Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

20 декември 2017 година*

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки за строителство — Директива 2004/18/ЕО — Член 45, параграфи 2 и 3 — Условия за изключване от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка — Декларация за липса на влезли в сила присъди, постановени срещу бивши управители на дружеството оферент — Неправомерно поведение на бивш управител — Осъдителна присъда — Пълно и ефективно разграничаване между предприятието оферент и този управител — Доказване — Преценка от страна на възлагащия орган на изискванията във връзка с това задължение“

По дело C-178/16

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) с акт от 1 декември 2015 г., постъпил в Съда на 24 март 2016 г., в рамките на производство по дело

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,

Guerrato SpA

срещу

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),

в присъствието на:

Società Italiana per Condotte d’Acqua SpA,

Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: T. von Danwitz, председател на състава, C. Vajda, E. Juhász (докладчик), K. Jürimäe и C. Lycourgos, съдии,

генерален адвокат: M. Campos Sánchez-Bordona,

секретар: L. Hewlett, главен администратор,

* Език на производството: италиански.

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 5 април 2017 г.,

като има предвид становищата, представени:

– за Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA и Guerrato SpA, от A. Sandulli и L. Antonini, avvocati,

– за Provincia autonoma di Bolzano и Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP), от C. Guccione, avvocato, R. von Guggenberg, Rechtsanwältin, L. Fadanelli, A. Roilo и S. Bikircher, avvocati,

– за Società Italiana per Condotte d'acqua SpA, от A. Guarino и C. Martelli, avvocati,

– за италианското правителство, от G. Palmieri, в качеството на представител, подпомагана от C. Pluchino и от P. Grasso, avvocati dello Stato,

– за Европейската комисия, от G. Gattinara и A. Tokár, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 21 юни 2017 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 45, параграф 2, първа алинея, букви в) и ж) и параграф 3, буква а) от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282), както и до някои общи принципи на правото на Съюза.

2 Запитването е отправено в рамките на спор между, от една страна, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (наричано по-нататък „Mantovani“) и Guerrato SpA, първото действащо от свое име и в качеството на водач и представител на временно обединение на предприятия, което е трябвало да се учреди с Guerrato, и от друга страна — Provincia autonoma di Bolzano (Автономна провинция Болцано, Италия), наричана по-нататък „провинция Болцано“), Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) (Агенция за процедурите и надзора на обществените поръчки за строителство, услуги и доставки (АОП), Autorità nazionale anticorruzione (Национален орган за борба с корупцията) (ANAC) относно изключването на Mantovani от участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка за финансиране, изработване на окончателен работен проект, изграждане и експлоатация на нов затвор в Болцано.

Правна уредба

Правото на Съюза

3 Съображение 2 от Директива 2004/18 гласи:

„Възлагането на поръчки, които са сключени в държавите членки за сметка на държавата, регионалните или местните органи и други публичноправни организации, се извършва при съблюдаване на принципите на Договора, и по-специално на принципите на свободно движение на стоки, свобода на установяване и свободно предоставяне на услуги, както и на принципите, произтичащи от тях, като принципа на равнопоставеност, принципа на недискриминация, принципа на взаимно признаване, принципа на пропорционалност и принципа на прозрачност. […]“.

4 Член 45 от Директива 2004/18, озаглавен „Лично състояние на кандидата или оферента“, предвижда:

„1. От участие в процедура за възлагане на обществена поръчка се изключва всеки кандидат или оферент, който е осъден с влязла в сила присъда, по една или няколко от причините, посочени по-долу и това е известно на възлагащия орган:

[…]

За целите на настоящия параграф възлагащите органи, когато е приложимо, канят кандидатите или оферентите да представят документите, посочени в параграф 3, и могат, когато не са сигурни в личното състояние на такива кандидати или оференти, да се обърнат към компетентните органи, за да получат информацията за личното състояние на съответните кандидати или оференти, която считат за необходима. Когато информацията се отнася до кандидат или оферент, който е установен в държава, различна от тази на възлагащия орган, възлагащият орган може да потърси съдействието на компетентните органи. Като се вземе предвид националното законодателство на държавата членка, където са установени кандидатите или оферентите, такива запитвания са свързани с юридически и/или физически лица, включително, когато е подходящо, управители на дружества и всяко лице, което има правомощия да представлява, да взема решения или да упражнява контрол по отношение на кандидата или оферента.

2. Всеки икономически оператор може да бъде изключен от участие в процедура за възлагане на поръчка, когато този икономически оператор:

[…]

в) е осъден със съдебно решение, което има сила на пресъдено нещо съгласно правните норми на страната и с което се установява правонарушение, свързано с професионалното му поведение;

г) е виновен за сериозно професионално нарушение, доказано с всяко средство, с което могат да си послужат възлагащите органи;

[…]

ж) е виновен за сериозно по своя характер даване на невярна информация, изисквана по настоящия раздел, или не е предоставил изискваната информация.

Държавите членки определят, в съответствие с националното си право и при спазване на общностното законодателство, условията за прилагането на настоящия параграф.

3. Възлагащите органи приемат следното като достатъчно доказателство, че никой от случаите по параграф 1 или параграф 2, букви а), б), в), д) или е) не се отнася до икономическия оператор:

а) по отношение на параграф 1 и параграф 2, букви а), б) и в), представяне на извлечение от съдебен регистър, или еквивалентен документ, издаден от компетентен съдебен или административен орган в държавата на произход или в държавата, от която лицето идва, който показва, че тези изисквания са изпълнени;

[…]“.

Италианското право

5 Decreto legislativo № 163 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г. за приемане на Кодекс на обществените поръчки за строителство, услуги и доставки в изпълнение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО) (редовна притурка към GURI № 100 от 2 май 2006 г.), изменен с Декрет-закон № 70 от 13 май 2011 г. (GURI № 110 от 13 май 2011 г., стр. 1), преобразуван в закон със Закон № 106 от 12 юли 2011 г. (GURI № 160 от 12 юли 2011 г., стр. 1) (наричан по-нататък „Законодателен декрет № 163/2006“), урежда всички процедури за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки в Италия.

6 В част II от Законодателен декрет № 163/2006 член 38 установява общите условия за участие в процедурите за предоставяне на концесии и възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги. Член 38, параграф 1, буква с) от този декрет предвижда:

„Изключват се от участие в процедурите за възлагане на концесии и на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки, не могат да бъдат подизпълнители по поръчки, и не могат да сключват свързаните с тях договори субектите:

[…]

с) срещу които е постановена окончателна осъдителна присъда или определение за изпълнение на наказанието по искане на страните по смисъла на член 444 и сл. от Наказателно-процесуалния кодекс за тежки престъпления срещу държавата или Общността, засягащи тяхната професионална почтеност; във всички случаи основание за изключване е постановената окончателна осъдителна присъда за извършено едно или повече престъпления, свързани с участие в престъпна организация, корупция, измама, изпиране на капитали, както са определени в общностните актове, посочени в член 45, параграф 1 от Директива 2004/18; изключването и забраната се прилагат, ако присъдата или определението е постановена или постановено срещу: титуляря или техническия директор, ако става въпрос за едноличен търговец; съдружниците или техническия директор, ако става въпрос за персонално търговско дружество; ограничено отговорните съдружници или техническия директор, ако става въпрос за командитно дружество; управителите, разполагащи с представителна власт, техническия директор или единствения съдружник физическо лице, или мажоритарния съдружник в случаите на дружество с до пет съдружника, ако става въпрос за друг вид дружество или консорциум. Във всички случаи изключването и забраната се прилагат и за лицата, отстранени от длъжност през годината преди датата на публикуване на обявлението за обществена поръчка, в случай че предприятието не докаже, че се е разграничило изцяло и ефективно от наказателно санкционираното деяние; във всички

случаи изключването и забраната не се прилагат, когато деянието е декриминализирано или при реабилитация, т.е. когато престъплението е обявено за погасено след осъждането или при отмяна на посочената присъда; […]“.

Спорът в главното производство и преюдициалният въпрос

7 С обявление, публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз* на 27 юли 2013 г. (S 145-251280), провинция Болцано започва процедура за възлагане на обществена поръчка, чрез открита процедура, за финансиране, изработване на окончателен работен проект, изграждане и експлоатация на нов затвор в Болцано. Прогнозната стойност на поръчката е 165 400 000 EUR.

8 На 16 декември 2013 г. Mantovani подава заявление за участие от свое име и в качеството му на водач и представител на временно обединение на предприятия, което е трябвало да се учреди. Това дружество подава две декларации относно спазването на общите условия, предвидени в член 38 от Законодателен декрет № 163/2006. На 4 декември 2013 г. то декларира, че г-н B., в качеството си на председател на управителния съвет, генерален директор и законен представител, преустановил упражняването на функциите си на 6 март 2013 г., не е осъждан с влязла в сила присъда. На 16 декември 2013 г. Mantovani възпроизвежда съдържанието на тази декларация.

9 На заседанието си на 9 януари 2014 г. възлагащият орган допуска кандидатурата на Mantovani, като прави някои уговорки, в очакване последният да внесе някои уточнения относно г-н B. Всъщност статия в местната преса, публикувана на 6 декември 2013 г., разкрива, че срещу г-н B. е имало съдебно преследване за създаване на система за фалшиви фактури, и че той е сключил споразумение да бъде осъден на наказание „лишаване от свобода“ от 1 година и 10 месеца.

10 Впоследствие възлагащият орган се сдобива със свидетелство за съдимост на г-н B., от което е видно, че посоченото осъждане е постановено на 5 декември 2013 г. и е влязло в сила на 29 март 2014 г. На заседанието си от 29 май 2014 г. възлагащият орган приканва Mantovani да му представи уточнения относно това осъждане.

11 Mantovani отговаря, като изтъква по-конкретно че осъждането на г-н B. е влязло в сила след неговите декларации от 4 и 16 декември 2013 г., тъй като присъдата от 6 декември 2013 г. е постановена в закрито, а не в публично заседание, и е публикувана едва на 3 февруари 2014 г. Mantovani добавя, че за да установи пълно и ефективно разграничаване на предприятието от деянията на г-н B., същият е бил отстранен незабавно от всичките му ръководни функции в групата Mantovani, управителните органи на дружеството са били реорганизирани, акциите на г-н B. са били изкупени и срещу него е бил предявен иск за отговорност.

12 След като прави класиране, в което Mantovani е класиран, под условие, на пето място, възлагащият орган отправя искане за становище до ANAC относно законосъобразността на евентуално изключване на Mantovani. ANAC отговаря в основни линии че макар при липсата на влязъл в сила съдебен акт декларациите на Mantovani да не могат да се квалифицират като „неверни декларации“, непредставянето своевременно на информация за развитието на наказателно производство, засягащо едно от лицата, посочени в член 38, параграф 1, буква c) от Законодателен декрет № 163/2006, може да представлява нарушение на задължението за лоялно сътрудничество с възлагащия орган и по този начин липса на пълно и ефективно разграничаване от съответното лице.

13 При тези условия възлагащият орган на заседанието си от 27 февруари 2015 г. взема решение да изключи Mantovani от участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Според протокола от това заседание е било констатирано, че общите условия по член 38 от

Законодателен декрет № 163/2006 не са били изпълнени „поради несвоевременния и недостатъчен характер на доказателствата, представени от дружеството за установяване на факта, че то се е разграничило от наказуемите действия на лицето, което е преустановило упражняването на ръководните си функции“ и че осъждането „е настъпило преди декларацията, подадена в процедурата за обществена поръчка, и е могло като такова да бъде съобщено от Mantovani на етапа на разглеждане на участието“.

14 Mantovani обжалва това решение за изключване пред Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (Регионален административен съд, автономно отделение, Болцано, Италия). С решение от 27 август 2015 г. този съд потвърждава законосъобразността на изключването, като приема, че съществуването на осъждането на г-н B. е могло да бъде декларирано в хода на процедурата за възлагане и че само оферент, който е подал отговарящи на действителността декларации, без да въвежда в грешка възлагащия орган, може да претендира да се възползва от разграничаването, предвидено в член 38, параграф 1, буква c) от Законодателен декрет № 163/2006.

15 Mantovani обжалва това съдебно решение пред Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия), по-конкретно с мотива че член 38 от Законодателен декрет № 163/2006 е несъвместим с правото на Съюза, и иска отправянето на преюдициално запитване до Съда.

16 При тези обстоятелства Consiglio di Stato (Държавен съвет) решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Допуска ли правилното прилагане на член 45, параграф 2, първа алинея, букви в) и ж) и параграф 3, буква а) от Директива 2004/18 и на принципите на европейското право за защита на оправданите правни очаквания и на правната сигурност, на равнопоставеност, пропорционалност и прозрачност, на забрана да се възпрепятства хода на производството и на максимално отваряне на пазара на обществените поръчки за конкуренцията, както и на изчерпателност и определеност на престъпленията, национална правна уредба като предвидената в член 38, параграф 1, буква c) от Законодателен декрет [№ 163/2006], в частта, с която разпростира обхвата на предвиденото задължение за деклариране на отсъствие на окончателни осъдителни присъди (включително определения за изпълнение на наказанието, постановени по искане на страните) за упоменатите в тази разпоредба престъпления и по отношение на лица, които са заемали отговорна длъжност в предприятията оференти, но са преустановили да я заемат в годината преди публикуването на обявлението за поръчката, и в която урежда относително основание за изключване от процедурата за обществена поръчка, ако предприятието не докаже, че се е разграничило изцяло и ефективно от наказателно санкционираното деяние на тези лица, като наличието на разграничаване се преценява от възлагащия орган, с което всъщност му се дава възможност да предвиди следните задължения, чието неизпълнение води до изключване от процедурата:

i) задължения за предоставяне на информация и декларации относно наказателни производства, които все още не са приключили с влязъл в сила акт на съда (тоест производства с неизвестен изход), каквито задължения не са предвидени по закон дори по отношение на лица, заемащи отговорна длъжност;

ii) задължения за разграничаване по собствена инициатива, без конкретно да се определят видът на оневиняващите действия, разполагането им във времето (още преди влизане в сила на присъдата) и етапът на процедурата, в който трябва да бъдат изпълнени;

iii) неясни задължения за лоялно сътрудничество, определени чрез позоваването на общата клауза за добросъвестност?“.

По преюдициалния въпрос

По допустимостта

17 Провинция Болцано счита, че преюдициалното запитване е недопустимо. Според нея Съдът вече се е произнесъл, в решение от 10 юли 2014 г., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), по въпрос относно тълкуването на член 45, параграф 2 от Директива 2004/18, аналогичен на този, повдигнат в настоящото дело.

18 В това отношение е достатъчно да се отбележи, че преюдициално запитване относно тълкуването не е недопустимо единствено поради това, че е аналогично на въпрос, по който Съдът вече се е произнесъл. Във всички случаи делото, по което е постановено посоченото в предходната точка решение, засяга различно правно положение, което се характеризира с изключване на оферент поради неплащане на социалноосигурителни вноски в рамките на процедура за възлагане, в която са били приложими само основните правила и общите принципи на Договора за функционирането на ЕС, тъй като прагът, предвиден в член 7, буква в) от Директива 2004/18, не е бил достигнат.

19 По-нататък, провинция Болцано е на мнение, че преюдициалният въпрос е лишен от връзка със спора по главното производство, тъй като изключването от участие е санкция не за нарушение на задължението за предоставяне на информация или за деклариране, а за липсата на пълно и ефективно разграничаване между Mantovani и поведението на бившия му управител г-н B. Впрочем позоваването на основанието за изключване, свързано с неверни декларации, съдържащо се в член 45, параграф 2, първа алинея, буква ж) и параграф 3 от Директива 2004/18, не било нито релевантно, нито определящо.

20 В това отношение следва да се припомни, че въпросите относно правото на Съюза се ползват с презумпция за релевантност. Съдът може да откаже да се произнесе по отправеното от национална юрисдикция преюдициално запитване само когато е съвсем очевидно, че исканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора в главното производство, когато проблемът е от хипотетично естество или когато Съдът не разполага с необходимите данни от фактическа и правна страна, за да бъде полезен с отговора на поставените му въпроси (решение от 8 септември 2015 г., Taricco и др., C-105/14, EU:C:2015:555, т. 30 и цитираната съдебна практика).

21 В конкретния случай запитващата юрисдикция безспорно посочва, че декларациите, направени от Mantovani на 4 и 16 декември 2013 г. относно липсата на влязъл в сила съдебен акт, не могат да се квалифицират като „неверни декларации“ по смисъла на член 45, параграф 2, първа алинея, буква ж) от Директива 2004/18. Въпреки това тя уточнява, че е изправена пред въпроса дали правото на Съюза позволява да се вземе предвид липсата на декларация относно наказателните производства срещу бивши управители на предприятието оферент, които все още не са завършили с влязъл в сила съдебен акт.

22 При тези условия не е явно, че преюдициалният въпрос е лишен от връзка с действителността или с предмета на спора в главното производство.

23 От това следва, че преюдициалното запитване е допустимо.

По същество

24 С въпроса си запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали Директива 2004/18, и в частност член 45, параграф 2, първа алинея, букви в) и ж), и член 45, параграф 3, буква а) от тази директива, както и принципите за защита на оправданите правни очаквания и на правната сигурност, на равнопоставеност, пропорционалност и прозрачност трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба, позволяваща на възлагащия орган да вземе предвид, според условията, които е установил, наказателно осъждане на управител на предприятие оферент за престъпление, засягащо професионалната почтеност на това предприятие, когато същият е преустановил упражняването на своите функции в годината преди публикуването на обявлението за обществената поръчка, и да изключи посоченото предприятие от участие в процедурата за възлагане на разглежданата поръчка, с мотива че, пропускайки да декларира това все още неокончателно осъждане, то не се е разграничило напълно и ефективно от действията на посочения управител.

25 В началото следва да се отбележи, че запитващата юрисдикция споменава във формулировката си на преюдициалния въпрос основанията за изключване, съдържащи се член 45, параграф 2, първа алинея, букви в) и ж) от Директива 2004/18, свързани с изключването съответно на оферент, който е осъден със съдебен акт, придобил сила на пресъдено нещо съгласно правните норми на съответната страна и с което се установява правонарушение, свързано с професионалното му поведение, и на оферент, който е виновен за даване на невярна информация, изисквана по раздел 2 от глава VII от тази директива, или не е предоставил изискваната информация.

26 Както е видно от съдържащите се в акта за преюдициално запитване индикации, Mantovani е отстранено от участие в процедурата за обществена поръчка, с мотива че е съобщило несвоевременно и непълно елементите, установяващи, че се е разграничило от действията на своя управител. То е упрекнато в частност в това, че не е посочило в декларациите си от 4 и 16 декември 2013 г., че срещу бившия му управител се провежда наказателно производство, довело до осъждане съгласно споразумение в закрито заседание на 6 декември 2013 г.

27 Следователно, както твърди Европейската комисия, може да се приеме, че фактите по главното производство биха могли да представляват основание за изключване по член 45, параграф 2, първа алинея, буква г) от Директива 2004/18, позволяващо изключването на оферент, който е виновен за сериозно професионално нарушение, доказано с всяко средство, с което могат да си послужат възлагащите органи.

28 От постоянната практика на Съда обаче следва, че обстоятелството, че запитващата юрисдикция е формулирала преюдициалния си въпрос, позовавайки се единствено на някои разпоредби от правото на Съюза, не е пречка Съдът да ѝ предостави всички насоки за тълкуване, които могат да бъдат полезни за решаването на делото, с което тя е сезирана, независимо дали тази юрисдикция ги е посочила, или не, в изложението на своите въпроси. В това отношение от предоставените от националната юрисдикция данни, и по-конкретно от мотивите на акта за преюдициално запитване, Съдът трябва да извлече тези разпоредби от правото на Съюза, които се нуждаят от тълкуване предвид предмета на спора (вж. по-конкретно решение от 22 октомври 2015 г., Impresa Edilux и SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, т. 20 и цитираната съдебна практика).

29 При тези условия трябва да се приеме, че преюдициалният въпрос визира и тълкуването на факултативното основание за изключване по член 45, параграф 2, първа алинея, буква г) от Директива 2004/18.

30 Що се отнася до факултативните основания за изключване, следва да се констатира в самото начало, че в съответствие с член 45, параграф 2, последна алинея от Директива 2004/18 държавите членки определят при спазване на правото на Съюза „условията за прилагането им“.

31 Действително, съгласно постоянната съдебна практика член 45, параграф 2 от Директива 2004/18 не предвижда еднообразно прилагане на равнището на Съюза на посочените в него основания за изключване, тъй като държавите членки могат да решат да не приложат въобще тези основания или да ги включат в националната правна уредба със степен на строгост, която може да е различна в зависимост от правните, икономическите или социалните съображения, които преобладават на национално равнище. В този контекст държавите членки имат правомощието да смекчат или да направят по-гъвкави критериите, установени в тази разпоредба (решение от 14 декември 2016 г., Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, т. 29 и цитираната съдебна практика).

32 Следователно държавите членки несъмнено разполагат с право на преценка при определянето на условията за прилагането на факултативните основания за изключване, предвидени в член 45, параграф 2 от Директива 2004/18.

33 Що се отнася до факултативното основание за изключване, предвидено в член 45, параграф 2, първа алинея, буква в) от посочената директива, което позволява на възлагащите органи да изключат от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка оферент, осъден със съдебен акт, придобил сила на пресъдено нещо съгласно правните норми на съответната страна и установяващ правонарушение, свързано с професионалната почтеност на този оферент, следва да се отбележи най-напред, че то не уточнява до каква степен престъпленията, извършени от ръководителите или управителите на едно юридическо лице, могат да доведат до изключване на последното по силата на тази разпоредба.

34 Същевременно, както отбелязва генералният адвокат в точки 54 и 58 от заключението си, правото на Съюза изхожда от предпоставката, че юридическите лица действат единствено чрез своите управители. Следователно поведението, противоречащо на професионалната почтеност на последните, може да представлява релевантен критерий за преценка на професионалната благонадеждност на дадено предприятие. Така е напълно възможно за държавите членки, в рамките на упражняването на правомощието си за определяне на условията за прилагане на факултативните основания за изключване, да възприемат сред релевантните фактори за преценка на почтеността на предприятието оферент, евентуалното наличие на противоречащи на професионалната почтеност действия на управителите на това предприятие.

35 В това отношение член 45, параграф 1 in fine от Директива 2004/18 признава впрочем, в рамките на задължителните основания за изключване, че националното право може да вземе предвид съществуването на наказуеми действия от страна на управляващите юридическото лице. Следователно нищо не пречи държавите членки, когато прилагат основанието за изключване, предвидено в член 45, параграф 2, първа алинея, буква в) от Директива 2004/18, да приемат, че действията на управител, представляващ предприятието оферент, могат да се вменят на последното.

36 Следователно вземането предвид в рамките на основанието за изключване, предвидено в член 45, параграф 2, първа алинея, буква в) от Директива 2004/18, на управителите на един оферент, учреден като юридическо лице, не може да се счита за „разширяване“ на приложното поле на това основание за изключване, но съставлява прилагане на същото, запазващо полезния ефект на посоченото основание за изключване.

37 По-нататък, обстоятелството, че фактическите елементи, които могат да доведат до изключване на оферента, произтичат от поведението на управител, който е преустановил функциите си към датата на подаване на заявлението за участие в процедурата за обществена поръчка, също не могат да възпрепятстват прилагането на това основание за изключване.

38 Действително, посоченото основание за изключване явно визира виновното поведение на икономически оператор преди процедурата за обществена поръчка. Държавата членка трябва да определи, като вземе предвид принципа на пропорционалност, датата, от която такова поведение може да обоснове изключването на оферента.

39 По-нататък, що се отнася до въпроса дали дадено престъпление засяга или не професионалната почтеност на предприятието оферент, трябва да се констатира, че участието в издаването на фалшиви фактури от управителя на дружество може да се счита за престъпление, засягащо професионалната почтеност.

40 Накрая, относно условието, според което съдебният акт трябва да е придобил сила на пресъдено нещо, трябва да се отбележи, че това условие е било изпълнено по делото в главното производство, като се има предвид, че решението за изключване е взето, след като присъдата по отношение на г-н B. е придобила сила на пресъдено нещо.

41 В съответствие със съдебната практика, цитирана в точка 31 от настоящото решение, държавата членка има правомощието да смекчи условията за прилагане на факултативните основания за изключване и така да се откаже да прилага основание за изключване в случай на разграничаване между предприятието оферент и поведението, съставляващо престъпление. В този случай тя има право и да определи условията на това разграничаване и да изисква, както италианското право, предприятието оферент да уведоми възлагащия орган за осъждане срещу неговия управител, дори осъждането все още да не е окончателно.

42 Предприятието оферент, което трябва да изпълни тези условия, може да представи всички доказателства, които според него доказват такова разграничаване.

43 Ако посоченото разграничаване не може да се докаже в достатъчна за възлагащия орган степен, необходимата последица от това е прилагането на основанието за изключване.

44 С оглед на посоченото в точка 27 от настоящото решение, в положение, при което присъдата, установяваща престъпление, засягащо професионалната почтеност на управителя на предприятие оферент, все още не е окончателна, член 45, параграф 2, първа алинея, буква г) от Директива 2004/18 може да се приложи. Тази разпоредба позволява изключването на предприятие оферент, което е извършило сериозно професионално нарушение, доказано с всяко средство, с което могат да си послужат възлагащите органи.

45 В това отношение трябва да се констатира, че съображенията в точки 34—43 от настоящото решение са валидни и приложими mutatis mutandis, що се отнася до сериозно професионално нарушение.

46 Спрямо прилагането на член 45, параграф 2, първа алинея, буква в) от Директива 2004/18, една от разликите се състои в обстоятелството, че възлагащият орган може да обоснове, и то с „всяко средство“, наличието на такова сериозно нарушение.

47 За тази цел съдебен акт, макар и все още неокончателен, може в зависимост от неговия предмет да предостави на възлагащия орган подходящо средство, за да обоснове наличието на сериозно професионално нарушение, тъй като неговото решение във всички случаи подлежи на съдебен контрол.

48 Следва да се добави, че според член 45, параграф 2, първа алинея, буква ж) от Директива 2004/18 един оферент може да бъде изключен, ако е виновен за даване на „неверни декларации“, но и когато не предоставя информация, изисквана по силата на дял II, глава VII, раздел 2 от тази директива, а именно относно „критериите за качествен подбор“. Така фактът,

че не е уведомил възлагащия орган за наказуемите действия на бившия управител, може също да бъде елемент, позволяващ да се изключи по силата на тази разпоредба оферент от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка.

49 Що се отнася до член 45, параграф 3, първа алинея, буква а) от посочената директива, достатъчно е да се отбележи, че запитващата юрисдикция не обяснява доколко тълкуването на тази разпоредба е необходимо с оглед на фактите по главното производство.

50 Запитващата юрисдикция в преюдициалния си въпрос се позовава и на редица принципи, от които само някои са въздигнати в ранг на принципи на правото на Съюза, без изрично да уточнява с какво предвид фактите по случая те могат да се считат за релевантни и да се противопоставят на националната правна уредба, разглеждана по главното производство.

51 Що се отнася до принципа на равно третиране, достатъчно е при тези обстоятелства да се отбележи, че предвид целта на тази правна уредба, която е защитата на почтеността на процедурата за възлагане на обществена поръчка, положението на предприятие оферент, чийто управител е извършил престъпление, засягащо професионалната почтеност на това предприятие или сериозно професионално нарушение, не може да се счита за сравнимо с това на предприятие оферент, чийто управител не е виновен за такова поведение.

52 По отношение на принципа на правна сигурност, за защита на оправданите правни очаквания и на прозрачност, преюдициалното запитване не показва до каква степен може да се окаже необходимо те да бъдат тълкувани с оглед на делото по главното производство.

53 Колкото до принципа на пропорционалност, трябва да се разгледа неговото приложение предвид въздействието на датата, от която виновното поведение на управителя може да се счита за провокиращо изключването на предприятието оферент. Действително в случаите на твърде голяма отдалеченост във времето националната правна уредба би могла да ограничи приложното поле на директивите на Съюза в областта на обществените поръчки.

54 В това отношение отчитането на виновно поведение през годината преди датата на публикуване на обявлението за обществена поръчка не е непропорционално, още повече че разглежданата по главното производство правна уредба предвижда, че предприятието може да докаже, че напълно и ефективно се е разграничило от действията на своя управител.

55 Предвид всички гореизложени съображения на поставения въпрос трябва да се отговори, че Директива 2004/18, и по-конкретно член 45, параграф 2, първа алинея, букви в), г) и ж) от нея, както и принципът на равно третиране и на пропорционалност трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат национална правна уредба, която позволява на възлагащия орган:

– да вземе предвид според условията, които той установи, наказателно осъждане на управителя на предприятие оферент, дори това осъждане все още да не е окончателно, за престъпление, засягащо професионалната почтеност на това предприятие, когато същият е преустановил упражняването на функциите си в годината преди публикуването на обявлението за обществена поръчка, и

– да изключи посоченото предприятие от участие в разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка, с мотива че като е пропуснало да декларира това все още неокончателно осъждане, то не се е разграничило напълно и ефективно от действията на посочения управител.

По съдебните разноски

56 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги, и по-конкретно член 45, параграф 2, първа алинея, букви в), г) и ж) от нея, както и принципите на равно третиране и на пропорционалност трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат национална правна уредба, която позволява на възлагащия орган:

– **да вземе предвид според условията, които той установи, наказателно осъждане на управителя на предприятие оферент, дори това осъждане все още да не е окончателно, за престъпление, засягащо професионалната почтеност на това предприятие, когато същият е преустановил упражняването на функциите си в годината преди публикуването на обявлението за обществена поръчка, и**

– **да изключи посоченото предприятие от участие в разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка, с мотива че като е пропуснало да декларира това все още неокончателно осъждане, то не се е разграничило напълно и ефективно от действията на посочения управител.**

Подписи