Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (осми състав)

26 септември 2024 година*

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Директива 2004/18/ЕО — Член 47, параграф 3 — Член 48, параграф 4 — Изключване на оферент от процедурата за възлагане на обществена поръчка — Изключване на възможността за намаляване на първоначалния състав на временното обединение на предприятия, представило оферта — Несъвместимост — Срок на валидност на офертата — Запазване на валидността на офертата, чийто срок е изтекъл — Изведено по пътя на тълкуването задължение за изрично оттегляне на тази оферта — Загуба на временната гаранция, придружаваща посочената оферта — Автоматично прилагане на тази мярка — Член 2 — Принципи относно възлагането на обществени поръчки — Принцип на пропорционалност — Принцип на равно третиране — Задължение за прозрачност — Нарушение“

По съединени дела C-403/23 и C-404/23

с предмет две преюдициални запитвания, отправени на основание член 267 ДФЕС от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) с актове от 16 юни 2023 г., постъпили в Съда на 30 юни и 3 юли 2023 г., в рамките на производство по дело

Luxone Srl, действащо от свое име и като пълномощник на временното обединение на предприятия в процес на учредяване с Iren Smart Solutions SpA (C-403/23),

Sofein SpA, по-рано Gi One SpA (C-404/23)

срещу

Consip SpA,

при участието на:

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni SpA,

Sofein SpA, по-рано Gi One SpA (C-403/23),

Iren Smart Solutions SpA,

Consorzio Stabile Energie Locali Scarl,

City Green Light Srl,

* Език на производството: италиански.

Enel Sole Srl,

Luxone Srl (C-404/23),

СЪДЪТ (осми състав),

състоящ се от: N. Piçarra, председател на състава, N. Jääskinen и M. Gavalec (докладчик), съдии,

генерален адвокат: P. Pikamäe,

секретар: A. Calot Escobar,

предвид изложеното в писмената фаза на производството,

като има предвид становищата, представени:

– за Luxone Srl, действащо от свое име и като пълномощник на временното обединение на предприятия в процес на учредяване с Iren Smart Solutions SpA, както и за Sofein SpA, от P. Leozappa, avvocato,

– за италианското правителство, от G. Palmieri, в качеството на представител, подпомагана от A. De Curtis, L. Fiandaca и D. G. Pintus, avvocati dello Stato,

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

предвид решението, взето след изслушване на генералния адвокат, делото да бъде разгледано без представяне на заключение,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалните запитвания се отнасят до тълкуването на 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), на член 6 ДЕС, на членове 49, 50, 54 и 56 ДФЕС, на членове 16, 49, 50 и 52 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“) и на член 4 от Протокол № 7 към Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписан в Страсбург на 22 ноември 1984 г.

2 Запитванията са отправени в рамките на два спора, съответно между Luxone Srl, действащо от свое име и като пълномощник на временното обединение на предприятия в процес на учредяване с Iren Smart Solutions SpA, по дело C-403/23, и Sofein SpA, по-рано Gi One SpA, по дело C-404/23, и един и същ възлагащ орган, Consip SpA, по повод на решенията, с които последният, от една страна, изключва временното обединение на предприятия, част от което са Luxone и Sofein, от процедура за възлагане на обществена поръчка и от друга страна, задържа временната гаранция, която членовете на това обединение са предоставили с оглед на участието си в тази процедура.

Правна уредба

Правото на Съюза

Директива 2004/18

3 Съображения 2 и 32 от Директива 2004/18 гласят:

„(2) 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. Въпреки това при обществени поръчки над определена стойност се препоръчва да се изготвят разпоредби за координиране в Общността на националните процедури за възлагане на такива поръчки, които да се основават на тези принципи така, че да гарантират последиците от тях и поставянето на обществените поръчки на конкурентна основа. Тези координиращи разпоредби следва да бъдат тълкувани както в съответствие с посочените правила и принципи, така и в съответствие с другите правила от Договора.

[…]

(32) За да се насърчи участието на малки и средни предприятия [(МСП)] на пазара на обществените поръчки, е необходимо да се предвидят разпоредби за участие на подизпълнители“.

4 Член 2 от тази директива, озаглавен „Принципи на възлагане на поръчките“, предвижда:

„Възлагащите органи третират икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин“.

5 Член 4 от същата директива, озаглавен „Икономически оператори“, предвижда в параграф 2:

„Групи от икономически оператори могат да представят оферти или да бъдат кандидати. Възлагащите органи не могат да изискват от тези групи да имат определена правна форма, за да могат да представят оферта или заявление за участие; въпреки това, може да бъде поставено изискването избраната група да има определена правна форма, след като ѝ бъде възложена поръчката, доколкото тази промяна е необходима за задоволителното изпълнение на поръчката“.

6 Член 45 от същата директива, озаглавен „Лично състояние на кандидата или оферента“, предвижда в параграф 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“.

7 Член 47 от Директива 2004/18, озаглавен „Икономическо и финансово състояние“, предвижда в параграфи 2 и 3:

„2. Икономическият оператор може, когато това е приложимо и за конкретна поръчка, да разчита на възможностите на други образувания, независимо от правното естество на връзките между тях. В този случай икономическият оператор трябва да докаже на възлагащия орган, че ще има на разположение необходимите ресурси, например, чрез представянето на доказателство за ангажимента, поет от тези образувания за тази цел.

3. При същите условия група от икономически оператори, посочена в член 4, може да разчита на възможностите на участниците в групата или на други образувания“.

8 Член 48 от тази директива, озаглавен „Технически възможности и/или професионална квалификация“, гласи:

„1. Техническите възможности и/или професионалната квалификация на икономическите оператори се оценява и проучва съгласно параграфи 2 и 3.

[…]

3. Икономическият оператор може, когато това е приложимо и за конкретна поръчка, да разчита на възможностите на други образувания, независимо от правното естество на връзките помежду им. В този случай икономическият оператор трябва да докаже на възлагащия орган, че ще има на разположение необходимите ресурси за изпълнението на поръчката, например чрез представянето на доказателство за ангажимента, поет от тези образувания за поставяне на необходимите ресурси на разположение на икономическия оператор.

4. При същите условия група от икономически оператори, посочена в член 4, може да разчита на възможностите на участниците в групата или на други образувания“.

9 Приложение VII A към посочената директива е озаглавено „Информация, която трябва да бъде включена в обявленията за обществени поръчки“ и предвижда в точки 14 и 21 от раздела си „Обявления за поръчки“, че в обявлението за поръчка трябва да се посочат съответно „[и]зисквани депозити и гаранции, когато е подходящо“ и „[с]рок, през който оферентът е длъжен да поддържа офертата си (открита процедура)“.

Директива 2004/17

10 От членове 3—9 от Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3) следва, че тази директива се прилага за обществени поръчки, които обхващат една или повече дейности в следните области: газ, топлинна енергия и електроенергия, вода, транспортни услуги, пощенски услуги, проучване или добив на нефт, газ, въглища или други твърди горива.

11 Член 11, параграф 2 от Директива 2004/17 е формулиран по същия начин като член 4, параграф 2 от Директива 2004/18, с изключение на това, че изразът „възлагащите органи“ е заменен с „възложителите“.

Италианското право

12 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 (Законодателен декрет № 163 — Кодекс за обществените поръчки за строителство, услуги и доставки за транспониране на Директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО) от 12 април 2006 г. (GURI, бр. 100 от 2 май 2006 г., редовна притурка, бр. 107, наричан по-нататък „старият Кодекс за обществените поръчки“) съдържа член 11, озаглавен „Етапи на процедурите за възлагане на обществени поръчки“, който предвижда в параграф 6:

„Оферентът може да представи само една оферта. Офертата е обвързваща за оферента за срока, посочен в обявлението за поръчка или в поканата за представяне на оферти, а ако няма определен срок — в продължение на 180 дни от изтичането на срока за подаване на оферти. Възлагащият орган може да поиска от оферентите удължаване на този срок“.

13 Член 37 от стария Кодекс за обществените поръчки, озаглавен „Временни обединения и обикновени консорциуми на конкуренти“, предвижда в параграфи 8—10, 18 и 19:

„8. Лицата, посочени в член 34, параграф 1, букви d) и e), могат да представят оферта дори ако все още не са учредени. В този случай офертата трябва да бъде подписана от всички икономически оператори, които участват във временните обединения или обикновените консорциуми на конкуренти, като операторите се задължат, че в случай на възлагане на поръчката ще предоставят специален колективен мандат за представителство на един от тях, посочен в офертата и наричан пълномощник, който ще сключи договора от свое име и за своя сметка и от името и за сметка на доверителите.

9. […] Без да се засягат разпоредбите на параграфи 18 и 19, се забранява всяка промяна в състава на временните обединения и обикновените консорциуми на конкуренти спрямо състава, произтичащ от поетото при подаването на офертата задължение.

10. Нарушаването на забраните, посочени в предходния параграф, води до отмяна на възлагането или недействителност на договора, както и до изключване на оферентите, които по време на или след същата процедура за възлагане на обществена поръчка участват в обединение или обикновен консорциум на конкуренти.

[…]

18. В случай на несъстоятелност на пълномощника или, когато търговецът е физическо лице, в случай на смърт, лишаване от права, поставяне под запрещение или несъстоятелност, или в случаите, предвидени от законодателството за борба с мафията, възлагащият орган може да продължи договорните отношения с друг икономически оператор, определен за „пълномощник“ по реда на настоящия кодекс, при условие че отговаря на условията за квалификация, предвидени за строителните работи, услугите или доставките, които все още предстои да бъдат извършени; ако тези условия не са налице, възлагащият орган може да се оттегли от договора.

19. В случай на несъстоятелност на един от доверителите, а когато търговецът е физическо лице, в случай на смърт, лишаване от права, поставяне под запрещение или несъстоятелност, или в случаите, предвидени от законодателството за борба с мафията, пълномощникът, ако не посочи друг встъпващ икономически оператор, който отговаря на необходимите изисквания, е длъжен да изпълни договора, пряко или чрез другите доверители, при условие че същите отговарят на условията за квалификация, предвидени за строителните работи, услугите или доставките, които все още предстои да бъдат извършени“.

14 Член 38 от този кодекс, озаглавен „Общи условия“, предвижда в параграф 1, буква f):

„Изключва се от участие в процедурите за възлагане на концесии и на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги и не може да бъде подизпълнител или да сключва свързаните с това договори лице:

[…]

f) което, по мотивирана преценка на възлагащия орган, е виновно за груба небрежност или недобросъвестност при изпълнението на възложените от възлагащия орган услуги или е извършило тежко професионално нарушение, доказано с всяко средство, с което може да си послужи възлагащият орган […]“.

15 Член 48 от посочения кодекс, озаглавен „Проверка на спазването на условията“, предвижда в параграф 1:

„Преди да пристъпят към отваряне на пликовете с представените оферти, възлагащите органи изискват от определен брой избрани чрез публичен жребий оференти, не по-малък от 10 % от представените оферти, закръглен до следващата цяла единица, да докажат в десетдневен срок от датата на искането, че отговарят на изискванията за икономически, финансов, технически и организационен капацитет, евентуално предвидени в обявлението за обществена поръчка, като представят документите, посочени в това обявление или в поканата за участие. В хода на

проверката — за поръчките, възложени на общи изпълнители — възлагащите органи проверяват дали оферентите отговарят на условията за квалификация за изпълнение на строителните работи, посредством електронния регистър, посочен в член 7, параграф 10, или чрез уебсайта на Министерството на инфраструктурата и транспорта; за доставчиците и доставчиците на услуги проверката за спазването на изискването по член 42, параграф 1, буква а) от настоящия кодекс се извършва посредством националната база данни за обществените поръчки по член 6а от настоящия кодекс. Ако такова доказателство не бъде представено или то не потвърди декларациите, съдържащи се в заявлението за участие или в офертата, възлагащите органи изключват конкурента от процедурата за възлагане на обществена поръчка, задържат свързаната с нея временна гаранция и подават сигнал за това до органа, компетентен да вземе посочените в член 6, параграф 11 мерки. Органът също така отнема [правото на] участие в процедурите за възлагане на обществени поръчки за срок от един до дванадесет месеца“.

16 Съгласно член 75 от същия кодекс, озаглавен „Гаранции, придружаващи офертата“:

„1. Офертата се придружава от гаранция, равна на два процента от основната цена, посочена в обявлението за поръчката или в поканата, под формата на депозит или поръчителство, по избор на оферента. […]

[…]

6. Гаранцията покрива неподписването на договора поради обстоятелства, за които отговаря спечелилият оферент, и се освобождава автоматично при подписването на договора.

[…]

9. Едновременно с уведомяването на неспечелилите оференти, че поръчката е възложена, възлагащият орган разпорежда освобождаване на предоставената от тях гаранция съгласно параграф 1, незабавно или при всички случаи не по-късно от тридесет дни след възлагането на поръчката, дори когато гаранцията все още е валидна“.

Споровете в главното производство и преюдициалните въпроси

17 С обявление, публикувано на 21 декември 2015 г., Consip обявява открита процедура за възлагане на обществена поръчка, разделена на дванадесет обособени позиции, за предоставяне на услуга за осветление и свързани с нея услуги по избор.

18 Временно обединение на предприятия, на което Luxone е водещо предприятие (наричано по-нататък „GTE Luxone“), представя оферта за четири от тези дванадесет позиции. В обединението участват и Consorzio Stabile Energie Locali Scarl (наричано по-нататък „CSEL“), Iren Servizi e Innovazione SpA (понастоящем Iren Smart Solutions), Gestione Integrata Srl и Exitone SpA.

19 С писмо от 28 септември 2018 г. Gi One, понастоящем Sofein, иска от Consip да отчете факта, че то е правоприемник на Exitone и на Gestione Integrata „във всичките им права и задължения“.

20 Въпреки че при започването на процедурата за проверка на офертите за несъответствия Consip си запазва правото да провери дали Exitone отговаря без прекъсване на общите условия, предвидени в член 38 от стария Кодекс за обществените поръчки, то не открива последваща процедура.

21 Процедурата за възлагане на разглежданата в главното производство обществена поръчка, която е трябвало да приключи най-късно на 18 април 2017 г., е удължавана осем пъти с „цел да осигури на Consip необходимото време за приключване на процедурата“. Всяко от тези удължавания е довело до необходимостта, от една страна, да се потвърдят междувременно изтеклите оферти и от друга страна, да се удължат придружаващите тези оферти временни гаранции.

22 След като на 2 март 2020 г. е формулирано седмото искане за потвърждаване на тези оферти, с писмо от 30 март 2020 г. членовете на GTE Luxone уведомяват Consip, че Luxone и Iren Smart Solutions потвърждават представените от тях по-рано оферти, за разлика от Sofein и CSEL. По същество последните посочват, че предвид продължителността на подготовката за възлагане на разглежданата в главното производство обществена поръчка изготвените през 2016 г. оферти „вече не [били] жизнеспособни нито икономически, нито с оглед на доброто и разумно управление на предприятията“.

23 С писмо от 9 юни 2020 г. Consip иска за осми път от всички членове на GTE Luxone да потвърдят изтеклата оферта и да удължат валидността на свързаната с нея временна гаранция до 30 ноември 2020 г.

24 С писмо от 18 юни 2020 г., на което Consip не отговаря, Luxone и Iren Smart Solutions потвърждават отново офертите си, като същевременно припомнят, че Sofein и CSEL от своя страна не желаят да потвърдят офертите си.

25 С писмо от 30 септември 2020 г. Consip започва процедура, за да провери дали е спазено предвиденото в член 38, параграф 1, буква f) от стария Кодекс за обществените поръчки условие, и да прецени законосъобразността на оттеглянето на Sofein и CSEL. Всъщност Consip счита, че тъй като не са потвърдили офертите си, тези две дружества незаконосъобразно са се „оттеглили“ от GTE Luxone.

26 С решение от 11 ноември 2020 г. (наричано по-нататък „решението за изключване от 11 ноември 2020 г.“) Consip изключва GTE Luxone от процедурата за възлагане на разглежданата в главното производство обществена поръчка.

27 На първо място, Consip отбелязва, че член 11, параграф 6 от стария Кодекс за обществените поръчки предоставя на единствения оферент, т.е. в случая — GTE Luxone като цяло, правото да оттегли офертата след изтичането на определен срок. Следователно това право не може да се упражнява само от част от членовете на това обединение.

28 На второ място, Consip упреква по-специално Sofein, че се е оттеглило от посоченото обединение, за да заобиколи член 38, параграф 1 от този кодекс. Всъщност съгласно тази разпоредба Sofein е трябвало да бъде изключено от разглежданата в главното производство процедура за възлагане на обществена поръчка поради поведението на двете дружества, на които то е правоприемник, което може да засегне неговата надеждност и за което то трябва да носи отговорност. Consip упреква Sofein и в престъпни деяния.

29 На трето място, Consip твърди „липса на професионална почтеност“ от страна на Luxone, като се позовава на съдебно дело за възпрепятстване на публичните процедури за възлагане на обществени поръчки и на постановено на 14 юли 2020 г. решение на Tribunale di Messina (Районен съд Месина, Италия) срещу лицето, което до 22 юли 2019 г. е било управител на дружеството, чийто правоприемник е Luxone.

30 На четвърто място, Consip упреква CSEL, че се е оттеглило от GTE Luxone, за да прикрие по същество, че дружеството не отговаря на предвидените условия и не разполага с необходимите средства за изпълнението на разглежданата в главното производство поръчка.

31 С решение от 12 ноември 2020 г. Consip разпорежда задържане на временните гаранции на обща стойност 2 950 000 евро, предоставени за четирите обособени позиции, за които GTE Luxone е подало оферта.

32 В отговор на решенията на Consip от 11 и 12 ноември 2020 г., с писмо от 20 ноември 2020 г. CSEL твърди, че отговаря без прекъсване на всички условия за участие в разглежданата в главното производство процедура. Освен това непотвърждаването на офертата от CSEL, което не можело да се квалифицира като оттегляне от GTE Luxone, било част от цялостната реорганизация на предприятието.

33 С писмо от 10 декември 2020 г. Consip потвърждава решението за изключване от 11 ноември 2020 г.

34 Luxone, действащо от свое име и в качеството на пълномощник на GTE Luxone, и Sofein безуспешно оспорват с две отделни жалби решението за изключване от 11 ноември 2020 г. и решението от 12 ноември 2020 г. пред Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио, Италия). Поради това те обжалват решенията на този съд пред Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия), който е запитващата юрисдикция.

35 Последната юрисдикция посочва, че е разпоредила отлагане на задържането на временните гаранции по-специално поради общия им размер.

36 Тази юрисдикция счита за уместно, още преди да разгледа жалбите в частта им срещу решението за изключване от 11 ноември 2020 г., да прецени съвместимостта с правото на Съюза на член 11, параграф 6 от стария Кодекс за обществените поръчки, който италианските административни съдилища тълкуват в смисъл, че липсата или само частичното потвърждаване на офертата към момента, в който изтича срокът ѝ на валидност и отпада обвързващият ѝ характер за съответния оферент, се приравнява на оттегляне на временното обединение на предприятия, което я е представило.

37 При оттегляне на някои членове на такова обединение посочената юрисдикция счита, че член 11, параграф 6, член 37, параграфи 8—10, 18 и 19, както и член 38, параграф 1, буква f) от този кодекс задължават възлагащия орган да изключи операторите, участващи в това обединение, предвид забраната за промяна на неговия състав. Единствените изключения от принципа на неизменяемост на временното обединение на предприятия били посочени в член 37, параграфи 18 и 19 от този кодекс.

38 Причината за съществуването на правилото по член 11, параграф 6 от стария Кодекс за обществените поръчки била да се гарантира, че представената оферта ще се поддържа през цялата предвидима продължителност на процедурата за възлагане на обществена поръчка, а не да се ограничи действието ѝ във времето. Според Consiglio di Stato (Държавен съвет) тази разпоредба не означава, че офертата престава да бъде валидна по силата на закона след изтичането на срока, а само че съответният оферент може да се оттегли от нея, при условие че изрично се позове на тази възможност. Освен това принципът на субективната неизменяемост на временно обединение на предприятия се прилагал дори в случаите, когато това обединение все още не е формално учредено.

39 Освен това в настоящия случай изключването на GTE Luxone от разглежданата в главното производство процедура за възлагане на обществена поръчка било оправдано и от поведението на Sofein, което, като се оттеглило от това обединение, се стремяло да избегне обявената проверка на неговата „морална надеждност“. От практиката на Consiglio di Stato (Държавен съвет) обаче следвало, че оттеглянето на един от членовете на обединение трябва да бъде продиктувано от организационни нужди, присъщи на временното сдружение на предприятия или на консорциума.

40 Запитващата юрисдикция счита, че оспорваните разпоредби от стария Кодекс за обществените поръчки са съвместими с член 4, параграф 2 от Директива 2004/18, както и с член 11, параграф 2 от Директива 2004/17, който е формулиран по подобен начин.

41 Luxone и Sofein обаче критикуват практиката на Consiglio di Stato (Държавен съвет), тъй като тя фактически принуждавала членовете на временно обединение на предприятия да останат обвързани от офертата си за неопределен период от време, включително когато срокът на валидност на тази обвързваща оферта е изтекъл няколко пъти. Подобно тълкуване противоречало на принципа на свобода на стопанската инициатива, гарантиран в член 16 от Хартата, на принципите на пропорционалност и конкуренция, както и на свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги, прогласени в членове 49, 50, 54 и 56 ДФЕС.

42 Запитващата юрисдикция признава, че особено в производства, които продължават значително във времето, забраната за член на такова обединение да се оттегли от представената оферта, чийто срок на валидност е изтекъл, под страх от изключване на цялото обединение, изглежда непропорционална за гарантиране на сериозността на тази оферта, най-малкото когато икономическите оператори, потвърдили посочената оферта, са в състояние сами да изпълнят всички условия за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Въпреки това в съответствие с член 2 във връзка със съображение 2 от Директива 2004/18 приетите от държавите членки мерки не трябва да надхвърлят необходимото за постигането на тази цел.

43 Освен това Luxone и Sofein поддържат, че незаконосъобразността на решението от 12 ноември 2020 г. за задържане на временните гаранции произтича от незаконосъобразността на решението за изключване от 11 ноември 2020 г., както и от негови собствени пороци. Всъщност тези гаранции биха могли да се задържат само в двете хипотези, предвидени съответно в член 48, параграф 1 и в член 75, параграф 6 от стария Кодекс за обществените поръчки, а именно когато проверяваният участник не е доказал, че отговаря на „изискванията за икономически, финансов, технически и организационен

капацитет“, и когато договорът не е бил подписан поради „обстоятелства, за които отговаря спечелилият оферент“. Споровете по главното производство обаче не попадали в нито една от тези две хипотези.

44 Въпреки факта, че в решение № 198 от 26 юли 2022 г. Corte costituzionale (Конституционен съд, Италия) постановява, че задържането на дадена гаранция няма наказателноправен характер, запитващата юрисдикция счита, подобно на Luxone и Sofein, че поради величината на наложеното на тези дружества „отчуждаване на имущество“ автоматичното задържане на временните гаранции би имало по отношение на посочените дружества характеристиките на такава санкция.

45 В това отношение член 49, параграф 3 от Хартата уточнява, че „[т]ежестта на наказанията не трябва да бъде несъразмерна спрямо престъплението“. Освен това член 1 от Допълнителен протокол № 1 към Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписан в Париж на 20 март 1952 г., и член 17 от Хартата се тълкуват в смисъл, че целят да гарантират спазването на пропорционалността между възприетото поведение и наложената санкция, като се забранява необосновано ограничаване на правото на собственост и следователно се избягва „прекомерна и непропорционална жертва“ спрямо преследваната цел. Принципът на пропорционалност е изразен най-общо и в съображение 2 от Директива 2004/18.

46 При тези обстоятелства Consiglio di Stato (Държавен съвет) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Допускат ли Директива [2004/18], членове 16 и 52 от [Хартата], принципите на пропорционалност, конкуренция, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги, посочени в членове 49, 50, 54 и 56 ДФЕС, национални разпоредби (член 11, параграф 6, член 37, параграфи 8, 9, 10, 18 и 19, член 38, параграф 1, буква f) от стария Кодекс за обществените поръчки), които в случай на изтичане на срока на валидност на офертата, първоначално представена от временно обединение на предприятия в процес на учредяване, изключват възможността за намаляване на първоначалния състав на обединението при удължаване на срока на валидност на посочената оферта? По-специално съвместими ли са тези национални разпоредби с общите принципи на правото на Европейския съюз на свободна стопанска инициатива и ефективност, както и с член 16 от [Хартата]?

2) Допускат ли Директива [2004/18], членове 16, 49, 50 и 52 от [Хартата], член 4, протокол № 7 към Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, член 6 ДЕС, принципите на пропорционалност, конкуренция, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги, закрепени в членове 49, 50, 54, и 56 ДФЕС, национални разпоредби (член 38, параграф 1, буква f), членове 48 и 75 от стария Кодекс за обществените поръчки), които предвиждат прилагането на санкцията за задържане на временната гаранция като автоматична последица от изключването на икономически оператор от процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги, независимо от обстоятелството дали същият е бил избран за изпълнител при същото възлагане?“.

По преюдициалните въпроси

По първия въпрос

47 В самото начало следва да се припомни, че съгласно постоянната практика на Съда в рамките на въведеното с член 267 ДФЕС производство за сътрудничество между националните юрисдикции и Съда задачата на последния е да даде на националния съд полезен отговор, който да му позволи да реши спора, с който е сезиран. За тази цел Съдът може да вземе предвид норми от правото на Съюза, които националният съд не е посочил във въпроса си. Всъщност фактът, че от формална гледна точка националната юрисдикция е формулирала преюдициален въпрос, като се е позовала на определени разпоредби на правото на Съюза, не е пречка Съдът да даде на тази юрисдикция всички насоки за тълкуване, които могат да бъдат полезни за решаването на делото, с което е сезирана, независимо дали тя е посочила съответните разпоредби във въпросите си. В това отношение Съдът трябва да изведе от всички предоставени от националната юрисдикция данни, и по-конкретно от мотивите на акта за преюдициално запитване, разпоредбите от правото на Съюза, които се нуждаят от тълкуване предвид предмета на спора (вж. в този смисъл решения от 12 декември 1990 г., SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, т. 8, и от 5 декември 2023 г., Nordic Info, C-128/22, EU:C:2023:951, т. 99 и цитираната съдебна практика).

48 В случая разглежданата в главното производство поръчка не се отнася до една или няколко от дейностите, посочени в членове 3—9 от Директива 2004/17, за които тя се прилага. Ето защо следва да се приеме, че тази поръчка попада в приложното поле на Директива 2004/18.

49 При това положение следва да се приеме, че с първия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 47, параграф 3 и член 48, параграф 4 от Директива 2004/18 във връзка с общия принцип на пропорционалност трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба, която изключва възможността членовете на временно обединение на предприятия — оферент, да се оттеглят от това обединение, когато е изтекъл срокът на валидност на представената от това обединение оферта и възлагащият орган иска удължаване на срока на валидност на подадените оферти.

50 В самото начало следва да се припомни, че член 47, параграф 2 и член 48, параграф 3 от Директива 2004/18 предоставят на икономическия оператор правото да разчита, от една страна, на икономическия и финансов капацитет и от друга страна, на техническите възможности и/или професионалната квалификация на участниците в обединението или на други образувания, при условие че докаже на възлагащия орган, че обединението ще има на разположение необходимите ресурси за изпълнението на поръчката. Така тази директива допуска кумулирането на ресурсите на няколко икономически оператора за изпълнение на минималните изисквания за капацитет, установени от възлагащия орган, при условие че на последния бъде доказано, че кандидатът или оферентът, който се позовава на ресурсите на едно или няколко други образувания, действително ще разполага с необходимите за изпълнението на поръчката ресурси на последните. Това тълкуване съответства на целта за отварянето на обществените поръчки за възможно най-широка конкуренция, преследвана от директивите в тази област в интерес не само на икономическите оператори, но и на възлагащите органи. Освен това то може да улесни достъпа на МСП до обществените поръчки, което също е цел, преследвана с Директива

2004/18, както следва от съображение 32 от нея (вж. в този смисъл решения от 10 октомври 2013 г., Swm Costruzioni 2 и Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, т. 29, 33 и 34, и от 2 юни 2016 г., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, т. 25—27).

51 От член 47, параграф 3 и член 48, параграф 4 от посочената директива следва също, че обединение на икономически оператори по член 4 от същата директива може при същите условия да разчита на възможностите на участниците в обединението или на други образувания.

52 При това положение нито член 47, параграф 3, нито член 48, параграф 4 от Директива 2004/18 предвиждат правила конкретно относно промените в състава на обединение на икономически оператори — оферент, така че уредбата на подобни хипотези е от компетентността на държавите членки (вж. по аналогия решение от 24 май 2016 г., MT Højgaard и Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, т. 35).

53 В случая от член 37, параграфи 9, 10, 18 и 19 от стария Кодекс за обществените поръчки следва, че освен при несъстоятелност на пълномощника или на член на временно обединение на предприятия, всяка промяна, засягаща първоначалния състав на такова обединение, е забранена под страх от изключване на всички членове на това обединение от процедурата за възлагане на обществена поръчка.

54 Тази забрана за промяна на състава на временно обединение на предприятия обаче трябва да бъде преценена от гледна точка на общите принципи на правото на Съюза, и в частност на принципа на равно третиране и произтичащото от него задължение за прозрачност и на принципа на пропорционалност (вж. в този смисъл решение от 24 май 2016 г., MT Højgaard и Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, т. 36).

55 Последният принцип, който е припомнен в съображение 2 от Директива 2004/18, изисква правилата, установени от държавите членки или възлагащите органи в изпълнение на разпоредбите на посочената директива, да не надхвърлят необходимото за постигането на преследваните със същата директива цели (вж. в този смисъл решения от 16 декември 2008 г., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, т. 48, и от 7 септември 2021 г., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, т. 155).

56 Принципът на равно третиране предоставя на оферентите еднакви възможности при изготвянето на офертите им, което включва изискването спрямо офертите на всички оференти да се прилагат едни и същи условия. Задължението за прозрачност, което произтича от този принцип, има за цел да гарантира, че не съществува риск от фаворизиране и произвол от страна на възлагащия орган. Това задължение предполага всички условия и редът за провеждане на процедурата за възлагане да са определени ясно, точно и еднозначно в обявлението за поръчка или в спецификациите, така че първо, да позволят на всички оференти, които са в разумни граници осведомени и полагат нормална грижа, да схванат тяхното точно съдържание и да ги тълкуват по един и същ начин, и второ, да дадат възможност на възлагащия орган наистина да провери дали офертите на оферентите съответстват на критериите на разглежданата поръчка (вж. в този смисъл решения от 6 ноември 2014 г., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, т. 44, и от 2 юни 2016 г., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, т. 36).

57 Принципите на прозрачност и равно третиране, които се прилагат за всички процедури за възлагане на обществени поръчки, изискват материалните и процесуалните условия за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка да са предварително ясно определени и оповестени публично, като това важи по-специално за задълженията на оферентите, така че последните да са точно запознати с изискванията на процедурата и да са сигурни, че за всички конкуренти важат едни и същи критерии (вж. в този смисъл решения от 9 февруари 2006 г., La Cascina и др., C-226/04 и C-228/04, EU:C:2006:94, т. 32, и от 2 юни 2016 г., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, т. 37).

58 В това отношение точка 21 от приложение VII A към Директива 2004/18 предвижда, че „[с]рок[ът], през който оферентът е длъжен да поддържа офертата си (открита процедура)“, е неразделна част от информацията, която трябва да се съдържа в обявленията за поръчки.

59 На първо място обаче, от решение от 24 май 2016 г., MT Højgaard и Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, т. 44 и 48), следва, че член 47, параграф 3 и член 48, параграф 4 от Директива 2004/18 трябва да се тълкуват в смисъл, че членовете на временно обединение на предприятия могат, без да нарушават принципа на равно третиране, да се оттеглят от последното, стига да се установи, от една страна, че останалите членове на обединението отговарят на условията за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка, определени от възлагащия орган, и от друга страна, че по-нататъшното им участие в тази процедура не води до влошаване на конкурентоспособността на останалите оференти.

60 Следователно, като налага стриктно запазването на правната и фактическата идентичност на временно обединение на предприятия, член 37, параграфи 9, 10, 18 и 19 от стария Кодекс за обществените поръчки явно нарушава принципа на пропорционалност.

61 Това важи в още по-голяма степен, тъй като не е предвидена никаква дерогация в хипотезата, при която възлагащият орган неколкократно иска отлагане на срока на валидност на офертите. Такова отлагане обаче изисква от всички членове на временно обединение на предприятия, от една страна, да задържат определени ресурси — както персонал, така и материални активи, с оглед на евентуалното възлагане на съответната поръчка, и от друга страна, да удължат срока на предоставената временна гаранция, което може да представлява значителна тежест, по-специално за МСП.

62 На второ място, от акта за преюдициално запитване следва, че запитващата юрисдикция тълкува член 11, параграф 6 от стария Кодекс за обществените поръчки в смисъл, че не води автоматично до невалидност на офертата след изтичането на посочения в нея срок. Следователно оферентът трябва да се позове изрично на възможността да оттегли офертата си. От акта за преюдициално запитване е видно също, че уточнението, че оттеглянето на член на временно обединение на предприятия трябва да бъде продиктувано от присъщи на това обединение организационни нужди, произтича единствено от практиката на запитващата юрисдикция.

63 Съдът обаче многократно е постановявал, че положение, при което условията за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка се извеждат от тълкуването на националното право в съдебната практика, е особено увреждащо за оференти, установени в други държави членки, доколкото те не познават националното право и неговото тълкуване в степен, сравнима с тази на познаването им от оферентите на съответната

държава членка (решение от 2 юни 2016 г., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, т. 46, и определение от 13 юли 2017 г., Saferoad Grawil и Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, т. 22).

64 Накрая, доколкото двете дружества, които са отказали да подновят офертата си, са упрекнати и за това, че са се опитали да заобиколят проверката за спазване на критериите за подбор и следователно да избегнат изключване от разглежданата в главното производство процедура за възлагане на обществена поръчка, следва да се добави, че макар възлагащият орган да може във всеки момент да провери надеждността на членовете на временно обединение на предприятия и на това основание да се увери, че за тях не се прилага някое от основанията за изключване от процедура за възлагане на обществена поръчка, изброени в член 45 от Директива 2004/18, при тази преценка той трябва да следи за спазването на принципа на пропорционалност, така както е определен в точка 55 от настоящото решение.

65 Ето защо, когато прилага факултативни основания за изключване от процедура за възлагане на обществена поръчка, възлагащият орган трябва да обръща още по-голямо внимание на този принцип, тъй като предвиденото в националната правна уредба изключване засяга цялото обединение на икономически оператори не поради неизпълнение на задължения от страна на всички негови членове, а за неизпълнение, което е извършено само от един или няколко от тях, и без пълномощникът на това обединение да е разполагал с каквито и да било контролни правомощия по отношение на икономическия оператор или икономическите оператори, с който/които възнамерява да формира такова обединение (вж. в този смисъл решения от 30 януари 2020 г., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, т. 48, и от 7 септември 2021 г., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, т. 156).

66 Всъщност принципът на пропорционалност изисква от възлагащия орган да извърши конкретна и индивидуална преценка на поведението на съответния субект (вж. в този смисъл решение от 13 декември 2012 г., Forposta и ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, т. 31). В това отношение възлагащият орган трябва да вземе предвид ресурсите, с които оферентът е разполагал, за да провери наличието на неизпълнение от страна на субекта, чийто капацитет възнамерява да използва (решения от 3 юни 2021 г., Rad Service и др., C-210/20, EU:C:2021:445, т. 40, и от 7 септември 2021 г., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, т. 157).

67 При тези условия член 47, параграф 3 и член 48, параграф 4 от Директива 2004/18 във връзка с общия принцип на пропорционалност трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба, която изключва възможността членовете на временно обединение на предприятия — оферент, да се оттеглят от това обединение, когато е изтекъл срокът на валидност на представената от това обединение оферта и възлагащият орган иска удължаване на срока на валидност на представените му оферти, при условие че се установи, от една страна, че останалите членове на обединението отговарят на изискванията, определени от възлагащия орган, и от друга страна, че продължаването на тяхното участие във въпросната процедура за възлагане на обществена поръчка не води до влошаване на конкурентоспособността на останалите оференти.

По втория въпрос

68 С втория си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали принципите на пропорционалност и равно третиране, както и задължението за прозрачност, посочени в член 2 и съображение 2 от Директива 2004/18, трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба, която предвижда автоматично задържане на предоставената от оферент временна гаранция след изключването на оферента от процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги дори когато разглежданата услуга не му е била възложена.

69 В това отношение, както следва от точки 61 и 62 от решение от 28 февруари 2018 г., MA.T.I. SUD и Duemme SGR (C-523/16 и C-536/16, EU:C:2018:122), предварителното определяне на размера на временната гаранция, която следва да бъде предоставена, от възлагащия орган в обявлението за обществена поръчка действително отговаря на изискванията, произтичащи от принципите на равно третиране на оферентите, на прозрачност и правна сигурност, доколкото обективно позволява да се избегнат всички форми на дискриминационното или произволното им третиране от страна на възлагащия орган. При все това автоматичното задържане на предварително определената по този начин гаранция, независимо от естеството на действията, евентуално извършени от невнимателния оферент за отстраняване на нередовностите, а следователно и в отсъствието на всякаква индивидуализирана мотивация, се оказва несъвместимо с изискванията, произтичащи от зачитането на принципа на пропорционалност.

70 Също така, макар задържането на посочената гаранция да представлява подходящо средство за постигане на легитимните цели, преследвани от съответната държава членка, свързани с необходимостта, от една страна, да се стимулират оферентите да проявяват отговорност при представянето на своите оферти, а от друга страна, да се компенсира финансовата тежест за възлагащия орган при проверката за редовността на офертите, размерът, определен за тази гаранция, в положение като разглежданото в главното производство изглежда явно прекомерен с оглед на протичането на разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка (вж. в този смисъл решение от 28 февруари 2018 г., MA.T.I. SUD и Duemme SGR, C-523/16 и C-536/16, EU:C:2018:122, т. 63 и 64).

71 Поради това следва да се приеме, че принципите на пропорционалност и равно третиране, както и задължението за прозрачност, посочени в член 2 и съображение 2 от Директива 2004/18, трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба, която предвижда автоматично задържане на предоставената от оферент временна гаранция след изключването на оферента от процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги дори когато разглежданата услуга не му е била възложена.

По съдебните разноски

72 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 (осми състав) реши:

1) **Член 47, параграф 3 и член 48, параграф 4 на 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, във връзка с общия принцип на пропорционалност**

   трябва да се тълкуват в смисъл, че

   не допускат национална правна уредба, която изключва възможността членовете на временно обединение на предприятия — оферент, да се оттеглят от това обединение, когато е изтекъл срокът на валидност на представената от това обединение оферта и възлагащият орган иска удължаване на срока на валидност на представените му оферти, при условие че се установи, от една страна, че останалите членове на обединението отговарят на изискванията, определени от възлагащия орган, и от друга страна, че продължаването на тяхното участие във въпросната процедура за възлагане на обществена поръчка не води до влошаване на конкурентоспособността на останалите оференти.

2) **Принципите на пропорционалност и равно третиране, както и задължението за прозрачност, посочени в член 2 и съображение 2 от Директива 2004/18,**

   трябва да се тълкуват в смисъл, че

   не допускат национална правна уредба, която предвижда автоматично задържане на предоставената от оферент временна гаранция след изключването на оферента от процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги дори когато разглежданата услуга не му е била възложена.

Подписи