Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (deveti senat)

z dne 3. junija 2021 *

„Predhodno odločanje – Oddaja javnih naročil storitev, preskrbe in gradenj – Direktiva 2014/24/EU – Potek postopka – Izbor udeležencev in oddaja javnih naročil – Člen 63 – Ponudnik, ki uporabi zmogljivosti drugega subjekta za izpolnitev zahtev javnega naročnika – Člen 57(4), (6) in (7) – Lažne izjave tega subjekta – Izključitev navedenega ponudnika, ne da bi mu bilo naloženo ali dovoljeno, da navedeni subjekt zamenja – Načelo sorazmernosti“

V zadevi C-210/20,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Consiglio di Stato (državni svet, Italija) z odločbo z dne 20. februarja 2020, ki je na Sodišče prispela 30. marca 2020, v postopku

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

proti

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni Stradali Srl,

ob udeležbi

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

SODIŠČE (deveti senat),

v sestavi N. Piçarra, predsednik senata, D. Šváby (poročevalec) in S. Rodin, sodnik,

generalni pravobranilec: M. Campos Sánchez-Bordona,

sodni tajnik: A. Calot Escobar,

na podlagi pisnega postopka,

* Jezik postopka: italijanščina.

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

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

– za italijansko vlado G. Palmieri, agentka, skupaj s C. Colelli in de S. L. Vitale, avvocati dello Stato,

– za Evropsko komisijo G. Gattinara, P. Ondrůšek in K. Talabér-Ritz, agenti,

na podlagi sklepa, sprejetega po opredelitvi generalnega pravobranilca, da bo v zadevi razsojeno brez sklepnih predlogov,

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 49 in 56 PDEU ter člena 63 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbami Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl in Cosmo Scavi Srl, ki so članice začasnega združenja podjetij (ZZP) Rad Service (v nadaljevanju: ZZP Rad Service), na eni strani ter družbami Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (v nadaljevanju: ZZP Del Debbio) in začasnim združenjem podjetij, ki so ga ustanovile družbe DAF Costruzioni Stradali Srl, GARC SpA in Edil Moter Srl (v nadaljevanju: ZZP Daf), na drugi strani, v zvezi z odločbo Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (lokalni zdravstveni organ v regiji Toskana center, Italija) o izključitvi ZZP Del Debbio iz postopka oddaje javnega naročila gradenj.

Pravni okvir

Direktiva 2014/24

3 V uvodnih izjavah 84, 101 in 102 Direktive 2014/24 je navedeno:

„(84) Številni gospodarski subjekti, tudi [mala in srednja podjetja (MSP)], ugotavljajo, da so velika ovira za njihovo sodelovanje v postopkih javnega naročanja upravne obremenitve, ker je treba predložiti veliko število potrdil ali drugih dokumentov v zvezi z razlogi za izključitev in pogoji za sodelovanje. Omejitev teh zahtev, na primer z uporabo enotnega evropskega dokumenta v zvezi z oddajo javnega naročila (ESPD) v obliki posodobljene lastne izjave, bi lahko pomenila precejšnjo poenostavitev, ki bi koristila javnim naročnikom in gospodarskim subjektom.

Vendar bi moral izbrani ponudnik predložiti ustrezna dokazila, javni naročniki pa ne bi smeli skleniti pogodbe o izvedbi javnega naročila s ponudniki, ki te zahteve ne morejo izpolniti. Javni naročniki bi morali imeti tudi možnost, da lahko v vsakem trenutku zahtevajo vsa ali nekatera dokazila, če menijo, da je to potrebno za pravilen potek postopka. To bo morda zlasti potrebno v primeru dvofaznih postopkov (omejeni postopki, konkurenčni postopki s pogajanji, konkurenčni dialogi in partnerstva za inovacije), v katerih javni naročniki uporabljajo možnost omejitve števila kandidatov, povabljenih k predložitvi ponudbe. Zahteva po predložitvi dokazil v trenutku izbire kandidatov, ki bodo povabljeni k predložitvi ponudb, bi lahko bila upravičena, da bi se izognili

temu, da bi javni naročniki povabili kandidate, pri katerih se kasneje izkaže, da ne morejo predložiti dokazil v fazi oddaje javnega naročila, s čimer se tako onemogoči sodelovanje ustreznih kandidatov.

Izrecno bi morali določiti, da bi bilo treba v ESPD zagotoviti tudi ustrezne informacije o subjektih, na zmogljivost katerih se gospodarski subjekt opira, da bi se preverjanje informacij v zvezi s temi subjekti lahko izvedlo istočasno in pod enakimi pogoji kot preverjanje v zvezi z glavnim gospodarskim subjektom.

[…]

(101) Poleg tega bi bilo treba javnim naročnikom omogočiti, da izključijo gospodarske subjekte, ki so se izkazali za nezanesljive, na primer zaradi kršitev okoljskih ali socialnih obveznosti, vključno s pravili o dostopnosti za invalide, ali drugih hujših kršitev poklicnih pravil, kot so kršitve pravil konkurence ali pravic intelektualne lastnine. Pojasniti bi bilo treba, da se v primeru hujše kršitve poklicnih pravil lahko omaje integriteta gospodarskega subjekta in mu zato ni primerno oddati javnega naročila, ne glede na to, ali ima gospodarski subjekt sicer tehnične in ekonomske zmogljivosti za izvedbo javnega naročila.

Javni naročniki bi morali ob upoštevanju dejstva, da bodo sami odgovorni za posledice svoje morebitne napačne odločitve, imeti možnost domnevati, da je prišlo do hujših kršitev poklicnih pravil, če lahko pred končno in zavezujočo odločitvijo o obstoju razlogov za obvezno izključitev na kakršen koli način dokažejo, da je gospodarski subjekt kršil svoje obveznosti, tudi obveznost plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost, razen če nacionalna zakonodaja določa drugače. Morali bi imeti tudi možnost izključitve kandidatov ali ponudnikov, če so se pri izvajanju prejšnjih javnih naročil pri njih pokazale večje pomanjkljivosti glede ključnih zahtev, denimo nezmožnost dobave ali izvedbe, velike pomanjkljivosti dobavljenega proizvoda ali opravljene storitve, zaradi katerih sta bila ta proizvod ali storitev neuporabna za predvideni namen, ali neustrezno ravnanje, ki vzbuja resne dvome glede zanesljivosti gospodarskega subjekta. V nacionalni zakonodaji bi moralo biti določeno najdaljše možno trajanje take izključitve.

Javni naročniki bi morali pri uporabi neobveznih razlogov za izključitev posebno pozornost nameniti načelu sorazmernosti. Zaradi manjših nepravilnosti bi bilo treba gospodarski subjekt izključiti le v izjemnih okoliščinah. Vendar pa se v primeru ponavljajočih se manjših nepravilnosti lahko pojavijo dvomi glede zanesljivosti gospodarskega [subjekta], kar lahko upraviči njegovo izključitev.

(102) Dopustiti pa bi bilo treba možnost, da lahko gospodarski subjekti sprejmejo ukrepe za zagotavljanje ustreznosti, namenjene odpravi posledic kaznivih dejanj ali kršitev ter učinkovitemu preprečevanju nadaljnjih primerov neustreznega ravnanja. Med temi ukrepi bi bili lahko zlasti ukrepi v zvezi z osebjem in organizacijo, kot so prekinitev vseh stikov z osebami ali organizacijami, vpletenimi v kršitve, ustrezni ukrepi za reorganizacijo osebja, uvedba sistemov poročanja in nadzora, oblikovanje notranje strukture revizije za spremljanje skladnosti in sprejetje notranjih pravil o odgovornosti in odškodninah. Če taki ukrepi zagotovijo dovolj jamstev, zadevni gospodarski subjekt ne bi smel biti več izključen samo zaradi teh razlogov. Gospodarskim subjektom bi bilo treba omogočiti, da zahtevajo preučitev ukrepov za zagotavljanje ustreznosti, ki so jih sprejeli, da bi lahko sodelovali v postopku javnega naročanja. Vendar bi morale države članice določiti natančne postopkovne in materialne pogoje, ki se uporabljajo v takih primerih. Same bi lahko zlasti odločile, ali naj ustrezne ocene opravijo posamezni javni naročniki ali pa naj za to nalogo pooblastijo druge organe na centralni ali decentralizirani ravni.“

4 Člen 18 te direktive, naslovljen „Načela javnega naročanja“, v prvem pododstavku odstavka 1 določa:

„Javni naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.“

5 Člen 57 navedene direktive, naslovljen „Razlogi za izključitev“, v odstavkih od 4 do 7 določa:

„4. Javni naročniki lahko oziroma – na zahtevo držav članic – morajo iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključiti vsak gospodarski subjekt v katerem koli od naslednjih primerov:

[…]

(c) kadar lahko javni naročnik z ustreznimi sredstvi dokaže, da je gospodarski subjekt zagrešil hujšo kršitev poklicnih pravil, s čimer je omajana njegova integriteta;

[…]

(h) kadar je gospodarski subjekt kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih zaradi preverjanja odsotnosti razlogov za izključitev ali izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, ne razkrije takšnih informacij ali ne more predložiti dokazil, ki se zahtevajo v skladu s členom 59, ali

(i) kadar je gospodarski subjekt […] iz malomarnosti predloži[l] zavajajoče informacije, ki bi lahko pomembno vplivale na odločitve o izključitvi, izboru ali oddaji javnega naročila.

[…]

5. […]

Javni naročniki lahko oziroma – na zahtevo države članice – morajo med postopkom kadar koli izključiti gospodarski subjekt, če se izkaže, da je gospodarski subjekt glede na dejanja, izvršena s storitvijo ali opustitvijo, pred ali med postopkom v enem od položajev iz odstavka 4.

6. Vsak gospodarski subjekt, ki ga zadeva eden od primerov iz odstavkov 1 in 4, lahko predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju zadevnega razloga za izključitev. Če se šteje, da takšni dokazi zadoščajo, se zadevni gospodarski subjekt ne izključi iz postopka javnega naročanja.

V ta namen gospodarski subjekt dokaže, da je plačal ali da se je zavezal plačati nadomestilo za vso škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem ali kršitvijo, v dejavnem sodelovanju s preiskovalnimi organi v celoti razjasnil dejstva in okoliščine ter sprejel konkretne tehnične, organizacijske in kadrovske ukrepe, ustrezne za preprečitev nadaljnjih kaznivih dejanj ali kršitev.

Pri ocenjevanju ukrepov, ki jih sprejmejo gospodarski subjekti, se upoštevajo resnost in posebne okoliščine kaznivega dejanja ali kršitve. Če se šteje, da ukrepi ne zadoščajo, gospodarski subjekt prejme utemeljitev razlogov za takšno odločitev.

Gospodarski subjekt, ki je bil s pravnomočno sodbo izključen iz sodelovanja v postopkih javnega naročanja ali podeljevanja koncesije, med izključitvijo na podlagi te sodbe ni upravičen do uporabe možnosti iz tega odstavka v državah članicah, v katerih sodba učinkuje.

7. Države članice z zakoni ali drugimi predpisi in ob upoštevanju prava Unije določijo pogoje za izvajanje tega člena. Določijo zlasti najdaljše obdobje izključitve, če gospodarski subjekt ne sprejme nobenih ukrepov iz odstavka 6, da bi dokazal svojo zanesljivost. Če obdobje izključitve ni določeno

s pravnomočno sodbo, to obdobje ne sme biti daljše od petih let od datuma izreka pravnomočne obsodbe v primerih iz odstavka 1 in ne daljše od treh let od datuma zadevnega dogodka v primerih iz odstavka 4.“

6 Člen 59 iste direktive, naslovljen „Enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila“, določa:

„1. Ob predložitvi prijav za sodelovanje ali ponudb javni naročniki namesto potrdil, ki jih izdajajo javni organi ali tretje osebe, sprejmejo enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila (ESPD), ki vključuje posodobljeno lastno izjavo, kot predhodni dokaz, da zadevni gospodarski subjekt izpolnjuje naslednje pogoje:

(a) ni v enem od položajev iz člena 57, zaradi katerega so ali bi lahko bili gospodarski subjekti izključeni;

(b) izpolnjuje ustrezne pogoje za sodelovanje, določene v skladu s členom 58;

(c) če je primerno, izpolnjuje objektivna pravila in kriterije, določene v skladu s členom 65.

Če gospodarski subjekt uporablja zmogljivosti drugih subjektov v skladu s členom 63, ESPD vsebuje tudi informacije iz prvega pododstavka tega odstavka v zvezi s temi subjekti.

ESPD vključuje uradno izjavo gospodarskega subjekta, da zadevni razlog za izključitev ne velja in/ali da je zadevni pogoj za sodelovanje izpolnjen, obenem pa zagotavlja ustrezne informacije, ki jih zahteva javni naročnik. Poleg tega je v ESPD naveden javni organ ali tretja oseba, odgovorna za izdajo dokazil, vsebuje pa tudi uradno izjavo o tem, da bo gospodarski subjekt na zahtevo in brez odlašanja lahko predložil ta dokazila.

Če lahko javni naročnik dokazila pridobi neposredno v bazi podatkov v skladu z odstavkom 5, ESPD prav tako vsebuje informacije, ki so potrebne v ta namen, kot so spletni naslov baze podatkov, podatki za identifikacijo in po potrebi nujna izjava o soglasju.

[…]

4. Javni naročnik lahko ponudnike in kandidate kadar koli med postopkom pozove, naj predložijo vsa dokazila ali del dokazil, če je to potrebno, da se zagotovi pravilna izvedba postopka.

Razen pri naročilih na podlagi okvirnih sporazumov, sklenjenih v skladu s členom 33(3) ali točko (a) člena 33(4), javni naročnik pred oddajo javnega naročila od ponudnika, kateremu se je odločil oddati javno naročilo, zahteva, da predloži najnovejša dokazila v skladu s členom 60 in po potrebi členom 62. Javni naročnik lahko pozove gospodarske subjekte, da dopolnijo ali pojasnijo potrdila, predložena v skladu s členoma 60 in 62.

5. Ne glede na odstavek 4 gospodarski subjekti niso dolžni predložiti dokazil ali drugih listinskih dokazov, če in kolikor ima javni naročnik možnost, da potrdila ali druge zadevne informacije pridobi neposredno z brezplačnim dostopom do nacionalne baze podatkov v kateri koli državi članici, kot so nacionalni register javnih naročil, virtualni dosje podjetij, elektronski sistem za shranjevanje dokumentov ali predkvalifikacijski sistem.

[…]“

7 Člen 60 Direktive 2014/24, naslovljen „Dokazila“, določa:

„1. Javni naročniki lahko zahtevajo potrdila, izjave in druga dokazila iz odstavkov 2, 3 in 4 tega člena in Priloge XII kot dokaz odsotnosti razlogov za izključitev, navedenih v členu 57, in izpolnjevanja pogojev za sodelovanje v skladu s členom 58.

Javni naročniki ne smejo zahtevati drugih dokazil, razen tistih iz tega člena in člena 62. V zvezi s členom 63 lahko gospodarski subjekti uporabijo vsa ustrezna sredstva, da javnemu naročniku dokažejo, da bodo imeli na voljo potrebna sredstva.

2. Javni naročniki kot zadosten dokaz, da noben primer iz člena 57 ne velja za gospodarski subjekt, sprejmejo naslednje:

(a) v zvezi z odstavkom 1 navedenega člena predložitev izpisa iz ustreznega registra, kot je kazenska evidenca, ali, če tega ni, enakovrednega dokumenta, ki ga izda pristojni sodni ali upravni organ v državi članici ali matični državi ali v državi sedeža gospodarskega subjekta, iz katerega je razvidno, da so navedene zahteve izpolnjene;

(b) v zvezi z odstavkom 2 in točko (b) odstavka 4 navedenega člena potrdilo, ki ga izda pristojni organ v zadevni državi članici ali državi;

[…]“

8 Člen 63 te direktive, naslovljen „Uporaba zmogljivosti drugih subjektov“, določa:

„1. Glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem iz člena 58(3) ter pogojev v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo iz člena 58(4) lahko gospodarski subjekt po potrebi za posamezno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo iz točke (f) dela II Priloge XII ali ustreznimi poklicnimi izkušnjami pa lahko gospodarski subjekti uporabijo zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo ti izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Če želi gospodarski subjekt uporabljati zmogljivosti drugih subjektov, javnemu naročniku dokaže, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil teh subjektov v ta namen.

Javni naročnik v skladu s členi 59, 60 in 61 preveri, ali subjekti, katerih zmogljivosti namerava uporabiti gospodarski subjekt, izpolnjujejo ustrezne pogoje za sodelovanje, oziroma ali obstajajo razlogi za izključitev v skladu s členom 57. Javni naročnik od gospodarskega subjekta zahteva zamenjavo subjekta, ki ne izpolnjuje ustreznih pogojev za sodelovanje ali v zvezi z njim obstajajo obvezni razlogi za izključitev. Javni naročnik lahko od gospodarskega subjekta zahteva zamenjavo subjekta, v zvezi s katerim obstajajo neobvezni razlogi za izključitev; tako zahtevo lahko od njega zahteva tudi država članica.

Če gospodarski subjekt uporabi zmogljivosti drugih subjektov glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem, lahko javni naročnik zahteva, da so gospodarski subjekt in navedeni subjekti skupaj odgovorni za izvedbo javnega naročila.

Pod enakimi pogoji lahko skupina gospodarskih subjektov iz člena 19(2) uporabi zmogljivosti sodelujočih v tej skupini ali drugih subjektov.

2. Javni naročniki lahko v zvezi z javnimi naročili gradenj, javnimi naročili storitev in javnimi naročili blaga, ki vključujejo namestitvena ali inštalacijska dela, zahtevajo, da nekatere ključne naloge opravi neposredno ponudnik sam ali sodelujoči v tej skupini, če ponudbo predloži skupina gospodarskih subjektov v skladu s členom 19(2).“

Italijansko pravo

9 Člen 32(7) decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (zakonska uredba št. 50 o zakoniku o javnem naročanju) z dne 18. aprila 2016 (redni dodatek h GURI št. 91 z dne 19. aprila 2016, v nadaljevanju: zakonik o javnem naročanju) določa:

„Oddaja javnega naročila začne učinkovati po tem, ko se preveri, ali so izpolnjena merila."

10 Člen 80 zakonika o javnem naročanju v odstavku 5(f-a) določa:

„Javni naročniki iz postopka javnega naročanja izključijo gospodarski subjekt, ki je v enem od teh položajev, tudi če se ta položaj nanaša na podizvajalca v primerih iz člena 105(6): […] f-a) gospodarski subjekt predloži lažne dokumente ali izjave v postopku javnega razpisa, ki poteka, in v okviru uporabe zmogljivosti drugih subjektov."

11 Člen 89 tega zakonika določa:

„1. […]

Gospodarski subjekt, ki želi uporabiti zmogljivosti drugih subjektov, priloži […] izjavo, ki jo podpiše [podporno podjetje] in ki potrjuje, da [to podporno podjetje] izpolnjuje splošna merila iz člena 80 in tehnična merila ter da razpolaga s sredstvi, ki se uporabijo za uporabo njegovih zmogljivosti. Gospodarski subjekt naročniku dokaže, da bo imel na voljo potrebna sredstva, s predložitvijo izjave, ki jo podpiše podporno podjetje, v kateri se to podjetje obveže do ponudnika in naročnika, da bo med celotnim trajanjem naročila dalo na voljo potrebne vire, ki ponudniku manjkajo. V primeru lažnih izjav naročnik ponudnika izključi in izvrši garancijo brez poseganja v uporabo člena 80(12) za podpisnike navedenih izjav. […]

3. Javni naročnik v skladu s členi 85, 86 in 88 preveri, ali subjekti, katerih zmogljivosti namerava uporabiti gospodarski subjekt, izpolnjujejo ustrezne pogoje za sodelovanje oziroma ali obstajajo razlogi za izključitev v smislu člena 80. Gospodarskemu subjektu naloži da zamenja subjekte, ki ne izpolnjujejo enega od upoštevnih izbirnih meril ali glede katerih obstajajo obvezni razlogi za izključitev. V obvestilu o javnem naročilu so lahko navedeni tudi primeri, v katerih mora gospodarski subjekt zamenjati subjekt, za katerega veljajo neobvezni razlogi za izključitev, če gre za tehnična merila."

Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

12 Lokalni zdravstveni organ v deželi Toskana center je z obvestilom o javnem naročilu z dne 3. januarja 2018 začel postopek javnega razpisa za oddajo naročila za selektivno in mehansko rušenje zgradb nekdanje bolnišnice *Misericordia e Dolce* v Pratu (Italija) v skupni vrednosti 5.673.030,73 EUR.

13 ZZP Del Debbio se je v okviru predstavitve svoje ponudbe sklicevalo na tehnično in strokovno usposobljenost podpornega podjetja.

14 Čeprav sta bili ZZP Daf na eni strani in ZZP Del Debbio na drugi strani v začasni razvrstitvi uvrščeni na prvi dve mesti, ju je naročnik izključil iz postopka. Zato se je ZZP Rad Service uvrstilo na prvo mesto v tej razvrstitvi.

15 ZZP Del Debbio je bilo izključeno, ker v izjavi, ki jo je podalo podporno podjetje, ni bila navedena *patteggiamento*, to je sodba o naložitvi dogovorjene kazni v okviru sporazuma med strankama, ki je bila 14. junija 2013 izrečena zoper lastnika in zakonitega zastopnika podjetja ter ki je postala pravnomočna 11. septembra 2013. V italijanskem pravu pa naj bi bila *patteggiamento* v okoliščinah, kot so te iz

postopka v glavni stvari, izrecno primerljiva z obsodbo, ki se nanaša na kaznivo dejanje nenamerne povzročitve poškodb, storjenih s kršitvijo predpisov s področja varstva zdravja in varnosti na delovnem mestu.

16 Naročnik je menil, da je podporno podjetje na vprašanje iz ESPD, in sicer ali je zagrešilo hujšo kršitev poklicnih pravil iz člena 80(5)(c) zakonika o javnih naročilih, podalo neresnično in lažno izjavo. Zato je naročnik menil, da je treba ZZP Del Debbio v skladu s členom 80(5)(f-a) in členom 89(1) tega zakonika samodejno izključiti iz postopka.

17 Potem ko je Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (deželno upravno sodišče za Toskano, Italija) z dvema sodbama izključitev ZZP Del Debbio in ZZP Daf razveljavilo, je ZZP Rad Service zoper ti sodbi vložilo pritožbo pri predložitvenem sodišču, in sicer Consiglio di Stato (državni svet, Italija).

18 Zadnjenavedeno sodišče meni, da je v skladu s členom 89(1), četrti pododstavek, zakonika o javnem naročanju samodejna posledica neresnične izjave, ki jo poda zakoniti zastopnik podpornega podjetja v okviru postopka oddaje javnega naročila, ta, da mora naročnik izključiti ponudnika, ki se je skliceval na zmogljivost podpornega podjetja, ne da bi ta naročnik temu ponudniku omogočil, da podporno podjetje zamenja. Zato naj se postopek popravkov iz člena 89(3) tega zakonika ne bi uporabil, tako da gospodarski subjekt podpornega podjetja ne bi mogel zamenjati.

19 Vendar predložitveno sodišče dvomi o združljivosti te določbe z načeli in pravili iz člena 63 Direktive 2014/24 ter s členoma 49 in 56 PDEU. Namen člena 63(1), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 naj bi bil namreč zlasti zagotoviti, da storitve opravljajo gospodarski subjekti, katerih zmogljivost in moralnost sta ustrezni, in naj bi zato naročniku nalagal, da privoli v zamenjavo podpornega podjetja, ki ne izpolnjuje meril ali v zvezi s katerim obstaja razlog za izključitev.

20 Člen 89(1), četrti pododstavek, zakonika o javnem naročanju pa naj bi s tem, da določa samodejno izključitev ponudnika zaradi lažnih izjav podjetja, katerega zmogljivosti namerava ta ponudnik uporabiti, prepovedal zamenjavo podpornega podjetja in s tem možnost popravka, ki pa jo odstavek 3 te določbe določa za vse ostale obvezne izključitvene razloge.

21 Člen 63 Direktive 2014/24 pa naj ne bi določal nobene razlike v sistemu in naj bi nalagal zamenjavo podpornega podjetja vsakič, ko zanj veljajo obvezni razlogi za izključitev, ne glede na to, kakšni so.

22 Poleg tega naj ponudnik ne bi mogel preveriti pristnosti in poštenosti izjav, ki jih podajo podjetja, katerih zmogljivosti namerava uporabiti. Tako naj bi se moral zanesti na izjave ali dokumentacijo, ki so jih ta podjetja predložila. ZZP Del Debbio poleg tega trdi, da v obravnavanem primeru ni moglo vedeti za kazensko obsodbo lastnika podpornega podjetja, ker ta obsodba ni bila navedena v izpisu iz kazenske evidence, v katerega imajo vpogled zasebni subjekti, ki niso zadevna oseba.

23 Nazadnje, predložitveno sodišče meni, da je treba strogo upoštevati morebitne nacionalne omejitve za izvajanje pravice ponudnika do uporabe zmogljivosti drugih subjektov z vidika načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije.

24 V teh okoliščinah je Consiglio di Stato (državni svet) prekinil odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložil to vprašanje:

„Ali člen 63 Direktive [2014/24] skupaj z načeli svobode ustanavljanja in opravljanja storitev iz členov 49 in 56 [PDEU] nasprotuje uporabi italijanske nacionalne zakonodaje na področju sklicevanja na zmogljivosti tretjih oseb in izključitve iz postopkov oddaje naročil iz člena 89(1), četrti pododstavek, zakonika o javnem naročanju […], v skladu s katero mora naročnik v primeru, da podporno podjetje poda neresnične izjave glede obstoja pravnomočnih kazenskih obsodb, ki bi lahko dokazovale hudo kršitev poklicnih pravil, vedno izključiti gospodarski subjekt, ki sodeluje v postopku oddaje javnega naročila, ne da bi mu odredil ali omogočil, da navede drugo primerno podporno

podjetje namesto prvega, kot je določeno v drugih primerih, ko subjekti, katerih zmogljivosti želi uporabljati gospodarski subjekt, ne izpolnjujejo ustreznega merila za izbor ali zanje obstajajo obvezni razlogi za izključitev?“

25 Poleg tega je predložitveno sodišče zaprosilo za uporabo hitrega postopka v skladu s členom 105(1) Poslovnika Sodišča, ker se v tej zadevi postavlja načelno vprašanje, ker je njen predmet izvedba nujnih del velike vrednosti v zvezi z bolnišničnimi zgradbami, ki jih ni mogoče niti odložiti niti prekiniti, in ker je nacionalna določba iz postopka v glavni stvari predmet številnih sporov.

26 Predsednik Sodišča je s sklepom z dne 7. julija 2020 ta predlog za obravnavanje po hitrem postopku zavrnil.

Vprašanje za predhodno odločanje

27 Najprej je treba poudariti, da postavljeno vprašanje kaže na to, da bi lahko bila nacionalna ureditev, ki določa samodejno izključitev ponudnika, kadar subjekt, katerega zmogljivosti namerava ta ponudnik uporabiti, posreduje lažne informacije, v nasprotju z načelom prepovedi diskriminacije, ker je zamenjava takega subjekta dovoljena, kadar ta ne izpolnjuje ustreznega merila za izbor ali kadar zoper njega obstajajo obvezni razlogi za izključitev.

28 Države članice pa imajo določeno diskrecijsko pravico pri določitvi pogojev za uporabo neobveznih razlogov za izključitev iz člena 57(4) Direktive 2014/24 (glej v tem smislu sodbe z dne 10. julija 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, točka 36; z dne 28. marca 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, točka 45, in z dne 30. januarja 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, točka 34). V skladu s členom 57(4) in (7) Direktive 2014/24 imajo namreč države članice možnost, da ne uporabijo neobveznih razlogov za izključitev, ki so v njem navedeni, ali da jih vključijo v nacionalne predpise s stopnjo strogosti, ki se lahko glede na posamezni primer spreminja, in sicer odvisno od preudarkov pravnega, gospodarskega ali socialnega reda, ki prevladuje na nacionalni ravni.

29 V teh okoliščinah je treba postavljeno vprašanje preoblikovati in šteti, da predložitveno sodišče s tem vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 63 Direktive 2014/24 v povezavi s členom 57(4)(h) in (6) te direktive in ob upoštevanju načela sorazmernosti razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, v skladu s katero mora naročnik samodejno izključiti ponudnika iz postopka oddaje javnega naročila, kadar je podporno podjetje, katerega zmogljivosti namerava ta ponudnik uporabiti, podalo lažno izjavo glede obstoja pravnomočnih kazenskih obsodb, ne da bi smel temu ponudniku – v nasprotju s tem, kar je določeno v drugih primerih, v katerih subjekti, na zmogljivosti katerih se sklicuje ponudnik, ne izpolnjujejo ustreznega merila za izbor ali zanje obstajajo obvezni razlogi za izključitev – odrediti ali mu v takem primeru vsaj dovoliti, da navedeni subjekt zamenja.

30 V zvezi s tem je treba spomniti, da člen 63(1) Direktive 2014/24 gospodarskemu subjektu daje pravico, da se za neko javno naročilo sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno naravo povezave z njimi, zaradi izpolnitve tako meril v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem iz člena 58(3) te direktive kot meril v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo iz člena 58(4) navedene direktive (glej v tem smislu sodbe z dne 10. oktobra 2013, Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, točki 29 in 33; z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, točke 33, 35, 39, 49 in 51, in z dne 2. junija 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, točka 25).

31 Gospodarski subjekt, ki se namerava sklicevati na to pravico, mora v skladu s členom 59(1), drugi in tretji pododstavek, Direktive 2014/24 v povezavi z uvodno izjavo 84, tretji pododstavek, te direktive naročniku ob predložitvi svoje prijave za sodelovanje ali svoje ponudbe posredovati ESPD, v katerem ta subjekt potrjuje, da niti on sam niti subjekti, katerih zmogljivosti namerava uporabiti, niso v enem od položajev iz člena 57 te direktive, zaradi katerega so ali bi lahko bili gospodarski subjekti izključeni.

32 Zato mora naročnik v skladu s členom 63(1), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 preveriti, prvič, ali v skladu s členi od 59 do 61 te direktive subjekti, katerih zmogljivosti namerava gospodarski subjekt uporabiti, izpolnjujejo ustrezne pogoje za sodelovanje in, drugič, ali obstajajo razlogi za izključitev iz člena 57 te direktive, ki se nanašajo tako na ta gospodarski subjekt kot tudi na te subjekte.

33 Člen 63(1), drugi pododstavek, tretji stavek, Direktive 2014/24 določa, da lahko javni naročnik od zadevnega gospodarskega subjekta zahteva – oziroma lahko država članica, ki ji javni naročnik pripada, od njega zahteva, da od gospodarskega subjekta zahteva – da subjekt, katerega zmogljivosti namerava uporabiti, vendar v zvezi z njim obstajajo neobvezni razlogi za izključitev, zamenja. Iz besedila tega zadnjega stavka tako jasno izhaja, da lahko države članice sicer določijo, da mora naročnik v takem primeru od tega gospodarskega subjekta zahtevati tako zamenjavo, vendar temu naročniku ne morejo odvzeti možnosti, da sam zahteva tako zamenjavo. Države članice namreč lahko le zamenjajo to možnost z obveznostjo naročnika, da opravi tako zamenjavo.

34 Taka razlaga člena 63(1), drugi pododstavek, tretji stavek, Direktive 2014/24 poleg tega zagotavlja, da naročniki spoštujejo načelo sorazmernosti v skladu s členom 18(1) te direktive. Iz tega načela, ki je splošno načelo prava Unije, namreč izhaja, da pravila, ki jih določijo države članice ali naročniki v okviru izvajanja določb te direktive, ne smejo presegati tega, kar je potrebno za uresničitev ciljev navedene direktive (glej v tem smislu sodbi z dne 16. decembra 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, točka 48, in z dne 30. januarja 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, točka 45).

35 Prvič, cilj člena 57 Direktive 2014/24, ki je tudi cilj člena 63 te direktive, pa je naročniku omogočiti, da se prepriča o integriteti in zanesljivosti vsakega ponudnika in posledično o neobstoju izgube zaupanja v zadevni gospodarski subjekt (glej v tem smislu sodbi z dne 19. junija 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, točka 29, in z dne 3. oktobra 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, točka 26). S tega vidika člen 57(6) Direktive 2014/24 v povezavi z njeno uvodno izjavo 102 načeloma vsakemu gospodarskemu subjektu, ki je v enem od položajev iz odstavkov 1 in 4 te določbe, zagotavlja pravico, da predloži dokaze, da so ukrepi, ki jih je sprejel, zadostni za potrditev njegove zanesljivosti kljub obstoju upoštevnega razloga za izključitev.

36 V teh okoliščinah, še preden se od ponudnika zahteva, da subjekt, katerega zmogljivosti namerava uporabiti, zamenja, ker je ta subjekt v enem od položajev iz člena 57(1) in (4) Direktive 2014/24, člen 63 te direktive predpostavlja, da naročnik temu ponudniku in/ali temu subjektu da možnost, da mu predloži popravne ukrepe, ki jih je morda sprejel, da bi odpravil ugotovljeno nepravilnost in s tem dokazal, da ga je mogoče ponovno šteti za zanesljiv subjekt (glej v tem smislu sodbo z dne 3. oktobra 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, točka 37).

37 Zato naročnik lahko ali mora – če mu to nalaga nacionalno pravo – le podredno in če subjekt, zoper katerega se uveljavlja razlog za izključitev iz člena 57(1) in (4) Direktive 2014/24, ni sprejel nobenega popravnega ukrepa ali če naročnik meni, da so ukrepi, ki jih je sprejel, nezadostni, od ponudnika zahtevati, da navedeni subjekt zamenja.

38 V zvezi s tem je treba pojasniti, da v skladu s členom 57(6), četrti pododstavek, Direktive 2014/24 gospodarski subjekt, ki je bil s pravnomočno sodbo izključen iz sodelovanja v postopkih javnega naročanja ali podeljevanja koncesije, v obdobju izključitve, določenem z navedeno sodbo, v državah članicah, v katerih sodba učinkuje, sicer res ni upravičen sklicevati se na popravne ukrepe, ki jih je sprejel na podlagi te sodbe, in se tako izogniti izključitvi, če se ti dokazi štejejo za zadostne. Vendar bi bilo treba – kadar pravnomočna sodba iz sodelovanja v postopkih oddaje javnega naročila ali podeljevanja koncesije izključi subjekt, katerega zmogljivosti namerava uporabiti ponudnik – ponudniku v tem primeru omogočiti, da mu naročnik odobri zamenjavo tega subjekta.

39 Drugič, upoštevnost razlage člena 63(1), drugi pododstavek, tretji stavek, Direktive 2014/24, ki je navedena v točki 33 te sodbe, glede na načelo sorazmernosti izhaja tudi iz uvodne izjave 101, tretji odstavek, te direktive, v skladu s katero morajo naročniki pri uporabi neobveznih razlogov za

izključitev temu načelu nameniti posebno pozornost. Ta pozornost pa mora biti še večja, če izključitev, ki jo določa nacionalna ureditev, ne prizadene ponudnika zaradi neizpolnitve obveznosti, ki mu jo je mogoče pripisati, ampak zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jo je storil subjekt, katerega zmogljivosti namerava ta ponudnik uporabiti in za nadzor katerega nima nobene pristojnosti (glej v tem smislu sodbo z dne 30. januarja 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, točka 48).

40 Načelo sorazmernosti namreč naročniku nalaga, da opravi konkretno in posamično presojo ravnanja zadevnega subjekta na podlagi vseh upoštevnih elementov (glej po analogiji sodbi z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, točka 31, in z dne 3. oktobra 2019, Delta Antrepriză de Construclistov ii bei i Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, točka 29). V zvezi s tem mora naročnik upoštevati sredstva, ki jih je imel ponudnik na voljo, da bi preveril obstoj neizpolnitve obveznosti subjekta, katerega zmogljivosti namerava uporabiti (glej v tem smislu sodbo z dne 30. januarja 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, točka 52).

41 Če bi v obravnavanem primeru predložitveno sodišče podprlo trditev ZZP Del Debbio, da kazenska obsodba vodstvenega delavca podpornega podjetja, katerega zmogljivosti je nameraval uporabiti, ni navedena v izpisu iz kazenske evidence, v katerega imajo vpogled zasebni subjekti, tako da italijanska ureditev ZZP Del Debbio ni omogočala, da bi vedelo za to obsodbo, mu ne bi bilo mogoče očitati, da ni ravnalo skrbno. Zato bi bilo v takih okoliščinah to, da se prepreči zamenjava subjekta, na katerega se nanaša razlog za izključitev, v nasprotju z načelom sorazmernosti iz člena 18(1) Direktive 2014/24.

42 Pojasniti je treba še, da mora naročnik, kadar mora na podlagi nacionalnega prava od ponudnika zahtevati, da subjekt, katerega zmogljivosti namerava uporabiti, zamenja, v skladu z načeloma transparentnosti in enakega obravnavanja iz člena 18(1) Direktive 2014/24 zagotoviti, da zamenjava zadevnega subjekta ne povzroči bistvene spremembe ponudbe tega ponudnika.

43 Obveznost naročnika, da spoštuje načelo enakega obravnavanja ponudnikov, katerega cilj je spodbujanje razvoja zdrave in učinkovite konkurence med podjetji, ki sodelujejo pri javnem naročilu, in ki izhaja iz samega bistva pravil Unije v zvezi s postopki oddaje javnih naročil, namreč med drugim pomeni, da morajo biti ponudniki obravnavani enako, tako ob pripravi svojih ponudb kot takrat, ko jih naročnik ocenjuje. Načelo enakega obravnavanja in zahteva po preglednosti nasprotujeta tudi kakršnim koli pogajanjem med naročnikom in ponudnikom v okviru postopka oddaje javnih naročil, kar pomeni, da predložene ponudbe načeloma ni več mogoče spreminjati niti na pobudo naročnika niti na pobudo ponudnika (glej v tem smislu sodbo z dne 11. maja 2017, Archus in Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, točki 25 in 27 ter navedena sodna praksa).

44 Iz tega sledi, da zahteva naročnika po zamenjavi subjekta, katerega zmogljivosti namerava ponudnik uporabiti – enako kot zahteva po pojasnilih glede ponudbe – ne sme pripeljati do tega, da bi zadnjenavedeni predložil nekaj, kar bi dejansko predstavljalo novo ponudbo, saj bi ta bistveno spremenila prvotno ponudbo (glej v tem smislu sodbe z dne 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko in drugi, C-599/10, EU:C:2012:191, točka 40; z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, točka 64, in z dne 11. maja 2017, Archus in Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, točki 31 in 37).

45 Glede na zgoraj navedeno je treba na postavljeno vprašanje odgovoriti, da je treba člen 63 Direktive 2014/24 v povezavi s členom 57(4)(h) te direktive in ob upoštevanju načela sorazmernosti razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, v skladu s katero mora naročnik samodejno izključiti ponudnika iz postopka oddaje javnega naročila, kadar je podporno podjetje, katerega zmogljivosti namerava ta ponudnik uporabiti, podalo lažno izjavo glede obstoja pravnomočnih kazenskih obsodb, ne da bi smel ta naročnik temu ponudniku odrediti ali mu v takem primeru vsaj dovoliti, da navedeni subjekt zamenja.

Stroški

46 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (deveti senat) razsodilo:

Člen 63 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES v povezavi s členom 57(4)(h) te direktive in ob upoštevanju načela sorazmernosti je treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, v skladu s katero mora naročnik samodejno izključiti ponudnika iz postopka oddaje javnega naročila, kadar je podporno podjetje, katerega zmogljivosti namerava ta ponudnik uporabiti, podalo lažno izjavo glede obstoja pravnomočnih kazenskih obsodb, ne da bi smel ta naročnik temu ponudniku odrediti ali mu v takem primeru vsaj dovoliti, da navedeni subjekt zamenja.

Podpisi