Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

3 октомври 2019 година*

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Процедура за възлагане на обществени поръчки — Директива 2014/24/ЕС — Член 57, параграф 4 — Факултативни основания за изключване — Изключване на икономически оператор от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка — Разваляне на предходен договор заради частично възлагане на подизпълнител — Понятие за значителни или трайни недостатъци — Обхват“

По дело C-267/18

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ, Румъния) с акт от 2 април 2018 г., постъпил в Съда на 17 април 2018 г., в рамките на производство по дело

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA

срещу

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA,

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: M. Vilaras, председател на състава, K. Jürimäe, D. Šváby (докладчик), S. Rodin и N. Piçarra, съдии,

генерален адвокат: M. Campos Sánchez-Bordona,

секретар: R. Șereș, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 27 февруари 2019 г.,

като има предвид становищата, представени:

– за Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, от I. G. Iacob, R. E. Cîrlig, I. Cojocaru, A. M. Abrudan и I. Macovei, avocați,

– за румънското правителство, от C.-R. Canțăr, R. I. Hațieganu и L. Lițu, в качеството на представители,

– за австрийското правителство, от M. Fruhmann, в качеството на представител,

* Език на производството: румънски.

– за Европейската комисия, от A. Biolan, P. Ondrůšek и L. Haasbeek, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 8 май 2019 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

2 Запитването е отправено в рамките на спор между Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (наричано по-нататък „Delta“) и Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (наричана по-нататък „CNAIR“), в качеството ѝ на възлагащ орган, по повод изключването на Delta от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка.

Правна уредба

Правото на Съюза

Директива 2014/24

3 Съображения 101 и 102 от Директива 2014/24 гласят:

„(101) Възлагащите органи следва […] да имат възможността да изключват икономически оператори, които са се оказали ненадеждни, например заради нарушения на екологични или социални задължения, включително правилата за достъпност за хора с увреждания, или други форми на тежки професионални нарушения — например нарушения на правилата за защита на конкуренцията или на правата върху интелектуална собственост. Следва да се поясни, че тежкото професионално нарушение може да постави под въпрос честността на икономическия оператор и по този начин да го направи неподходящ за възлагането на обществена поръчка, независимо от това дали икономическият оператор разполага с техническия и икономическия капацитет да изпълни поръчката.

Предвид факта, че възлагащият орган ще носи отговорност за последиците от евентуалното си погрешно решение, възлагащите органи следва също така да разполагат със свободата да преценят, че е налице тежко професионално нарушение, когато преди вземането на окончателно и обвързващо решение относно наличието на задължителни основания за изключване те могат да докажат с подходящи средства, че икономическият оператор е нарушил задълженията си, включително задълженията си по отношение на плащане на данъци или социалноосигурителни вноски, освен ако в националното право не е предвидено друго. Те следва да могат също така да изключват кандидати или оференти, показали значителни [недостатъци] при изпълнението на съществени изисквания в предходни поръчки, например неосъществени доставки или неизпълнение, значителни недостатъци на предоставения продукт или услуга, които ги правят неизползваеми по предназначение, или недопустими действия, които пораждат сериозни съмнения относно надеждността на икономическия оператор. В националното право следва да се предвиди максимален срок на такова изключване.

При прилагането на факултативни основания за изключване възлагащите органи следва да обръщат особено внимание на принципа на пропорционалност. Само в изключителни случаи дребните нередности следва да водят до изключване на икономически оператор. Независимо от това повтарящите се незначителни нередности могат да породят съмнения относно надеждността на даден икономически оператор, което може да обоснове неговото изключване.

(102) Следва обаче да се предвиди възможност икономическите оператори да приемат мерки за съответствие, насочени към отстраняването на последиците от евентуални престъпления или нарушения и ефективното предотвратяване на бъдещи случаи на неправомерни прояви. Тези мерки могат да включват по-специално кадрови и организационни мерки като прекъсване на всякакви връзки с лица или организации, замесени в неправомерните прояви, подходящи мерки за кадрова реорганизация, внедряване на системи за отчетност и контрол, създаване на структура за вътрешен одит, която да следи за съответствието, и приемане на вътрешни правила за търсене на отговорност и обезщетяване. Когато такива мерки осигуряват достатъчно гаранции, въпросният икономически оператор не следва повече да бъде изключван само на тези основания. Икономическите оператори следва да разполагат с възможността да поискат оценяване на мерките за съответствие, взети с оглед евентуално допускане до процедурата за възлагане на обществена поръчка. Държавите членки обаче следва да бъдат тези, които да определят конкретните процедурни и материални условия, приложими в такива случаи. По-специално, те следва да могат да решават дали да позволят на отделните възлагащи органи да направят необходимите оценки или да възложат тази задача на други органи на централно или местно равнище“.

4 Член 57 от тази директива, озаглавен „Основания за изключване“, гласи:

„[…]

4. Възлагащите органи, по собствена инициатива или по искане на държавите членки, могат да изключат от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка всеки икономически оператор, който се намира в което и да е от следните положения:

[…]

ж) когато икономическият оператор е допуснал значителни или трайни недостатъци при изпълнението на съществено изискване в предходен договор за обществена поръчка, предходен договор за поръчка с възложител или предходен договор за концесия, довели до предсрочно прекратяване на този предходен договор, изплащане на обезщетения или други подобни санкции;

з) когато икономическият оператор е виновен за сериозно изопачаване на данни при предоставянето на информацията, необходима за удостоверяване на липсата на основания за изключване или на изпълнението на критериите за подбор, не е предоставил такава информация или не е в състояние да представи придружаващите документи, изисквани съгласно член 59; или

[…]

5. Във всеки момент от процедурата възлагащите органи изключват икономически оператор, ако се окаже, че икономическият оператор, поради свои действия или пропуски преди или по време на процедурата, се намира в едно от положенията, посочени в параграфи 1 и 2.

Във всеки момент от процедурата възлагащите органи могат да изключат, по собствена инициатива или по искане на държавите членки, икономически оператор, ако се окаже, че икономическият оператор, поради свои действия или пропуски преди или по време на процедурата[,] се намира в едно от положенията, посочени в параграф 4.

6. Всеки икономически оператор, който се намира в едно от положенията по параграфи 1 и 4, може да представи доказателства за това, че предприетите от него мерки са достатъчни за доказване на неговата надеждност, въпреки наличието на съответното основание за изключване. Ако бъде преценено, че тези доказателства са достатъчни, икономическият оператор не се изключва от процедурата за възлагане на обществена поръчка.

За тази цел икономическият оператор доказва, че е платил или е в процес на плащане на обезщетение за всички вреди, настъпили в резултат от престъплението или нарушението, изяснил е изчерпателно фактите и обстоятелствата, като активно е съдействал на разследващите органи, и е взел конкретни технически, организационни и кадрови мерки, които са подходящи за предотвратяването на нови престъпления или нарушения.

Мерките, предприети от икономическите оператори, се оценяват при отчитане на тежестта и конкретните обстоятелства, свързани с престъплението или нарушението. Ако бъде преценено, че мерките не са достатъчни, икономическият оператор получава становище с мотивите за това решение.

Икономически оператор, който е бил изключен с окончателна присъда от участие в процедури за възлагане на обществени поръчки или концесии, няма право да използва предвидената в настоящия параграф възможност по време на срока на изключването, произтичащ от тази присъда в държавата членка, в която присъдата поражда последици.

7. Държавите членки определят условията за прилагане на настоящия член чрез законови, подзаконови или административни разпоредби при спазване на правото на Съюза. Те определят по-специално максималния срок на изключване, в случай че икономическият оператор не е предприел мерките, посочени в параграф 6, за да докаже своята надеждност. Когато срокът на изключване не е определен с окончателна присъда, той не може да надвишава пет години от датата на осъждането с окончателна присъда в случаите по параграф 1 и три години от датата на съответното събитие в случаите по параграф 4“.

5 Според текста на член 71 от посочената директива, отнасящ се до „Подизпълнителите“:

„[…]

2. В документацията за обществената поръчка възлагащият орган може, по собствена инициатива или по искане на държава членка, да поиска оферентът да посочи в офертата си дела от поръчката, за който възнамерява да използва трети лица — подизпълнители, както и предлаганите подизпълнители.

[…]

5. При обществени поръчки за строителство и по отношение на услуги, които се предоставят на съоръжение под прекия надзор на възлагащия орган, след възлагането на поръчката и най-късно при започването на изпълнението на поръчката, възлагащият орган изисква от основния изпълнител да му посочи името, данните за контакт и представителите на своите подизпълнители, участващи в това строителство или услуги, когато те са известни към този момент. Възлагащият орган изисква от основния изпълнител да го уведомява за всякакви

промени в тази информация в хода на изпълнението на поръчката, както и да му предоставя изискваната информация за всички нови подизпълнители, които впоследствие се включват в строителството или предоставянето на услугите.

Независимо от първа алинея държавите членки могат да наложат пряко на основния изпълнител задължението да предоставя необходимата информация.

Когато това е необходимо за целите по параграф 6, буква б) от настоящия член, изискваната информация се придружава от лични декларации на подизпълнителите съгласно предвиденото в член 59. Мерките за прилагане съгласно параграф 8 от настоящия член могат да предвиждат, че подизпълнителите, които се включват след възлагането на поръчката, представят сертификати и други придружаващи документи вместо личните декларации.

Първа алинея не се прилага за доставчиците.

Възлагащите органи могат, по собствена инициатива или по искане на държави членки, да разширят прилагането на задълженията, предвидени в първа алинея, например към:

а) обществени поръчки за доставка, обществени поръчки за услуги, различни от тези за услуги, които се предоставят на съоръжения под прекия надзор на възлагащия орган или на доставчици, участващи в обществени поръчки за строителство или услуги;

б) подизпълнители на подизпълнителите на основния изпълнител, или още по-надолу по веригата от подизпълнители.

6. За да се избегнат нарушения на задълженията по член 18, параграф 2, могат да се предприемат подходящи мерки, например:

а) когато националното право на дадена държава членка предвижда механизъм за обща отговорност между подизпълнителите и основния изпълнител, държавата членка прави необходимото съответните правила да се прилагат при спазване на условията по член 18, параграф 2;

б) в съответствие с членове 59, 60 и 61 възлагащите органи могат, по собствена инициатива или по искане на държави членки, да проверят дали има основания за изключване на подизпълнители в съответствие с член 57. В такъв случай възлагащият орган изисква от икономическия оператор да замени подизпълнител, по отношение на който проверката е показала, че има задължителни основания за изключване. Възлагащият орган може, по собствена инициатива или по искане на държава членка, да изиска от икономическия оператор да замени подизпълнител, по отношение на който проверката е показала, че има незадължителни основания за изключване.

[…]“.

Регламент за изпълнение (ЕС) 2016/7

6 Регламент за изпълнение (ЕС) 2016/7 на Комисията от 5 януари 2016 година за установяване на стандартния образец за единния европейски документ за обществени поръчки (ОВ L 3, 2016 г., стр. 16) съдържа приложение 2, озаглавено „Стандартен образец за единния европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП)“. Озаглавена „Критерии за изключване“, част III от това приложение уточнява реда и условията за прилагане на член 57 от Директива 2014/24.

Румънското право

7 Член 167, параграф 1 от Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Закон № 98/2016 за обществените поръчки) от 19 май 2016 г. (*Monitorul Oficial al României*, част I, № 390 от 23 май 2016 г.) гласи:

„1. Възлагащият орган изключва от процедурата за възлагане на обществената поръчка/рамковото споразумение всеки икономически оператор, който е в някое от следните положения:

[…]

g) икономическият оператор е допуснал тежко или повтарящо се нарушение на основните задължения, които е имал по предходен договор за възлагане на обществена поръчка, договор със секторен възложител или договор за концесия, и тези нарушения са довели до предсрочното прекратяване на този предходен договор, до изплащането на обезщетения за вреди или до други подобни санкции;

h) икономическият оператор е виновен за сериозно изопачаване на данни при предоставянето на възложителя на информацията, необходима за удостоверяване на липсата на основания за изключване или на изпълнението на критериите за подбор, не е предоставил такава информация или не е в състояние да представи изискваните оправдателни документи; […]

[…]

8. За целите на параграф 1, буква g) за тежки нарушения на договорните задължения се считат например неизпълнението на договора или доставката/предоставянето/изпълнението на стоки/услуги/строителство, които са в грубо несъответствие, правещо ги неподходящи за използване по предвиденото в договора предназначение“.

8 Член 171 от този закон предвижда:

„1. Всеки икономически оператор, намиращ се в някое от предвидените в членове 164 и 167 положения, които водят до изключване от процедурата по възлагане на обществената поръчка, може да представи доказателства в уверение на това, че мерките, взети от него, са достатъчни, за да докаже конкретно надеждността си въпреки наличието на основания на изключване.

2. В случай че възлагащият орган счита доказателствата, представени от икономическия оператор съгласно разпоредбите на параграф 1, за достатъчни за конкретното доказване на надеждността, възлагащият орган не изключва икономическия оператор от процедурата за възлагане на обществената поръчка.

3. Доказателствата, които икономическият оператор, намиращ се в някое от предвидените в членове 164 и 167 положения, може да представи на възлагащите органи по смисъла на разпоредбите на параграф 1, се отнасят до извършването от икономическия оператор на плащането или до поемането от икономическия оператор на задължението да плати обезщетения за евентуални вреди, причинени от закононарушение или от друго неправомерно деяние, до пълното изясняване от икономическия оператор, чрез активно сътрудничество с разследващите органи, на фактите и обстоятелствата, при които е било извършено закононарушението или неправомерното деяние, и до приемането от икономическия оператор на конкретни и подходящи мерки на техническо, организационно и кадрово равнище, като например прекратяване на връзките с лица и организации с неправомерно поведение, мерки за реорганизация на персонала, въвеждане на системи за контрол и доклад, създаване на звено за вътрешен одит за извършване на проверки за спазването на законовите разпоредби и на други

норми или приемане на вътрешни правила относно отговорността и заплащането на обезщетения с цел да се предотврати извършването на нови закононарушения или други неправомерни деяния.[…]“.

Спорът в главното производство и преюдициалният въпрос

9 С решение от 3 октомври 2014 г. Община Ръмнику Вълча (Румъния) (наричана по-нататък „общината“) възлага на временно обединение на предприятия, начело на което е Delta (наричано по-нататък „ВОП № 1“), обществена поръчка за строителство с цел рехабилитация и модернизация на база за развлекателни дейности (наричана по-нататък „обществена поръчка № 1“).

10 На 7 юни 2017 г. тази община развалява договора с мотива, че ВОП № 1 е допуснало неизпълнение, тъй като е възложило дейности на подизпълнител без нейното предварително разрешение.

11 На 25 юли 2017 г. посочената община обявява в онлайн платформата, наименована „електронна система за обществени поръчки“ (наричана по-нататък „платформата ЕСОП“), констативен акт (наричана по-нататък „констативният акт“), посочващ, от една страна, че този договор е предсрочно прекратен поради грешка, допусната от ВОП № 1, и от друга страна, че споменатото прекратяване ѝ е причинило вреди, оценени на 2 345 299,70 румънски леи (RON) (около 521 000 EUR).

12 С обявление за обществена поръчка от 27 юли 2017 г. CNAIR започва открита процедура за възлагане на обществена поръчка за строителство с предмет строителни услуги, предназначени за разширяването на национален път. За тази цел тя възнамерява да сключи рамков договор на стойност 210 627 629 RON (около 46 806 140 EUR) за срок от 84 месеца.

13 В рамките на тази процедура подава оферта временното обединение на предприятия, образувано от Delta, Aleandri SpA и Luca Way Srl (наричано по-нататък „ВОП № 2“).

14 След като проучва в платформата „ЕСОП“ всеки оферент, комисията за оценка в рамките на CNAIR узнава за констативния акт и иска пояснения в това отношение от общината и от Delta.

15 В отговор на това искане за разяснения Delta посочва, от една страна, че дори да се предположи, че посоченият констативен акт отразява действителността, той не доказва, че същото многократно не е изпълнило своите договорни задължения, и от друга страна, че е предявило две жалби пред румънските съдилища, които понастоящем са висящи и са насочени съответно срещу този констативен акт и решението за прекратяване на обществена поръчка № 1.

16 Общината от своя страна твърди, че прекратяването на обществена поръчка № 1 е обосновано от факта, че за времетраенето на договора значителна част от въпросните строителни работи са били възложени на подизпълнител без нейното предварително разрешение.

17 В светлината на така получените отговори комисията за оценка в рамките на CNAIR прави извода, че Delta не е доказало, че констативният акт е бил спрян или отменен. По-нататък, понеже ВОП № 2 е обявило в единния европейски документ за обществени поръчки, че спрямо него не е било налице основанието за изключване, изразяващо се в тежко професионално нарушение, нито в положение, довело до предсрочно прекратяване на предходен договор за обществена поръчка, изплащане на обезщетения или други подобни санкции във връзка с обществена поръчка № 1, тази комисия приема, че по отношение на офертата, подадена от това

обединение, намират приложение и разпоредбите на член 167, параграф 1, буква g) от Закон № 98/2016. Вследствие на това с решение от 18 декември 2017 г. (наричано по-нататък „решението за изключване“) CNAIR изключва офертата на ВОП № 2.

18 При това положение Delta иска от CNAIR да поправи твърдяното неизпълнение на законодателството относно обществените поръчки, като оттегли решението за изключване и преоцени документацията и офертата, представени от ВОП № 2.

19 От акта за преюдициално запитване е видно, че това искане е останало без отговор от страна на CNAIR.

20 На 8 януари 2018 г. Delta сезира Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Национален съвет за решаване на споровете, Румъния, наричан по-нататък „НСРС“) с жалба, която е отхвърлена с решение от 2 февруари 2018 г. В това решение НСРС приема, че не е компетентен да проверява законосъобразността на констативния акт и да установява евентуално нарушение в изпълнението на обществена поръчка № 1. Той обаче уточнява, че тъй като констативният акт не е бил отменен с окончателно съдебно решение, той се ползва с презумпция за законосъобразност от естество да докаже тежестта на неизпълнението на договорните задължения, произтичащи от обществена поръчка № 1. НСРС отбелязва също, че възлагащият орган не се е основал само на този констативен акт, за да изключи ВОП № 2. Всъщност той бил предприел стъпки за преценка на елементите, които следвали от посочения констативен акт, и се бил основал на становищата на страните по главното производство. Накрая, ВОП № 2 е изтъкнало само мотиви за незаконосъобразност на констативния акт, без да представи доказателства за собствената си надеждност с оглед на основанията за изключване, в съответствие с разпоредбите на член 171 от Закон № 98/2016.

21 С цел отмяна на взетото от НСРС на 2 февруари 2018 г. решение Delta подава жалба срещу CNAIR пред Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ, Румъния) на 16 февруари 2018 г.

22 Delta оспорва правото на CNAIR да го изключи от процедурата за възлагане на обществена поръчка за строителни работи, предназначени за разширяване на национален път, въз основа на решението за предсрочно прекратяване, посочено в точка 10 от настоящото решение. Всъщност предсрочното прекратяване на обществена поръчка № 1, поради това че част от строителните работи е възложена на подизпълнител без предварителното разрешение на възлагащия орган, представлявало дребна нередност, а не нарушение на основно задължение по поръчката. Следователно такава нередност би могла да доведе до изключването на икономически оператор само в изключителни случаи, в съответствие със съображение 101 от Директива 2014/24. В това отношение Delta се позовава на точка 30 от решение от 13 декември 2012 г., Forposta и ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), от което произтичало, че понятието „сериозно нарушение“ визира поведение на разглеждания икономически оператор, което разкрива умисъл или груба небрежност от негова страна.

23 Като констатира, че Съдът все още не е имал възможност да тълкува член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24, Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ) решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Следва ли член 57, параграф 4, буква ж) от Директива [2014/24] да се тълкува в смисъл, че развалянето на договор за възлагане на обществена поръчка с мотива, че част от строителните работи е била възложена на подизпълнител без разрешението на възлагащия орган, представлява значителен или траен недостатък при изпълнението на съществено изискване в предходен договор за обществена поръчка, недостатък, водещ до изключването на икономически оператор от участие в процедурата по възлагане на обществената поръчка?“.

По преюдициалния въпрос

24 С въпроса си запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че възлагането от икономически оператор на част от строителните работи на подизпълнител в рамките на предходна обществена поръчка, за която е взето решение без съгласието на възлагащия орган и което е довело до развалянето на този договор за обществена поръчка, представлява значителен или траен недостатък, установен при изпълнението на съществено задължение, свързано с посочената обществена поръчка по смисъла на посочената разпоредба, и обосновава изключването на този икономически оператор от участие в последваща процедура за възлагане на обществена поръчка.

25 От текста на член 57, параграф 4 от Директива 2014/24 става ясно, че законодателят на Съюза е искал да предостави на възлагащия орган и единствено на него, на етапа на подбора на оферентите, задачата да прецени дали даден кандидат или оферент трябва да бъде изключен от процедура за възлагане на обществена поръчка (решение от 19 юни 2019 г., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, т. 34).

26 Тази възможност, с която разполага всеки възлагащ орган, да изключи оферент от процедура за възлагане на обществена поръчка, е предназначена именно да му даде възможност да оцени честността и надеждността на всеки от оферентите. В частност факултативната клауза за изключване, спомената в член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24, във връзка със съображение 101 от тази директива, се опира на един основен компонент в отношението между изпълнителя по договора и възлагащия орган, а именно надеждността на изпълнителя, на която се основава доверието на възлагащия орган към изпълнителя (вж. в този смисъл решение от 19 юни 2019 г., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, т. 29 и 30).

27 Следователно изграждането на отношение на доверие между възлагащия орган и изпълнителя предполага, че този възлагащ орган не е обвързан автоматично от преценката, направена от друг възлагащ орган в рамките на предходна обществена поръчка, по-специално за да може да обърне особено внимание на принципа на пропорционалност към момента на прилагане на факултативните клаузи за изключване (вж. в този смисъл решение от 19 юни 2019 г., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, т. 30 и 32). Този принцип изисква всъщност възлагащият орган сам да разгледа и прецени фактите. В това отношение, както отбелязва генералният адвокат в точка 32 от своето заключение, от текста на член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24 следва, че допуснатата от оферента нередност трябва да е била достатъчно тежка, за да обоснове предсрочното прекратяване на договора от гледна точка на принципа на пропорционалност.

28 От това следва, че възлагащият орган не може автоматично да изведе от решението на друг възлагащ орган да прекрати предходна обществена поръчка с мотива, че спечелилият оферент е възложил част от строителните дейности на подизпълнител без предварителното му разрешение, че този изпълнител е допуснал значителни или трайни недостатъци по смисъла на член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24 във връзка с изпълнението на съществено задължение по тази обществена поръчка.

29 Възлагащият орган всъщност е длъжен да извърши собствена оценка на поведението на икономическия оператор, което е предмет на предсрочното прекратяване на предходна обществена поръчка. В това отношение той трябва да разгледа надлежно и безпристрастно, въз основа на всички релевантни обстоятелства, по-конкретно решението за предсрочно прекратяване, и с оглед на принципа на пропорционалност, дали този оператор от негова гледна точка е отговорен за значителни или трайни недостатъци, допуснати при изпълнението на негово съществено задължение в рамките на посочената обществена поръчка, тъй като посочените недостатъци биха могли да провокират прекъсване на връзката на доверие с разглеждания икономически оператор.

30 При обстоятелствата по спора в главното производство CNAIR трябва по-специално да определи дали според него използването от ВОП № 1 на подизпълнител, без предварително да е поискано одобрението на общината, представлява значителен недостатък, и при утвърдителен отговор — дали този недостатък засяга изпълнението на съществено задължение на изпълнителя в рамките на обществена поръчка № 1.

31 За тази цел CNAIR трябва да оцени значимостта на частта от обществена поръчка № 1, която е била възложена на подизпълнител, и да определи, както отбелязва генералният адвокат в точка 45 от своето заключение, дали участието на подизпълнителя се е отразило неблагоприятно върху изпълнението на тази поръчка.

32 Той трябва също да разгледа дали договорът, свързан с тази обществена поръчка, включва задължение за лично изпълнение от самия изпълнител и дали обуславя възлагането на подизпълнител от получаването на предварително разрешение от общината, тъй като такива изисквания са съвместими с член 71, параграф 2 от Директива 2014/24, както в основни линии отбелязва генералният адвокат в точка 39 от заключението си. От тази разпоредба действително е видно, че „[в] документацията за обществената поръчка възлагащият орган може по собствена инициатива или по искане на държава членка, да поиска оферентът да посочи в офертата си дела от поръчката, за който възнамерява да използва трети лица — подизпълнители, както и предлаганите подизпълнители“. Както отбелязва генералният адвокат в точка 38 от заключението си, само въз основа на тези сведения възлагащият орган би могъл да прецени дали подизпълнителят е надежден. Искането на предварително разрешение от страна на възлагащия орган цели по-конкретно да се даде възможност на същия да се увери, че не съществува основание за изключване на подизпълнителя, който изпълнителят възнамерява да използва.

33 По-нататък, CNAIR трябва да си постави въпроса дали използването на подизпълнител не би могло да представлява съществено изменение на формулираната от изпълнителя оферта (вж. по аналогия решение от 13 април 2010 г., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, т. 39) в смисъл, че с нея се въвеждат условия, които, ако са били налице при първоначалната процедура за възлагане, са щели да позволят допускането на оференти, различни от първоначално допуснатите, или да позволят приемане на оферта, различна от първоначално приетата (решения от 13 април 2010 г., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, т. 38 и от 19 юни 2008 г., pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, т. 35).

34 Освен това CNAIR е органът, компетентен да прецени дали, като не я е уведомило за предсрочното прекратяване на обществена поръчка № 1, ВОП № 2 не е възприело поведение, визирано в член 57, параграф 4, буква з) от Директива 2014/24. Всъщност, както по същество излага генералният адвокат в точка 53 от заключението си, тази разпоредба обхваща както активно поведение, като например фалшифицирането, така и бездействие, при положение че даването на невярна информация би могло, също както непредоставянето на вярна информация, да има въздействие върху решението, взето от възлагащия орган.

35 Това тълкуване впрочем се потвърждава от член 57, параграф 5, втора алинея от Директива 2014/24, според който „[в]ъв всеки момент от процедурата възлагащите органи могат да изключат, по собствена инициатива или по искане на държавите членки, икономически оператор, ако се окаже, че икономическият оператор, поради свои действия или пропуски преди или по време на процедурата се намира в едно от положенията, посочени в параграф 4“.

36 В случая, тъй като предсрочното прекратяване на обществена поръчка № 1 е било формално установено, ВОП № 2 е било длъжно по силата на изискванията за прозрачност и лоялност да уведоми възлагащия орган за своето положение. Така то е трябвало да предостави от самото начало сведенията, които биха могли да установят, че квалифицирането като подизпълнение е било погрешно, така че то не е нарушило задълженията си в рамките на обществена

поръчка № 1, или пък че липсата на разрешение от възлагащия орган по предходната обществена поръчка не представлява дребна нередност. Такива уточнения биха могли в частност да бъдат споменати в стандартния образец за единния европейски документ за обществени поръчки, приложен към Регламент за изпълнение 2016/7. Всъщност част III от този образец, която е посветена на „Критериите за изключване“, съдържа точка B относно „Основанията, свързани с несъстоятелност, конфликти на интереси или професионално нарушение“. По тази точка B обаче кандидатите трябва по-конкретно да отговорят на въпроса дали са виновни за тежко професионално нарушение, и при утвърдителен отговор са приканени да предоставят уточнения.

37 Накрая, ако направи извода, че условията, поставени в член 57, параграф 4, букви ж) или з) от Директива 2014/24 са изпълнени, възлагащият орган трябва — за да спази предписанията на член 57, параграф 6 от тази директива във връзка със съображение 102 от нея — да остави на разглеждания икономически оператор възможността да представи доказателства, установяващи, че коригиращите мерки, предприети от последния, са достатъчни, за да се избегне възпроизвеждането на нередността, която е в основата на предсрочното прекратяване на предходната обществена поръчка, и че вследствие на това те са от естество да докажат неговата надеждност въпреки наличието на приложима факултативна клауза за изключване.

38 При тези условия на поставения въпрос следва да се отговори, че член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че възлагането от икономически оператор на част от строителните работи на подизпълнител в рамките на предходна обществена поръчка, за което е взето решение без съгласието на възлагащия орган и което е довело до предсрочното прекратяване на тази обществена поръчка, представлява значителен или траен недостатък, констатиран при изпълнението на съществено задължение, произтичащо от посочената поръчка, по смисъла на тази разпоредба, и следователно е от естество да обоснове изключването на този икономически оператор от участие в последваща процедура за възлагане на обществена поръчка, ако след извършване на собствената си оценка за честността и надеждността на икономическия оператор, визиран от прекратяването на предходната обществена поръчка, възлагащият орган, който организира тази процедура за възлагане на последваща обществена поръчка, счита, че такова подизпълнение води до прекъсване на връзката на доверие с разглеждания икономически оператор. Преди да постанови такова изключване обаче, възлагащият орган трябва, в съответствие с член 57, параграф 6 от тази директива във връзка със съображение 102 от нея, да остави на този икономически оператор възможността да представи коригиращите мерки, които е приел след предсрочното прекратяване на предходната обществена поръчка.

По съдебните разноски

39 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:

Член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че възлагането от икономически оператор на част от строителните работи на подизпълнител в рамките на предходна обществена поръчка, за което е взето решение без съгласието на възлагащия орган и което е довело до предсрочното прекратяване на тази обществена поръчка, представлява значителен или

траен недостатък, констатиран при изпълнението на съществено задължение, произтичащо от посочената поръчка, по смисъла на тази разпоредба, и следователно е от естество да обоснове изключването на този икономически оператор от участие в последваща процедура за възлагане на обществена поръчка, ако след извършване на собствената си оценка за честността и надеждността на икономическия оператор, визиран от прекратяването на предходната обществена поръчка, възлагащият орган, който организира тази процедура за възлагане на последваща обществена поръчка, счита, че такова подизпълнение води до прекъсване на връзката на доверие с разглеждания икономически оператор. Преди да постанови такова изключване обаче, възлагащият орган трябва, в съответствие с член 57, параграф 6 от тази директива във връзка със съображение 102 от нея, да остави на този икономически оператор възможността да представи корективните мерки, които е приел след предсрочното прекратяване на предходната обществена поръчка.

Подписи