

**Sprawa C-472/19****Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym****Data wpływu:**

20 czerwca 2019 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Conseil d'État (Francja)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

14 czerwca 2019 r.

**Strona skarżąca:**

Vert Marine SAS

**Strona pozwana:**

Premier ministre

Ministre de l'Économie et des Finances

---

**CONSEIL D'ÉTAT [rada stanu]**

orzekając

w trybie spornym

[...]

Mając na względzie opisane poniżej postępowanie:

W skardze i w replice, zarejestrowanych w sekretariacie wydziału ds. sporów Conseil d'Etat (rady stanu) w dniach 20 marca i 26 września 2018 r. spółka Vert Marine wnosi do Conseil d'État o:

- 1) stwierdzenie nieważności - ze względu na nadużycie władzy - dorozumianej decyzji odmownej wynikającej z bezczynności premiera w sprawie jej wniosku o uchylenie art. 19 i 23 décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (dekretu nr 2016-86 z dnia 1 lutego 2016 r. dotyczącego umów koncesji);

2) zobowiązanie premiera do uchylenia tych przepisów i zastąpienia ich przepisami umożliwiającymi zapewnienie zgodności tego dekretu z prawem Unii Europejskiej w terminie 3 miesięcy od doręczenia orzeczenia, które ma zostać wydane;

[...]

Utrzymuje ona, że przepisy wykonawcze, których uchylenia żąda:

- [...] [rozważania dotyczące krajowego prawa konstytucyjnego]
- wprowadzają w życie mechanizm obowiązkowych zakazów składania ofert, który jest niezgodny z przepisami art. 38 dyrektywy 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji. **[Or. 2]**

W odpowiedzi na skargę, która została zarejestrowana w dniu 26 lipca 2018 r., premier oświadcza, że zgadza się z uwagami ministra gospodarki i finansów.

W odpowiedzi na skargę, zarejestrowanej w dniu 27 lipca 2018 r., ministre de l'économie et des finances (minister gospodarki i finansów) wnosi o odrzucenie skargi. Twierdzi on, że skarga jest niedopuszczalna, ponieważ spółka Vert Marine nie ma interesu prawnego i że zarzuty podniesione przez skarżącą są bezzasadne.

[...]

Uwzględniając:

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej;
- dyrektywę 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r.;
- code de la commande publique (kodeks zamówień publicznych);
- code pénal (kodeks karny);
- code de procédure pénale (kodeks postępowania karnego);
- zarządzenie nr 2016-65 z dnia 29 stycznia 2016 r.;
- dekret nr 2018-1075 z dnia 3 grudnia 2018 r.;

[...]

mając na uwadze, co następuje:

1. Właściwy organ, do którego skierowano żądanie o uchylenie niezgodnego z prawem aktu wykonawczego, zobowiązany jest je uwzględnić, jeżeli akt ten był niezgodny z prawem od dnia jego podpisania albo jeżeli jego niezgodność z

prawem wynika z okoliczności faktycznych lub prawnych późniejszych od tego dnia. Jeżeli po wniesieniu skargi na odmowę uchylecia przepisów o charakterze wykonawczym organ, który wydał sporny akt wykonawczy, dokonuje jego uchylecia w sposób wyraźny lub dorozumiany, spór powstały w wyniku tej odmowy uchylecia staje się bezprzedmiotowy. Inaczej jest jednak w przypadku, gdy ten sam organ przejmując w nowym akcie wykonawczym przepisy, które uchyla, nie zmieniając ich lub wprowadzając w nich jedynie formalne zmiany.

2. Artykuł 19 pkt II dekretu z dnia 1 lutego 2016 r. dotyczącego umów koncesji stanowi, że każdy kandydat biorący udział w postępowaniu o udzielenie koncesji musi przedstawić wszystkie dokumenty potwierdzające, że nie jest objęty żadnym z wykluczeń z postępowania w sprawie udzielenia koncesji, o których mowa w art. 39, 40 i 42 zarządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie takich umów. W art. 23 pkt II akapit drugi tego dekretu dodano, że niedopuszczalne kandydaty są eliminowane, uściślając, iż w szczególności „niedopuszczalna jest kandydatura przedstawiona przez kandydata, który nie może uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie koncesji zgodnie z art. 39, 40, 42 i 44 zarządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r.”.
3. Chociaż z akt sprawy wynika, że art. 19 i 23 dekretu z dnia 1 lutego 2016 r. dotyczącego umów koncesji zostały uchylone décret du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (dekretem z dnia 3 grudnia 2018 r. w sprawie przepisów wykonawczych do kodeksu zamówień publicznych), to jednak przepisy te zostały przejęte, z jedynie czysto formalnymi zmianami, w art. od R. 3123-16 do R. 3123-21 kodeksu zamówień publicznych. W związku z tym żądania mające na celu ich uchylecie nie stały się bezprzedmiotowe i należy je uznać za skierowane przeciwko tym ostatnim artykułom.

W przedmiocie dopuszczalności skargi:

4. Z akt sprawy wynika, że spółka Vert Marine specjalizuje się w zleconym zarządzaniu infrastrukturą sportową i wypoczynkową oraz że zasadniczą część jej działalności wynika z realizacji umów koncesji udzielanych przez podmioty publiczne. Posiada ona zatem interes uprawniający ją do wniesienia - ze względu na nadużycie władzy - skargi na odmowę uchylecia spornych przepisów wykonawczych w zakresie, w jakim nie przewidują one mechanizmu w zakresie zgodności pozwalającego wykonawcy, który ubiega się o udzielenie koncesji, na uniknięcie zakazów składania ofert przewidzianych w przypadku skazania za określone przestępstwa.
5. [...]. [rozważania dotyczące krajowego prawa procesowego]

W przedmiocie zgodności spornych przepisów wykonawczych z prawem materialnym:

6. Spółka Vert Marine podnosi, że art. 19 i 23 dekretu z dnia 1 lutego 2016 r., których przepisy zostały przejęte do kodeksu zamówień publicznych, są niezgodne z prawem, ponieważ zostały przyjęte w wyniku zastosowania art. 39

zarządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r., które jest niezgodne z celami art. 38 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

7. W przeciwieństwie do tego, co twierdzi minister gospodarki i finansów w odpowiedzi na skargę, można skutecznie podnieść taki zarzut, ponieważ przepisy art. 19 i 23 dekretu, określające wykaz dokumentów, które umożliwiają kandydatowi wykazanie, **[Or. 4]** że nie dotyczy go żadne wykluczenie od składania ofert, należy uznać za wydane w celu zastosowania art. 39 zarządzenia.
8. Art. 38 dyrektywy 2014/23/UE przewiduje podstawy wykluczenia, obowiązkowego lub fakultatywnego, wykonawców od udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji. W jego ust. 4 sprecyzowano przestępstwa, w odniesieniu do których skazanie wykonawcy wiąże się z obowiązkowym zakazem udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji. Jednakże, zgodnie z ust. 9 tego samego artykułu *„Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4 i 7, może przedstawić dowody na to, że przyjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostaje wykluczony z postępowania o udzielenie koncesji./ 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 przyjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie do zapobiegania dalszym przestępstwom lub wykroczeniom. Środki przyjęte 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.”*

Zgodnie z ust. 10 tego artykułu: *„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 przyjmie środków określonych w ust. 9 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. 4, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 7”*.

Objaśnienie tych przepisów zawarto w motywie 71 dyrektywy, zgodnie z którym *„[n]ależy jednak dopuścić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków w*

zakresie zgodności mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwych praktyk. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami zaangażowanymi w niewłaściwe praktyki, odpowiednia reorganizacja personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury kontroli wewnętrznej monitorującej zgodność z prawem oraz przyjęcie wewnętrznego regulaminu dotyczącego odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być nadal wykluczony jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków w zakresie zgodności przyjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie koncesji. Jednak to państwom członkowskim należy pozostawić ustalenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Powinny one w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy przeprowadzenie stosownych ocen pozostawiać poszczególnym instytucjom lub podmiotom zamawiającym, czy też zadanie to powierzyć innym instytucjom na szczeblu centralnym lub zdecentralizowanym”.

**[Or. 5]**

9. Zgodnie z art. 39 zarządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie umów koncesji, obecnie przejętym w art. L. 3123-1 kodeksu zamówień publicznych: „Z postępowania o udzielenie koncesji wykluczone są: / 1) Osoby, które zostały prawomocnie skazane za jedno z przestępstw, o których mowa w art. 222-34 do 222-40, 373-7, 373-3, 374-7, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 do 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 do 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 do 441-7, 441-9, 445-1 do 445-2-1 lub 450-1 kodeksu karnego, w art. 1741 do 1743, 1746 lub 1747 code général des impôts [ogólnego kodeksu podatkowego], a w przypadku umów koncesji, które nie są umowami koncesji w dziedzinie obronności lub bezpieczeństwa, w art. 225-4-1 i 225-4-7 kodeksu karnego, lub za czerpanie korzyści z takich przestępstw, a także za równoważne przestępstwa przewidziane w ustawodawstwie innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. / Prawomocne skazanie za jedno z tych przestępstw lub za czerpanie korzyści z jednego z nich jednego z członków organu zarządzającego, administrującego, kierującego lub nadzorującego lub osoby fizycznej, która posiada uprawnienia do reprezentowania, podejmowania decyzji lub sprawowania kontroli nad osobą prawną, pociąga za sobą wykluczenie z postępowania o udzielenie koncesji tej osoby prawnej, dopóki ta osoba fizyczna wykonuje te funkcje./ Wykluczenie z postępowania o udzielenie koncesji na podstawie niniejszego pkt 1 ma zastosowanie w okresie pięciu lat od dnia ogłoszenia wyroku skazującego [...]”.
10. Spółka Vert Marine podnosi, że prawo francuskie narusza cele dyrektywy z dnia 26 lutego 2014 r., ponieważ ani przepisy prawa krajowego przytoczone w poprzednim punkcie, ani żaden inny przepis nie przewidują możliwości wprowadzenia przez wykonawcę, który zostałby skazany prawomocnym wyrokiem za jedno z wymienionych w nim przestępstw i który zostałby w



związku z tym, na podstawie art. 39 pkt 1 zarządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r., wykluczony z postępowania o udzielenie koncesji na okres pięciu lat, szczególnych środków mających na celu potwierdzenie jego rzetelności w oczach instytucji zamawiającej.

11. Odpowiedź, jakiej należy udzielić na ten zarzut, zależy od tego, czy wykładni dyrektywy z dnia 26 lutego 2014 r. należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwia się ona w sposób bezwzględny temu, aby ustawodawstwo danego państwa członkowskiego mogło nie przyznawać wykonawcy objętemu podstawą wykluczenia taką jak te, o których mowa w art. 39 pkt 1 zarządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r., możliwości przedstawienia dowodów w celu potwierdzenia, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w oczach instytucji zamawiającej, pomimo istnienia tej podstawy wykluczenia, nawet jeśli chodzi o przestępstwa o szczególnej wadze, które ustawodawca zamierzał napiętnować, aby zapewnić moralność zamówień publicznych w celu zagwarantowania przykładności kandydatów.
12. Ponadto minister gospodarki i finansów podnosi w swoich pismach w odpowiedzi na skargę, że w prawie francuskim istnieją różne mechanizmy, takie jak: zwolnienie, które pozwala sądowi na zwolnienie osoby w całości lub w części z zakazu, utraty praw lub jakiegokolwiek niezdolności wynikającej ze skazania w postępowaniu karnym; rehabilitacja sądowa, która pozwala na usunięcie wszelkich niezdolności i utraty praw wynikających ze skazania; i wyłączenie ze wzmianki o skazaniu w rubryce nr 2 rejestru karnego, przewidzianych, odpowiednio, w art. 132-21 kodeksu karnego, w art. 133-12 tego kodeksu oraz w art. 775-1 kodeksu postępowania karnego, oraz że dyrektywa pozostawia państwom członkowskim swobodę decydowania o pozostawieniu każdej instytucji zamawiającej lub każdemu podmiotowi zamawiającemu możliwości dokonania oceny znaczenia środków w zakresie zgodności lub powierzania tych zadań innym instytucjom na poziomie centralnym lub zdecentralizowanym. Odpowiedź, jakiej należy udzielić na zarzut podniesiony w skardze, zależy również od tego, czy tego rodzaju mechanizmy, wprowadzone w życie **[Or. 6]** przez organ sądowy, mogą być postrzegane jako odpowiednie mechanizmy służące zapewnieniu zgodności, co wymaga ustalenia, czy organ sądowy może być uznany za instytucję na poziomie centralnym lub zdecentralizowanym w rozumieniu motywu 71 dyrektywy i czy warunki stosowania środków sądowych tego rodzaju, istniejące w prawie francuskim, umożliwiają zrównanie ich z mechanizmami w zakresie zgodności w rozumieniu dyrektywy.
13. Kwestie te mają decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu przed Conseil d'Etat i rodzą poważne trudności. W konsekwencji należy zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i zawiesić postępowanie w sprawie wspomnianej skargi spółki Vert Marine do czasu uzyskania odpowiedzi Trybunału.

POSTANAWIA:

Artykuł 1: Postępowanie w sprawie skargi wniesionej przez spółkę Vert Marine zostaje zawieszono do czasu wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeczenia w przedmiocie następujących pytań:

1. Czy dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, aby ustawodawstwo państwa członkowskiego, w celu zapewnienia moralności zamówień publicznych, mogło nie dawać wykonawcy skazanemu prawomocnym wyrokiem za przestępstwo szczególnej wagi i podlegającemu z tego względu zakazowi udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji przez okres pięciu lat, możliwości przedstawienia dowodów w celu potwierdzenia, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w oczach instytucji zamawiającej pomimo istnienia tej podstawy wykluczenia?

2. Jeżeli dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. pozwala państwom członkowskim na powierzenie innym instytucjom niż dana instytucja zamawiająca zadania dokonania oceny przeznaczonego dla wykonawców mechanizmu w zakresie zgodności, to czy takie uprawnienie umożliwia powierzenie tego mechanizmu organom sądowym? Jeśli tak, czy takie mechanizmy jak przepisy prawa francuskiego dotyczące zwolnienia, rehabilitacji sądowej i wyłączenia ze wzmianki o skazaniu w rubryce nr 2 rejestru karnego mogą być utożsamiane z mechanizmami w zakresie zgodności w rozumieniu owej dyrektywy?

[...] **[Or. 7]** [...] [informacje o charakterze proceduralnym]