



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 8 май 2019 година¹

Дело C-267/18

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA
срещу
Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

(Преюдициално запитване, отправено от Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ, Румъния)

„Преюдициално запитване — Директива 2014/24/ЕС — Възлагане на обществени поръчки — Факултативни основания за изключване — Изключване на икономически оператор от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка поради разваляне на предходен договор заради възлагане на подизпълнител, за което възлагащият орган не е бил уведомен — Понятие за значителни или трайни недостатъци — Непредоставяне на информация относно развалянето на предходен договор — Информация относно участието на подизпълнители в изпълнението на договора — Цели — Сериозност на непредоставянето на информация“

1. Директива 2014/24/ЕС² допуска от процедурите за възлагане на обществени поръчки да бъде изключен оферент, който е допуснал „значителни или трайни недостатъци при изпълнението на съществено изискване в предходен договор [...], довели до предсрочно прекратяване на този предходен договор“ (член 57, параграф 4, буква ж).
2. Румънска юрисдикция отнася до Съда съмненията си по въпроса дали тази разпоредба се прилага, когато „предсрочното прекратяване на предходния договор“ е предизвикано от обстоятелството, че изпълнителят е възложил на подизпълнител част от строителните работи, без да уведоми администрацията. Към това се прибавя и обстоятелството, че в рамките на новата процедура за възлагане на обществена поръчка този икономически оператор не е уведомил и (втория) възлагащ орган за предсрочното прекратяване на предходния договор.

¹ Език на оригиналния текст: испански.

² Директива 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).

I. Правна уредба

A. Правото на Съюза. Директива 2014/24

3. Съгласно съображение 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 [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 недопустим[о] поведение, ко[е]то поражда[а] 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“.

4. Член 57 („Основания за изключване“) предвижда:

„[...]

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;

[...]

- 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;

[...]

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.

[...]“.

5. Член 71 („Подизпълнители“) гласи:

„[...]

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 които 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. [...]

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

[...]

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.

[...]“.

Б. Националното право. Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Закон № 98/2016 за обществените поръчки, наричан по-нататък „Закон № 98/2016“)

6. Член 167 гласи:

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

[...]

г) 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“.

7. Член 171 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.

[...]“.

II. Фактите по спора и преюдициалният въпрос

8. На 3 октомври 2010 г. община Ръмнику Вълча (Румъния) възлага на Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (наричано по-нататък „Delta“) и на други дружества, с които то формира временно обединение на предприятия (наричано по-нататък „ВОП 1“), обществена поръчка за строителство с цел рехабилитация и модернизация на база за развлекателни дейности.

9. На 7 юни 2017 г. общината решава да развали договора с мотива, че ВОП 1 е допуснало неизпълнение, тъй като е възложило на подизпълнител значителна част от дейностите без нейното предварително разрешение, макар документацията за поръчката да съдържа клауза, според която никой подизпълнител не би могъл да участва в изпълнението на договора без съгласието на възлагащия орган³.

10. Предсрочното прекратяване на договора по вина на ВОП 1 е обявено на 25 юли 2017 г. в онлайн платформата Sistemul Electronic de Achiziții Publice (Електронна система за обществени поръчки, наричана по-нататък „електронната система“).

11. На 27 юли 2017 г. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (Национална компания „Пътна инфраструктура“, наричана по-нататък „CNAIR“) открива процедура за възлагане на обществена поръчка за строителство „Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN 7 Bâldana—Titu km 30 + 950 — 52 + 350“ (Проектиране и изпълнение на четирилентовото разширение на Национален път DN 7 Bâldana—Titu km 30 + 950 — 52 + 350) с прогнозна стойност от 210 627 629 RON (46 806 139,78 EUR) и срок от 84 месеца.

12. Delta, заедно с две други дружества, създава ново временно обединение на предприятия (наричано по-нататък „ВОП 2“), което участва като оферент в процедурата. При подаването на офертата то декларира, че не е засегнато от никое от основанията за изключване.

13. При проверка в електронната система комисията за оценка в рамките на CNAIR установява съществуването на издадения от община Ръмнику Вълча констативен акт, в който фигурира развалянето на договора, обвързвал ВОП 1 с тази община.

14. След като иска разяснения от Delta и от община Ръмнику Вълча, на 18 декември 2017 г. комисията за оценка в рамките на CNAIR изключва ВОП 2 от процедурата за възлагане на обществена поръчка за разширяване на националния път. В това отношение тя изтъква, че предсрочното прекратяване на предходния договор и недеklarирането на това обстоятелство в хода на втората процедура са основания за изключване, предвидени в член 167, параграф 1, букви g) и h) от Закон № 98/2016.

15. ВОП 2 иска от възлагащия орган да оттегли решението за изключване и да разгледа офертата му. Предвид мълчанието на CNAIR ВОП 2 подава жалба пред Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (Национален съвет за решаване на споровете, наричан по-нататък „НСРС“).

16. На 2 февруари 2018 г. НСРС отхвърля жалбата, като посочва, че:

- е компетентен да провери законосъобразността на решението за изключване на офертата и да установи дали е налице хипотеза на изключване, предвидена в закона, но не и да провери законосъобразността на констативния акт,
- ползвайки се с презумпция за законосъобразност, посоченият акт доказва тежестта на неизпълнението на задълженията, произтичащи от предходен договор за обществена поръчка,
- ВОП 2 е изтъкнало само мотиви за незаконосъобразност на констативния акт, без да представи доказателства за собствената си надеждност в съответствие с член 171 от Закон № 98/2016.

³ В същото решение са изчислени съответните вреди, възлизащи на 2 345 299,70 RON (румънски леи) (521 000 EUR).

17. Решението на НСРС е обжалвано пред запитващата юрисдикция на 16 февруари 2018 г. В резюме, в жалбата се твърди, че: а) констативният акт не е годен да докаже, че Delta е нарушавало тежко и системно договорните си задължения, и б) дори този акт да отрязва действителното положение, съдържащите се в него факти не се обхващат от основанието за изключване, изразяващо се в тежко и повтарящо се нарушение на договорните задължения⁴.

18. При тези обстоятелства Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ, Румъния) отправя до Съда следния преюдициален въпрос:

„Следва ли 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 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?“.

III. Производството пред Съда

19. Актът за преюдициално запитване постъпва в Съда на 17 април 2018 г.

20. Писмени становища представят Delta, румънското правителство и Европейската комисия. В съдебното заседание, проведено на 27 февруари 2019 г., се явяват Delta, австрийското правителство и Комисията.

IV. Анализ

A. Предварителна бележка

21. Въпросът на запитващата юрисдикция се ограничава до тълкуването на член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24. Считам обаче, че съгласно постоянната практика на Съда⁵ неговият отговор може да се отнася и до други разпоредби от тази директива, свързани със същите факти, така че на запитващата юрисдикция да се предоставят насоки, които да улеснят дейността ѝ.

22. По-конкретно, основанието за изключване, свързано с предсрочното прекратяване на договора, действително съответства на член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24. В самия акт за преюдициално запитване⁶ обаче се посочва, че според комисията за оценка към възлагащия орган „по отношение на разглежданата оферта намират приложение и разпоредбите

4 Delta допълва, че както констативният акт, така и твърдените в него нарушения са били оспорени по съдебен ред.

5 Решение от 22 октомври 2015 г., Impresa Edilux и SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, т. 20): „обстоятелството, че запитващата юрисдикция е формулирала преюдициалния си въпрос, като е посочила единствено определени разпоредби от правото на Съюза, не е пречка Съдът да ѝ предостави всички насоки за тълкуване, които могат да ѝ бъдат полезни за решаването на делото, с което е сезирана, независимо дали тя е споменала съответните разпоредби в изложението на своите въпроси, или не. В това отношение от предоставените от националната юрисдикция данни, и по-конкретно от мотивите на акта за преюдициално запитване, Съдът трябва да извлече тези разпоредби от правото на Съюза, които се нуждаят от тълкуване предвид предмета на спора“.

6 Точка 15.

на член 167, параграф 1, буква h) от Закон № 98/2016“. Тъй като тази норма представлява отражение в националното законодателство на основанието за изключване, предвидено в член 57, параграф 4, буква з) от Директива 2014/24, отговорът на Съда би могъл да бъде по-пълен, ако обхваща и отражението на последното основание върху спорните факти⁷.

Б. Относно основанието за изключване по член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24

23. Както подчертавам в заключението си по дело Меса⁸, в член 57, параграф 4 от Директива 2014/24 сред видовете поведение на икономическия оператор, което може да оправдае изключването му от процедурата за възлагане, се посочват както „тежко професионално нарушение, ко[е]то постав[я] под въпрос честността му“ (буква в), така и „значителни [...] недостатъци при изпълнението на съществено изискване в предходен договор за обществена поръчка, [...] довели до предсрочно прекратяване на този предходен договор“ (буква ж).

24. От съображение 101 от Директива 2014/24 може да се заключи, че професионалните нарушения по буква в) имат предимно *извъндоговорен* характер, тоест това е неправомерно поведение, което по принцип съществува извън рамките на договорните отношения. Такъв е случаят при нарушенията, свързани с неизпълнение на екологични или социални задължения, при нарушения на правилата за защита на конкуренцията или на правата върху интелектуална собственост или при неплащане на данъци или социалноосигурителни вноски. Обратно, уреденото в буква ж) поведение е типичен пример за неизпълнение на *договорни* задължения.

25. Вярно е обаче, че някои видове неизпълнение на договорни задължения могат едновременно да съставляват форма на тежко професионално нарушение (извършено във връзка с предходен административен договор), която е достатъчно значима, за да обоснове прекратяването на договорното отношение.

26. От тази гледна точка връзката между двете букви следва да бъде като между *lex generalis* (буква в) и *lex specialis* (буква ж), което би позволило да се прибегне до целите и обосновките на общата разпоредба, за да се изяснят принципите, с оглед на които следва да се тълкува правилото, съдържащо се в буква ж).

27. И двете основания за изключване се опират на един съществен компонент в отношението между изпълнителя по договора и възлагащия орган, а именно *надеждността* на първия, на която се основава доверието на възлагащия орган към изпълнителя. Макар в Директива 2004/18/ЕО⁹ този компонент да не се посочва изрично, той е възприет в практиката на Съда¹⁰.

28. В Директива 2014/24 надеждността вече се съдържа като ключов компонент на отношението именно при уредбата на тежкото професионално нарушение. Съгласно съображение 101, първа алинея възлагащите органи могат да изключат „икономически оператори, които са се оказали ненадеждни“. Във втора алинея на същото съображение се споменават действия по предходен договор, „които пораждаат сериозни съмнения относно надеждността на икономическия оператор“.

⁷ Анализът на неизпълнението на договора би могъл да се свърже и с основанието за изключване по член 57, параграф 4, буква в) от Директива 2014/24 (тоест с тежкото професионално нарушение). Няма обаче да излагам съображения в това отношение.

⁸ Заключение от 7 март 2019 г. (C-41/18, EU:C:2019:183, т. 38—45).

⁹ Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282).

¹⁰ Решения от 20 март 2018 г., Комисия/Австрия (Държавна печатница) (C-187/16, EU:C:2018:194, т. 88 и 91), от 14 декември 2016 г., Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, т. 28), и от 9 февруари 2006 г., La Cascina и др. (C-226/04 и C-228/04, EU:C:2006:94, т. 21).

29. Значението, което се придава на *надеждността* на икономическия оператор, проличава в някои параграфи (6 и 7) на член 57 от Директива 2014/24, позволяващи му да приеме мерки, за да докаже, че заслужава доверие въпреки наличието на основание за изключване. По този начин компонентът „надеждност“ се отразява на основанията за изключване, отнасящи се до субективното положение на конкурента.

30. Ето защо в съответствие с целта на член 57 от Директива 2014/24 възлагащият орган трябва да разполага със свободата да прецени този компонент (надеждността на икономическия оператор), без непременно да бъде обвързан от преценката на други публични органи. Единствено възлагащите органи следва да оценяват обхвата на нарушенията, свързани с неизпълнение на съществени договорни изисквания, което е толкова тежко, че да оправдае прекратяването на предходен договор поради загуба на доверие.

31. Както вече бе посочено, приложеното в настоящия случай основание за изключване по член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24 действително ще бъде налице, когато при изпълнението на предходен договор икономическият оператор е допуснал значителни или трайни недостатъци¹¹ при изпълнението на съществено изискване, които са довели до предсрочно прекратяване на този предходен договор.

32. В рамките на тази формулировка следва да се подчертае преди всичко, че допуснатата от оферента нередност трябва да е била достатъчно тежка („значителна“), за да обоснове предсрочното прекратяване на договора от гледна точка на принципа на пропорционалност.

33. Сравнението на текстовете на тази разпоредба на няколко различни езика¹² показва, че това основание за изключване изисква да не е изпълнено основно задължение по предходен договор за обществена поръчка. Това задължение може да бъде както материалноправно, така и формално, тъй като нищо не пречи да съществуват формални задължения, които да се определят като основни за изпълнението на дадена обществена поръчка¹³.

34. Следователно, за да може да се приложи това основание за изключване, не е достатъчно само предходният договор за обществена поръчка да е бил едностранно развален. Възлагащият орган следва да има и допълнителната задача за оценка на твърдяното минало нарушение на изпълнителя и да провери дали са спазени или не изискванията на член 57, параграф 4, буква ж) от Директива 2014/24.

35. Съдът не трябва да замества запитващата юрисдикция при преценката на фактите, нито при нейната оценка на тежестта на неизпълнението, оправдало изключването на Delta. Затова именно запитващата юрисдикция следва да изясни дали по настоящото дело при възлагането без разрешение¹⁴ на подизпълнител на строителни работи по общинската база за развлекателни дейности е допуснат значителен недостатък при изпълнението на договора, обвързвал ВОП 1 с община Ръмнику Вълча.

11 В този член е използвано множествено число, що се отнася до *недостатъците*. Считаю обаче, че критерият е по-скоро качествен, отколкото количествен, поради което само един значителен недостатък би могъл сам по себе си да доведе до изключване. Това виждане е застъпено и от Комисията и австрийското правителство в съдебното заседание. Когато в съображение 101 от Директива 2014/24 се дават примери за някои „значителни [недостатъци]“, се използва единствено число при посочването на „неосъществени доставки или неизпълнение“ или на „недопустим[о] поведение, ко[е]то поражд[а] сериозни съмнения относно надеждността на икономическия оператор“. Повтарям, че всичко зависи от пропорционалността на мярката спрямо тежестта на нарушението.

12 В текста на испански език се използва изразът „requisito de fondo“, но в текстовете на останалите езици се посочва по-скоро, че изискването е *съществено*: вж. текстовете на френски (obligation essentielle), английски (substantive requirement), немски (einer wesentlichen Anforderung) и италиански език (requisito sostanziale).

13 Макар да изглежда с формален характер, злонамереното премълчаване от страна изпълнителя на участието на подизпълнител с цел да се заобиколят клаузи на договора, отразяващи императивни норми на Директива 2014/24, може да е свързано със сериозни вреди и да се квалифицира като съществено в зависимост от тези вреди и от намерението за измама.

14 Delta твърди, че всъщност не е имало възлагане на подизпълнител, а отношение с друго предприятие с цел предоставяне на услуги и доставка на материали. В акта за преюдициално запитване, изложението на фактите в който Съдът трябва да възприеме, като че ли се изхожда от предпоставката, че действително е имало възлагане на подизпълнител.

36. Въпреки това Съдът може да предостави на запитващата юрисдикция полезни насоки за извършване на собствената ѝ преценка.

37. На първо място, следва да се прецени съдържанието на документацията за обществената поръчка и доколко по-специално то налага на изпълнителя задължение да съобщи за намерението си за възлагане на подизпълнител на част от строителните работи и да поиска разрешение от възлагащия орган за тази цел. Според румънското правителство е имало конкретни клаузи, по силата на които подизпълнители не могат да участват в изпълнението на договора без съгласието на възлагащия орган¹⁵.

38. Не трябва да се забравя, че според член 71, параграф 2 от Директива 2014/24 „[в] документацията за обществената поръчка възлагащият орган може [...] да поиска оферентът да посочи в офертата си дела от поръчката, за които възнамерява да използва трети лица — подизпълнители, както и предлаганите подизпълнители“. Само въз основа на тези сведения възлагащият орган би могъл да прецени дали подизпълнителят на свой ред е надежден¹⁶.

39. Следователно клауза в документацията за поръчката, изискваща такова предварително посочване, има солидна правна основа в правото на Съюза. Освен това включването ѝ съответства на целта на Директива 2014/24, що се отнася до механизмите за уведомяване относно намерението за възлагане на подизпълнители и до идентичността на подизпълнителите.

40. Докато директива 2004/18 е лаконична в това отношение¹⁷, тъй като в нея се споменава само необходимостта да се предвидят разпоредби относно подизпълнителите с цел да се насърчи участието на малки и средни предприятия на пазара на обществените поръчки¹⁸, в Директива 2014/24 се подчертава защо е толкова значима „прозрачност[та] по веригата от подизпълнители“.

41. По-специално, в съображенията на Директива 2014/24 се посочва, че „това дава на възлагащите органи информация за това кой присъства на строителните площадки [...]. Следва да се поясни, че във всички случаи основният изпълнител има задължението да предостави необходимата информация въз основа на *специални клаузи, които всеки възлагащ орган трябва да включи във всички процедури за възлагане на обществена поръчка*, или въз основа на задълженията, които държавите членки налагат на основните изпълнители чрез общоприложими разпоредби“¹⁹.

42. От стриктно нормативна гледна точка член 71, параграф 6, буква б) от Директива 2014/24 предвижда, че „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“. Тази проверка логично изисква изпълнителят предварително да е информирал тези органи, че възнамерява да възложи на подизпълнител част от дейностите.

15 Точка 17 от писменото му становище. В съдебното заседание е обсъдено съдържанието на тази клауза (№ 23.6), чието съществуване е признато от Delta.

16 Съображение 105 от Директива 2014/24: „[...] следва изрично да се посочи, че държавите членки следва да могат да предприемат допълнителни мерки, например като разширят обхвата на задълженията за прозрачност [...] или улеснят или изискат от възлагащите органи да проверяват, че подизпълнителите не са в положение, при което би било обосновано изключването на икономически оператори [...]“.

17 Сравнението на режима относно подизпълнителите по Директива 2004/18 (член 25) и по Директива 2014/24 (член 71) показва, че по същество се запазва задължението за уведомяване на възлагащия орган, ако това е предвидено в документацията за поръчката, относно това каква част от строителните работи ще бъде възложена на подизпълнители, както и относно идентичността на предложените подизпълнители.

18 Съображение 32 от Директива 2004/18.

19 Съображение 105 от Директива 2014/24. Курсивът е мой.

43. При тази предпоставка следва да се провери още дали неизпълнението на задължението за уведомяване за наличието на подизпълнител води съгласно документацията по поръчката до предсрочно прекратяване на договора. В тази хипотеза, разваляйки договора, възлагащият орган просто „строго [...] спазва определените от самия него критерии“ по смисъла на решение *Connexxion Taxi Services*²⁰.

44. На второ място, запитващата юрисдикция следва да прецени дали прякото изпълнение само от страна на определения за изпълнител оферент представлява *основно* задължение за постигането на преследваната от възлагащия орган цел. В противен случай, тоест ако прибегването до подизпълнители в рамките на въпросната поръчка за строителство е възможно, макар и обусловено от задължението за предварително уведомяване и от съответното административно разрешение, то следва да се прецени дали липсата на посоченото уведомяване (и следователно на задължителното разрешение) не представлява незначителна административна грешка, която е без особена релевантност и може да бъде поправена впоследствие²¹.

45. На трето място, запитващата юрисдикция следва да прецени доколко възлагането на подизпълнител е засегнало значителна част от строителните работи по общинската база за развлекателни дейности и дали участието на подизпълнителя се е отразило неблагоприятно на извършването на тези строителни работи²².

46. Тези преценки ще бъдат релевантни, за да се разгледа мярката за изключване от гледна точка на принципа на пропорционалност²³. Ако поведението на икономическия оператор, нарушил задълженията си по първия договор, не достига определено равнище на значимост (тоест ако е малозначително), възможно е изключването на този оператор от втората процедура за възлагане да е незаконосъобразно поради неговата непропорционалност.

47. На четвърто място, ако се констатира наличието на това основание за изключване, член 57, параграф 6 от Директива 2014/24 (транспониран в член 171 от Закон № 98/2016) допуска възможността засегнатият оферент да представи доказателства, за да установи, че след предходното си поведение е имал прояви, свидетелстващи за неговата надеждност²⁴.

48. Накрая, твърдението на Delta за висящи съдебни производства във връзка с решението на община Ръмнику Вълча, с което последната разваля договора с ВОП 1²⁵, само по себе си не е пречка за прилагането на това основание за изключване. Както поддържам в заключението си по дело Меса²⁶, самото оспорване на решението за предсрочно прекратяване на договор не може да се превърне в пречка, която да не допуска възлагащият орган да преценява поведението, довело до това решение, и следователно надеждността на икономическия оператор.

20 Решение от 14 декември 2016 г. (C-171/15, EU:C:2016:948, т. 38 и цитираната съдебна практика).

21 Това е една от възможностите, посочени от Комисията в писменото ѝ становище (наред с други като например хипотезата, че ВОП 1 е целяло да заблуди възлагащия орган относно идентичността на подизпълнителя).

22 Според румънското правителство, макар в акта за преюдициално запитване да не се уточнява дали е имало недостатъци при въпросното изпълнение, ангажирането на отговорността на ВОП 1 свидетелства за тяхното наличие.

23 В Директива 2014/24 се изтъква необходимостта от пропорционалност на мярката, включително по отношение на задължителни основания за изключване като например свързаното с неплащане на данъци или социалноосигурителни вноски (член 57, параграф 3, втора алинея).

24 В точка 21 от акта за преюдициално запитване се отбелязва, че ВОП 2 „изтъква мотиви за незаконосъобразност на констативния акт, без да предоставя доказателства за надеждността си [...]“. В съдебното заседание Delta не посочва да е приело коригиращи мерки за поправяне на собственото си поведение, така че да възвърне надеждността си (ограничава се до това да посочи, че в съответния минал момент се е опитало да поправи грешката, свързана с липсата на уведомяване за подизпълнението).

25 Тези висящи производства са посочени в точка 12 от акта за преюдициално запитване.

26 C-41/18, EU:C:2019:183.

V. Относно основанията за изключване по член 57, параграф 4, буква з) от Директива 2014/24

49. Сред хипотезите, предвидени в член 57, параграф 4, буква з) от Директива 2014/24, за да обосноват изключването на икономически оператор от процедура за възлагане на обществена поръчка, са следните:

- този оператор да „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“, и
- той да „не е предоставил такава информация“²⁷.

50. Съдът вече е разглеждал първата от тези хипотези, като в решение Esaprojekt²⁸ е дал тълкуване на разпоредбата от Директива 2004/18 (а именно член 45, параграф 2, буква ж), която по аналогичен начин допуска икономически оператор да бъде изключен от процедура за възлагане на обществена поръчка заради даване на невярна информация на възлагащия орган.

51. В това решение Съдът приема, че не е необходимо наличието на умисъл при даването на невярна информация, а е достатъчно да е налице „определена степен на небрежност, а именно небрежност, която би могла да окаже определящо влияние върху решенията за изключване, подбор или възлагане на обществена поръчка“. Тъй като в посоченото дело е съществувало такова обстоятелство, е било възможно да се приеме, че икономическият оператор е „виновен за сериозно [...] даване на невярна информация“, което оправдава „решението на възлагащия орган да изключи въпросния оператор от съответната процедура за обществена поръчка“²⁹.

52. Втората хипотеза е разгледана в решение Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani и Guerrato³⁰ във връзка със съответната разпоредба от Директива 2004/18³¹. По това дело при представянето на офертата си оферентът е премълчал информация относно наказателноправното положение на негов управител, осъден за няколко престъпления. Съдът приема, че това обстоятелство е достатъчно за изключване на оферента от процедурата за възлагане³².

53. Въпреки че от формулировката на член 57, параграф 4, буква з) от Директива 2014/24 би могло да изглежда, че „сериозност“ се изисква само по отношение на даването на невярна информация, но не и във връзка с непредоставянето на информация, смятам, че не е така. Независимо дали става въпрос за действие (изопачаване), или за бездействие (непредоставяне), има значение дали изопачената или непредоставената информация е оказала влияние върху решението, прието от възлагащия орган. Считаю, че това отново е последица от прилагането на принципа на пропорционалност.

27 Въпреки че разгледаните от мен текстове на различни езици се различават поради употребата на утвърдителна или отрицателна форма на глаголите (на италиански език — non ha trasmesso, на английски език — has withheld, на френски език — a caché, на немски език — zurückgehalten, на португалски език — tiver retido, на румънски език — nu a divulgat), считам, че по същество те описват едно и също поведение.

28 Решение от 4 май 2017 г. (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 Пак там, точки 71 и 77.

30 Решение от 20 декември 2017 г. (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 Съгласно член 45, параграф 2, буква ж) от Директива 2004/18 „[в]секи икономически оператор може да бъде изключен от участие в процедура за възлагане на поръчка, когато този икономически оператор [...] не е предоставил изискваната [по настоящия раздел] информация“.

32 Решение от 20 декември 2017 г. (C-178/16, EU:C:2017:1000, т. 48): „Така фактът, че не е уведомял възлагащия орган за наказуемите действия на бившия управител, може също да бъде елемент, позволяващ да се изключи по силата на тази разпоредба оферент от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка“.

54. Както вече посочих, в настоящия случай запитващата юрисдикция не се спира върху разглежданото понастоящем основание за изключване, независимо от действията на възлагащия орган³³. Всъщност, тъй като Delta се е въздържало да уведоми CNAIR, че предходният му договор за обществена поръчка е бил развален поради неизпълнение на клаузата относно подизпълнителите, този възлагащ орган е избрал да приложи (наред с вече разгледаното по-горе основание за изключване) член 167, параграф 1 от Закон № 98/2016, тоест националната разпоредба, отразяваща член 57, параграф 4, буква з) от Директива 2014/24.

55. В този контекст, ако запитващата юрисдикция сметне за уместно да разгледа второто основание за изключване, приложено от CNAIR, тя ще трябва да отчете конкретните обстоятелства, при които се е осъществило непредоставянето на информацията, както и сериозността на това поведение.

56. По-специално, за да се прецени сериозността на непредоставянето на информация на възлагащия орган, не е достатъчно да се констатира, че оферентът е премълчал съществуването на възможно основание за изключване. Необходимо е освен това да се прецени значимостта на непредоставената информация.

57. В случаи като настоящия, при които е налице формално обявено разваляне на предходен договор³⁴, принципът на лоялност задължава Delta да уведоми възлагащия орган за тези обективни данни възможно най-рано, без да се засяга възможността му да предостави толкова информация, колкото счита за необходима, за да докаже, че според него не е имало неизпълнение на задължения или че неизпълнението е било малозначително³⁵.

58. При всички положения националният съд следва да прецени фактическите обстоятелства по спора, за да изясни с оглед на принципа на пропорционалност дали изключването на оферента на което и да е основание е достатъчно оправдано.

V. Заключение

59. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалния въпрос, поставен от Curtea de Apel București (Апелативен съд Букурещ, Румъния), по следния начин:

„1) 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:

- възлагащият орган може по принцип да изключи от процедурата за възлагане на обществена поръчка за строителство икономически оператор, по отношение на който е налице предсрочно прекратяване на предходен договор за обществена поръчка, основано на неизпълнение на клауза, налагаща задължение за уведомяване (с цел получаването на задължително разрешение) относно възлагането на подизпълнител на част от строителните работи,

33 В съдебното заседание Комисията посочва възможността член 57, параграф 4, буква з) да послужи като основание за изключване.

34 В съдебното заседание австрийското правителство подчертава, че предсрочното разваляне на договор за обществена поръчка е фактор, чиято релевантност не може да бъде подценявана, и че то трябва задължително да бъде посочвано при последващи процедури за възлагане.

35 В съдебното заседание Delta признава, че не е дало сведения в това отношение в единния европейски документ за обществени поръчки, изтъквайки, че формулярът не съдържа място за бележки. Нищо обаче не му е пречело да представи отделен документ с обяснения, ако е искало да разясни спецификите при развалянето на предходния договор.

- с оглед на конкретните обстоятелства по спора и в съответствие с принципа на пропорционалност националният съд следва да прецени дали предсрочното прекратяване на (първия) договор за обществена поръчка се дължи на значителен недостатък при изпълнението на съществено изискване в рамките на посочения договор, недостатък, който е достатъчен за изключването на икономическия оператор от участие в процедурата във връзка с (втория) договор.
- 2) Член 57, параграф 4, буква з) от Директива 2014/24 допуска възлагащият орган да изключи от процедурата за възлагане във връзка с (втори) договор за обществена поръчка оферент, който не е предоставил пред този орган информация за предсрочното прекратяване на предходен договор, основано на наличието на значителни недостатъци при изпълнението на съществено изискване в рамките на посочения (първи) договор. С оглед на принципа на пропорционалност националният съд следва да прецени сериозността на въпросното непредоставяне на информация“.