Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (девети състав)

3 юни 2021 година*

„Преюдициално запитване — Възлагане на обществени поръчки за услуги, доставки и строителство — Директива 2014/24/ЕС — Провеждане на процедурата — Избор на участници и възлагане на поръчки — Член 63 — Оферент, който използва капацитета на друг субект, за да отговори на изискванията на възлагащия орган — Член 57, параграфи 4, 6 и 7 — Декларации с невярно съдържание, представени от този субект — Изключване на посочения оферент, без от него да се изисква или да му се позволи да замени посочения субект — Принцип на пропорционалност“

По дело C-210/20

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) с акт от 20 февруари 2020 г., постъпил в Съда на 30 март 2020 г., в рамките на производство по дело

Rad Service Srl Unipersonale,

COSMO Ambiente Srl,

COSMO Scavi Srl

срещу

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni stradali Srl,

при участието на:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

СЪДЪТ (девети състав),

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

генерален адвокат: M. Campos Sánchez-Bordona,

секретар: A. Calot Escobar,

* Език на производството: италиански.

предвид изложеното в писмената фаза на производството,

като има предвид становищата, представени:

– за Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl и Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., от A. Manzi и F. Bertini, avvocati,

– за италианското правителство, от G. Palmieri, в качеството на представител, подпомагана от C. Colelli и S. L. Vitale, avvocati dello Stato,

– за Европейската комисия, от G. Gattinara, P. Ondrůšek и K. Talabér-Ritz, в качеството на представители,

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

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, както и член 63 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 Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl и Cosmo Scavi Srl, обединени във временното обединение на предприятия (ВОП) Rad Service (наричано по-нататък „ВОП Rad Service“) и Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (наричано по-нататък „ВОП Del Debbio“), както и временното обединение на предприятия, съставено от DAF Costruzioni stradali Srl, GARC SpA и Edil Moter Srl (наричано по-нататък „ВОП Daf“), по повод решението на Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (Местна здравна служба Тоскана център, Италия) да изключи ВОП Del Debbio от процедура за възлагане на обществена поръчка за строителство.

Правна уредба

Директива 2014/24

3 Съображения 84, 101 и 102 от Директива 2014/24 гласят:

„(84) Много икономически оператори и особено [малките и средните предприятия (МСП)] откриват, че сериозна пречка за тяхното участие в обществени поръчки представляват административните затруднения, произтичащи от необходимостта да представят значителен брой сертификати или други документи, свързани с критериите за изключване и подбор. Ограничаването на тези изисквания — например като се използва единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП), състоящ се от актуализирана лична декларация — би могло да доведе до значително опростяване, което е от полза както за възлагащите органи, така и за икономическите оператори.

От оферента, на когото е решено да се възложи поръчката, обаче следва да се изиска да представи съответните доказателства и възлагащите органи не следва да сключват договори с оференти, които не успеят да го направят. Възлагащите органи следва да могат

също така да изискват всички или някои придружаващи документи, винаги щом сметнат, че е необходимо с оглед на правилното провеждане на процедурата. Такъв би могъл да бъде по-специално случаят при двуетапните процедури — ограничени процедури, състезателни процедури с договаряне, състезателен диалог и партньорства за иновации — при които възлагащите органи използват възможността да ограничат броя на кандидатите, поканени да представят оферта. Изискването за представяне на придружаващи документи в момента на подбор на кандидатите, които да бъдат поканени, може да се счита за обосновано, за да се избегне ситуация, при която възлагащите органи канят кандидати, които впоследствие не са в състояние да представят придружаващите документи на етапа на възлагане и по този начин лишават от възможност за участие други квалифицирани кандидати.

Следва ясно да се посочи, че в ЕЕДОП следва да се предоставя и съответната информация относно субектите, на чийто капацитет разчита икономическият оператор, така че проверката на информацията относно тези субекти да може да се извърши едновременно и при същите условия като проверката на основния икономически оператор.

[…]

(101) Възлагащите органи следва също така 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 слабости 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 18 от тази директива е озаглавен „Принципи на обществените поръчки“ и параграф 1, първа алинея гласи:

„Възлагащите органи третират икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин“.

5 Член 57 от посочената директива е озаглавен „Основания за изключване“, а параграфи 4—7 от него предвиждат:

„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:

[…]

в) когато възлагащият орган може да докаже по подходящ начин, че икономическият оператор е виновен за тежко професионално нарушение, ко[е]то постав[я] под въпрос честността му;

[…]

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

и) когато икономическият оператор […] е […] предостави[л] поради небрежност подвеждаща информация, която може да окаже съществено влияние върху решенията по отношение на изключването, подбора или възлагането.

[…]

5. […]

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“.

6 Съгласно член 59 от същата директива, който е озаглавен „Единен европейски документ за обществени поръчки“:

„1. При подаването на заявленията за участие или на офертите възлагащите органи приемат [ЕЕДОП], който се състои от актуализирани лични декларации като предварително доказателство вместо издадени от публични органи или трети лица удостоверения, потвърждаващи, че съответният икономически оператор отговаря на което и да е от следните условия:

а) не се намира в едно от положенията по член 57, при които икономическите оператори е задължително или възможно да бъдат изключени;

б) отговаря на съответните критерии за подбор, установени в съответствие с член 58;

в) когато е приложимо, отговаря на обективните правила и критерии, установени в съответствие с член 65.

Когато икономическият оператор използва капацитета на други субекти в съответствие с член 63, ЕЕДОП съдържа също така информацията, посочена в първа алинея от настоящия параграф, по отношение на тези субекти.

В ЕЕДОП се съдържа официално изявление на икономическия оператор, че съответното основание за изключване не се прилага и/или че съответният критерий за подбор е изпълнен, и се предоставя съответната информация, изисквана от възлагащия орган. Освен това в ЕЕДОП се

посочва публичният орган или третото лице, отговорни за изготвянето на придружаващия документ, и се съдържа официално изявление в смисъл, че при поискване икономическият оператор ще може незабавно да представи тези придружаващи документи.

Когато възлагащият орган може да получи придружаващите документи чрез пряк достъп до база данни съгласно параграф 5, в ЕЕДОП се съдържа също изискваната за тази цел информация, като интернет адрес на базата данни, евентуални идентификационни данни и, където е приложимо, необходимата декларация за съгласие.

[…]

4. Възлагащият орган може да поиска от оферентите и кандидатите във всеки момент от процедурата да представят всички или част от придружаващите документи, когато това е необходимо за осигуряване на правилното провеждане на процедурата.

Преди да възложи поръчката, възлагащият орган изисква от оферента, на когото е решил да я възложи — освен при поръчки въз основа на рамкови споразумения, когато договорите за тези поръчки са сключени в съответствие с член 33, параграф 3 или параграф 4, буква а) — да представи актуални придружаващи документи в съответствие с член 60 и когато е целесъобразно, член 62. Възлагащият орган може да прикани икономическите оператори да допълнят или поясняват сертификатите, получени съгласно членове 60 и 62.

5. Независимо от параграф 4 от икономическите оператори не се изисква да представят придружаващи документи или други документални доказателства, когато и доколкото възлагащият орган има възможност да получи сертификатите или съответната информация чрез пряк и безплатен достъп до национална база данни във всяка държава членка, като национален регистър на обществените поръчки, виртуални досиета на предприятия, електронна система за съхранение на документи или система за предварително класиране.

[…]“.

7 Член 60 от Директива 2014/24 е озаглавен „Доказателства“ и предвижда:

„1. Възлагащите органи могат да изискват сертификатите, изявленията и другите доказателства, посочени в параграфи 2, 3 и 4 от настоящия член и в приложение XII, като доказателства за липсата на основания за изключване по член 57 и за изпълнението на критериите за подбор в съответствие с член 58.

Възлагащите органи не изискват други доказателства, освен посочените в настоящия член и в член 62. Във връзка с член 63 икономическите оператори могат да използват всякакви подходящи средства, за да докажат на възлагащия орган, че ще разполагат с необходимите ресурси.

2. Възлагащите органи приемат следното като достатъчно доказателство за това, че нито един от случаите, посочени в член 57, не се отнася за икономическия оператор:

а) по отношение на параграф 1 от посочения член — представянето на извлечение от съответния регистър, например съдебен, или ако това е невъзможно, на еквивалентен документ, който е издаден от компетентен съдебен или административен орган в държава членка или държавата по произход или държавата по установяване на икономическия оператор и който доказва, че тези изисквания са изпълнени;

б) по отношение на параграф 2 и параграф 4, буква б) от посочения член — сертификат, издаден от компетентния орган на съответната държава членка или друга държава;

[…]“.

8 Член 63 от тази директива е озаглавен „Използване на капацитета на други субекти“ и гласи следното:

„1. По отношение на критериите, свързани с икономическото и финансовото състояние, установени съгласно член 58, параграф 3, и критериите, свързани с техническите и професионалните способности, установени съгласно член 58, параграф 4, икономически оператор може, когато е целесъобразно и за конкретна поръчка, да използва капацитета на други субекти, независимо от правния характер на отношенията му с тях. По отношение на критериите, свързани с образованието и професионалната квалификация, посочени в част II, буква е) от приложение XII, или със съответния професионален опит, икономическите оператори могат обаче да използват капацитета на други субекти само когато последните ще изпълняват строителството или услугите, за които е необходим този капацитет. Когато икономически оператор иска да използва капацитета на други субекти, той доказва на възлагащия орган, че ще разполага с необходимите ресурси, например като представя доказателство за поетия от посочените субекти ангажимент за тази цел.

Възлагащият орган проверява в съответствие с членове 59, 60 и 61 дали другите субекти, чийто капацитет икономическият оператор възнамерява да използва, отговарят на съответните критерии за подбор и дали има основания за изключване съгласно член 57. Възлагащият орган изисква от икономическия оператор да замени субект, който не отговаря на съответния критерий за подбор или по отношение на който има задължителни основания за изключване. Възлагащият орган може да изиска от икономическия оператор да замени субект, по отношение на който има незадължителни основания за изключване, или държава членка може да изиска от възлагащия орган да изиска това.

Когато икономическият оператор използва капацитета на други субекти по отношение на критериите, свързани с икономическото и финансовото състояние, възлагащият орган може да изисква икономическият оператор и тези субекти да носят обща отговорност за изпълнението на поръчката.

При същите условия група от икономически оператори, посочена в член 19, параграф 2, може да използва капацитета на участниците в групата или на други субекти.

2. При поръчки за строителство, поръчки за услуги и операции, свързани с проучване на терена или инсталиране в контекста на поръчка за доставки, възлагащите органи могат да изискват определени операции от критично значение да бъдат извършвани пряко от самия оферент или, когато офертата е подадена от група от икономически оператори по член 19, параграф 2 — от участник в тази група“.

Италианското право

9 Съгласно член 32, параграф 7 от decreto legislativo n. 50: — Codice dei contratti pubblici (Законодателен декрет № 50 — Кодекс за обществените поръчки) от 18 април 2016 г. (редовна притурка към GURI бр. 91 от 19 април 2016 г., наричан по-нататък „Кодексът за обществените поръчки“):

„Възлагането поражда действие след проверка на изпълнението на критериите“.

10 Член 80, параграф 5, буква f-bis) от Кодекса за обществените поръчки гласи:

„Възлагащите органи изключват от участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка икономически оператор, който се намира в едно от следните положения, включително когато това положение се отнася до един от неговите подизпълнители в случаите по член 105, параграф 6: […] f-bis) икономическият оператор представи документи или декларации с невярно съдържание в хода на процедура за възлагане на обществена поръчка и в рамките на използването на капацитета на други субекти“.

11 В член 89 от този кодекс се предвижда:

„1. […]

Икономически оператор, който желае да използва капацитета на други субекти, […] прилага декларация, подписана от [помощното предприятие], удостоверяваща, че то отговаря на общите критерии, посочени в член 80, както и на техническите критерии, и че разполага с ресурсите, за които се използва неговият капацитет. Икономическият оператор доказва на възлагащия орган, че ще разполага с необходимите ресурси, като представи декларация, подписана от помощно предприятие, в която последното се задължава спрямо оферента и възлагащия орган да предостави на разположение за целия срок на поръчката необходимите ресурси, с които оферентът не разполага. В случай на декларации с невярно съдържание възлагащият орган изключва оферента и привежда в изпълнение гаранцията, без да се засяга прилагането на член 80, параграф 12 по отношение на подписалите тези декларации лица. […]

3. Възлагащият орган проверява в съответствие с членове 85, 86 и 88 дали другите субекти, чийто капацитет икономическият оператор желае да използва, отговарят на съответните критерии за подбор или са налице основания за изключване съгласно член 80. Той изисква от икономическия оператор да замени субектите, които не отговарят на някой от съответните критерии за подбор или по отношение на които са налице задължителни основания за изключване. В обявлението за обществена поръчка могат да са посочени и случаите, в които икономическият оператор е длъжен да замени субект, по отношение на който се прилагат незадължителни основания за изключване, при условие че става въпрос за технически критерии“.

Спорът в главното производство и преюдициалният въпрос

12 С обявление за обществена поръчка от 3 януари 2018 г. Местната здравна служба Тоскана център започва процедура за възлагане на работи по селективното и механично разрушаване на сградите на бившата болница Misericordia e Dolce de Prato (Италия) с основна стойност от 5 673 030,73 EUR.

13 При представянето на офертата си ВОП Del Debbio заявава, че използва техническия и професионалния капацитет на помощно предприятие.

14 Макар да заемат първите две места във временното класиране, ВОП Daf, от една страна, и ВОП Del Debbio, от друга страна, са изключени от процедурата от възлагащия орган. Поради това ВОП Rad Service заема първото място в класирането.

15 Основание за изключването на ВОП Del Debbio е представена декларация от помощното предприятие, в която не се споменава *patteggiamento*, т.е. решение за одобряване на споразумение между страните за наложеното наказание, което е постановено на 14 юни 2013 г. срещу собственика и законния представител на предприятието и е влязло в сила на 11 септември 2013 г. В италианското право обаче в обстоятелства като разглежданите в

главното производство *patteggiamento* изрично се приравнявало на осъдителна присъда за телесна повреда, нанесена по непредпазливост при нарушение на правната уредба в областта на защитата на здравето и безопасността на работното място.

16 Възлагащият орган приема, че помощното предприятие е представило декларация с невярно съдържание по съдържащия се в ЕЕДОП въпрос дали е извършило виновно тежки професионални нарушения, посочени в член 80, параграф 5, буква c) от Кодекса за обществените поръчки. Поради това възлагащият орган приема, че ВОП Del Debbio трябва автоматично да бъде изключено от процедурата в съответствие с член 80, параграф 5, буква f-bis) и член 89, параграф 1 от този кодекс.

17 След като Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Областен административен съд Тоскана, Италия) отменя с две решения изключването на ВОП Del Debbio и на ВОП Daf, ВОП RAD Service обжалва тези решения пред запитващата юрисдикция, а именно Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия).

18 Последната счита, че съгласно член 89, параграф 1, четвърта алинея от Кодекса за обществените поръчки декларацията с невярно съдържание, представена от законния представител на помощното предприятие в рамките на процедурата за възлагане на обществена поръчка, води автоматично до задължение за възлагащия орган да изключи оферента, който е заявил, че използва капацитета на това предприятие, без да може да го замени. Следователно предвидената в член 89, параграф 3 от този кодекс процедура за корекция не се прилагала, така че икономическият оператор не можел да замени помощното предприятие.

19 Запитващата юрисдикция обаче изпитва съмнение относно съвместимостта на тази разпоредба с принципите и правилата, посочени в член 63 от Директива 2014/24, както и с членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС. Всъщност член 63, параграф 1, втора алинея от Директива 2014/24 имал за цел по-специално да гарантира, че престациите се извършват от оператори с подходящи умения и морал, и следователно задължавал възлагащия орган да даде съгласие за замяната на помощно предприятие, което не отговаряло на критериите или по отношение на което съществувало основание за изключване.

20 Като предвижда автоматично изключване на оферента поради декларации с невярно съдържание от страна на предприятието, чийто капацитет той възнамерява да използва, член 89, параграф 1, четвърта алинея от Кодекса за обществените поръчки обаче забранявал замяната на помощното предприятие, а следователно и способа за корекция, който параграф 3 от тази разпоредба все пак предвижда за всички останали задължителни основания за изключване.

21 Член 63 от Директива 2014/24 обаче не установявал никаква разлика в режима и изисквал да се замени помощното предприятие винаги когато за него са налице задължителни основания за изключване, независимо какви са те.

22 Освен това даден оферент не можел да контролира автентичността и достоверността на декларациите, представени от предприятията чийто капацитет възнамерява да използва. Той също така трябвало да се довери на представените от тях декларации или документи. Впрочем ВОП Del Debbio твърди, че в случая не е могло да знае за осъдителната присъда на собственика на помощното предприятие, доколкото тя не била отразена в свидетелството за съдимост, с което може да направи справка друг частен субект освен заинтересованото лице.

23 Накрая, според запитващата юрисдикция евентуалните национални ограничения за упражняването на правото на оферента да използва капацитета на други субекти трябва да се разглеждат стриктно в светлината на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация.

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

„Недопустимо ли е съгласно член 63 от Директива [2014/24], разглеждан в светлината на принципите на свобода на установяване и свободно предоставяне на услуги, посочени в членове 49 [ДФЕС] и 56 [ДФЕС], прилагането на италианската национална правна уредба в областта на използването на капацитета на други субекти и изключването от процедурите за възлагане, съдържаща се в член 89, параграф 1, четвърта алинея от Кодекса за обществените поръчки, […], съгласно която в случай на декларация с невярно съдържание, представена от помощното предприятие относно наличието на влезли в сила присъди, които евентуално могат да докажат извършването на тежко професионално нарушение, възлагащият орган трябва винаги да изключи икономическия оператор — участник в процедурата, без да изисква от него или да му разреши да посочи друго подходящо помощно предприятие в замяна на първото, както всъщност е предвидено в останалите хипотези, когато субектите, чийто капацитет икономическият оператор възнамерява да използва, не отговарят на съответния критерий за подбор или по отношение на тях са налице задължителни основания за изключване?“.

25 Освен това запитващата юрисдикция иска делото да бъде разгледано по реда на бързото производство на основание член 105, параграф 1 от Процедурния правилник на Съда, тъй като настоящото дело повдига принципен въпрос, отнася се до изпълнението на неотложни строителни работи, свързани с болнични сгради, които не трябва да се отлагат, нито да се спират и които са на значителна стойност, а разглежданата в главното производство национална разпоредба е предмет на многобройни съдебни спорове.

26 Искането за разглеждане по реда на бързото производство е отхвърлено с решение на председателя на Съда от 7 юли 2020 г.

По преюдициалния въпрос

27 В самото начало е важно да се отбележи, че поставеният въпрос съдържа твърдението, че национална правна уредба, която предвижда автоматичното изключване на оферент, когато субект, чийто капацитет той възнамерява да използва, е предоставил невярна информация, би могла да нарушава принципа на недопускане на дискриминация, тъй като е допустима замяната на този субект, когато той не отговаря на съответен критерий за подбор или по отношение на него са налице задължителни основания за изключване.

28 Държавите членки обаче разполагат с известно право на преценка при определянето на условията за прилагане на факултативните основания за изключване, предвидени в член 57, параграф 4 от Директива 2014/24 (вж. в този смисъл решения от 10 юли 2014 г., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, т. 36, от 28 март 2019 г., Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, т. 45 и от 30 януари 2020 г., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, т. 34). Всъщност съгласно член 57, параграфи 4 и 7 от Директива 2014/24 държавите членки могат да не прилагат посочените в нея факултативни основания за изключване или да ги включат в националната правна уредба със степен на строгост, която може да е различна в зависимост от правните, икономическите или социалните съображения, които преобладават на национално равнище.

29 При тези условия поставеният въпрос следва да се преформулира и да се приеме, че с него запитващата юрисдикция иска по същество да установи дали член 63 от Директива 2014/24, разглеждан във връзка с член 57, параграф 4, буква з) и параграф 6 от тази директива и с оглед на принципа на пропорционалност, трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска национална правна уредба, по силата на която възлагащият орган трябва автоматично да изключи оферент от процедура за възлагане на обществена поръчка, когато помощно предприятие, чийто

капацитет той възнамерява да използва, е представило декларация с невярно съдържание относно наличието на влезли в сила осъдителни присъди, без да може да изисква от този оферент или поне да му разреши в подобна хипотеза да замени посочения субект, противно на предвиденото в другите хипотези, в които субектите, чийто капацитет използва оферентът, не отговарят на някои от съответните критерии за подбор или по отношение на тях са налице задължителни основания за изключване.

30 В това отношение следва да се припомни, че член 63, параграф 1 от Директива 2014/24 предвижда правото на икономически оператор да използва за конкретна поръчка капацитета на други субекти, независимо от правния характер на отношенията му с тях, за да изпълни както критериите за икономическо и финансово състояние, посочени в член 58, параграф 3 от тази директива, така и критериите за техническите и професионалните способности, посочени в член 58, параграф 4 от тази директива (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 и 33, от 7 април 2016 г., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, т. 33, 35, 39, 49 и 51 и от 2 юни 2016 г., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, т. 25).

31 По силата на член 59, параграф 1, втора и трета алинея от Директива 2014/24 във връзка със съображение 84, трета алинея от тази директива икономическият оператор, който възнамерява да се позове на това право, трябва при подаване на своето заявление за участие или оферта да предаде на възлагащия орган ЕЕДОП, с който този оператор потвърждава, че както самият той, така и субектите, чийто капацитет възнамерява да използва, не се намират в някое от положенията, посочени в член 57 от Директивата, което трябва или може да доведе до изключване на икономически оператор.

32 Следователно по силата на член 63, параграф 1, втора алинея от Директива 2014/24 възлагащият орган трябва да провери, от една страна, дали в съответствие с членове 59—61 от Директивата субектите, чийто капацитет икономическият оператор възнамерява да използва, отговарят на приложимите критерии за подбор и от друга страна, дали са налице основанията за изключване, посочени в член 57 от тази директива, по отношение както на самия икономически оператор, така и на тези субекти.

33 Съгласно член 63, параграф 1, втора алинея, трето изречение от Директива 2014/24 възлагащият орган може да изиска — или неговата държава членка може да го задължи да изиска — от съответния икономически оператор да замени субект, чийто капацитет възнамерява да използва, но по отношение на който има незадължителни основания за изключване. Ето защо от текста на посоченото изречение ясно следва, че макар държавите членки да могат да предвидят, че в подобна хипотеза възлагащият орган е длъжен да изиска такава замяна от посочения икономически оператор, те все пак не могат да лишат въпросния възлагащ орган от възможността му да изисква такава замяна по своя инициатива. Всъщност държавите членки разполагат само с възможността да заменят тази възможност със задължение за възлагащия орган да извърши такава замяна.

34 Такова тълкуване на член 63, параграф 1, втора алинея, трето изречение от Директива 2014/24 допринася освен това за гарантирането на спазването на принципа на пропорционалност от възлагащите органи в съответствие с член 18, параграф 1 от тази директива. Всъщност от този принцип, който е общ принцип на правото на Съюза, следва, че правилата, установени от държавите членки или възлагащите органи в изпълнение на разпоредбите на тази директива, не трябва да 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 30 януари 2020 г., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, т. 45).

35 Първо, целта на член 57 от Директива 2014/24, която се преследва и с член 63 от Директивата, е да позволи на възлагащия орган да се увери в честността и надеждността на всеки от оферентите и следователно в липсата на прекъсване на връзката на доверие със съответния икономически оператор (вж. в този смисъл решения от 19 юни 2019 г., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, т. 29 и от 3 октомври 2019 г., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, т. 26). Именно от тази гледна точка член 57, параграф 6 от Директива 2014/24 във връзка със съображение 102 от нея гарантира по принцип правото на всеки икономически оператор, който се намира в някое от положенията, посочени в параграфи 1 и 4 от тази разпоредба, да представи доказателства, че предприетите от него мерки са достатъчни, за да се удостовери неговата надеждност въпреки наличието на съответно основание за изключване.

36 При тези условия, още преди да изисква от оферент да замени субект, чийто капацитет възнамерява да използва, тъй като този субект се намира в някое от положенията, посочени в член 57, параграфи 1 и 4 от Директива 2014/24, член 63 от тази директива предполага възлагащият орган да даде на този оферент и/или на този субект възможността да представи корективните мерки, които евентуално е приел, за да отстрани констатираната нередовност, и следователно да докаже, че може отново да се счита за надежден субект (вж. в този смисъл решение от 3 октомври 2019 г., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, т. 37).

37 Следователно само субсидарно и само ако субектът, спрямо който се изтъква някое от основанията за изключване по член 57, параграфи 1 и 4 от Директива 2014/24, не е предприел никакви корективни мерки или ако приетите мерки са счетени за недостатъчни от възлагащия орган, последният може или, ако националното му право го задължава, трябва да изиска от оферента да замени посочения субект.

38 В това отношение следва да се уточни, че съгласно член 57, параграф 6, четвърта алинея от Директива 2014/24 икономически оператор, който е изключен с окончателна присъда от участие в процедури за възлагане на обществени поръчки или концесии, несъмнено няма право да се позовава на приети от него вследствие на присъдата корективни мерки по време на срока на изключването, произтичащ от присъдата в държавата членка, в която тя поражда последици, и следователно не може да избегне изключването, ако тези доказателства се приемат за достатъчни. Когато обаче окончателната присъда изключва от участие в процедури за възлагане на обществени поръчки или за възлагане на концесия субект, чийто капацитет оферентът възнамерява да използва, в този случай възлагащият орган трябва да разреши на оферента да замени въпросния субект.

39 Второ, релевантността от гледна точка на принципа на пропорционалност на съдържащото се в точка 33 от настоящото решение тълкуване на член 63, параграф 1, втора алинея, трето изречение от Директива 2014/24 следва и от съображение 101, трета алинея от тази директива, съгласно което, когато прилагат факултативни основания за изключване, възлагащите органи трябва да обръщат особено внимание на този принцип. Впрочем трябва се обръща още по-голямо внимание, когато предвиденото в националната правна уредба изключване се прилага спрямо оферента не за извършено от него нарушение, а за нарушение, извършено от субект, чийто капацитет той възнамерява да използва и спрямо който той не разполага с никакви контролни правомощия (вж. в този смисъл решение от 30 януари 2020 г., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, т. 48).

40 Всъщност принципът на пропорционалност изисква от възлагащия орган да извърши конкретна и индивидуална преценка на поведението на съответния субект въз основа на всички релевантни елементи (вж. по аналогия решения от 13 декември 2012 г., Forposta и ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, т. 31 и от 3 октомври 2019 г., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, т. 29). 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 (вж. в този смисъл решение от 30 януари 2020 г., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, т. 52).

41 В случая, ако запитващата юрисдикция потвърди твърдението на ВОП Del Debbio, че осъдителната присъда на управителя на помощното предприятие, чийто капацитет е възнамерявало да използва, не е била отразена в свидетелството за съдимост, с което могат да направят справка частните субекти, поради което италианската правна уредба не дава възможност на ВОП Del Debbio да узнае за осъждането, то не би могло да бъде упрекнато, че не е положило дължимата грижа. Следователно при такива обстоятелства би било в противоречие с принципа на пропорционалност, прогласен в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24, да се попречи на замяната на субекта, за който е налице основание за изключване.

42 Следва също да се уточни, че когато възлагащият орган е длъжен съгласно националното си право да изисква от оферент да замени субект, чийто капацитет възнамерява да използва, този възлагащ орган трябва да следи в съответствие с принципите на прозрачност и равно третиране, прогласени в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24, замяната на съответното образувание да не доведе до съществено изменение на офертата на този оферент.

43 Всъщност задължението на възлагащия орган да спазва принципа на равно третиране на оферентите, който има за цел да насърчи развитието на здравословна и ефективна конкуренция между участващите в обществена поръчка предприятия и който изразява същността на правилата на Съюза относно процедурите за възлагане на обществени поръчки, предполага в частност оферентите да се намират в равностойно положение както когато подготвят своите оферти, така и когато възлагащият орган оценява тези оферти. Принципът на равно третиране и задължението за прозрачност не допускат и никакви преговори между възлагащия орган и оферента в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, което предполага, че по принцип след тяхното подаване офертите вече не могат да бъдат променяни нито по инициатива на възлагащия орган, нито по инициатива на оферента (вж. в този смисъл решение от 11 май 2017 г., Archus и Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, т. 25 и 27 и цитираната съдебна практика).

44 От това следва, че подобно на искането за пояснявӑне на оферта, искането на възлагащ орган да се замени субект, чийто капацитет даден оферент възнамерява да използва, не бива да води дотам, че съответният оферент в действителност да представи нова оферта, тъй като води до съществена промяна в първоначалната оферта (вж. в този смисъл решения от 29 март 2012 г., SAG ELV Slovensko и др., C-599/10, EU:C:2012:191, т. 40, от 7 април 2016 г., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, т. 64 и от 11 май 2017 г., Archus и Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, т. 31 и 37).

45 По изложените съображения на поставения въпрос следва да се отговори, че член 63 от Директива 2014/24, разглеждан във връзка с член 57, параграф 4, буква з) от тази директива и с оглед на принципа на пропорционалност, трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска национална правна уредба, по силата на която възлагащият орган трябва автоматично да изключи оферент от процедура за възлагане на обществена поръчка, когато помощно предприятие, чийто капацитет той възнамерява да използва, е представило декларация с невярно съдържание относно наличието на влезли в сила осъдителни присъди, без да може да изисква от този оферент или поне да му разреши в подобна хипотеза да замени посочения субект.

По съдебните разноски

46 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 (девети състав) реши:

Член 63 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, разглеждан във връзка с член 57, параграф 4, буква з) от тази директива и с оглед на принципа на пропорционалност, трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска национална правна уредба, по силата на която възлагащият орган трябва автоматично да изключи оферент от процедура за възлагане на обществена поръчка, когато помощно предприятие, чийто капацитет той възнамерява да използва, е представило декларация с невярно съдържание относно наличието на влезли в сила осъдителни присъди, без да може да изисква от този оферент или поне да му разреши в подобна хипотеза да замени посочения субект.

Подписи