Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 16 maja 2018 r.[1]

Sprawa C-124/17

Vossloh Laeis GmbH
przeciwko
Stadtwerke München GmbH

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Vergabekammer Südbayern (izbę ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii, Niemcy)]

Pytanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Postępowanie – Dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE – Podstawy wykluczenia – Spoczywający na wykonawcy obowiązek współpracy z instytucją zamawiającą w celu wykazania swojej rzetelności przed upływem okresu wykluczenia – Pojęcie „organów śledczych" – Obliczanie maksymalnego okresu wykluczenia

1. Wykonawca może zostać tymczasowo wykluczony z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli dopuścił się jednego z czynów, o których mowa w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE[2]. Wspomniany okres wykluczenia może jednak zostać skrócony, jeżeli wykonawca wykaże przed instytucją zamawiającą, że pomimo wcześniejszego naruszenia zasługuje na ponowne uznanie za rzetelnego wykonawcę.

2. Ustęp 6 tego artykułu stanowi między innymi, że w celu wykazania swojej rzetelności wykonawca musi „wyczerpująco wyjaśni[ć] fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z *organami śledczymi*"[3]. Znaczna część sporu dotyczy wykładni tego zwrotu.

3. Transponując dyrektywę 2014/24 do prawa krajowego, niemiecki ustawodawca przewidział, że wykonawca powinien współpracować nie tylko z organami śledczymi, lecz także z instytucją zamawiającą.

4. W tym kontekście Vergabekammer Südbayern (izba ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii, Niemcy) zwróciła się do Trybunału z dwoma dotychczas nierozpatrywanymi pytaniami:

– Po pierwsze, izba zmierza do ustalenia, czy wymóg współpracy (z instytucją zamawiającą) dodany przez ustawodawcę krajowego jest zgodny z prawem Unii.

– Po drugie, izba pyta, jaki jest dzień rozpoczęcia biegu maksymalnego okresu (trzy lata wykluczenia) przewidzianego w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24, w przypadku gdy w prawomocnym wyroku nie określono żadnego terminu, a bieg terminu ma się rozpocząć od „daty odnośnego zdarzenia".

1 Język oryginału: hiszpański.

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

3 Wyróżnienie moje.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2014/24

5. Motyw 102 stanowi:

„Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak to państwom członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym”.

6. Artykuł 57 (zatytułowany „Podstawy wykluczenia”) stanowi:

„1. Instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się jednego z następujących czynów:

a) udziału w organizacji przestępczej […];

b) korupcji […];

c) nadużycia finansowego […];

d) przestępstw terrorystycznych lub przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, […] bądź podżegania do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia przestępstwa […];

e) prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu […];

f) pracy dzieci i innych form handlu ludźmi […].

[…]

2. Z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że […] naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej […].

Ponadto instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że […] naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne.

Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

[…]

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

a) gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2;

b) jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych;

c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość;

d) jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji;

e) jeżeli za pomocą mniej inwazyjnych środków nie można skutecznie zlikwidować konfliktu interesów w rozumieniu art. 24;

f) jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków;

g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji;

h) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59; lub

i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Niezależnie od lit. b) akapitu pierwszego, państwo członkowskie może wymagać lub przewidzieć możliwość, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o niewykluczaniu wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o których mowa w tej literze, gdy stwierdzi ona, że dany wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej w przypadku sytuacji, o których mowa w lit. b).

[…]

6. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący.

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4”.

2. Dyrektywa 2014/25/UE[4]

7. Zgodnie z art. 77 (zatytułowanym „Systemy kwalifikowania”):

„1. Podmioty zamawiające mogą, według swojego uznania, ustanowić i stosować system kwalifikowania wykonawców.

Podmioty zamawiające, które ustanawiają lub stosują system kwalifikowania, zapewniają wykonawcom możliwość wystąpienia w dowolnym momencie z wnioskiem o zakwalifikowanie.

2. System kwalifikowania, o którym mowa w ust. 1, może obejmować różne etapy.

4 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243).

Podmioty zamawiające ustalają obiektywne zasady i kryteria wykluczenia oraz kwalifikacji wykonawców wnioskujących o zakwalifikowanie oraz obiektywne kryteria i zasady funkcjonowania systemu kwalifikowania, regulujące kwestie, takie jak wpis do systemu, ewentualna okresowa aktualizacja kwalifikacji oraz okres obowiązywania systemu.

W przypadku gdy wspomniane kryteria i zasady obejmują specyfikacje techniczne, zastosowanie mają art. 60–62. Kryteria i zasady mogą być, w razie potrzeby, aktualizowane.

[…]".

8. Zgodnie z art. 80 (zatytułowanym „Stosowanie podstaw wykluczenia oraz kryteriów kwalifikacji przewidzianych w dyrektywie 2014/24/UE"):

„1. Obiektywne zasady i kryteria wykluczenia i kwalifikacji wykonawców ubiegających się o zakwalifikowanie do systemu kwalifikowania, jak również obiektywne zasady i kryteria wykluczenia i kwalifikacji kandydatów i oferentów w ramach procedury otwartej, procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, mogą obejmować podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach w nim określonych.

Jeżeli podmiot zamawiający jest instytucją zamawiającą, wspomniane kryteria i zasady obejmują podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach określonych w tym artykule.

Jeżeli wymagają tego państwa członkowskie, wspomniane kryteria i zasady obejmują ponadto podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach określonych w tym artykule.

[…]".

B. Prawo krajowe. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawa o zwalczaniu ograniczeń konkurencji)[5].

9. Paragraf 124 stanowi:

„(1) Przestrzegając zasady proporcjonalności, instytucje zamawiające mogą w dowolnym momencie wykluczyć przedsiębiorstwo z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku gdy:

[…]

3. w ramach swojej działalności przedsiębiorstwo dopuściło się udowodnionego poważnego naruszenia, które podaje w wątpliwość jego rzetelność […];

4. instytucja zamawiająca ma dostatecznie wiarygodne dowody, aby stwierdzić, że przedsiębiorstwo zawarło z innymi przedsiębiorstwami umowy, których celem lub skutkiem jest utrudnienie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji,

[…]".

5 W brzmieniu opublikowanym w dniu 26 czerwca 2013 r. (BGBl. I, s. 1750, 3245), ostatnio zmieniona ustawą z dnia 13 października 2016 r. (BGBl. I, s. 2258). Zwana dalej „GWB".

10. Paragraf 125 stanowi:

„(1) Instytucje zamawiające nie mogą wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwa, u którego występuje podstawa wykluczenia zgodnie z § 123 lub § 124, jeżeli przedsiębiorstwo to wykaże, że:

1. zapłaciło odszkodowanie z tytułu szkód spowodowanych w wyniku przestępstwa lub wykroczenia lub zobowiązało się do zapłaty takiego odszkodowania,

2. wyczerpująco wyjaśniło fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi i z instytucją zamawiającą; oraz

3. podjęło konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, aby zapobiec nowemu przestępstwu lub nowemu wykroczeniu.

[…]”.

11. Zgodnie z § 126:

„Jeżeli przedsiębiorstwo, u którego występuje podstawa wykluczenia, nie podjęło żadnych środków naprawczych lub podjęło niewystarczające środki naprawcze w rozumieniu § 125, może ono:

1. zostać, w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia przewidzianej w § 123, wykluczone z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez okres maksymalnie pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem,

2. zostać, w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia przewidzianej w § 124, wykluczone z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez okres maksymalnie trzech lat od daty odnośnego zdarzenia”.

II. Okoliczności faktyczne

12. Stadtwerke München GmbH (zwana dalej „Stadtwerke München” lub „instytucją zamawiającą”) ustanowiła w 2011 r. „system kwalifikowania” w rozumieniu art. 77 dyrektywy 2014/25, którego celem był wybór przedsiębiorstw dostarczających elementy szyn [6].

13. W dniu 4 listopada 2016 r. spółka Vossloh Laeis GmbH została wykluczona ze wspomnianego systemu, gdyż w dniu 9 marca 2016 r. została ona ukarana grzywną przez Bundeskartellamt (niemiecki urząd ochrony konkurencji) z powodu kilkuletniego udziału w kartelu działającym do wiosny 2011 r.

14. Jednym z poszkodowanych uzgodnionymi praktykami członków kartelu była sama Stadtwerke München, która w związku z tym wniosła pozew cywilny przeciwko Vossloh Laeis, żądając odszkodowania za poniesione szkody.

15. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym Vossloh Laeis nie współpracowała z instytucją zamawiającą w celu wyjaśnienia naruszeń przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję. W szczególności:

— Po wykryciu kartelu w 2011 r. Vossloh Laeis nie zwróciła się do instytucji zamawiającej ani nie podjęła żadnych działań w celu wyczerpującego wyjaśnienia faktów.

6 Następnie decyzją z dnia 28 grudnia 2016 r. sporny system kwalifikowania został zniesiony.

— Dopiero w 2016 r. spółka przestała zaprzeczać swojemu udziałowi w uzgodnionych praktykach wobec instytucji zamawiającej, przy czym zaznaczyła, że odwołała się od decyzji o nałożeniu kary oraz przedstawiła podjęte środki organizacyjne i kadrowe w celu wyjaśnienia faktów oraz zapobieżenia powtórzeniu się takim praktykom w przyszłości. Dodała, że naprawi szkody spowodowane swoim bezprawnym zachowaniem.

16. Jednak Vossloh Laeis odmówiła przekazania instytucji zamawiającej decyzji o nałożeniu kary, aby instytucja ta mogła zbadać ową decyzję. Odmówiła również współpracy z instytucją zamawiającą w celu wyjaśnienia popełnionego naruszenia, stwierdzając, że jej współpraca z urzędem ochrony konkurencji była wystarczająca.

17. Sąd odsyłający nie kwestionuje (ponieważ zostało to stwierdzone w decyzji o nałożeniu kary), że Vossloh Laeis współpracowała w sposób ciągły i nieograniczony z niemieckim urzędem ochrony konkurencji w toczącym się przed nim postępowaniu.

18. Instytucja zamawiająca uznała, że wyjaśnienia Vossloh Laeis nie wykazały, iż spółka ta podjęła wystarczające środki naprawcze w rozumieniu § 125 GWB. W związku z tym w dniu 4 listopada 2016 r. ostatecznie powiadomiła ją o wykluczeniu z systemu kwalifikowania ze skutkiem natychmiastowym.

19. Vossloh Laeis odwołała się od tej decyzji do Vergabekammer Südbayern (izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii), która wystąpiła do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

III. Pytanie prejudycjalne

20. Pytania prejudycjalne są następujące:

„a) Czy przepis prawa państwa członkowskiego, według którego warunkiem skuteczności wskazania przez wykonawcę podjętych środków naprawczych jest to, że wyczerpująco wyjaśnia on fakty i okoliczności związane z przestępstwem lub wykroczeniem oraz powstałą w wyniku tego szkodą, aktywnie współpracując nie tylko z organami śledczymi, lecz również z instytucją zamawiającą, jest zgodny z postanowieniami art. 80 dyrektywy 2014/25/UE w związku z art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE?

b) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie a): czy art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE należy w związku z tym interpretować w ten sposób, że w każdym razie dany wykonawca – dla uznania skuteczności podjętych przez niego środków naprawczych – jest zobowiązany wobec instytucji zamawiającej do udzielenia wyjaśnień na temat okoliczności faktycznych w takim zakresie, aby instytucja ta mogła sama ocenić, czy podjęte środki (techniczne, organizacyjne i kadrowe, a także rekompensata szkody) są odpowiednie i wystarczające?

c) W przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia, które uregulowano w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, maksymalny okres lub termin wykluczenia wynosi, zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE, trzy lata od daty odnośnego zdarzenia. Czy pod pojęciem »odnośnego zdarzenia« należy rozumieć zaistnienie wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE podstaw wykluczenia, czy też chodzi tu o moment, od którego instytucja zamawiająca dysponuje pewną i potwierdzoną wiedzą o wystąpieniu podstawy wykluczenia?

d) Czy w związku z powyższym, w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE, wynikającej z udziału wykonawcy w kartelu, odnośnym zdarzeniem w rozumieniu art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE jest zaprzestanie udziału w kartelu lub też uzyskanie przez instytucję zamawiającą pewnej i potwierdzonej wiedzy o jego udziale w kartelu?".

IV. Postępowanie przed Trybunałem i stanowiska stron

21. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału w dniu 10 marca 2017 r.

22. Uwagi pisemne zostały złożone przez Vossloh Laeis, Stadtwerke München, rządy niemiecki, grecki, węgierski i polski, a także przez Komisję, z których wszyscy, z wyjątkiem Stadtwerke München i rządu polskiego, stawili się na rozprawie publicznej w dniu 21 lutego 2018 r.

V. Analiza

23. Na wstępie, mimo że żadna ze stron tego nie zakwestionowała, należy przypomnieć, że kwalifikacja Vergabekammer Südbayern (izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii) jako sądu w rozumieniu art. 267 TFUE została uznana przez Trybunał w wyroku z dnia 27 października 2016 r., Hörmann Reisen [7].

24. Cztery podniesione w niniejszej sprawie pytania można podzielić na dwie części. W pytaniach pierwszym i drugim chodzi o wyjaśnienie, czy wykonawca jest zobowiązany do współpracy wymaganej na podstawie art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24 (w celu ustalenia rzetelności wykonawcy, którego dotyczy jedna z podstaw wykluczenia przewidzianych w ust. 1 i 4 tego przepisu) wyłącznie z „organem śledczym", czy także z „instytucją zamawiającą", jeżeli, w tym ostatnim przypadku, takie jest brzmienie ustawodawstwa krajowego danego państwa członkowskiego.

25. Pozostałe dwa pytania dotyczą okresu wykluczenia, któremu może zostać poddany wykonawca, który nie podjął środków naprawczych przewidzianych w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24. Dokładniej, konieczne jest sprecyzowanie pojęcia „odnośnego zdarzenia", o którym mowa w pkt 7 tego przepisu, jako dnia rozpoczęcia biegu terminu.

A. Pojęcie „organów śledczych" w rozumieniu art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24 (pytania pierwsze i drugie)

1. Zwięzłe przedstawienie argumentów stron

26. Vossloh Laeis twierdzi, że niemiecka ustawa, która wymaga aktywnej współpracy z instytucją zamawiającą, wprowadziła warunek dodatkowy w stosunku do środków naprawczych, jako że art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24 odnosi się jedynie do aktywnej współpracy z organami śledczymi.

27. Zdaniem spółki pojęcia „instytucji zamawiającej" i „organu śledczego" odnoszą się w prawie Unii do różnych podmiotów o odmiennych funkcjach: instytucja zamawiająca udziela zamówienia publiczne, natomiast zadaniem organu śledczego jest przeprowadzenie dochodzenia w przedmiocie przestępstwa lub, ogólnie, wszelkich naruszeń.

7 Wyrok C-292/15, EU:C:2016:817, pkt 29.

28. Vossloh Laeis twierdzi, że art. 57 dyrektywy 2014/24 rozróżnia z jednej strony środki naprawcze podjęte przez wykonawcę, a z drugiej strony dowody ich skuteczności. Logika tego przepisu tkwi w założeniu, że wykonawca musi podjąć konieczne środki naprawcze, a następnie, jeżeli bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w trybie przetargu lub kwalifikacji wstępnej), musi udowodnić instytucji zamawiającej, że środki te okazały się skuteczne. Spółka uważa, że ustawodawca niemiecki odszedł od tego systemu, rozwijając wymóg współpracy, co jest sprzeczne z dyrektywą 2014/24.

29. Stanowisko Vossloh Laeis co do istoty popiera również rząd grecki.

30. Natomiast zdaniem Stadtwerke München oraz rządów niemieckiego i węgierskiego fakt, że niemieckie ustawodawstwo nie transponowało dosłownie brzmienia art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, nie stanowi problemu. Ich zdaniem poprzez dodanie odniesienia do instytucji zamawiającej wzięto pod uwagę, że w prawie niemieckim wyrażenie „organy śledcze" może być interpretowane jako odnoszące się wyłącznie do organów odpowiedzialnych za ściganie przestępstw. W celu uniknięcia niedostatecznej transpozycji istotne było, aby wyrażenie to zostało użyte w jego najszerszym znaczeniu, co spowodowało, że ustawodawca krajowy zaznaczył, iż wykonawca jest zobowiązany do jednoczesnej współpracy z „organami śledczymi" w ścisłym tego słowa znaczeniu i z instytucją zamawiającą jako „organem śledczym" w szerokim znaczeniu tego słowa. Organ ten również „prowadzi dochodzenie", kiedy zgodnie z art. 57 ust. 5 i 6 dyrektywy 2014/24 bada, czy oferenta dotyczy fakultatywna podstawa wykluczenia lub czy spełnia on kryteria w zakresie środków naprawczych.

31. Jednak podczas rozprawy przedstawiciel rządu niemieckiego sprecyzował swoje początkowe stanowisko w ten sposób, że odniesienie do organów ścigania i instytucji zamawiającej w przepisach krajowych nie ma na celu powielenia tego samego obowiązku.

32. Stadtwerke München uważa, że nawet przy założeniu, że rozszerzenie obowiązku współpracy nie jest objęte art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, prawo Unii nie sprzeciwia się przyjęciu przez państwa członkowskie bardziej rygorystycznych środków w tym zakresie. Wynika to z ducha, celu i funkcji podstaw wykluczenia w dziedzinie zamówień publicznych.

33. W związku z tym Stadtwerke München podkreśla, że rozwiązanie wybrane przez ustawodawcę krajowego jest przejrzyste i niedyskryminujące. Ponadto dyrektywa nie zakazuje wyraźnie przyjmowania bardziej rygorystycznych środków. Wreszcie, udział instytucji zamawiających w procesie naprawczym jest również konieczny, ponieważ to do nich należy sprawdzenie, czy wykonawcy powinni zostać wykluczeni z postępowania, a jeśli tak, to także zweryfikowanie podjętych środków naprawczych.

34. Zdaniem Komisji, w przeciwieństwie do pojęcia „instytucji zamawiającej", które zostało użyte w art. 2 ust. 1 dyrektywy 2014/24, pojęcie „organu śledczego" nie zostało zdefiniowane ani w tej dyrektywie, ani w dyrektywie 2014/25. Komisja uważa, że mimo iż ten sam organ może występować zarówno jako instytucja zamawiająca, jak i jako organ śledczy, nie wydaje się, aby odniesienie do organu śledczego zawarte w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 dotyczyło instytucji zamawiającej.

35. Zdaniem Komisji z wykładni systemowej przepisu wynika, że poza współpracą z organami śledczymi istnieje również obowiązek współpracy z instytucją zamawiającą, chociaż jest to obowiązek innego typu. W każdym razie współpraca z oboma organami nie powinna prowadzić do powielania lub powtarzania tych samych obowiązków.

36. Komisja uważa także, że współpraca wymagana z każdym organem ma swoją własną specyfikę, to znaczy nie jest identyczna. Cel, do jakiego dążą organy śledcze podczas prowadzenia postępowań (w celu wykrycia naruszeń), różni się od badania, które przeprowadzają instytucje zamawiające (w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy). W pierwszym przypadku chodzi o ustalenie winy stron w odniesieniu do przeszłych zdarzeń. W drugim przypadku chodzi o przeprowadzenie analizy ryzyka, które w przyszłości może wiązać się z udzieleniem zamówienia publicznego konkretnemu oferentowi.

2. Ocena

37. Artykuł 57 dyrektywy 2014/24 przewiduje szereg podstaw wykluczenia wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Ustęp 1 wspomnianego artykułu zawiera podstawy obligatoryjne („instytucje zamawiające *wykluczają*"), a ust. 4 – podstawy fakultatywne („instytucje zamawiające *mogą wykluczyć*").

38. Podstawy fakultatywne zawierają między innymi zachowania o znamionach zmowy, o których mowa w lit. d): „jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji", może odmówić mu udziału w jednym z takich postępowań.

39. O ile takie wykluczenie nie zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem – w którym to przypadku jego czas trwania jest określony w orzeczeniu – wykonawca może skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, tzn. zakończyć *normalny* okres wykluczenia [8], zanim upłynie on w całości.

40. Aby skorzystać z tej możliwości, wykonawca musi udowodnić, że „pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia" (art. 57 ust. 6 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24) jego późniejsze zachowanie świadczy o tym, że stał się on „rzetelny". Do „wykazania jego rzetelności" (ibidem), „może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające" (ibidem) do tego celu.

41. Rzetelność, o której mowa w przepisie, jest cechą, przy ocenie której instytucja zamawiająca musi bezwzględnie przestrzegać wytycznych zawartych w akapicie drugim wspomnianego ust. 6. Instytucja zamawiająca może uznać, że rzetelność została udowodniona, tylko jeżeli wykonawca: a) zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem, które stanowiło podstawę wykluczenia wykonawcy, lub zobowiązał się do ich rekompensaty; b) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności; oraz c) podjął konkretne środki (techniczne, organizacyjne i kadrowe), które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom.

42. Wątpliwości sądu odsyłającego dotyczą jedynie drugiego z tych warunków i opierają się na rozbieżności między art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24 (zgodnie z którym wykonawca musi udowodnić, że „wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi") i § 125 ust. 1 pkt 2 GWB (w świetle którego aktywna współpraca musi się odbywać z „organami śledczymi i [z] instytucją zamawiającą").

43. Odniesienie do „instytucji zamawiającej" zostało dodane do wprowadzonego przez prawodawcę Unii odniesienia do „organów śledczych" w celu, według Stadtwerke München, uniknięcia wykładni zawężającej art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, która to wykładnia ograniczyłaby spoczywający na wykonawcy obowiązek współpracy wyłącznie do współpracy z „organami śledczymi" w ścisłym tego słowa znaczeniu (to jest z instytucjami, które ścigają przestępstwa lub wykroczenia), zapominając, że w znaczeniu szerokim instytucja zamawiająca również *prowadzi dochodzenie*, kiedy bada, czy wykonawcy dotyczy jedna z podstaw wykluczenia lub czy mimo to udowodnił on swoją rzetelność.

8 Maksymalny czas trwania tego okresu, zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24, jeżeli brak jest prawomocnego wyroku, wynosi pięć lat lub trzy lata, w zależności od przesłanek wskazanych w tym przepisie.

44. Nie uważam jednak, że istnieje ryzyko wystąpienia nieporozumienia w związku z zarzucanym brakiem precyzji art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24 w jej różnych wersjach językowych.

45. W wersji niemieckiej użyto wyrażenia „Ermittlungsbehörden", które dokładnie odpowiada wyrażeniu użytemu w innych wersjach, to jest w wersji hiszpańskiej („autoridades investigadoras"), angielskiej („investigating authorities"), francuskiej („autorités chargées de l'enquête"), włoskiej („autorità investigative"), portugalskiej („autoridades responsáveis pelo inquérito") lub niderlandzkiej („onderzoekende autoriteiten"). Ponadto we wszystkich wersjach organy i władze udzielające zamówień publicznych lub organizujące postępowania o udzielenie zamówień również są nazywane jednoznacznymi określeniami: „poder adjudicador" w wersji hiszpańskiej i „öffentliche Auftraggeber" w wersji niemieckiej.

46. Problem nie dotyczy zatem braku precyzji zawartych w art. 57 dyrektywy 2014/24 wyrażeń użytych do nazwania *organów* o różnym charakterze. Rzecz w tym, że przepis ten przyznaje także instytucjom zamawiającym niektóre *funkcje* o konotacjach śledczych. Na przykład:

— Zgodnie z ust. 1 tego artykułu instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę, „gdy *stwierdzą* […] lub zdobyły informację, że w stosunku do […] wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z [określonego] powodu".

— Podobnie ust. 2 akapit drugi odnosi się do przypadku, gdy „instytucja zamawiająca *może* za pomocą dowolnych stosownych środków *wykazać*, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne".

— Wreszcie, inne przypadki wymienione w ust. 4 wymagają pewnej działalności *śledczej*[9] instytucji zamawiających. Na przykład zgodnie z lit. c) instytucja zamawiająca „może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość".

47. Moim zdaniem wykonywanie wspomnianych funkcji nie powoduje, że instytucja zamawiająca staje się jednym z „organów śledczych", o których mowa w art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24.

48. Z pewnością instytucja zamawiająca musi wykazać się niemożliwą do zaniechania działalnością śledczą (w znaczeniu wskazanym powyżej), aby sprawdzić, czy występują podstawy wykluczenia określone w art. 57 ust. 1 i 4 dyrektywy 2014/24. Jednak w świetle ust. 6 tego przepisu instytucja zamawiająca nie ma *samodzielnie* i w każdym przypadku *stwierdzić* okoliczności faktycznych, które mogą spowodować wykluczenie, lecz po wykluczeniu wykonawcy ma *ocenić dowody przedstawione przez* wykonawcę, który twierdzi, że stał się ponownie rzetelny.

49. Rola instytucji zamawiającej w tej ocenie dowodów jest zatem *bierna*, w przeciwieństwie do *aktywnej* roli wykonawcy. Wykonawca musi dostarczyć dowodów, w przedmiocie których instytucja zamawiająca wyda decyzję, przy czym pragnę powtórzyć, że w tym celu nie jest niezbędne, aby zawsze przeprowadzała ona stosowne działania dochodzeniowe (lub śledcze).

50. Wykonawca, który twierdzi, że stał się ponownie rzetelny, musi wykazać między innymi, że „wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi". Logicznie rzecz biorąc, musi to udowodnić przed instytucją zamawiającą, to znaczy przed organem, który po dokonaniu oceny dowodów podejmie decyzję, czy oferent wystarczająco wykazał swoją rzetelność i w związku z tym może zostać ponownie dopuszczony do postępowań o udzielenie zamówienia.

9 Używam tego przymiotnika w jego znaczeniu procesowym, to znaczy związanym z postępowaniem, które organ śledczy wszczyna z urzędu, przedstawiając dowody oskarżenia lub dowody obrony dotyczące danego czynu.

51. W ujęciu ogólnym „organy śledcze”, o których mowa w art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24, nie będą pokrywały się z instytucjami zamawiającymi. Oferent (lub przedsiębiorstwo, które zamierza zostać objęte systemem kwalifikowania, tak jak w tym przypadku) musi wykazać przed instytucjami zamawiającymi, że aktywnie i wyczerpująco współpracował z organami śledczymi w celu wyjaśnienia okoliczności faktycznych. Jednak współpraca ta siłą rzeczy musi dotyczyć instytucji innej niż sama instytucja zamawiająca: w innym przypadku byłaby to okoliczność faktyczna znana instytucji zamawiającej, która nie wymaga żadnego dowodu.

52. Sekwencja czasowa działań, o których mowa w art. 57 ust. 6, potwierdza ten wniosek. Wykonawca musi wykazać przed instytucją zamawiającą okoliczności faktyczne, które miały miejsce w przeszłości, to znaczy w okresie, który nastąpił przed okresem, w którym wykonawca ubiega się o uznanie przez instytucję zamawiającą, że stał się ponownie rzetelny.

53. W związku z tym odszkodowanie za wyrządzone szkody musiało zostać zapłacone lub wykonawca musiał się zobowiązać do jego zapłaty, podobnie jak musiały zostać już podjęte środki odpowiednie dla zapobiegania dalszym naruszeniom. Z tego samego powodu wyjaśnienia (dotyczące faktów i okoliczności czynu będącego podstawą do wykluczenia) musiały w odpowiednim czasie zostać złożone przed organem, którym nie może być instytucja zamawiająca, przed którą należy tylko wykazać, że wyjaśnienia te – dotyczące zapłaty odszkodowania lub podjęcia odpowiednich środków – zostały już złożone.

54. Tak dalece sięga moim zdaniem najbardziej wiarygodna interpretacja art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24. I jest to właśnie interpretacja najbardziej pasująca do niniejszej sprawy, w której zachowanie będące podstawą wykluczenia (udział przedsiębiorstwa w kartelu) zostało ocenione i ukarane przez „organ śledczy”: Bundeskartellamt (niemiecki organ ochrony konkurencji).

55. W tej sytuacji nie ma sensu powielać obowiązku współpracy poprzez dodanie obowiązku współpracy z instytucją zamawiającą, co miałoby miejsce, gdyby wykonawca, który po tym, jak został wykluczony, ubiegając się o uznanie go ponownie za rzetelnego wykonawcę, byłby zmuszony do wyjaśnienia tych samych faktów i tych samych okoliczności przed dwoma różnymi organami.

56. Można by jednak twierdzić (jak podnosi Stadtwerke München), że prawo Unii nie sprzeciwia się wprowadzeniu przez państwa członkowskie bardziej rygorystycznych kryteriów, aby wykonawcy wykazali swoją rzetelność wypracowaną w okresie wykluczenia. W związku z tym można by wymagać od wykonawców, aby oprócz współpracy z organami śledczymi współpracowali również z instytucją zamawiającą.

57. Tezę tę potwierdzają argumenty, których nie można lekceważyć. Po pierwsze, zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 „państwa członkowskie określają […] warunki wykonania niniejszego artykułu”. Po drugie, Trybunał orzekł[10] w odniesieniu do fakultatywnych podstaw wykluczenia[11], że dyrektywa w sprawie zamówień publicznych „nie ma na celu jednolitego stosowania na poziomie Unii […], ponieważ państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia lub też do włączenia ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od przypadku, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego”.

10 Wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, pkt 31).

11 O których mowa w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114). Przypominam jednak, że art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 odnosi się do „sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4 [art. 57]”, to znaczy do obligatoryjnych i fakultatywnych podstaw wykluczenia.

58. Moim zdaniem byłoby to możliwe tylko wtedy, gdyby była to współpraca inna niż ta, którą należy się wykazać wobec organów śledczych. Można zatem stwierdzić, że współpraca z instytucją zamawiającą, przewidziana w § 125 ust. 1 pkt 2 GWB, nie ma takiego samego celu jak współpraca z organami śledczymi wymagana od wykonawcy, lecz dotyczy zachowań, których zbadanie jako podstawy wykluczenia jest przedmiotem osądu i oceny instytucji zamawiającej.

59. Z tego punktu widzenia przepis § 124 ust. 4 GWB[12] miałby sens: wykonawca musi aktywnie współpracować z instytucją zamawiającą, aby: (i) wyjaśnić fakty i okoliczności, które mogły doprowadzić instytucję zamawiającą do zastosowania podstawy wykluczenia, której ocena jest jej obowiązkiem; oraz (ii) przekonać instytucję zamawiającą, że mimo to można ponownie uznać go za rzetelnego wykonawcę.

60. Gdyby natomiast interpretować przepis krajowy w ten sposób, że wykonawca musi współpracować w jednakowy sposób (a zatem podwójnie) z instytucją zamawiającą i z organami śledczymi w celu wyjaśnienia tych samych faktów i okoliczności w odniesieniu do tej samej podstawy wykluczenia, prowadziłoby do skutku, który nie wydaje mi się zgodny z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24:

— Po pierwsze, spowodowałoby to powielenie obowiązków wymaganych wobec podmiotów, które, tak jak organy śledcze i instytucje zamawiające, pełnią różne funkcje.

— Po drugie, wykonawca może zostać postawiony w sytuacji niemal pozbawionej możliwości obrony, gdy, w okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie, instytucja zamawiająca twierdzi, że poniosła szkody wynikające z bezprawnego zachowania, które stanowiło podstawę wykluczenia wykonawcy, w związku z czym instytucja zamawiająca żąda odszkodowania[13].

61. W rzeczywistości takie powielanie obowiązków nie uwzględnia różnic między funkcjami organów śledczych w dziedzinie ochrony konkurencji i funkcjami instytucji zamawiających. Ponadto, gdyby jedna z instytucji zamawiających musiała ocenić, czy okoliczności faktyczne, które jej zdaniem spowodowały jej szkodę, zostały lub nie zostały należycie wyjaśnione, a zatem nie będąc ograniczona do stwierdzenia, czy wykonawca wyczerpująco współpracował z organami śledczymi w celu wyjaśnienia tych okoliczności, mogłaby ona nie być najwłaściwszą osobą do tego, by rozpatrzyć wniosek o uznanie go ponownie za rzetelnego wykonawcę przy zachowaniu wymaganej neutralności i bezstronności.

B. Pojęcie „odnośnego zdarzenia” w rozumieniu art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 (pytania trzecie i czwarte)

62. Zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 „państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności”.

63. Państwa członkowskie nie mają jednak całkowitej swobody w tym zakresie, ponieważ wspomniany przepis ustanawia pewne ograniczenia dotyczące maksymalnej długości tego okresu. Ściślej rzecz biorąc:

— Jeżeli okres wykluczenia został określony w prawomocnym wyroku, w każdym przypadku należy go przestrzegać.

12 Na podstawie tego przepisu możliwe jest wykluczenie przedsiębiorstwa, gdy instytucja zamawiająca ma dostatecznie wiarygodne dowody, aby stwierdzić zawarcie porozumień kartelowych.

13 Wymagana od wykonawcy współpraca z instytucją zamawiającą mogłaby wyrządzić szkodę wykonawcy, gdy, tak jak w niniejszej sprawie, oba podmioty są stronami w postępowaniu cywilnym wszczętym przez instytucję zamawiającą, która twierdzi, że oferent wyrządził jej szkodę swoim czynem (udziałem w kartelu) stanowiącym podstawę wykluczenia, w związku z którym wykonawca ubiega się o uznanie go ponownie za rzetelnego wykonawcę.

— Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie może on przekroczyć pięciu lat od daty skazania w przypadku obligatoryjnych podstaw wykluczenia (o których mowa w ust. 1 tego artykułu).

— Jeżeli nie wydano prawomocnego wyroku lub wydany wyrok nie wskazuje maksymalnego okresu wykluczenia, zostaje on skrócony do „trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4" (fakultatywne podstawy wykluczenia).

64. Tej ostatniej kwestii dotyczą dwa końcowe pytania sądu odsyłającego, który stara się wyjaśnić wątpliwości co do pojęcia „odnośne".

1. Zwięzłe przedstawienie uwag stron

65. Vossloh Laeis twierdzi, że sporne pojęcie odnosi się do obiektywnego istnienia podstawy wykluczenia. Gdyby ustawodawca wolał uwzględnić subiektywną wiedzę instytucji zamawiającej, sformułowałby to stosownie. Do takiego samego wniosku prowadzi wykładnia systemowa przepisu, ponieważ w przeciwnym razie data zależałaby od każdej instytucji zamawiającej, co byłoby sprzeczne z pewnością prawa.

66. Zdaniem Stadtwerke München decydujące znaczenie ma nie moment, w którym następuje (lub ustaje) zachowanie powodujące fakultatywne wykluczenie, lecz moment, gdy spełnione są w pełni warunki tego wykluczenia, obejmujące między innymi element subiektywny (wiedza instytucji zamawiającej o podstawie wykluczenia). Zgodnie z tym założeniem zazwyczaj odnośne zdarzenie przypada na dzień, w którym instytucja zamawiająca posiada rzetelne informacje dotyczące istnienia podstawy wykluczenia.

67. Rządy niemiecki i węgierski zasadniczo zgadzają się z tym podejściem. „Odnośne zdarzenie" jest określone przez moment, w którym instytucja zamawiająca posiada pewne i rzetelne informacje dotyczące istnienia podstawy wykluczenia, to znaczy – zdaniem rządu węgierskiego – moment wydania prawomocnej i ostatecznej decyzji w danej sprawie.

68. Rząd grecki skłania się do poglądu, że do sektora zamówień publicznych należy zastosować przepisy art. 25 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1/2003[14], aby nie było różnic w odniesieniu do odpowiedniego postępowania administracyjnego lub karnego. Z powyższego wynika, że o tym, czy zdarzenie jest „odnośne", decyduje moment, gdy nastąpiło zdarzenie, które spowodowało wykluczenie, a nie gdy instytucja zamawiająca o nim się dowiedziała.

69. Zdaniem rządu polskiego, który przedstawił uwagi wyłącznie w odniesieniu do tego pytania, „odnośnym zdarzeniem" jest zawarcie porozumienia, którego celem jest zakłócenie konkurencji. Jeżeli nie jest możliwe określenie daty tego porozumienia, należałoby uwzględnić datę zdarzenia, które pozwala uznać jego zawarcie za prawdopodobne (może to być na przykład dzień zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, podczas którego stwierdzono, że uczestniczący wykonawcy podjęli próbę zakłócenia konkurencji).

70. Komisja uważa, że można by wziąć pod uwagę trzy różne daty: 1) datę zachowania stanowiącego podstawę wykluczenia; 2) moment spełnienia kryteriów jednej ze wspomnianych podstaw, którym – w przypadku art. 57 ust. 4 lit. c) i d) dyrektywy 2014/24 – jest moment, gdy instytucja zamawiająca może wykazać dopuszczenie się naruszenia przez wykonawcę lub posiada dostatecznie wiarygodne dowody; oraz 3) datę stwierdzenia przez organ śledczy niewłaściwego zachowania na podstawie prawomocnego orzeczenia.

14 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (Dz.U. 2003, L 1, s. 1).

71. Zdaniem Komisji pewność prawa (będąca powodem ograniczenia w czasie podstaw wykluczenia) jest argumentem przemawiającym za pierwszą z tych trzech możliwości. Niemniej jednak ryzyko, że zamówienie publiczne zostanie udzielone podmiotowi, który dopuścił się wykroczenia zawodowego (a powodowi temu odpowiadają właśnie podstawy wykluczenia przewidziane w dyrektywie 2014/24), przemawiałoby za drugą możliwością.

72. Podczas rozprawy Komisja podniosła przepisy regulujące zamówienia publiczne udzielane przez instytucje Unii, w szczególności art. 106 ust. 14 i 15 rozporządzenia (UE, Euratom) nr 966/2012 [15], uznając, że są one przydatne do dokonania wykładni art. 57 dyrektywy 2014/24, gdyż między tą dyrektywą a wspomnianymi przepisami powinna być pewna zgodność. Podsumowując, Komisja uważa, iż maksymalny okres, na jaki wykonawca może zostać wykluczony, wynosi trzy lata od daty ostatecznej decyzji o nałożeniu kary, wydanej przez organ śledczy.

2. Ocena

73. Jak już wspomniano, art. 57 ust. 7 in fine dyrektywy 2014/24 odnosi się, przy ustaleniu początku maksymalnego okresu wykluczenia, o ile nie został on określony w prawomocnym wyroku, do „odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4” [16]. Zasadniczo pojęcie to obejmuje zatem zachowanie lub okoliczność opisane w poszczególnych przypadkach określonych we wspomnianym ust. 4 artykułu 57.

74. Inną kwestią podniesioną przez sąd odsyłający jest to, czy bieg okresu wykluczenia powinien rozpoczynać się w dniu, w którym faktycznie miało miejsce dane zachowanie lub wystąpiła dana okoliczność, czy też w momencie, w którym instytucja zamawiająca posiada pewne i możliwe do potwierdzenia informacje o istnieniu zachowania lub okoliczności.

75. Strony niniejszego postępowania prejudycjalnego wahały się między wykładnią obiektywną, skupiającą się na wystąpieniu „odnośnego zdarzenia”, a wykładnią subiektywną, opartą na wiedzy instytucji zamawiającej o wystąpieniu tego zdarzenia.

76. Jak zauważyła Komisja, pierwsze stanowisko służy ochronie pewności prawa, natomiast drugie stanowisko sprzyja ochronie postępowań o udzielenie zamówienia, zważywszy na ryzyko związane z dopuszczeniem oferentów, których dotyczą podstawy wykluczenia.

77. Aby udzielić odpowiedzi sądowi odsyłającemu, nie ma jednak potrzeby przeprowadzania szczegółowej analizy zasad dotyczących okresów wykluczenia przewidzianych w dyrektywie 2014/24, lecz wystarczy odnieść się do konkretnej podstawy wykluczenia będącego przedmiotem sporu.

78. W szczególności w przypadku udziału Vossloh Laeis w kartelu, wykazanego i ukaranego przez niemiecki organ ochrony konkurencji, spór dotyczy tego, czy trzyletni okres rozpoczyna się: (i) w momencie, gdy udział ten miał miejsce lub się zakończył (podejście obiektywne); czy też (ii) w momencie, gdy zarówno organ śledczy, jak i instytucja zamawiająca posiadały wiarygodne dowody świadczące o bezprawnym czynie lub go ukarały (podejście subiektywne).

15 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.U. 2012, L 298, s. 1), zmienione rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2015/1929 z dnia 28 października 2015 r. (Dz.U. 2015, L 286, s. 1).

16 Mogą wystąpić przypadki, w których istnieje jakieś orzeczenie sądowe [na przykład w przypadku postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego; lit. c)], w innych zaś podstawa wykluczenia może wystąpić bez konieczności wydania orzeczenia [na przykład, jeżeli wykonawca próbował uzyskać informacje poufne; lit. i)].

79. Rząd grecki uważa za właściwe sformułowanie przyjęte w art. 25 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, dotyczące dnia rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia czynów zabronionych w dziedzinie konkurencji. Termin ten „rozpoczyna się od dnia, w którym popełniono naruszenie. Jednakże w przypadku ciągłych lub powtarzających się naruszeń bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia zaniechania naruszenia".

80. Rzeczywiście można by stwierdzić, że jeżeli prawodawca unijny zdecydował się przedłożyć pewność prawa podmiotu dopuszczającego się naruszenia nad skuteczność uprawnienia Komisji do nakładania sankcji, to samo kryterium można by zastosować do dnia rozpoczęcia biegu okresu wykluczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

81. Wydaje mi się, iż teza ta jest niepełna. Gdyby zastosować tę analogię, należałoby to uczynić w całej rozciągłości, tak aby – jak w przypadku przedawnienia czynów ograniczających konkurencję – mógł zostać przerwany maksymalny okres wykluczenia po rozpoczęciu biegu terminu [17]. Mógłby on zatem zostać wydłużony na okres powyżej trzech lat, który jest bezwzględnie określony w art. 57 ust. 7 dyrektywy [18].

82. Uważam zatem, że do rozwiązania można dojść w drodze analogii, ale przy zastosowaniu wspomnianej techniki wykładni normy w odniesieniu do pozostałej treści przepisu. W przepisie istotne jest, że jeżeli obligatoryjną podstawę wykluczenia stanowi bezprawny czyn stwierdzony w wyroku, w którym nie określono czasu trwania okresu wykluczenia, to właśnie data *skazania* stanowi rozpoczęcie biegu pięcioletniego okresu wykluczenia.

83. Moim zdaniem kryterium to można zastosować, bez żadnych trudności interpretacyjnych, do zachowań ograniczających konkurencję, których istnienie można uznać za udowodnione (zważywszy na domniemanie niewinności) jedynie w wyroku sądowym lub w decyzji administracyjnej. W takim przypadku, który jest przedmiotem niniejszej sprawy, data wydania wyroku lub decyzji (będącej *skazaniem* niedosłownie) stanowi „odnośne zdarzenie" rozpoczynające bieg trzyletniego okresu wykluczenia.

84. Artykuł 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie odnosi się zatem, biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, do zachowania o znamionach zmowy, które należy rozumieć jako „odnośne zdarzenie", lecz raczej do stwierdzenia jego istnienia z prawnego punktu widzenia; lub, mówiąc inaczej, do kwalifikacji prawnej czynu, który został już ukarany przez organ jako bezprawne zachowanie.

85. Innymi słowy, jeżeli istniało orzeczenie, w którym wyraźnie stwierdzono udział wykonawcy w kartelu, „odnośnym zdarzeniem", aby instytucja zamawiająca – jako podmiot, któremu przysługuje kompetencja lub, w stosownych przypadkach, uprawnienie do wykluczenia tego wykonawcy – mogła obliczyć maksymalny okres wykluczenia, nie jest samo w sobie zachowanie przedsiębiorstwa dopuszczającego się naruszenia, lecz jego kwalifikacja i ukaranie jako zachowania ograniczającego konkurencję.

17 Zgodnie z art. 25 ust. 3 i 5 rozporządzenia nr 1/2003 „wszelkie działania podjęte przez Komisję lub organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego w celu przeprowadzenia dochodzenia lub postępowania w odniesieniu do naruszeń przerywają bieg przedawnienia do nałożenia grzywien lub okresowych kar pieniężnych. Bieg przedawnienia uznaje się za przerwany w dniu, w którym co najmniej jedno przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw, które uczestniczyły w naruszeniu, zostanie powiadomione o podjętych działaniach […] Po każdym przerwaniu przedawnienia biegnie ono na nowo".

18 W przeciwieństwie do art. 106 rozporządzenia nr 966/2012 przepis ten nie określa konkretnie terminu przedawnienia wykluczenia.

86. Moim zdaniem, które pokrywa się ze stanowiskiem rządu węgierskiego i wyrażonym już na rozprawie stanowiskiem Komisji, czynnik ten powinien być „odnośnym" czynnikiem dla instytucji zamawiającej, aby określić maksymalny okres wykluczenia danego wykonawcy. Zważywszy na karę nałożoną przez organ ochrony konkurencji, instytucja zamawiająca nie musi podejmować dalszych działań, ponieważ z prawnego punktu widzenia stwierdzono już istnienie zachowania, które stanowi podstawę wykluczenia. Okres wykluczenia rozpoczyna się od tego momentu, to znaczy od dnia, w którym wydano decyzję o nałożeniu kary.

VI. Wnioski

87. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania Vergabekammer Südbayern (izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii, Niemcy) w następujący sposób:

1) Artykuł 80 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, w związku z art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE:

   – stoją na przeszkodzie temu, aby wykonawca, który zamierza wykazać swoją rzetelność, pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, musiał aktywnie współpracować z instytucją zamawiającą w celu wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności, w których uczestniczył jako członek porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji, w przypadku gdy wspomniany wykonawca już aktywnie współpracował, wyjaśniając dotyczące go okoliczności w sposób wyczerpujący, z organem ochrony konkurencji, który przeprowadził dochodzenie w przedmiocie tych okoliczności faktycznych i nałożył karę;

   – nie stoją na przeszkodzie temu, aby państwo członkowskie wymagało wspomnianej aktywnej współpracy z instytucją zamawiającą jako warunku wykazania przez wykonawcę swojej rzetelności i niewykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku zachowań stanowiących naruszenie, których fakty i okoliczności muszą zostać ustalone przez instytucję zamawiającą.

2) W przypadku gdy danego wykonawcy dotyczy podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 z powodu zawarcia porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji, które były już przedmiotem decyzji nakładającej karę, maksymalny okres wykluczenia liczy się od daty wydania wspomnianej decyzji.