Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (četvrto vijeće)

20. prosinca 2017.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava radova – Direktiva 2004/18/EZ – Članak 45. stavci 2. i 3. – Uvjeti za isključenje iz sudjelovanja u javnoj nabavi – Izjava o nepostojanju pravomoćnih kaznenih presuda bivših upravitelja društva ponuditelja – Protupravno ponašanje bivšeg upravitelja – Kaznena presuda – Potpuno i stvarno distanciranje društva od tog upravitelja – Dokaz – Ocjena javnog naručitelja zahtjeva povezanih s tom obvezom”

U predmetu C-178/16,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija), odlukom od 1. prosinca 2015., koju je Sud zaprimio 24. ožujka 2016., u postupku

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,

Guerrato SpA

protiv

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),

uz sudjelovanje:

Società Italiana per Condotte d’Acqua SpA,

Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,

SUD (četvrto vijeće),

u sastavu: T. von Danwitz, predsjednik vijeća, C. Vajda, E. Juhász (izvjestitelj), K. Jürimäe i C. Lycourgos, suci,

nezavisni odvjetnik: M. Campos Sánchez-Bordona,

tajnik: L. Hewlett, glavna administratorica,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 5. travnja 2017.,

* Jezik postupka: talijanski

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

– za Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA i Guerrato SpA, M. A. Sandulli i L. Antonini, *avvocati*,

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

– za Società Italiana per Condotte d'acqua SpA, A. Guarino i C. Martelli, *avvocati*,

– za talijansku vladu, G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju C. Pluchino i P. Grassa, *avvocati dello Stato*,

– za Europsku komisiju, G. Gattinara i A. Tokár, u svojstvu agenata,

saslušavši mišljenje nezavisnog odvjetnika na raspravi održanoj 21. lipnja 2017.,

donosi sljedeću

Presudu

1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje odredbi članka 45. stavka 2. prvog podstavka točaka (c) i (g) i članka 45. stavka 3. točke (a) Direktive 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6, svezak 1, str. 156.) kao i određenih općih načela prava Unije.

2 Zahtjev je upućen u okviru spora između društava Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (u daljnjem tekstu: Mantovani) i Guerrato SpA, od kojih prvonavedeno djeluje u svoje ime i u svojstvu vodećeg poduzetnika privremene zajednice poduzetnika koja se trebala osnovati s društvom Guerrato, s jedne strane, i Provincije autonoma di Bolzano (Autonomna regija Bolzano, Italija, u daljnjem tekstu: regija Bolzano) i Agenzije per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) (Agencija nadležna za postupke i kontrolu javne nabave radova, usluga i robe (ACP)) i Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) (Nacionalno antikorupcijsko tijelo (ANAC)), s druge strane, povodom isključenja Mantovanija iz postupka javne nabave koji se odnosio na dodjelu ugovora za radove, a čiji je predmet financiranje, izrada glavnog i izvedbenog projekta, gradnja i upravljanje novim zatvorom u Bolzanu.

Pravni okvir

Pravo Unije

3 Uvodna izjava 2. Direktive 2004/18 navodi:

„Sklapanje ugovora sklopljenih u državi članici u ime države, regionalnih ili lokalnih vlasti i drugih tijela kojima upravljaju tijela javnog prava, podliježe poštovanju načela Ugovora, a posebno načela slobode kretanja robe, načela slobode poslovnog nastana i načela slobode pružanja usluga i načelima koja iz toga proizlaze, kao što je načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti, te načelo transparentnosti. […]"

4 Članak 45. Direktive 2004/18 , naslovljen „Osobna situacija natjecatelja ili ponuditelja”, određuje:

„1. Svaki natjecatelj ili ponuditelj koji je bio osuđen na temelju pravomoćne presude o kojoj javni naručitelj ima spoznaje iz jednog ili više dolje navedenih razloga mora se isključiti iz sudjelovanja u ugovoru o javnoj nabavi:

[…]

Za potrebe ovog stavka, javni naručitelji, po potrebi, traže od natjecatelja ili ponuditelja da dostave dokumente navedene u stavku 3. i mogu se, ako imaju sumnji u vezi s osobnom situacijom natjecatelja ili ponuditelja obratiti nadležnim tijelima radi dobivanja informacija, o osobnoj situaciji dotičnih natjecatelja ili ponuditelja, koje smatraju potrebnima. Ako se situacija tiče natjecatelja ili ponuditelja s poslovnim nastanom u drugoj državi od one u kojoj je javni naručitelj, javni naručitelj može zatražiti suradnju nadležnih tijela. Uzimajući u obzir nacionalne zakone države članice u kojoj natjecatelj ili ponuditelj ima poslovni nastan, takvi se zahtjevi odnose na pravne i/ili fizičke osobe, uključujući, po potrebi, direktore poduzeća i bilo koje osobe koje imaju ovlasti predstavljanja, odlučivanja ili kontrole u odnosu na natjecatelja ili ponuditelja.

2. Svaki gospodarski subjekt može biti isključen iz sudjelovanja u ugovoru ako je taj gospodarski subjekt:

[…]

(c) pravomoćnom presudom osuđen za djelo koje se tiče njegovog profesionalnog postupanja;

(d) bio kriv za težak profesionalni propust koji javni naručitelj može dokazati na bilo koji način;

[…]

(g) kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka sukladno odredbama ovog odjeljka ili nije dostavio takve podatke.

Države članice navode, u skladu sa svojim nacionalnim zakonom i uzimajući u obzir zakonodavstvo Zajednice, provedbene uvjete za ovaj stavak.

3. Javni naručitelji prihvaćaju sljedeće kao dovoljan dokaz da se nijedan od slučajeva navedenih u stavku 1. ili stavku 2., točkama (a), (b), (c), (e) ili (f) ne odnosi na gospodarskog subjekta:

(a) što se tiče stavka 1. i stavka 2. točaka (a), (b) i (c), prilaganje izvatka iz ‚sudskog registra’ ili, u nedostatku toga, ekvivalentnog dokumenta koji su izdale nadležne sudske ili upravne vlasti u državi podrijetla ili u državi iz koje ta osoba dolazi i koji pokazuje da su ovi uvjeti zadovoljeni;

[…]”

Talijansko pravo

5 Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Zakonodavni dekret br. 163 kojim je donesen Zakonik o ugovorima o javnoj nabavi radova, usluga i robe kojim se provode direktive 2004/17/EZ i 2004/18/EZ) od 12. travnja 2006. (redovni dodatak GURI-ju br. 100 od 2. svibnja 2006.), kako je izmijenjen Dekretom sa zakonskom snagom br. 70 od 13. svibnja 2011. (GURI br. 110 od 13. svibnja

2011., str. 1.), pretvoren u zakon Zakonom br. 106 od 12. srpnja 2011. (GURI br. 160 od 12. srpnja 2011., str. 1.) (u daljnjem tekstu: Zakonodavni dekret br. 163/2006), uređuje u Italiji sve postupke javne nabave radova, usluga i robe.

6 U dijelu II. Zakonodavnog dekreta br. 163/2006 nalazi se članak 38., koji uređuje opće uvjete za sudjelovanje u postupcima dodjele koncesija i javne nabave radova, robe i usluga. Članak 38. stavak 1. točka (c) tog dekreta propisuje:

„Isključene su iz sudjelovanja u postupcima sklapanja ugovora o koncesijama i sklapanja ugovora o javim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, ne mogu im se dodijeliti ugovori o podizvođenju niti mogu sklopiti pripadajuće ugovore sve osobe:

[…]

(c) koje su osuđene pravomoćnom osuđujućom presudom odnosno konačnim kaznenim rješenjem ili presudom o primjeni kazne na temelju sporazuma stranaka u skladu s člankom 444. Codicea di procedura penale (Zakonik o kaznenom postupku) za teška kaznena djela na štetu države ili Zajednice koja se odnose na njihovo profesionalno postupanje; u svakom slučaju, temelj je isključenja pravomoćna osuđujuća presuda zbog počinjenja jednog ili više kaznenih djela sudjelovanja u zločinačkoj organizaciji, korupcije, prijevare, pranja novca, kako su definirani u aktima Zajednice navedenima u članku 45. stavku 1. Direktive 2004/18; isključenje i zabrana primjenjuju se ako je presuda ili rješenje doneseno u odnosu na vlasnika ili tehničkog direktora, ako se radi o pojedinačnom poduzetniku, partnere ili tehničkog direktora ako se radi o društvu osoba; komplementare ili tehničkog direktora, ako se radi o komanditnom društvu; administratore koji imaju ovlast zastupanja, tehničkog direktora ili trgovca pojedinca odnosno na većinskog partnera u slučaju društva koje ima najmanje četiri partnera, ako se radi o drugoj vrsti društva ili konzorciju. U svakom slučaju, isključenje i zabrana također se odnose na osobe koje su prestale obnašati svoju funkciju u godini koja je prethodila datumu objave poziva na nadmetanje, ako poduzetnik ne dokaže da se potpuno i stvarno distancirao od kazneno sankcioniranog ponašanja; isključenje i zabrana u svakom se slučaju ne provode kad je djelo dekriminalizirano ili ako je nastupila rehabilitacija, odnosno kad je djelo prestalo postojati nakon presude ili u slučaju povlačenja osude; […]”

Glavni postupak i prethodno pitanje

7 Oglasom objavljenim u *Službenom listu Europske unije* 27. srpnja 2013. (S 145-251280) regija Bolzano pokrenula je postupak javne nabave za dodjelu u otvorenom postupku ugovora za radove čiji su predmet bili financiranje, izrada glavnog i izvedbenog projekta, izgradnja i upravljanje novim zatvorom u Bolzanu. Procijenjena vrijednost radova iznosila je 165 400 000 eura

8 Mantovani je 16. prosinca 2013. podnio zahtjev za sudjelovanje, u svoje ime i u svojstvu vodećeg društva privremene zajednice poduzetnika koja se trebala osnovati. To je društvo podnijelo dvije izjave u vezi s ispunjavanjem općih zahtjeva predviđenih u članku 38. Zakonodavnog dekreta br. 163/2006. Ono je 4. prosinca 2013. izjavilo da protiv osobe B., bivšeg predsjednika upravnog odbora i upravitelja te zakonskog zastupnika društva, koji je prestao obnašati svoje dužnosti dana 6. ožujka 2013., nije donesena nikakva pravomoćna osuđujuća presuda. Mantovani je 16. prosinca 2013. potvrdio sadržaj te izjave.

9 Javni naručitelj na sastanku 9. siječnja 2014. prihvatio je sudjelovanje društva Mantovani sa zadrškom do dobivanja određenih pojašnjenja o osobi B. Naime, prema članku u lokalnom tisku objavljenom 6. prosinca 2013., osoba B., nakon što je optužena za vođenje sustava lažnih računa, pristala je da joj se odredi kazna zatvora u trajanju od jedne godine i deset mjeseci.

10 Javni je naručitelj nakon toga pribavio uvjerenje iz kaznene evidencije za osobu B. iz kojeg je proizlazilo da je navedena presuda donesena 5. prosinca 2013. te je postala pravomoćna 29. ožujka 2014. Na sastanku 29. svibnja 2014. javni naručitelj zatražio je od društva Mantovani pojašnjenja o navedenoj presudi.

11 Društvo Mantovani odgovorilo je ističući, među ostalim, da je presuda u odnosu na osobu B. postala pravomoćna nakon njenih izjava od 4. i 16. prosinca 2013., da je presuda od 6. prosinca 2013. donesena *in camera*, bez prisutnosti javnosti, i da je objavljena tek 3. veljače 2014. Društvo Mantovani dodalo je da je, kako bi se stvarno i potpuno distanciralo od ponašanja osobe B., odmah razriješilo potonju svih upraviteljskih dužnosti u grupi Mantovani, koja je pristupila unutarnjem restrukturiranju svojih upravnih tijela, otkupila dionice u vlasništvu osobe B. te protiv nje podnijela tužbu za utvrđivanje odgovornosti.

12 Nakon što je utvrdio rangiranje, u kojem je društvo Mantovani uz pridržaj razvrstano u peti rang, javni je naručitelj zatražio ANAC-ovo mišljenje o zakonitosti eventualnog isključenja društva Mantovani. ANAC je u biti odgovorio da – iako se zbog toga što nije postojala pravomoćna presuda izjave društva Mantovani ne mogu smatrati „lažnim izjavama” – to što ono nije na vrijeme priopćilo tijek kaznenog postupka u pogledu jedne od osoba navedenih u članku 38. stavku 1. točki (c) Zakonodavnog dekreta 163/2006 može biti povreda obveze lojalne suradnje s javnim naručiteljem i upućivati na nepostojanje potpunog distanciranja od dotične osobe.

13 U tim je okolnostima javni naručitelj na sastanku 27. veljače 2015. odlučio isključiti društvo Mantovani iz postupka javne nabave. Prema zapisniku s tog sastanka, utvrđeno je da nisu bili ispunjeni opći uvjeti iz članka 38. Zakonodavnog dekreta br. 163/2006 zbog „zakašnjelog i nedostatnog obavješćivanja o elementima potrebnima za dokazivanje da se društvo distanciralo od kažnjivih ponašanja osobe koja je prestala obnašati funkciju upravitelja” i da je presuda „donesena prije dostave izjava u postupku javne nabave, tako da ju je društvo Mantovani kao takvu moglo dostaviti u stadiju ispitivanja sudjelovanja”.

14 Društvo Mantovani podnijelo je tužbu protiv odluke o isključenju Tribunaleu regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (Regionalni upravni sud, samostalni odjel u Bolzanu, Italija). Taj je sud presudom od 27. kolovoza 2015. potvrdio zakonitost isključenja, smatrajući da je postojanje presude protiv osobe B. moglo biti uključeno u izjavu tijekom natječajnog postupka i da je samo podnositelju ponude koji je dao izjave u skladu sa stvarnim stanjem i koje nisu sadržavale pogreške javni naručitelj mogao priznati distanciranje iz članka 38. stavka 1. točke (c) Zakonodavnog dekreta br. 163/2006.

15 Društvo Mantovani podnijelo je žalbu protiv te presude pred Consigliom di Stato (Državno vijeće) – navodeći, među ostalim žalbenim razlozima, neusklađenost članka 38. Zakonodavnog dekreta br. 163/2006 s pravom Unije – te je od Consiglia di Stato zatražilo da postavi Sudu prethodno pitanje.

16 U tim je okolnostima Consiglio di Stato (Državno vijeće) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Protivi li se pravilnoj primjeni članka 45. stavka 2. prvog podstavka točaka (c) i (g) i članka 45. stavka 3. točke (a) Direktive 2004/18 i načelâ europskog prava zaštite legitimnih očekivanja i pravne sigurnosti, jednakog postupanja, proporcionalnosti i transparentnosti, zabrane otežavanja postupka i što veće otvorenosti tržišta javne nabave tržišnom natjecanju kao i taksativnog i određenog navođenja kažnjivih postupanja nacionalni propis poput članka 38. stavka 1. točke (c) Zakonodavnog dekreta [br. 163/2006], u dijelu u kojem se uvjet nepostojanja konačnih osuđujućih presuda za kaznena djela iz tog članka (uključujući presude o primjeni kazne na zahtjev stranaka) proširuje i na subjekte koji obnašaju funkcije u poduzećima ponuditeljima, a čija je funkcija prestala u godini koja je prethodila objavi poziva na nadmetanje, i predstavlja s tim povezan razlog za isključenje iz postupka javne nabave

ako poduzeće ne dokaže da se u potpunosti i stvarno distanciralo od kažnjivog postupanja takvih subjekata, pri čemu se naručitelju prepušta da slobodno ocijeni to distanciranje i omogućuje da, pod sankcijom isključenja iz postupka javne nabave, stvarno naloži:

(i) obvezu obavještavanja i davanja izjava u vezi s kaznenim predmetima u kojima još nije donesena pravomoćna presuda (i stoga im je ishod po definiciji neizvjestan), koja nije propisana zakonom pa ni za subjekte koji obnašaju funkcije;

(ii) obvezu dobrovoljnog distanciranja, pri čemu nisu određene vrste postupanja koja isključuju protupravnost, referentno razdoblje (pa ni to treba li prethoditi trenutku pravomoćnosti kaznene presude) i stadij postupka u kojem se ona treba ispuniti;

(iii) obvezu lojalne suradnje, čiji sadržaj nije određen, osim u dijelu u kojem se upućuje na opće načelo dobre vjere?"

O prethodnom pitanju

Dopuštenost

17 Regija Bolzano smatra da je zahtjev za prethodnu odluku nedopušten. Prema njezinu mišljenju, Sud je u presudi od 10. srpnja 2014., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063) već odlučio o pitanju koje se odnosilo na tumačenje članka 45. stavka 2. Direktive 2004/18 analognom onomu koje se postavlja u ovom predmetu.

18 U tom je pogledu dovoljno istaknuti da prethodno pitanje koje se odnosi na tumačenje nije nedopušteno samo ako je analogno prethodnom pitanju o kojem je Sud već odlučivao. U svakom slučaju, predmet u kojem je donesena presuda navedena u prethodnoj točki odnosi se na drukčiju pravnu situaciju, koju karakterizira isključenje ponuditelja zbog neplaćanja doprinosa za socijalnu sigurnost u okviru natječajnog postupka na koji su se primjenjivala samo osnovna pravila i opća načela UFEU-a i u kojem nije dosegnut prag predviđen u članku 7. točki (c) Direktive 2004/18.

19 Regija Bolzano usto smatra da prethodno pitanje nije povezano sa sporom u glavnom postupku jer isključenje nije bilo sankcija zbog povrede obveze obavještavanja ili davanja izjava, nego zbog toga što se društvo Mantovani nije potpuno i stvarno distanciralo od postupanja svojeg bivšeg upravitelja, osobe B. Prema tome, pozivanje na članak 45. stavak 2. prvi podstavak točku (g) i članak 45. stavak 3. Direktive 2004/18 nije ni relevantno ni odlučujuće.

20 U tom pogledu valja podsjetiti da za pitanja koja se odnose na pravo Unije vrijedi pretpostavka relevantnosti. O prethodnom pitanju koje je postavio nacionalni sud može se odbiti odlučiti samo ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom spora u glavnom postupku, ako je problem hipotetski ili ako Sud ne raspolaže činjeničnim i pravnim elementima potrebnima da bi se mogao dati koristan odgovor na upućena pitanja (presuda od 8. rujna 2015., Taricco i dr., C-105/14, EU:C:2015:555, t. 30. i navedena sudska praksa).

21 U ovom slučaju sud koji je uputio zahtjev navodi da se izjave koje je društvo Mantovani dalo 4. i 16. prosinca 2013. o nepostojanju pravomoćne presude ne mogu smatrati „lažnim izjavama" u smislu članka 45. stavka 2. prvog podstavka točke (g) i članka 45. stavka 3. točke (a) Direktive 2004/18. Ipak, on je naveo da se suočava s pitanjem dopušta li pravo Unije uzimanje u obzir nepostojanja izjave o kaznenim postupcima protiv bivših upravitelja poduzetnika ponuditelja o kojima još nije donesena pravomoćna presuda.

22 U tim okolnostima nije očito da prethodno pitanje nije povezano s činjeničnim stanjem odnosno predmetom spora u glavnom postupku.

23 Iz toga slijedi da je zahtjev za prethodnu odluku dopušten.

Meritum

24 Svojim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li Direktivu 2004/18, osobito njezin članak 45. stavak 2. prvi podstavak točke (c) i (g) i članak 45. stavak 3. točku (a), kao i načela zaštite legitimnih očekivanja, pravne sigurnosti, jednakog postupanja, proporcionalnosti i transparentnosti tumačiti na način da im se protivi nacionalni propis koji javnom naručitelju dopušta da prema utvrđenim uvjetima uzme u obzir kaznenu presudu protiv upravitelja poduzetnika koji podnosi ponudu za kazneno djelo koje se odnosi na njegovo profesionalno postupanje, ako je on prestao izvršavati svoje funkcije u godini koja prethodi objavi poziva na nadmetanje, i da isključi navedenog poduzetnika iz sudjelovanja u dotičnom postupku javne nabave jer se on, nepriopćavanjem te još nepravomoćne presude, nije potpuno i stvarno distancirao od ponašanja navedenog upravitelja.

25 Uvodno valja istaknuti da se sud koji je uputio zahtjev u svojem prethodnom pitanju poziva na razloge isključenja iz članka 45. stavka 2. prvog podstavka točaka (c) i (g) Direktive 2004/18 koji se odnose na isključenje ponuditelja koji je pravomoćnom presudom osuđen za djelo koje se tiče njegova profesionalnog postupanja odnosno ponuditelja koji je kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka sukladno odredbama odjeljka 2. poglavlja VII. te direktive ili nije dostavio takve podatke.

26 Kao što to proizlazi iz navoda sadržanih u odluci kojom se upućuje zahtjev, Mantovani je isključen iz postupka javne nabave jer je zakašnjelo i nepotpuno priopćio elemente koji dokazuju da se distancirao od postupanja svojeg upravitelja. Osobito mu se stavlja na teret da u izjavama od 4. i 16. prosinca 2013. nije naveo da se protiv njegova bivšeg upravitelja vodi kazneni postupak koji je okončan presudom donesenom *in camera* 6. prosinca 2013.

27 Prema tome, kako to tvrdi Europska komisija, može se smatrati da činjenice iz glavnog postupka mogu biti obuhvaćene razlozima za isključenje iz članka 45. stavka 2. prvog podstavka točaka (c) i (g) Direktive 2004/18 koji dopuštaju isključenje ponuditelja koji je u profesionalnom postupanju počinio tešku pogrešku dokazanu svim sredstvima koja su javni naručitelji mogli opravdati.

28 Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da činjenica da je sud koji je uputio zahtjev formulirao prethodno pitanje pozivajući se samo na određene odredbe prava Unije ne sprečava Sud da mu pruži sve elemente tumačenja prava Unije koji mogu biti korisni za rješavanje predmeta koji se pred njim vodi, bez obzira na to je li se nacionalni sud u tekstu svojeg pitanja na njih pozvao. U tom je pogledu na Sudu da iz svih podataka koje je dostavio nacionalni sud, a osobito iz obrazloženja odluke kojom se upućuje prethodno pitanje, izvede one elemente prava Unije koje treba tumačiti uzimajući u obzir predmet spora (vidjeti osobito presudu od 22. listopada 2015., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, t. 20. i navedenu sudsku praksu).

29 U tim okolnostima valja smatrati da se prethodno pitanje također odnosi na tumačenje razloga za fakultativno isključenje iz članka 45. stavka 2. prvog podstavka točaka (c) i (g) Direktive 2004/18.

30 Što se tiče fakultativnih razloga za isključenje, uvodno valja utvrditi da je, sukladno članku 45. stavku 2. posljednjem podstavku Direktive 2004/18, na državama članicama da, poštujući pravo Unije, utvrde „provedbene uvjete”.

31 U skladu s ustaljenom sudskom praksom, članak 45. stavak 2. Direktive 2004/18 ne predviđa ujednačenu primjenu razloga za isključenje koji su u njoj navedeni na razini Unije jer države članice imaju mogućnost ili uopće ne primijeniti te razloge za isključenje ili ih uključiti u svoje nacionalne propise s određenim stupnjem strogosti koji može biti različit od slučaja do slučaja, ovisno o okolnostima pravnog poretka i gospodarskim ili socijalnim okolnostima koje prevladavaju na nacionalnoj razini. U tom okviru države članice mogu ublažiti ili učiniti fleksibilnijima kriterije koji su propisani tom odredbom (presuda od 14. prosinca 2016., Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, t. 29. i navedena sudska praksa).

32 Države članice, dakle, raspolažu određenom diskrecijskom ovlasti prilikom utvrđivanja provedbenih uvjeta fakultativnih razloga za isključenje predviđenih u članku 45. stavku 2. Direktive 2004/18.

33 Što se tiče fakultativnog razloga za isključenje predviđenog u članku 45. stavku 2. prvom podstavku točki (c) navedene direktive – koji javnim naručiteljima dopušta da iz sudjelovanja u postupku javne nabave isključe ponuditelja protiv kojeg je donesena pravomoćna sudska presuda prema zakonskim odredbama dotične zemlje kojom se utvrđuje kazneno djelo vezano uz profesionalno postupanje tog ponuditelja – najprije valja istaknuti da njime nije pojašnjeno u kojoj mjeri kaznena djela koja su počinili direktori odnosno upravitelji pravne osobe mogu dovesti do isključenja iz javne nabave na temelju te odredbe.

34 Ipak, kao što je to nezavisni odvjetnik istaknuo u točkama 54. i 58. svojeg mišljenja, pravo Unije polazi od pretpostavke da pravne osobe djeluju preko svojih upravitelja. Ponašanje potonjih koje je protivno profesionalnom postupanju, prema tome, može biti relevantan čimbenik za ocjenu poduzetnikova profesionalnog postupanja. Državama članicama svakako je dopušteno da u okviru izvršavanja nadležnosti za utvrđivanje uvjeta primjene fakultativnih razloga za isključenje, među elementima koji su relevantni za ocjenu integriteta poduzetnika ponuditelja, utvrde i eventualno postojanje ponašanja upravitelja tog poduzetnika koja su protivna profesionalnom postupanju.

35 U tom pogledu članak 45. stavak 1. *in fine* Direktive 2004/18 priznaje da, u okviru obveznih razloga za isključenje, nacionalno pravo može uzeti u obzir postojanje kažnjivih ponašanja upravitelja pravne osobe. Ništa se, prema tome, ne protivi tomu da države članice prilikom provedbe razloga za isključenje predviđenih u članku 45. stavku 2. prvom podstavku točki (c) Direktive 2004/18 smatraju da se ponašanja upravitelja koji zastupa poduzetnika ponuditelja mogu pripisati potonjem.

36 Uzimanje u obzir u okviru razloga za isključenje predviđenog u članku 45. stavku 2. prvom podstavku točki (c) Direktive 2004/18 ponašanja upravitelja ponuditelja koji je pravna osoba ne može se, dakle, smatrati „proširenjem" područja primjene tog razloga za isključenje, nego je to njegova provedba koja čuva koristan učinak navedenog razloga za isključenje.

37 Nadalje, ni okolnost da činjenice koje su mogle dovesti do ponuditeljeva isključenja proizlaze iz ponašanja upravitelja koji je prestao izvršavati funkcije do datuma podnošenja zahtjeva za sudjelovanje u postupku javne nabave ne može biti zapreka primjeni tog razloga za isključenje.

38 Naime, navedeni razlog za isključenje bez sumnje obuhvaća protupravno postupanje gospodarskog subjekta do kojeg je došlo prije postupka javne nabave. Na državi članici je da, uzimajući u obzir načelo proporcionalnosti, utvrdi datum od kojeg takvo ponašanje može opravdati ponuditeljevo isključenje.

39 Što se tiče, usto, pitanja je li kazneno djelo vezano uz profesionalno postupanje poduzetnika ponuditelja, valja utvrditi da se sudjelovanje upravitelja društva u izdavanju lažnih računa može smatrati kaznenim djelom vezanim uz profesionalno postupanje.

40 Konačno, što se tiče uvjeta prema kojem presuda treba biti pravomoćna, valja primijetiti da je u predmetu u glavnom postupku taj uvjet bio ispunjen jer je odluka o isključenju donesena nakon što je presuda osobi B. postala pravomoćna.

41 Sukladno sudskoj praksi navedenoj u točki 31. ove presude, država članica ima pravo primijeniti blaže uvjete primjene fakultativnih razloga za isključenje i, dakle, suzdržati se od primjene razloga za isključenje u slučaju da se poduzetnik ponuditelj distancira od ponašanja koje je kazneno djelo. U tom slučaju ona također ima pravo utvrditi uvjete tog distanciranja i zahtijevati, kako to čini talijansko pravo, da poduzetnik ponuditelj obavijesti javnog naručitelja o presudi protiv upravitelja, čak i ako ona još nije pravomoćna.

42 Poduzetnik ponuditelj koji ispunjava te uvjete može podnijeti sve dokaze koji prema njegovu mišljenju dokazuju takvo distanciranje.

43 Ako se to distanciranje javnom naručitelju ne može dokazati, nužna je posljedica primjena razloga za isključenje.

44 S obzirom na ono što je istaknuto u točki 27. ove presude, u situaciji u kojoj presuda kojom se utvrđuje kazneno djelo vezano uz profesionalno postupanje upravitelja poduzetnika koji je podnio ponudu još nije pravomoćna, može se primijeniti članak 45. stavak 2. prvi podstavak točka (d) Direktive 2004/18. Ta odredba omogućuje isključenje poduzetnika ponuditelja koji je bio kriv za težak profesionalni propust koji javni naručitelj može na bilo koji način dokazati.

45 U tom pogledu valja utvrditi da su razmatranja iz točaka 34. do 43. ove presude valjana i *mutatis mutandis* primjenjiva u pogledu teškog profesionalnog propusta.

46 Vezano uz članak 45. stavak 2. prvi podstavak točku (c) Direktive 2004/18, jedna je od razlika u okolnosti da javni naručitelj može „na bilo koji način” opravdati postojanje takvog teškog propusta.

47 U tu svrhu sudska odluka, čak i ako još nije pravomoćna, može s obzirom na svoj predmet javnom naručitelju pružiti odgovarajući razlog za opravdanje postojanja teškog profesionalnog propusta, s obzirom na to da ta odluka u svakom slučaju može biti predmet sudskog nadzora.

48 Valja dodati da se, prema članku 45. stavku 2. prvom podstavku točki (g) Direktive 2004/18, ponuditelj može isključiti ako je kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica, ali i ako nije dostavio podatke koji se zahtijevaju na temelju odjeljka 2. poglavlja VII. glave II. te direktive, odnosno one koji se tiču „kriterija za kvalitativni odabir”. Dakle, činjenica da javni naručitelj nije bio obaviješten o kažnjivim ponašanjima prijašnjeg upravitelja također može biti element koji omogućuje da se na temelju te odredbe ponuditelj isključi iz sudjelovanja u postupku javne nabave.

49 Što se tiče članka 45. stavka 3. prvog podstavka točke (a) navedene direktive, dovoljno je primijetiti da sud koji je uputio zahtjev ne pojašnjava u kojoj je mjeri tumačenje te odredbe potrebno s obzirom na činjenice u glavnom postupku.

50 Sud koji je uputio zahtjev u svojem prethodnom pitanju također upućuje na više načela, od kojih su neka podignuta na razinu načela prava Unije, a pritom ne iznosi precizno po čemu bi ona, s obzirom na činjenice u ovom slučaju, mogla biti relevantna i čime bi im se nacionalni propis o kojem je riječ u glavnom postupku mogao protiviti.

51 Što se tiče načela jednakog postupanja, u tim je okolnostima dovoljno primijetiti da se, uzimajući u obzir cilj tog propisa kojim se želi zaštititi integritet postupka javne nabave, situacija poduzetnika ponuditelja čiji je upravitelj počinio kazneno djelo koje se odnosi na profesionalno postupanje tog poduzetnika ili težak profesionalni propust ne može smatrati usporedivom s onom poduzetnika ponuditelja čiji upravitelj nije kriv za takvo ponašanje.

52 Što se tiče načela pravne sigurnosti, zaštite legitimnih očekivanja i načela transparentnosti, iz zahtjeva za prethodnu odluku nije vidljivo u kojoj ih je mjeri potrebno tumačiti s obzirom na predmet u glavnom postupku.

53 Što se tiče načela proporcionalnosti, valja ispitati njegovu primjenu na okolnost datuma od kojeg se može smatrati da je upraviteljevo protupravno postupanje prouzročilo isključenje poduzetnika ponuditelja. Naime, u slučaju prevelikog vremenskog razmaka, nacionalni propis mogao bi suziti područje primjene Unijinih direktiva u području javne nabave.

54 U tom pogledu uzimanje u obzir protupravnog ponašanja tijekom godine koja prethodi objavi poziva na nadmetanje nije neproporcionalno jer propis o kojem je riječ u glavnom postupku predviđa da poduzetnik može dokazati da se stvarno i potpuno distancirao od ponašanja svojeg upravitelja.

55 S obzirom na sva prethodna razmatranja, na upućeno pitanje valja odgovoriti tako da Direktivu 2004/18, a osobito njezin članak 45. stavak 2. prvi podstavak točke (c), (d) i (g), kao i načela jednakog postupanja i proporcionalnosti treba tumačiti na način da im se ne protivi nacionalni propis koji javnom naručitelju dopušta da:

– prema utvrđenim uvjetima uzme u obzir kaznenu presudu protiv upravitelja poduzetnika ponuditelja za kazneno djelo koje se odnosi na njegovo profesionalno postupanje, iako ta presuda još nije pravomoćna, ako je on prestao izvršavati svoje funkcije u godini koja prethodi objavi poziva na nadmetanje, i

– isključi navedenog poduzetnika iz sudjelovanja u dotičnom postupku javne nabave jer se on, nepriopćavanjem te još nepravomoćne presude, nije potpuno i stvarno distancirao od ponašanja navedenog upravitelja.

Troškovi

56 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenoga, Sud (četvrto vijeće) odlučuje:

Direktivu 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, a osobito njezin članak 45. stavak 2. prvi podstavak točke (c), (d) i (g), kao i načela jednakog postupanja i proporcionalnosti treba tumačiti na način da im se ne protivi nacionalni propis koji javnom naručitelju dopušta da:

– **prema utvrđenim uvjetima uzme u obzir kaznenu presudu protiv upravitelja poduzetnika ponuditelja za kazneno djelo koje se odnosi na njegovo profesionalno postupanje, iako ta presuda još nije pravomoćna, ako je on prestao izvršavati svoje funkcije u godini koja prethodi objavi poziva na nadmetanje, i**

– **isključi navedenog poduzetnika iz sudjelovanja u dotičnom postupku javne nabave jer se on, nepriopćavanjem te još nepravomoćne presude, nije potpuno i stvarno distancirao od ponašanja navedenog upravitelja.**

Potpisi