat wspomnianego wyroku.

14. W pismach z dni 10 czerwca 2014 r. i 17 października 2014 r. Mantovani udzielił żądanych wyjaśnień i wskazał, że:

- wyrok został ogłoszony i uprawomocnił się dopiero po złożeniu przez to przedsiębiorstwo oświadczeń dotyczących spełnienia ogólnych wymogów;
- przedsiębiorstwo to wdrożyło szereg działań, które świadczyły o terminowym, faktycznym i całkowitym odcięciu się spółki od zachowania pana B. Został on niezwłocznie odsunięty od wszystkich stanowisk w grupie Mantovani, która dokonała wewnętrznej reorganizacji organów zarządzających, odzyskała posiadane przez pana B. akcje i wniosła przeciwko niemu powództwo w celu ustalenia jego odpowiedzialności odszkodowawczej.

15. Instytucja zamawiająca zwróciła się o opinię do Autorità nazionale anticorruzione (krajowego biura antykorupcyjnego, zwanego dalej „ANAC”), którą wydało ono w dniu 25 lutego 2015 r., a którą można streścić następująco:

- W przypadku gdy uczestnik postępowania przetargowego przedstawi zaświadczenie dotyczące podstawy wykluczenia z art. 38 ust. 1 lit. c) CCP, że podstawa ta nie ma zastosowania do osób, które zaprzestały pełnienia stanowiska w roku poprzedzającym ogłoszenie o przetargu, używając formuły „według jego wiedzy”, oraz tenże uczestnik umożliwi pełną identyfikację takich osób, do instytucji zamawiającej należy przeprowadzenie odpowiedniej weryfikacji.
- W niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z nieprawdziwym oświadczeniem, ponieważ do tego byłoby niezbędne istnienie prawomocnego wyroku, a nie tylko zawisłego postępowania karnego.
- Instytucja zamawiająca powinna ocenić rzeczywistą skuteczność podjętych przez Mantovani działań w celu wykazania, że spółka odcięła się całkowicie i faktycznie od karalnego zachowania danego członka zarządu.

- Staraniom instytucji zamawiającej mogło przeszkodzić zaniechanie, którego dopuścił się Mantovani, gdyż w postępowaniu przetargowym nie zgłosił istnienia wyroku skazującego. Zgodnie z orzecznictwem brak powiadomienia w odpowiednim czasie instytucji zamawiającej o postępie procesu karnego stanowi, w odniesieniu do osób, o których mowa w art. 38 ust. 1 lit. c) CCP, element świadczący o braku odcięcia się, z racji naruszenia zasady lojalnej współpracy.

16. W świetle opinii ANAC instytucja zamawiająca postanowiła w dniu 27 lutego 2015 r. wykluczyć Mantovani z postępowania przetargowego za zbyt późne i niewystarczające przekazanie informacji niezbędnych do wykazania odcięcia się przez to przedsiębiorstwo od karanego członka zarządu. Dodała, że jego skazanie nastąpiło, zanim dostarczono oświadczenia w postępowaniu przetargowym, więc Mantovani mógł o tym skazaniu poinformować.

17. Mantovani zaskarżył wykluczenie do Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionalnego sądu administracyjnego, samodzielna sekcja w Bolzano, Włochy), który w wyroku nr 270 z dnia 27 sierpnia 2015 r. uznał skargę za niedopuszczalną, gdyż dotyczyła opinii ANAC, czyli czynności stanowiącej część postępowania, oraz udzielenia zamówienia, które jeszcze nie nastąpiło. W tym samym wyroku oddalił argumenty podnoszone w kwestii dostępu do całej dokumentacji przetargowej i uznał, że nie wykazano, by spółka odcięła się od karalnego zachowania dawnego członka zarządu.

18. Mantovani odwołał się od tego wyroku do Consiglio di Stato (rady stanu), podnosząc między innymi niezgodność art. 38 CCP z prawem Unii i wnosząc o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

19. Consiglio di Stato (rada stanu), w drodze postanowienia z dnia 1 grudnia 2015 r., przedłożyła następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy na przeszkodzie prawidłowemu stosowaniu art. 45 ust. 2 lit. c) i g) i ust. 3 lit. a) dyrektywy [2004/18] oraz zasad prawa Unii: ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa, równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości, zakazu obciążenia postępowania i maksymalnego otwarcia rynku zamówień publicznych na konkurencję, a także zasady wyczerpującego i określonego charakteru sankcji, stoi uregulowanie krajowe, takie jak art. 38 ust. 1 lit. c) [CCP] z późniejszymi zmianami, w zakresie, w jakim:

- rozciąga ono zakres przewidzianego w nim obowiązku złożenia oświadczenia o niekaralności (w tym o braku wyroków wydanych na podstawie dobrowolnego poddania się karze) za wskazane w nim przestępstwa na podmioty zarządzające przedsiębiorstwami uczestniczącymi w postępowaniu przetargowym, odwołane ze stanowiska w roku poprzedzającym ogłoszenie o przetargu,
- i ustanawia podstawę wykluczenia z przetargu, jeżeli przedsiębiorstwo nie wykaże, że dokonało całkowitego i rzeczywistego odcięcia się od objętego sankcją karną działania takich podmiotów, przy czym
- ocenę, czy spełniony został wymóg zachowania świadczącego o odcięciu, uregulowanie to pozostawia swobodnemu uznaniu zamawiającego i pozwala mu wprowadzić, w wymiarze faktycznym, pod rygorem wykluczenia z przetargu:
 - (i) obowiązki informacyjne i deklaratywne dotyczące spraw karnych niezakończonych jeszcze ostatecznym wyrokiem (a zatem, z definicji, mające niepewny wynik), nieprzewidziane w ustawie nawet w odniesieniu do podmiotów na stanowiskach;

- (ii) obowiązki w zakresie samorzutnego odcięcia się, nieokreślone co do natury zachowań stanowiących przesłankę uniewinnienia, względnego czasu odniesienia (również przedwczesnego w stosunku do momentu uprawomocnienia się wyroku karnego) i co do etapu postępowania, na którym powinny zostać spełnione;
- (iii) obowiązki w zakresie lojalnej współpracy w nieokreślonym kształcie, z wyjątkiem ogólnej klauzuli dobrej wiary?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

20. Postanowienie odsyłające wpłynęło do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości w dniu 24 marca 2016 r.

21. W terminie wskazanym w art. 23 akapit drugi statutu Trybunału Sprawiedliwości uwagi na piśmie przedstawiły Mantovani, Provincia autonoma di Bolzano (prowincja Bolzano), rząd włoski i Komisja Europejska.

22. Po podjęciu przez Trybunał decyzji o przeprowadzeniu rozprawy, strony zostały wezwane zgodnie z art. 61 ust. 2 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości do skupienia się w swoich wystąpieniach na wykładni art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18.

23. W dniu 5 kwietnia 2017 r. odbyła się rozprawa, na której stawili się przedstawiciele Mantovani, prowincji Bolzano, rządu włoskiego i Komisji Europejskiej.

IV. Streszczenie uwag stron

24. Mantovani uważa, że art. 38 ust. 1 lit. c) CCP jest niezgodny z art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, ponieważ rozciąga zakres podstawy wykluczenia (skazanie wyrokiem karnym) na osoby, które były członkami zarządu spółki, do roku przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu, i wymaga, żeby spółka wykazała faktyczne odcięcie się od tych członków zarządu.

25. Jej zdaniem po zaprzestaniu pełnienia funkcji członkowie zarządu przestają mieć wpływ na spółkę, w związku z czym obowiązek podawania przez nią tych informacji nie tylko jest zbędny, ale też niewspółmierny i stanowi obciążenie niezgodne z zaleceniem jak najszybszego otwarcia zamówień publicznych na konkurencję.

26. Gdyby nawet prawo Unii nie stało na przeszkodzie takiemu rozszerzeniu zakresu, dodatkowy obowiązek wykazania faktycznego odcięcia się przedsiębiorstwa byłby z nim niezgodny, gdyż chodzi o obowiązek zupełnie nieprecyzyjny, którego arbitralna ocena jest pozostawiona instytucji zamawiającej. Pewność prawa narusza zwłaszcza okoliczność, że orzeczenie sądowe nie jest prawomocne, że nie sprecyzowano formy, w jakiej należy sporządzać oświadczenia, ani tego, jaki obejmują one okres lub na jakim etapie postępowania należy je składać, a także nie wskazano, na czym polega ciążący na wykonawcy obowiązek lojalnej współpracy.

27. Prowincja Bolzano uznaje pytanie prejudycjalne za niedopuszczalne, ponieważ:

- jest ono analogiczne do pytania rozstrzygniętego już przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), zwłaszcza w pkt 36, dotyczącego uprawnienia państw członkowskich do włączania do prawodawstwa fakultatywnych podstaw wykluczenia oraz modyfikowania ich treści;

– odrzucenie Mantovaniego nie nastąpiło z powodu naruszenia obowiązku dostarczania informacji lub oświadczeń, tylko z racji spóźnionego i niewłaściwego charakteru działań podjętych w celu wykazania całkowitego i faktycznego odcięcia się przez nią od karalnego zachowania byłego członka jej zarządu. Dlatego też powoływanie się na art. 45 ust. 2 lit. g) i art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/18 jest bezprzedmiotowe.

28. Co do istoty prowincja Bolzano nie uważa, by istniał jakikolwiek konflikt między przepisami art. 38 ust. 1 lit. c) CCP i dyrektywą 2004/18. Artykuł 45 tej dyrektywy daje państwom członkowskim swobodę w zakresie zarówno wyboru tego, które podstawy fakultatywnego wykluczenia (spośród tych, które są zawarte w jego ust. 2) będą obowiązywać w prawie wewnętrznym, jak i określenia sposobu, w jaki instytucje zamawiające mają oceniać, czy te wybrane podstawy zachodzą. Rozpatrywane uregulowanie krajowe pozostaje w zgodzie z tym systemem.

29. Rząd włoski wskazuje, że *ratio legis* art. 45 dyrektywy 2004/18 i art. 38 CCP stanowi zapewnienie wiarygodności etycznej, gospodarczej i zawodowej podmiotów ubiegających się o otrzymanie zamówień od administracji. Włoski ustawodawca przyjął mniej surowy system niż ten w dyrektywie, ponieważ ograniczył wachlarz przestępstw uzasadniających wykluczenie.

30. Wykluczenie przedsiębiorstwa za zachowanie członków jego zarządu ma w ocenie rządu włoskiego to samo *ratio legis*: bez tego przepisu wykonawca mógłby łatwo ominąć kontrolę swojej wiarygodności. Ponadto wykonawca ma możliwość uzasadnienia instytucji zamawiającej, że całkowicie odciął się od karalnych czynów członków swego zarządu.

31. Komisja podkreśla, że choć sąd odsyłający wnosi o wykładnię art. 45 ust. 2 lit. c) i g) oraz art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/18, w celu udzielenia użytecznej odpowiedzi trzeba odwołać się także do art. 45 ust. 2 lit. d), który to przepis dotyczy popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego.

32. Choć postanowienie odsyłające koncentruje się na braku prawomocnego charakteru wyroku na chwilę, gdy Mantovani przedstawił oświadczenia, to działania członka jego zarządu (wystawienie fałszywych faktur na kwotę przeszło 9 mln EUR i stowarzyszenie się z przestępcami) można zakwalifikować jako poważne wykroczenia zawodowe. I choćby zaprzestał on pełnienia funkcji do czasu przetargu, art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18 dotyczy również wcześniejszego zachowania wykonawcy i obejmuje całą zawinioną działalność mającą wpływ na jego wiarygodność zawodową⁶. Zatem postępowanie członków zarządu, którzy niedawno zaprzestali pełnienia funkcji, może mieć wpływ za ocenę takiej wiarygodności przez instytucję zamawiającą.

33. Dla Komisji nie jest istotne, że skazanie członka zarządu nie miało powagi rzeczy osądzonej w chwili załączenia oświadczeń. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości stwierdzono, że podstawy wykluczenia określone w art. 45 ust. 2 lit. d) i g) dyrektywy 2004/18 nie wymagają tego, by wykonawca został prawomocnie skazany⁷. Zarówno prawo Unii, jak i prawo krajowe uznają, że poważne wykroczenie zawodowe można wykazać w dowolny sposób, tak że samo istnienie postępowania karnego mogłoby być wystarczające.

34. Komisja dodaje, że przy ocenie, czy nastąpiło poważne wykroczenie zawodowe, instytucja zamawiająca powinna mieć na względzie działania podejmowane przez spółkę w celu odżegnania się od karalnego procederu członka swojego zarządu.

⁶ W tej kwestii przytacza wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), pkt 27.

⁷ Wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), pkt 28.

35. Fakt braku poinformowania przez Mantovani o procesie karnym, w którym uczestniczył członek jej zarządu, mógłby też wypełniać hipotezę podstawy wykluczenia z art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18. Obowiązek zgłoszenia przez wykonawcę zaistnienia poważnego wykroczenia zawodowego jest niezależny od uprawnień do kontroli i weryfikacji przyznanych instytucji zamawiającej przez art. 45 ust. 3 i art. 51 dyrektywy 2004/18, gdyż są one ograniczone do czysto formalnej weryfikacji lub potwierdzenia już znanych wyników.

36. Na koniec Komisja twierdzi, że w okolicznościach niniejszego sporu stosowanie tych podstaw wykluczenia nie jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności.

V. Analiza

A. Uwaga wstępna

37. Pytania kierowane przez Consiglio di Stato (radę stanu) do Trybunału Sprawiedliwości dotyczą zasadniczo zgodności uregulowania prawa włoskiego [art. 38 ust. 1 lit. c) CCP] z dyrektywą 2004/18. Jednak zarówno w dyskusjach toczonych przed tym sądem, jak i w uwagach tej czy innej strony w trakcie postępowania w trybie prejudycjalnym, zakres sporu rozszerzył się na sposób dokonywania wykładni (i stosowania) krajowego przepisu, do rozstrzygnięcia której to kwestii Trybunał Sprawiedliwości nie jest właściwy.

38. Odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości musi być ograniczona do wykładni dyrektywy 2004/18 w celu wyjaśnienia sądowi odsyłającemu, czy przedłożone przezeń wewnętrzne uregulowanie jest sprzeczne z prawem Unii. Gdyby stwierdzono ich zgodność, to sąd krajowy powinien rozstrzygnąć, jak należy interpretować i stosować poszczególne ustępy art. 38 CCP.

39. Zgodnie z moją dalszą analizą włoskiemu ustawodawcy przysługuje szeroki zakres uznania co do przyjęcia wymienionych w dyrektywie 2004/18 fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców oraz dokładnego ustalenia ich treści. O ile nie jest to niezgodne z tą dyrektywą, to zadaniem państw członkowskich jest ustalenie, zgodnie z własnymi rozwiązaniami legislacyjnymi, treści odpowiednich uregulowań krajowych.

40. Fakt, iż Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygnął już jakieś pytania prejudycjalne dotyczące fakultatywnych podstaw wykluczenia, nie jest wystarczającym powodem ku temu, by uznać za niedopuszczalne – co sugeruje prowincja Bolzano – pytanie przedstawione obecnie przez sąd odsyłający, gdyż ma ono właściwe sobie cechy, odróżniające je od poprzednich pytań⁸.

B. Brzmienie pytania prejudycjalnego

41. Z relacji Consiglio di Stato (rada stanu) wynika, że Mantovani został wykluczony z postępowania przetargowego za to, że za późno i w niewystarczający sposób przekazał informacje niezbędne do wykazania odcięcia się przez to przedsiębiorstwo od zachowania członka jego zarządu, który został skazany, zanim Mantovani dostarczył instytucji zamawiającej swoje oświadczenia.

⁸ Nie stanowi też przeszkody dopuszczenia odesłania prejudycjalnego fakt, podnoszony przez prowincję Bolzano w sprawozdaniu z rozprawy oraz podkreślany w opinii ANAC z dnia 25 lutego 2015 r., że Consiglio di Stato (rada stanu) wydała już wyrok w podobnej sprawie, w którym utrzymała w mocy wykluczenie Mantovaniego z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z analogicznych względów. W tym wyroku (nr 6284), wydanym w dniu 22 grudnia 2014 r. przez Consiglio di Stato (radę stanu) w składzie (sekcja czwarta) odmiennym od składu, który wystąpił z pytaniem prejudycjalnym (sekcja szósta), stwierdzono, że można zgodnie z prawem wykluczyć Mantovani z postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na brak wykazania faktycznego odcięcia się od karalnego zachowania członków jego zarządu, z racji zaniechania poinformowania o orzeczonych wobec nich wyrokach skazujących.

42. Opis stanu faktycznego już na wstępie pozwala ograniczyć znaczenie, jakie dla odesłania prejudycjalnego może mieć pierwszy z trzech przepisów prawa Unii, których ono dotyczy [art. 45 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/18].

43. Przepis ten dotyczy wykonawcy, który „został skazany prawomocnym wyrokiem [...] za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową”. Przesłanka ta nie stanowi na pierwszy rzut oka podstawy decyzji instytucji zamawiającej, być może dlatego, że wyrok skazujący członka zarządu uprawomocnił się w dniu 29 marca 2014 r., po złożeniu przez Mantovani oświadczeń dotyczących ogólnych wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu (w dniach 4 i 16 grudnia 2013 r.).

44. Z uzasadnienia decyzji administracyjnej o wykluczeniu wynika bowiem, że instytucja zamawiająca nie oparła się bezpośrednio na skazaniu pana B. wyrokiem karnym, tylko na zbyt późnym i niewystarczającym przekazaniu (przez Mantovani) informacji niezbędnych do wykazania, że przedsiębiorstwo to odcięło się od karalnego zachowania członka jego zarządu. Czynnikiem decydującym było zatem to, że wykonawca nie poinformował w stosowny sposób o skazującym wyroku pana B., co stanowiłoby zgodnie z krajowym orzecnictwem dowód na odcięcie się przedsiębiorstwa od członka zarządu.

45. Mogłoby to zgodnie z rozumowaniem Komisji sugerować, że zastosowana w rzeczywistości podstawa wykluczenia nie mieści się w zakresie art. 45 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/18, choć jest z nim związana. Jednak można by uznać, że zachowanie Mantovaniego może podlegać zakresowi lit. d), czyli polegać na popełnieniu „poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”.

46. Rzeczywiście, mimo że włoskie prawo zawiera podstawę wykluczenia z powodu „poważnego wykroczenia” w art. 38 ust. 1 lit. f) CCP, podstawy tej nie dotyczy pytanie Consiglio di Stato (rady stanu). Jednak nic nie stoi na przeszkodzie temu, by odpowiedź na pytanie prejudycjalne objęła również analizę tego przepisu⁹.

47. Jak wielokrotnie powtarzał Trybunał Sprawiedliwości, „okoliczność, iż sąd odsyłający zadał pytanie prejudycjalne, powołując się wyłącznie na określone przepisy prawa Unii, nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał udzielił temu sądowi wszelkich wskazówek dotyczących wykładni, które mogą być przydatne w rozstrzygnięciu rozpatrywanej przez niego sprawy, niezależnie od tego, czy sąd ten powołał się na nie w treści pytań. W tym względzie Trybunał Sprawiedliwości powinien wywieść z całości informacji przedstawionych mu przez sąd krajowy, a w szczególności z uzasadnienia postanowienia odsyłającego, aspekty prawa Unii, które wymagają wykładni w świetle przedmiotu sporu”¹⁰.

48. Rozumując w podobny sposób, konkretnie już w zakresie dyrektywy 2004/18, Trybunał Sprawiedliwości uznał za stosowne objaśnić sądowi odsyłającemu w wyroku *Croce Amica One Italia*¹¹, że choć sąd ten zdawał się łączyć „zachowanie przedstawiciela prawnego [...] wyłącznie z powodami wykluczenia odnoszącymi się do prawa karnego i które obejmują skazanie prawomocnym wyrokiem, [...] powody wykluczenia przewidziane w art. 45 ust. 2 lit. d) i g) tej dyrektywy przyznają również instytucjom zamawiającym prawo do wykluczenia przedsiębiorcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające [...], przy czym nie jest wymagane, aby przedsiębiorca został skazany prawomocnym wyrokiem”.

⁹ Zgodnie z uwagami wyrażonymi na rozprawie nie istnieją przeszkody procesowe w prawie wewnętrznym, by sąd odsyłający wziął pod uwagę tę część odpowiedzi na pytanie prejudycjalne w celu ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy.

¹⁰ Wyrok z dnia 22 października 2015 r., *Impresa Edilux i SICEF* (C-425/14, EU:C:2015:721), pkt 20 i przytoczone tam orzecnictwo.

¹¹ Wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., C-440/13, EU:C:2014:2435, pkt 28.

49. Przydatne by więc było, aby odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości dotyczyła nie tylko podstawy wykluczenia określonej w art. 45 ust. 2 lit. c) i g) dyrektywy 2004/18 (której dotyczyło pytanie prejudycjalne), ale również podstawy z jej art. 45 ust. 2 lit. d). Ostatecznie chodzi o ustalenie, czy takie uregulowanie prawa krajowego jak to rozpatrywane w sporze głównym jest niezgodne z przytoczonymi przepisami dyrektywy 2004/18.

50. Zdecydowanie jednak twierdzą, że gdyby na pytanie o zgodność włoskiej ustawy z dyrektywą 2004/18 została udzielona odpowiedź twierdząca, sąd krajowy powinien zdecydować, czy w okolicznościach tej sprawy instytucja zamawiająca mogła w sposób ważny wykluczyć Mantovani za to, że nie poinformował o skazującym wyroku karnym byłego członka jego zarządu, który zaprzestał pełnienia funkcji przed upływem roku przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu.

C. Fakultatywne podstawy wykluczenia

51. W kwestii uznania przysługującego instytucjom zamawiającym w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 przypomniałem w mojej opinii w sprawie *Connexion Taxi Services*¹², co Trybunał Sprawiedliwości zaznaczył już w wyroku *La Cascina i in.*¹³ pod rządami dyrektywy 92/50/EWG¹⁴ (której art. 29 miał podobne brzmienie jak art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18), a mianowicie że stosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia jest pozostawione uznaniu państw członkowskich, na co wskazuje sformułowanie „z udziału w zamówieniu można wykluczyć”, które widniało na początku art. 29. Państwa członkowskie nie mogą ustanawiać innych podstaw wykluczenia niż przypadki tam wskazane, jednak art. 29 dyrektywy 92/50 nie wymaga jednolitego stosowania wymienionych tam podstaw wykluczenia.

52. Gdy dyrektywa 2004/18 weszła już w życie, Trybunał Sprawiedliwości kontynuował tę samą linię orzecniczą w wyroku *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*¹⁵, w którym, w pkt 35, powtórzył argumentację z wyroku *La Cascina i in.*¹⁶. Powtórzył, że państwa członkowskie powinny szczegółowo określić warunki wykonania przepisów art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18, zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz z poszanowaniem prawa Unii. Trybunał ponownie zatem potwierdził uprawnienie państw członkowskich do przyjęcia i, jeżeli zechcą, do uelastycznienia kryteriów wykluczenia, co podtrzymał w wyroku z dnia 14 grudnia 2016 r., *Connexion Taxi Services*¹⁷.

53. Jak również podkreślałem we wspomnianej opinii¹⁸, z wyroku *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*¹⁹ wynika, że wykonywanie tego uprawnienia przez państwa nie jest jednak bezwarunkowe. Z jednej strony Unia przywiązuje olbrzymią wagę do swobody przedsiębiorczości oraz swobody przepływu usług, co skłania do jak najszerszego otwarcia dostępu do przetargów, w przypadku którego to celu stosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia mogłoby stanowić przeszkodę. Z drugiej strony słusznie można uzasadniać podstawy wykluczenia względami interesu ogólnego, takimi jak gwarancja wiarygodności, staranności, uczciwości zawodowej i poważnego podejścia oferenta. W celu oceny tych przeciwstawnych celów Trybunał sięga po zasadę proporcjonalności.

¹² Sprawa C-171/15, EU:C:2016:506, pkt 41 i nast.

¹³ Wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. (C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94), pkt 21, 23.

¹⁴ Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1).

¹⁵ Wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., C-358/12, EU:C:2014:2063.

¹⁶ Wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94.

¹⁷ C-171/15, EU:C:2016:948, pkt 29.

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

¹⁹ Wyrok z dnia 10 lipca 2014 r. (C-358/12, EU:C:2014:2063), pkt 29, 31, 32.

D. Konsekwencje popełnienia przez członków zarządu czynów karalnych wynikające dla przedsiębiorstwa biorącego udział w przetargu [art. 45 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/18]

54. Czynnikiem decydującym o (braku) wiarygodności przedsiębiorstwa biorącego udział w rozpatrywanym w tej sprawie przetargu jest karalne zachowanie byłego członka zarządu, gdy jeszcze sprawował on obowiązki związane z zarządzaniem spółką. Czy to przestępstwo może rzutować na spółkę, którą taki członek zarządu kieruje? Odpowiedzi twierdzącej dostarcza samo prawo Unii, zgodnie z przesłanką, że osoby prawne działają tylko poprzez osoby nimi zarządzające. Jest więc logiczne, że na ocenę ich wiarygodności ocenia wpływają czyny karalne popełniane przez osoby odpowiedzialne za ich zarząd.

55. Artykuł 45 ust. 1 in fine dyrektywy 2004/18 pozwala, by żądania udzielenia informacji na temat podstawy wykluczenia (obowiązkowej, nie fakultatywnej) z racji pewnych poważnych przestępstw dotyczyły „osób prawnych lub fizycznych, w tym, stosownie, dyrektorów przedsiębiorstw oraz wszelkich osób posiadających uprawnienia do reprezentowania, decydowania lub sprawowania kontroli nad kandydatem lub oferentem”.

56. Przepis ten pokazuje więc, że określone czyny karalne osób kierujących osobą prawną są w stanie spowodować jej obowiązkowe wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W mojej ocenie nie ma przeszkód, by z punktu widzenia prawa Unii ta zasada rozciągała się (jakkolwiek fakultatywnie) na inne rodzaje przestępstw, czy wręcz na niezgodne z przepisami zachowania członków zarządu osób prawnych, jeżeli odbijają się one na etyce zawodowej tych ostatnich.

57. Wprawdzie art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 nie zawiera, w przeciwieństwie do ust. 1, wyraźnego przepisu, który by tak stanowił, jednak nie sądzę, by ten brak sprawiał, że ustawa krajowa nie może powiązać występowania którejś z fakultatywnych podstaw wykluczenia osób prawnych z niezgodnym z prawem zachowaniem członków ich zarządu.

58. Jak już nadmieniałem, art. 45 ust. 2 akapit ostatni dyrektywy 2004/18 przyznaje państwom członkowskim szeroki zakres uznania przy ustalaniu „warunków wykonania” fakultatywnych podstaw wykluczenia. W wykonaniu tego uprawnienia krajowe uregulowania nadające konkretny kształt niektórym podstawom (np. tym dotyczącym rzetelności przedsiębiorstwa biorącego udział w przetargu) mogą traktować niegodne zachowanie członków zarządu spółki jako istotny czynnik.

59. W tym zakresie i zgodnie z przysługującą państwom członkowskim swobodą nic nie stoi na przeszkodzie temu, by przy ocenie podstaw fakultatywnego wykluczenia prawo wewnętrzne uwzględniało brak odcięcia się przedsiębiorstwa od karalnego zachowania członka jego zarządu, gdy zachowanie to jest „związane z jego działalnością zawodową”. Ustawodawca krajowy, a w danym razie także sąd rozpoznający spór, powinien ocenić, jakie istotne przesłanki lub czynniki można uwzględnić, by ustalić, czy miało miejsce takie odcięcie.

60. Do wspomnianych czynników należą te wymienione przez sąd odsyłający, czyli dobrowolny charakter odcięcia, „przedstawienie działań zwalniających z odpowiedzialności” w większym lub mniejszym wymiarze, zakres czasowy i etap postępowania, na którym powinno nastąpić odcięcie. Pragnę powtórzyć, że to sądy krajowe powinny określić zakres tych czynników, które w rzeczywistości są jedynie „uszczerbowieniami” wprowadzonymi przez ustawodawcę krajowego w celu określenia kształtu fakultatywnej podstawy wykluczenia i dowodów, na podstawie których należy ją sprawdzać²⁰.

²⁰ Odniosę się do dowodów w zakresie art. 45 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przy badaniu podstawy wykluczenia z powodu wykroczeń zawodowych w pkt 75 i nast. niniejszej opinii.

61. Consiglio di Stato (rada stanu) nadaje swemu pytaniu brzmienie podkreślające fakt, że art. 38 ust. 1 lit. c) CCP, po pierwsze, „rozszerza” zakres obowiązku informowania o wyrokach skazujących, rozciągając go na sytuację, w której wyroki dotyczą osób sprawujących wysokie stanowiska w biorących udział w przetargach przedsiębiorstwach; a po drugie, „ustanawia podstawę wykluczenia” ze względu na to, że „przedsiębiorstwo nie wykaże” odcięcia się od karalnego zachowania tych osób.

62. Przedstawione przeze mnie właśnie argumenty skłaniają mnie do stwierdzenia, że dyrektywa 2004/18 nie stawia przeszkód, by krajowy ustawodawca szczegółowo określił w sposób, w jaki uczynił to w CCP, tę fakultatywną podstawę wykluczenia. Nie dostrzegam powodu, dla którego mogłoby to szkodzić swobodom przedsiębiorczości i świadczenia usług. Ponadto chodzi tu o podstawę wykluczenia zmierzającą do ochrony interesu ogólnego, leżącego u podstaw wymagania wiarygodności, staranności i uczciwości zawodowej wykonawców.

63. Zgodnie z tym tokiem rozumowania uważam, że nic znaczącego nie wynika dla sporu z odwołania się przez sąd odsyłający (w sposób cokolwiek ogólny i nieoparty uzasadnieniem) do „zasad prawa Unii: ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa, równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości, zakazu obciążenia postępowania i maksymalnego otwarcia rynku zamówień publicznych na konkurencję [...]”.

64. Wreszcie to, że art. 45 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/18 nie odnosi się wyraźnie do odcięcia się przedsiębiorstwa od przestępstw członków swojego zarządu, nie oznacza, że ustawodawca krajowy nie może zawrzeć tego czynnika w odpowiednim przepisie CCP. Jak już przypominałem, to państwa członkowskie powinny określić „warunki wykonania” art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18 w swoim prawie wewnętrznym.

65. Zatem przepis taki jak art. 38 ust. 1 lit. c) CCP, na którego podstawie można nie dopuścić do udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia przedsiębiorstw, które nie wykażą, że całkowicie i faktycznie odcięły się od określonych przestępstw²¹ popełnionych wcześniej przez członków swego kierownictwa, jest zgodny z prawem Unii.

E. Wykluczenie wykonawcy za nieudzielenie odpowiednich informacji instytucji zamawiającej [art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18]

66. Sąd odsyłający zwraca uwagę na „uznanie instytucji zamawiającej”, które pozwala jej „wprowadzić, w wymiarze faktycznym” (ciężący na przedsiębiorstwach biorących udział w przetargu) obowiązek informowania „nieprzewidziany w ustawie”. Ta instytucja zamawiająca wprowadziła ponadto „obowiązki w zakresie lojalnej współpracy w nieokreślonym kształcie, z wyjątkiem ogólnej klauzuli dobrej wiary”.

67. W zakresie, w jakim spostrzeżenia poczynione przez Consiglio di Stato (radę stanu) wyrażają wątpliwości co do postępowania organu administracji podlegającego jej kontroli sądowej, to ten sąd najwyższego szczebla jest właściwy do tego, by wyciągnąć odpowiednie konsekwencje w prawie wewnętrznym²². Odpowiedź na pytanie prejudycjalne nie powinna wkraczać w zakres właściwości sądów krajowych.

²¹ Zobacz ich wykaz w przypisie 4. Wszystkie dotyczą zachowania zawodowego sprawców.

²² Na rozprawie niektóre strony podnosiły art. 38 ust. 2 i art. 46 CCP jako wyraz ciężącego na wykonawcach obowiązku podania w swoich oświadczeniach instytucji zamawiającej informacji o wyrokach, w których zostali skazani. Do tych samych przepisów odniosła się Consiglio di Stato (rada stanu) w wyroku z dnia 22 grudnia 2014 r., przytoczonym w przypisie 8.

68. Pragnę też przypomnieć, że pytanie prejudycjalne zostało zadane w celu rozstrzygnięcia kwestii braku zgodności krajowej ustawy z dyrektywą 2004/18. Patrząc z tej perspektywy, w odpowiedzi należałoby zbadać treść art. 38 ust. 1 lit. h) CCP, tym razem w związku z art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18.

69. Tymczasem jednak (jak ukazują uwagi prowincji Bolzano) wykluczenie nie było umotywowane wymienioną tam podstawą, tylko tym, że brak informacji ze strony wykonawcy stanowił przesłankę braku odcięcia się przez niego od karalnego zachowania członka zarządu. Zatem nie wydaje się, by naprawdę było konieczne dokonanie wykładni art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, skoro uregulowanie krajowe, w drodze którego transponowano ten konkretny przepis dyrektywy, nie zostało zastosowane w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym.

70. Mimo to uważam, że uregulowaniu krajowemu nie można zarzucić żadnej niezgodności w tej kwestii, gdyż jego brzmienie pokrywa się w istotnym zakresie z uregulowaniem Unii, którego stanowi transpozycję. Obydwa wymagają od wykonawców, by udzielane przez nich instytucji zamawiającej informacje nie wprowadzały w błąd. Artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18 dodaje, że oferentów wykluczyć można nie tylko w obliczu wprowadzenia w błąd, lecz także nieprzekazania informacji dotyczących „kryteriów kwalifikacji podmiotowej” (tytuł II rozdział VII sekcja 2 dyrektywy).

71. Tak czy inaczej nieudostępnienie instytucji zamawiającej wiedzy na temat czynów karalnych byłego członka zarządu mogłoby ponadto – jak zaraz przeanalizuję – stanowić element ocenny w rękach sądu krajowego, służący ustaleniu, czy miało miejsce poważne wykroczenie zawodowe.

F. Wykluczenie wykonawcy za poważne wykroczenie zawodowe [art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18]

72. Choć tej podstawy wykluczenia nie dotyczy, ściśle rzecz biorąc, pytanie Consiglio di Stato (rady stanu), jak już wspomniałem, nic nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał Sprawiedliwości podzielił się z nią przemyśleniami na ten temat. Argumentacja stron na rozprawie skupiała się właśnie na tej kwestii, na wniosek samego Trybunału Sprawiedliwości.

73. „Wykroczenie zawodowe”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18, obejmuje dowolne zawinione zachowanie, mające wpływ na wiarygodność zawodową wykonawcy²³. Pojęcie „poważnego wykroczenia” oznacza zachowanie wykazujące zamiar lub stosunkowo poważne niedbalstwo²⁴. Wyrok skazujący, nawet jeśli nie jest prawomocny²⁵, jest doskonałym wskazaniem do tego, by czyny karalne były oceniane jako poważne wykroczenie zawodowe²⁶. Sam wyrok jest uzasadnionym środkiem obiektywnego ustalenia sposobu, w jaki zarządzano przedsiębiorstwem biorącym udział w przetargu.

74. Na podstawie tych przesłanek, zważywszy na charakter przestępstw, za które został skazany członek zarządu, które bez wątplenia ukazują brak etyki w jego zawodowej działalności gospodarczej, brak odcięcia się przez Mantovani od tego zachowania słusznie mógłby wpasować się w tę podstawę wykluczenia.

23 Mantovani utrzymuje, że w prawie krajowym jedynymi poważnymi wykroczeniami mogącymi spełnić przesłanki art. 38 ust. 1 lit. f) CCP są te, które miały miejsce we wcześniejszych stosunkach z instytucjami zamawiającymi (choć przyznaje, że mogą też obejmować inne obszary, takie jak naruszenia w dziedzinie konkurencji). Nawet gdyby tak było (a prowincja Bolzano odrzuca to twierdzenie), okoliczność ta nie ma wpływu na odpowiedź na pytanie prejudycjalne, które ogranicza się do wykładni art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18, z którego brzmienia jasno wynika, że nie ma takiego ograniczenia. Należy ponadto pamiętać, że Consiglio di Stato (rada stanu) powtarzała już wielokrotnie, że brzmienie art. 38 ust. 1 lit. f) CCP „stanowi powtórzenie [przepisu] wspólnotowego, a zatem czyni istotnymi wszystkie popełnione naruszenia zawodowe” (wyrok sekcji piątej z dnia 20 listopada 2015 r., nr 5299, wydana w sprawie nr 7974 z 2012 r.).

24 Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), pkt 27, 30, 31.

25 W pkt 28 wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r., Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435) Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że w odniesieniu do poważnego wykroczenia zawodowego nie jest wymagane, by wykonawca był skazany prawomocnym wyrokiem.

26 Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), pkt 28.

75. Należy w tym względzie rozróżnić aspekt materialny od aspektu udowodnienia okoliczności faktycznych. W odniesieniu do tego ostatniego art. 45 ust. 3 dyrektywy 2004/18 pomaga określić logikę i systematykę sposobów pozyskiwania informacji, które może stosować instytucja zamawiająca w celu dokonania oceny wiarygodności wykonawcy.

76. Przytoczony przepis wymaga od instytucji zamawiających przyjęcia jako dowodu wymienionych tam metod, w sytuacjach określonych w art. 45 ust. 1 i art. 45 ust. 2 lit. a), b), c), e) i f). Są to sytuacje, w których istnieje (stosunkowo prosta) możliwość urzędowego stwierdzenia danego zachowania, dzięki rejestrom lub zaświadczeniom wystawianym przez instytucje publiczne.

77. Natomiast w pozostałych przypadkach [czyli tych opisanych w art. 45 ust. 2 lit. d) i g) dyrektywy 2004/18] nie istnieje takie uwarunkowanie w zakresie dokumentów. Jest to logiczne, gdyż w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia (poważne wykroczenie zawodowe oraz wprowadzające w błąd oświadczenia lub nieudostępnienie wymaganych informacji) możliwości ich wykazania są bardziej otwarte. Z trudem można by znaleźć w różnych państwach członkowskich jednolitą płaszczyznę, pozwalającą na ujednolicone ustanowienie narzędzi lub mechanizmów urzędowego stwierdzenia takich okoliczności.

78. Jeśli chodzi o fakultatywne podstawy wykluczenia, co do których nie ma przewidzianych urzędowych metod ich stwierdzenia, co ma miejsce w przypadku poważnego wykroczenia zawodowego, pole manewru instytucji zamawiającej nie jest powiązane z żadnym określonym z góry dokumentem lub zaświadczeniem. Tego rodzaju wykroczenie można ocenić na podstawie wiedzy na temat istotnych okoliczności faktycznych, którą instytucja zamawiająca posiada w dowolny sposób.

79. Jeśli chodzi o dowód, nie można zapominać, że w tej sprawie nikt nie kwestionował istnienia, należycie udokumentowanego, skazania (w wyniku dobrowolnego poddania się karze) członka zarządu spółki Mantovani za popełnienie przestępstw mających związek z etyką zawodową, gdy sprawował funkcje kierownicze w tej spółce.

80. Na podstawie tej bezspornej okoliczności sądy krajowe, przed którymi Mantovani występuje ze swymi żądaniami, powinny rozstrzygnąć, czy przedsiębiorstwo uczestniczące w przetargu odcięło się faktycznie i całkowicie od karalnego zachowania członka swojego zarządu. W tym miejscu spór przenosi się zatem na płaszczyznę materialną, oddalając się od kwestii czysto procesowych.

81. W sporze tym należy ocenić postępowanie Mantovani nie tylko pod kątem kwalifikacji stanu faktycznego, lecz również z perspektywy proporcjonalności reakcji instytucji zamawiającej. W tym zakresie istotne znaczenie mógłby mieć element odległości w czasie między karalnym zachowaniem, postępowaniem przedsiębiorstwa i datą ogłoszenia przetargu.

82. Otóż sądzę, że przewidziany w CCP termin (rok poprzedzający datę ogłoszenia o zamówieniu) jest rozsądny do celów oszacowania związku między zachowaniem członka zarządu i przedsiębiorstwem, w odniesieniu do działań bezpośrednio poprzedzających postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia. Ponadto termin ten nie oznacza bezwzględnej domniemania związków spółki z działalnością członka zarządu, gdyż dopuszcza przedstawienie przez nią świadectwa na faktyczne i całkowite odcięcie się od niego.

83. Wreszcie nie uważam, by uprawnienia ocenne przyznane przez uregulowanie krajowe instytucji zamawiającej musiały prowadzić do niewspółmiernych konsekwencji. Przeciwnie, w mojej ocenie w art. 38 ust. 1 lit. c) CCP zachowano niezbędną harmonię między użytymi środkami a zamierzonym celem, niepolegającym na niczym innym jak na wyeliminowaniu z tych postępowań wykonawców niegodnych zaufania, dlatego, że właśnie nie odcięli się od wcześniejszego karalnego zachowania członków swego zarządu w określonych ramach czasowych.

84. No i w końcu wykluczenie wykonawcy nie jest automatyczne²⁷, tylko następuje po starannej ocenie *ad casum*, którą powinna przeprowadzić instytucja zamawiająca. Wykonawcy nie stawia się też w sytuacji zagrażającej obronie jego pozycji prawnej, gdyż istnieje możliwość skutecznej kontroli sądowej w przedmiocie wykonania przez organ administracji swego uprawnienia do oceny spełnienia wymogów zawodowych przez wykonawcę.

85. Podsumowując, nie dostrzegam podstaw do stwierdzenia braku zgodności z prawem Unii uregulowania krajowego, którego dotyczy pytanie sądu odsyłającego.

VI. Wnioski

86. W świetle powyższych rozważań proponuję udzielenie następującej odpowiedzi Consiglio di Stato (radzie stanu, Włochy):

Artykuł 45 ust. 2 lit. c), d) i g) oraz art. 45 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie stoi na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które pozwala, by instytucja zamawiająca:

- wzięła pod uwagę skazujący wyrok karny orzeczony wobec członka zarządu przedsiębiorstwa biorącego udział w przetargu, za przestępstwo związane z jego działalnością gospodarczą, gdy zaprzestał on pełnienia funkcji w roku poprzedzającym publikację ogłoszenia o zamówieniu, choć wyrok nie był wówczas prawomocny,
- wykluczyła z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia to przedsiębiorstwo za to, że całkowicie i faktycznie nie odcięło się od zachowania członka zarządu, w odniesieniu do którego orzeczono karę.

²⁷ Z wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), pkt 31 wynika, że automatyzm (jeżeli chodzi o wykluczenie oferenta odpowiedzialnego za poważne wykroczenia) może wykraczać poza zakres swobodnego uznania przyznany państwom członkowskim w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18.