



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 11 май 2023 година¹

Дело C-66/22

**Infraestruturas de Portugal, S. A,
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A
срещу
Toscca - Equipamentos em Madeira Lda,
встъпила страна:
Mota-Engil Railway Engineering, SA**

(Преюдициално запитване, отправено от Supremo Tribunal Administrativo (Върховен административен съд, Португалия)

„Преюдициално запитване — Директива 2014/24/ЕС — Възлагане на обществени поръчки — Факултативни основания за изключване — Член 57, параграф 4, буква г) — Изключване на икономически оператор от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка — Санкция за ограничаващи конкуренцията практики — Автоматично изключване, основано на предходно решение на орган за защита на конкуренцията — Възможност на възлагащия орган да преценява наличието на основание за изключване — Член 57, параграф 6 — Пригодност и надеждност на оферента — Мотивиране — Ограничаващи конкуренцията практики, установени в самата процедура за възлагане на обществена поръчка“

1. В настоящото преюдициално производство Съдът трябва да тълкува член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24/ЕС², съгласно който възлагащите органи могат да изключат икономически оператор от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка, когато е сключил споразумения с други оператори с цел нарушаване на конкуренцията.
2. Преюдициалното запитване е отправено в рамките на спор, свързан с възлагането на обществена поръчка на предприятие, което преди това е било санкционирано за сключване на споразумения с други предприятия с цел осъществяване на действия, ограничаващи конкуренцията (споразумения за цени и подялба на пазара).

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

1. Директива 2014/24

3. Член 56 („Общи принципи“) предвижда:

„1. Поръчките се възлагат въз основа на критериите, определени в съответствие с членове 67—69, при условие че възлагащият орган се е уверил в съответствие с членове 59—61, че са изпълнени всички условия по-долу:

[...]

б) офертата е подадена от оферент, който не е изключен в съответствие с член 57 [...]“.

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

„[...]

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

[...]

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

г) когато възлагащият орган разполага с достатъчно убедителни данни, че икономическият оператор е сключил споразумения с други икономически оператори, насочени към нарушаване на конкуренцията;

[...]

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 предприятиите 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 закони, 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 4³.

2. Директива 2014/25/ЕС³

5. Съгласно член 80 („Използване на основанията за изключване и критериите за подбор, предвидени в Директива 2014/24/ЕС“):

„1. Обективните правила и критерии за изключване и подбор на икономическите оператори, пожелали да бъдат квалифицирани в квалификационна система, и обективните правила и критерии за изключване и подбор на кандидатите и оферентите в открити или ограничени процедури, процедури на договаряне, състезателни диалози или партньорства за иновации могат да включват основанията за изключване, изброени в член 57 от Директива 2014/24/ЕС, по реда и условията, посочени в него.

Когато възложителят е възлагащ орган, тези критерии и правила включват основанията за изключване, изброени в член 57, параграфи 1 и 2 от Директива 2014/24/ЕС, по реда и условията, посочени в същия член.

Ако държавите членки изискват това, тези критерии и правила може да включват и основанията за изключване, изложени в член 57, параграф 4 от Директива 2014/24/ЕС, по реда и условията, посочени в него.

[...]“.

³ Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 243).

Б. Португалското право

*1. Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos*⁴

6. Член 55 („Пречки за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки“) гласи:

„Не могат да бъдат кандидати, оференти или участници в обединение субектите:

[...]

с) на които е наложена санкция за тежко професионално нарушение и междувременно не са реабилитирани в случай на физически лица или на чиито административни, ръководни или управленски органи е наложена такава административна санкция и същите продължават да изпълняват функциите си в случай на юридически лица;

[...]

f) на които за срока, определен в решението за налагане на наказание, е наложена акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки, предвидена в специалното законодателство, а именно в административнонаказателните разпоредби във връзка с [...] конкуренцията [...].“

7. Член 70 („Разглеждане на офертите“), параграф 2 предвижда:

„2 — Изключват се следните оферти, за които при разглеждането им се установи:

[...]

g) наличие на достатъчно убедителни данни за действия, споразумения, практики или информация, които могат да нарушат правилата на конкуренция“.

*2. Lei n.º 19/2012 da Concorrência (Закон за защита на конкуренцията)*⁵

8. Член 71, параграф 1, буква b) („Акцесорни санкции“) от този закон предвижда, че когато тежестта на нарушението и вината на извършителя на нарушението обосновават това, Autoridade de Concorrência (орган за защита на конкуренцията, наричан по-нататък „АС“) може в допълнение към глобата да наложи акцесорна санкция лишаване от право на участие в процедури за възлагане на обществена поръчка, при условие че нарушението, подлежащо на санкциониране с глоба, е извършено в хода на или във връзка със съответната процедура.

⁴ Декрет-закон № 18/2008, Кодекс за обществените поръчки, наричан по-нататък „ССР“ (Diário da República, бр. 20/2008, серия I от 29 януари 2008 г.), съгласно действащата редакция след изменението му с Decreto-lei n.º 111-B/2017 (Декрет-закон № 111-B/2017) от 31 август 2017 г. (наричан по-нататък „Декрет-закон № 1111-B/2017“) (Diário da República, бр. 168/2017, втора притурка, серия I, от 31 август 2017 г.).

⁵ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência (Закон № 19/2012 от 8 май 2012 г., с който се одобрява нов правен режим на конкуренцията) (Diário da República, 1.ª серия, бр. 89 от 8 май 2012 г.).

II. Фактите, спорът и преюдициалните въпроси

9. На 18 януари 2019 г. Infraestruturas de Portugal, S.A. (наричано по-нататък „Infraestruturas“) започва процедура за възлагане на обществена поръчка за доставка на винтове и траверси от борова дървесина, обработена с креозот, на базова цена 2 979 200 евро⁶.

10. Предприятията Toscca — Equipamentos em Madeira, Lda. (наричано по-нататък „Toscca“) и Futrifer, Indústrias Ferroviárias, S.A. (наричано по-нататък „Futrifer“) участват в процедурата, като всяко от тях подава своя собствена оферта.

11. На 12 юни 2019 г. АС налага на Futrifer имуществена санкция за нарушение на правилата за защита на конкуренцията в процедури за възлагане на обществени поръчки⁷, обявени през 2014 г. и 2015 г.⁸

12. По-конкретно АС приема, че Futrifer и други предприятия в отрасъла са сключили споразумения за определяне на цените и подялба на пазара на услугите по техническо обслужване на железопътната мрежа, нарушавайки член 9, параграф 1 от Закон № 19/2012 и член 101, параграф 1 ДФЕС.

13. В решението си АС не е счел за необходимо с оглед на обстоятелствата по случая и представеното от Futrifer предложение за доброволно уреждане на спора да му наложи акцесорната санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки, предвидена в член 71, параграф 1, буква b) от Закон № 19/2012⁹.

14. На 27 юли 2019 г. Infraestruturas възлага спорната обществена поръчка на Futrifer.

15. Toscca обжалва това решение пред Tribunal administrativo e fiscal de Viseu (Административен и данъчен съд Визеу, Португалия, наричан по-нататък „ТАФ Визеу“). То иска да бъде отменено възлагателното решение, да бъде изключена подадената от Futrifer оферта и да бъде избрано за изпълнител на договора. За тази цел се позовава по-специално на решението на АС за налагане на имуществена санкция на Futrifer.

16. Първоинстанционният съд отхвърля жалбата на Toscca, като приема, че член 70, параграф 2, буква g) от ССР се прилага само ако признаците за нарушаване на конкуренцията са установени в рамките на спорната процедура.

17. Toscca обжалва решението на ТАФ Визеу пред Tribunal Central Administrativo Norte (Централен административен съд на район Север, Португалия). С решение от 29 май 2020 г. последният отменя първоинстанционното решение и осъжда Infraestruturas да възложи поръчката на Toscca, като приема, че първоинстанционният съд е допуснал грешка при тълкуването на член 70, параграф 2, буква g) от ССР.

⁶ Процедура 2019/S 015-030671, публикувана в приложението към Официален вестник от 22 януари 2019 г. (ОВ S 15, 2019 г., стр. 1).

⁷ Става въпрос за проведени от публично предприятие процедури за възлагане на обществена поръчка за услуги по техническо обслужване на съоръжения и релси, част от португалската железопътна мрежа.

⁸ Процедура PRC/2016/6. Що се отнася до Futrifer, по нея е прието „окончателно решение в рамките на процедура за доброволно уреждане на спора (неповерителен вариант)“.

⁹ Точка 231 и сл. от решението от 12 юни 2019 г.

18. Infraestruturas и Futrifer обжалват въззивното решение пред Supremo Tribunal Administrativo (Върховен административен съд, Португалия), който го отменя поради необоснованост и разпорежда делото да бъде върнато на Tribunal Central Administrativo Norte (Централен административен съд на район Север).

19. На 2 юни 2021 г. Tribunal Central Administrativo Norte (Централен административен съд на район Север) постановява решение, с което отново отменя първоинстанционното решение и осъжда Infraestruturas да възложи поръчката на Toscca.

20. Infraestruturas и Futrifer обжалват решението от 2 юни 2021 г. пред Supremo Tribunal Administrativo (Върховен административен съд), който отправя до Съда следните преюдициални въпроси:

- „1) Представлява ли основанието за изключване, посочено в член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24/ЕС, въпрос, който следва да бъде решен от възлагащия орган [„reserva de decisão“]?
- 2) Може ли националният законодател да замени изцяло решението, което възлагащият орган трябва да приеме съгласно член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24/ЕС, с общо решение (с последиците на решение) на Autoridade da Concorrência (органа за защита на конкуренцията) за налагане на акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки за определен период от време, в допълнение към глоба за нарушение на правилата на конкуренция?
- 3) Трябва ли решението на възлагащия орган относно „надеждността“ на икономическия оператор от гледна точка на спазването (неспазването) на правилата на конкурентното право извън конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка да се разбира като необходимост от мотивирана преценка на относителната надеждност на този икономически оператор като неразделна част от правото на добра администрация, предвидено в член 41, параграф 2, буква в) от Хартата на основните права на Европейския съюз?
- 4) Съответства ли на правото на ЕС, и по-специално на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24/ЕС, възприетото в член 55, параграф 1, буква f) от ССР решение на португалския законодател да постави изключването на икономически оператор от процедура за възлагане на обществена поръчка, основано на нарушение на правилата на конкуренция извън въпросната конкретна процедура за възлагане на обществена поръчка, в зависимост от постановеното от Autoridade da Concorrência (органа за защита на конкуренцията) в производство по налагане на акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки — производство, в рамките на което Autoridade da Concorrência (органът за защита на конкуренцията) преценява значението на предприетите корективни мерки (self-cleaning)?
- 5) Може ли също така да се приеме, че съответства на правото на ЕС, и по-специално на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24/ЕС, възприетото в [член] 70, параграф 2, буква г) от ССР решение на португалския законодател да ограничи възможността за изключване на оферта поради достатъчно убедителни данни за действия, споразумения, практики или информация, които могат да нарушат правилата на конкуренция, само до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, в която са установени тези практики?“.

III. Производството пред Съда

21. Преюдициалното запитване постъпва в Съда на 2 февруари 2022 г.
22. Писмени становища представят Futrifer, Toscca, чешкото, унгарското и португалското правителство, както и Европейската комисия.
23. Всички те, с изключение на чешкото и унгарското правителство, участват в съдебното заседание, проведено на 7 март 2023 г.

IV. Анализ

A. Предварителни бележки

1. Приложима директива

24. Запитващата юрисдикция иска тълкуване само на Директива 2014/24, без да посочва Директива 2014/25. Последната урежда обществените поръчки, възлагани от възлагащи органи, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, *транспорта* и пощенските услуги.
25. Предметът на поръчката, чието възлагане се оспорва, е доставка на елементи на железопътната, тоест транспортна, инфраструктура. На поставени от Съда въпроси участниците в съдебното заседание са единодушни в преценката, че тази поръчка попада в приложното поле на Директива 2014/25, която се прилага конкретно за „дейности във връзка с предоставяне или експлоатиране на мрежи за обществени услуги в областта на железопътния транспорт“ (член 11).
26. При всички положения запитващата юрисдикция следва да определи дали с оглед на нейните условия спорната поръчка се урежда от Директива 2014/24 или, по-скоро и както по всичко личи, от Директива 2014/25.
27. Вярно е, че в това отношение на практика не е от особено значение коя от двете директиви се прилага: дори ако се окаже приложима Директива 2014/25, член 80 от нея препраща към „основанията за изключване, изброени в член 57 от Директива 2014/24/ЕС, по реда и условията, посочени в него“¹⁰.
28. Прилагането на Директива 2014/25 обаче може да има последици за (разглежданата) „възможност“ на държавите членки да въведат във вътрешното си право факултативните основания за изключване, както ще разясня по-нататък¹¹.
29. След тези уточнения сега ще се спра на член 57 от Директива 2014/24.

¹⁰ Вж. по аналогия решение от 10 ноември 2022 г., Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, точки 39 и 40).

¹¹ Точка 46 от настоящото заключение.

2. Въвеждане на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24 в португалското право

30. Писменото становище на Комисията породи дебат, който продължи в съдебното заседание, относно свободата на преценка на държавите членки да не транспонират факултативните основания за изключване по член 57, параграф 4 от Директива 2014/24.

31. Комисията заявява следното:

— член 57, параграф 4, както и съображение 101 от Директива 2014/24 указват намерението на законодателя да не остави свобода на държавите членки да изберат дали да транспонират деветте посочени в този параграф основания за изключване. Изборът дали да бъдат приложени е предоставен на възлагащите органи, освен ако държавите членки не ги задължават да ги прилагат. Обратно, държавите членки не могат да не транспонират някое или някои от тези основания,

— в португалското право не е въведено факултативното основание за изключване, свързано с наличието на насочени към нарушаване на конкуренцията споразумения с други икономически оператори.

32. Проблемът, повдигнат от Комисията, би могъл да се разгледа в настоящото преюдициално производство, ако второто от тези твърдения е вярно: при липса на транспониране във вътрешното право на факултативно основание за изключване трябва да се прецени дали досегашната практика на Съда¹² относно възможността на държавите членки да транспонират или не тази категория основания за изключване следва да бъде адаптирана или дори коригирана.

33. По съображенията, които ще изложа по-долу, считам, че това второ твърдение на Комисията (подкрепено от някои представени в преюдициалното производство писмени становища) не отговаря на действителността.

34. С Декрет-закон № 111-B/2017 е изменен ССР с цел транспониране на Директиви 2014/24 и 2014/25. В член 1 от този декрет-закон португалският законодател посочва изрично, че с него „се транспонират“, наред с други директиви, Директиви 2014/24 и 2014/25¹³.

35. Основанията за изключване („пречки за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки“), съдържащи се в новия текст на ССР, са изброени в член 55, параграф 1, букви а)–л) от него, които отразяват с известни нюанси съответните основания по член 57, параграфи 1 и 4 от Директива 2014/24.

¹² Преобладаващото гледище в решения от 19 юни 2019 г., Меса (C-41/18, EU:C:2019:507, наричано по-нататък „решение Меса“, т. 33), и от 30 януари 2020 г., Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, т. 34), се потвърждава в решение от 3 юни 2021 г., Rad Service и др. (C-210/20, EU:C:2021:445, т. 28), по следния начин: „[...] 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“.

¹³ За целите на настоящото производство е ирелевантно, че с Декрет-закон № 111-B/2017 не са изменени някои действащи преди това разпоредби на ССР.

36. Що се отнася до разглежданото основание за изключване, то е формулирано в член 55, параграф 1, буква f) от ССР по следния начин: „не могат да бъдат кандидати [...] субектите, на които за срока, определен в решението за налагане на наказание, е наложена акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки, предвидена в специалното законодателство, а именно в административнонаказателните разпоредби във връзка с [...] конкуренцията [...]“.

37. Освен това ССР съдържа друга разпоредба (член 70, параграф 2, буква g), съгласно която се изключват офертите, за които при разглеждането им се установи „наличие на достатъчно убедителни данни за действия, споразумения, практики или информация, които могат да нарушат правилата на конкуренция“¹⁴.

38. С оглед на тези две разпоредби ми е трудно да разбера някои твърдения, изложени в писмените становища на Futrifer и на самото португалско правителство (последното с двусмислена формулировка, която не изясни в съдебното заседание)¹⁵, относно нетранспонирането на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24 в ССР.

39. Всъщност според мен от прочита на тези две разпоредби на ССР е видно, че португалският законодател недвусмислено е искал да въведе (или запази)¹⁶ в правния си ред разпоредбата на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24. Както последният член, така и посочените две национални разпоредби имат за цел да противодействат, в областта на обществените поръчки, на насочените към нарушаване на конкуренцията споразумения между икономическите оператори.

40. Различен е въпросът дали при уреждането на това основание за изключване по начина, по който го е направил, португалският законодател се е придържал стриктно към член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24 или, напротив, е възприел решения, които го видоизменят, отклоняват се от основните му принципи или намаляват необосновано приложното му поле.

41. Съдът нееднократно е постановявал, че „[...] щом като някоя държава членка вземе решение да възприеме определено факултативно основание за изключване по Директива 2014/24, тя трябва да се съобразява с основните му черти, предвидени в нея. Като уточнява, че държавите членки определят „условията за прилагане на настоящия член“ „при спазване на правото на Съюза“, член 57, параграф 7 от Директива 2014/24 не допуска

¹⁴ Именно тази разпоредба изтъква Tosca в писменото си становище в подкрепа на твърдението си, че „португалският законодател е транспонирал член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24, като е запазил текста на член 70, параграф 2, буква g) от ССР (понастоящем в редакцията му след изменението от 2017 г.)“. Курсивът е мой.

¹⁵ Точки 80—84 от писменото му становище. От прочита им във връзка с предходните точки в крайна сметка следва, че с член 70 във връзка с член 55, параграф 1, буква f) от ССР португалският законодател е възприел разглежданото основание за изключване. Това е посочено съвсем ясно от португалското правителство в точка 71 от писменото му становище: „член 55, параграф 1, буква f) и член 70, параграф 2, буква g) от ССР са в пълно съответствие с разпоредбите на Директива 2014/24, и по-конкретно с член 57, параграф 4, буква г) от нея“.

¹⁶ За целите на изпълнението на задължението за транспониране на разпоредби на директива във вътрешното право е достатъчно националната правна уредба да е включвала преди това норми, които съдържат по същество съответните разпоредби. Съобразяването на вътрешното право с дадена директива не изисква непременно формално и дословно включване на нейното задължително съдържание в приета след нея норма. Вж. в този смисъл решение от 10 юни 2021 г., *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)* (C-303/20, EU:C:2021:479, т. 33—36). По-специално в точка 35 се посочва, че за да се установи „дали национална правна уредба гарантира в достатъчна степен изпълнението на задълженията, произтичащи от дадена директива, е важно да се вземе предвид не само правната уредба, специално приета за целите на транспониране на тази директива, но и всички налични и приложими правни норми“.

държавите членки да видоизменят предвидените в тази разпоредба факултативни основания за изключване или да не се съобразяват с целите или принципите в основата на всяко от тези основания”¹⁷.

42. По съображенията, които ще изложа по-нататък, считам, че португалските норми, с които във вътрешния правен ред се транспонира съдържанието на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24, не са в пълно съответствие с нея: по-конкретно член 55, параграф 1, буква f) от ССР ограничава необосновано възможността на възлагащия орган да изключи оференти, участващи в картели, като изисква за поведението им да е наложена преди това от АС акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки.

43. Това обстоятелство, което според мен е налице, обаче не означава, че не е извършено транспониране, а по-скоро че извършеното транспониране страда от недостатъци. Освен това тези недостатъци могат евентуално да бъдат преодоленни с едно по-широко тълкуване на член 70, параграф 2, буква г) от ССР, т.е. с тълкуване, съобразено с член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24 (съответстващо тълкуване)¹⁸.

44. В крайна сметка не считам, че настоящото преюдициално запитване е подходящо за възобновяване на дискусиата относно възможността на държавите членки да не възприемат във вътрешното право факултативните основания за изключване, когато португалският законодател е избрал именно обратното решение (макар то да не е толкова задоволително от гледна точка на правото на Съюза).

45. Досегашната практика на Съда относно възможностите на държавите членки в тази област не пренебрегва, разбира се, факта, че Директивата обвързва (член 288 ДФЕС) държавите членки с резултата, който трябва да бъде постигнат. Изхождайки от тази постановка, отделните състави на Съда приемат, че по отношение на факултативните основания за изключване Директива 2014/24 се изпълнява по посочения по-горе начин¹⁹.

46. Освен това възобновяването на дискусиата, която посочих по-горе, би било особено деликатно от гледна точка на нейния резултат:

- може да доведе до превръщането на факултативните основания за изключване в задължителни без участието на държавите членки, предвидено в член 57, параграф 7 от Директива 2014/24,
- може да фрагментира единния режим, който стои в основата на препратката към Директива 2014/24 в разпоредбите на Директива 2014/25 относно основанията за изключване. Съгласно член 80, параграф 1, трета алинея от последната критериите и правилата, приложими към изключването на кандидати, включват факултативните основания, изброени в член 57, параграф 4 от Директива 2014/24, *ако държавите членки изискват това*.

¹⁷ Решение Меса, точка 33.

¹⁸ Това, изглежда, е гледището на Tribunal Central Administrativo Norte (Централен административен съд на район Север) в решението му от 29 май 2020 г., като уважава искането на Toscca. Това следва от твърденията на Infraestruturas, съдържащи се в точка 7 от акта за преюдициално запитване: според посочения съд член 70, параграф 2, буква г) от ССР „обхваща непременно и *миналите случаи* на данни за антиконкурентни действия на конкурентите, които не фигурират или не са споменати в офертата на конкурента“ (курсивът е мой).

¹⁹ Вж. бележка под линия 12 по-горе.

Б. По първия преюдициален въпрос

47. Запитващата юрисдикция иска да разбере дали основанието за изключване, посочено в член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24, представлява „въпрос, който следва да бъде решен от възлагащия орган“.

48. Съдът вече е отговорил на този въпрос: „от текста на член 57, параграф 4 от Директива 2014/24 става ясно, че законодателят на Съюза е искал да предостави на възлагащия орган и единствено на него, на етапа на подбора на оферентите, задачата да прецени дали даден кандидат или оферент трябва да бъде изключен от процедура за възлагане на обществена поръчка“²⁰.

49. Тази констатация на Съда е в съзвучие с член 56, параграф 1, буква б) от Директива 2014/24: възлагащият орган трябва да се увери, „че офертата е подадена от оферент, който не е изключен в съответствие с член 57“. Затова той следва при всички случаи да реши дали даден оферент трябва да бъде изключен от процедурата за възлагане на обществена поръчка.

50. Посочената по-горе категорична констатация обаче следва да се нюансира, когато преди това компетентният орган е установил с влязла в сила решение поведение, несъвместимо с достъпа до процедурите за възлагане на обществени поръчки, или е забранил на оферента да участва в такива процедури.

51. В контекста, в който е формулиран въпросът (т.е. при наличие на ограничаващо конкуренцията поведение на оферента), са възможни три сценария:

- ако този оператор преди това с влязла в сила присъда е бил изключен от участие в процедури за възлагане на обществени поръчки (член 57, параграф 6, последна алинея от Директива 2014/24) заради ограничаващо конкуренцията поведение²¹, възлагащият орган трябва да се съобрази с такава забрана. По време на срока на изключването, произтичащ от присъдата в държавата членка, в която присъдата поражда последици, осъденият икономически оператор няма право да използва възможността да докаже своята надеждност (корективни или self-cleaning мерки)²²,
- когато забраната за участие не е наложена с влязла в сила присъда, а с решение на АС, възлагащият орган не е неизбежно обвързан от нея: може да провери дали въпросният оператор е предприел посочените по-горе корективни мерки и въпреки всичко да му позволи да участва в процедурата за възлагане на обществената поръчка,
- същото ще важи по аргумент за по-силното основание и ако АС не е наложил забрана за участие в обществената поръчка, но е санкционирал икономическия оператор за участие в картелни споразумения.

²⁰ Решение Меса, точка 34.

²¹ Забраната за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки може да е наложена с влязла в сила присъда за престъпления, извършени в други правни области. Сега се придържам към забраните, наложени от орган за защита на конкуренцията, тъй като настоящият случай е такъв.

²² Относно тълкуването на аналогичното правило в Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия (ОВ L 94, 2014 г., стр. 1) вж. решение от 11 юни 2020 г., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, т. 20).

52. Ще се спра на втората и третата от хипотезите, които току-що изложих, при анализа на следващите преюдициални въпроси. За да се отговори на първия въпрос, считам, че предвид широката му формулировка е достатъчно да се изведе общото правило, без да се засягат изключенията, произтичащи от самата Директива 2014/24.

В. По втория преюдициален въпрос

53. Запитващата юрисдикция иска да установи по същество дали в контекста на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24 националният законодател може „да замени изцяло решението, което възлагащият орган трябва да приеме“ с решение на АС, налагащо на оператора като акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки.

54. Закон № 19/2012 допуска в допълнение към глобата АС да налага на оператори, които участват в ограничаващи конкуренцията практики, акцесорна санкция²³ забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки за определен период от време (член 71, параграф 1, буква б).

55. Както обаче поясних, АС изрично приема, че на Futrifer не следва да се налага акцесорна санкция.

1. Недопустимост

56. Изхождайки от тази постановка, независимо че повдигнатият от запитващата юрисдикция проблем може да представлява интерес от други гледни точки и като цяло, по отношение на разглеждания случай въпросът е хипотетичен.

57. Въпросът би имал смисъл, ако при наличие на решение на АС за налагане на забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки трябваше да се установи, както иска запитващата юрисдикция, до каква степен това решение е достатъчно, за да „замени“ (последващото) решение на възлагащия орган.

58. Когато, обратно, в производството срещу Futrifer АС съзнателно не му е наложил акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки, не виждам каква полза би имало за настоящия спор произнасянето относно последиците от тази (несъществуваща) забрана.

59. Следователно вторият преюдициален въпрос е недопустим²⁴.

²³ Закон № 19/2012 определя тази забрана като „санкция“. Поради това правното ѝ естество не е спорно, както в други правни системи.

²⁴ Според Futrifer преюдициалното запитване е недопустимо в неговата цялост, тъй като никой от въпросите, които определя като общи и хипотетични, не е релевантен за решаването на спора. Комисията по-накратко упреква запитващата юрисдикция, че „изглежда, иска от Съда да се произнесе широкообхватно и почти абстрактно относно транспонирането на Директива 2014/24“, но не прави възражение за недопустимост на преюдициалното запитване. От своя страна считам, че критиката на Futrifer е правилна по отношение на втория и четвъртия преюдициален въпрос.

2. При условията на евентуалност, по същество

60. Тъй като Съдът може да не сподели моето мнение и да реши да разгледа този преюдициален въпрос по същество, ще изложа становището си в това отношение.

61. Според мен (като се оставят настрана случаите, в които забраната за участие е наложена с влязла в сила присъда)²⁵ решението на АС, налагащо на оператора забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки, не обвързва възлагащия орган до степен, че да „замени изцяло неговото решение“.

62. Всъщност възлагащият орган може, включително в тази хипотеза, да провери дали санкционираният икономически оператор е предприел корективните мерки, посочени в член 57, параграф 6 от Директива 2014/24, и да допусне въпреки всичко участието му в процедурата за възлагане на обществената поръчка.

63. Припомням, че икономическият оператор има безспорно право да докаже своята надеждност чрез тези мерки за самокоригиране, което право произтича пряко от споменатия член 57, параграф 6 от Директива 2014/24²⁶.

64. Решението, което предлагам (да се запази за възлагащия орган възможност да провери корективните мерки въпреки наложената от органа за защита на конкуренцията забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки), позволява да се постигне баланс между два подхода:

- от една страна, този, с който се запазват правомощията на възлагащия орган, който трябва да разполага със свободата да прецени надеждността на кандидата, без непременно да бъде обвързан от преценката на други публични органи²⁷,
- от друга страна, този, с който се зачитат функциите на публичните органи, натоварени с преследването по-конкретно на поведение, ограничаващо конкуренцията²⁸. Възлагащият орган следва да вземе предвид решенията на тези органи, тъй като в крайна сметка „наличието на поведение, ограничаващо конкуренцията, може да се счита за установено само след приемането на такова решение, което квалифицира правно фактите в този смисъл“²⁹.

65. Вярно е обаче, че както е приел Съдът с оглед на съображение 102 от Директива 2014/24³⁰, държавите членки имат „широка свобода на преценка [...] при определянето на органите, които да преценяват дали корективните мерки са подходящи. В това отношение [...] могат да възложат тази задача за извършване на преценка на всеки орган, различен от възлагащия орган или възложителя“³¹.

²⁵ Вж. точки 50 и 51 от настоящото заключение.

²⁶ Решение от 14 януари 2021 г., RTS infra и Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, т. 48).

²⁷ Препращам към заключението ми по дело Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, т. 30).

²⁸ Решение от 24 октомври 2018 г., Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, наричано по-нататък „решение Vossloh Laeis“, т. 25 и 26).

²⁹ Решение Vossloh Laeis, точка 39.

³⁰ „По-специално, [държавите членки] 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“.

³¹ Решение от 11 юни 2020 г., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, т. 29).

66. В обобщение, за целите на прилагането на предвиденото в член 57, параграф 4, буква г), възлагащият орган може алтернативно:

- или да изключи по собствена инициатива при липса на предходни решения на други органи икономически оператор, по отношение на когото има достатъчно убедителни данни, че е сключил споразумения с други икономически оператори с цел нарушаване на конкуренцията,
- или, ако съответният орган е констатирал такива ограничаващи конкуренцията споразумения³², независимо дали е наложил забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки, да прецени дали корективните мерки на оферента или кандидата доказват неговата надеждност и следователно същият не трябва да бъде изключен от процедурата за възлагане на обществена поръчка въз основа на член 57, параграф 6 от Директива 2014/24. Държавата членка обаче може да възложи оценката на корективните мерки на орган, различен от възлагащия, в който случай последният трябва да се съобрази с нея.

Г. По третия преюдициален въпрос

67. Третият преюдициален въпрос изглежда съдържа два подвъпроса:

- от една страна, дали „решението на възлагащия орган относно „надеждността“ на икономическия оператор от гледна точка на спазването (неспазването) на правилата на конкурентното право“ може да бъде взето „извън конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка“,
- от друга страна, дали тази оценка на относителната надеждност на икономическия оператор трябва да е „достатъчно мотивирана“ чрез „самостоятелна преценка“ на възлагащия орган, която може да бъде оспорено от други конкуренти³³.

68. Отново изходната постановка при този въпрос, изглежда, е наличието на наложена от АС акцесорна мярка (забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки), предхождаща решението на възлагащия орган. В този контекст запитващата юрисдикция иска да разбере дали съображенията за акцесорната мярка са „от същия вид и естество“ като „преценката относно надеждността“, което следва да извърши възлагащият орган³⁴.

69. Въпросът, разбран по този начин, също би бил недопустим (бидейки хипотетичен) по причините, изложени по-горе във връзка с втория въпрос. В изложението на мотивите за отправянето му обаче запитващата юрисдикция посочва възможността възлагащият орган да сметне даден икономически оператор за пригоден, въпреки че на същия са наложени санкции за участие в картелни споразумения, когато тези санкции не включват забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки³⁵.

³² Относно връзката между решенията на органа за защита на конкуренцията и тези на възлагащите органи вж. точки 25—33 от решение *Vossloh Laeis*.

³³ Акт за преюдициално запитване, точка 2.2.6, трети параграф.

³⁴ Според запитващата юрисдикция в настоящия случай „възлагащият орган не проявява никакъв интерес от това сам да прецени „надеждността“ на оферента [...]. Напротив, той защитава възгледа, че не трябва да прави такава преценка, тъй като тя вече се съдържа в приетото от АС решение“ (т. 2.2.6, пети параграф от акта за преюдициално запитване).

³⁵ Това, изглежда, следва без достатъчна яснота от точка 2.2.6 от акта за преюдициално запитване.

70. Поради това ще отговоря на двата подвъпроса въз основа на подхода на запитващата юрисдикция, който току-що посочих.

1. Преценка за надеждност или пригодност, която трябва да извърши възлагащият орган

71. Всъщност отговорът на тази част от преюдициалния въпрос произтича от отговора, който предложих по-горе на предходните два преюдициални въпроса. Възлагащият орган запазва изцяло възможността си да прецени надеждността на оферента или кандидата и след решението на органа за защита на конкуренцията, при условията, посочени по-горе.

72. Съгласно съображение 101 от Директива 2014/24 „[в]ъзлагащите органи следва [...] да имат възможността да изключват икономически оператори, които са се оказали *ненадеждни*, например заради [...] *други форми на тежки професионални нарушения — например нарушения на правилата за защита на конкуренцията*“³⁶. Във втора алинея от същото съображение се споменават действия по предходен договор, „които пораждават сериозни съмнения относно надеждността на икономическия оператор“³⁷.

73. С оглед на това съображение не е изненадващо, че Съдът приема, че: „възможността, с която разполага всеки възлагащ орган, да изключи оферент от процедура за възлагане на обществена поръчка, е предназначена именно да му даде възможност да оцени честността и надеждността на всеки оферент“³⁸.

74. Всъщност факултативните основания за изключване позволяват на държавите членки да постигат цели от общ интерес и при всички положения са насочени към осигуряване на гаранции за надеждност³⁹, полагане на дължима грижа, професионална честност и сериозно отношение на оферента⁴⁰.

75. По-конкретно Съдът е постановил във връзка с „преследваната с член 57, параграф 4 от Директива 2014/24 цел“, че „възможността, и дори задължението, на възлагащия орган да изключи икономически оператор от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка има по-специално за цел да му позволи да прецени честността и надеждността на всеки един от икономическите оператори“⁴¹.

76. Освен това правилното тълкуване на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24 изисква проверката на честността и надеждността на оферента да обхваща и негово ограничаващо конкуренцията *минало* поведение, а не само участието в картелни споразумения в рамките на „конкретната“ процедура за възлагане на обществена поръчка, по която възлагащият орган трябва да вземе решение.

³⁶ Курсивът е мой.

³⁷ Вж. решение Меса, точка 30.

³⁸ Пак там, точка 29.

³⁹ В заключението по дело Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, т. 28), вече посочих, че „[в] Директива 2014/24 надеждността [...] се съдържа като ключов компонент на отношението“ между възлагащия орган и оферентите.

⁴⁰ Решение от 10 юли 2014 г., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, т. 29, 31 и 32).

⁴¹ Решение от 30 януари 2020 г., Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, т. 41).

77. Това следва по-специално от член 57, параграф 5, втора алинея от Директива 2014/24, съгласно който възлагащите органи могат да изключат икономически оператор, ако се окаже, че той „поради свои действия или пропуски *преди* или по време на *процедурата* се намира в едно от положенията, посочени в параграф 4“⁴².

78. Към изложените съображения следва да се добави, че възлагащият орган може алтернативно да приложи член 57, параграф 4, буква в) от Директива 2014/24, вземайки решението си за изключване на оферента въз основа на обстоятелството, че същият е извършил тежко професионално нарушение.

79. В понятието за тежко професионално нарушение, което португалският закон предвижда като основание за изключване⁴³, може да попада и ограничаващо конкуренцията поведение, дори когато за последното съществува конкретен вид изключване: това се потвърждава от посоченото по-горе съображение 101 от Директива 2014/24, което (съгласно практиката на Съда във връзка с предшестващата директива)⁴⁴ определя нарушенията на правилата за защита на конкуренцията като форма на тежко професионално нарушение⁴⁵.

80. Вярно е, че както бе подчертано в съдебното заседание, тази възможност предполага известно припокриване на двете факултативни основания за изключване. Счита се обаче, че ако тяхната връзка е замислена като връзка на взаимно допълване, тя служи за изпълнението на целите на Директива 2014/24.

81. Когато е налице хипотезата на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24, е логично възлагащият орган да се позове на това основание за изключване. За останалите видове поведение, които, макар и да нарушават правилата за защита на конкуренцията, не представляват „споразумения с други оператори“, той може да прибегне към по-общата формулировка на буква в).

82. Ако целта е да се максимизира способността на възлагащия орган да прецени надеждността на оферентите и кандидатите, не виждам причина за ограничаване на възможността му да определи какви „нарушения на правилата за защита на конкуренцията“ са извършени. Съображение 101 от Директива 2014/24 отново допуска прилагането на член 57, параграф 4, букви в) и г) по посочения по-горе начин. Следователно то води до стъклоновение на норми, което тълкувателят следва да разреши, като приложи нормата, която съответства в най-голяма степен на обстоятелствата във всеки конкретен случай.

⁴² Курсивът е мой.

⁴³ Съгласно член 55, параграф 1, буква с) от ССР забраната за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки се налага на физическо или юридическо лице, на което е наложена административна санкция за тежко професионално нарушение.

⁴⁴ Определение от 4 юни 2019 г., Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), във връзка с член 45, параграф 2, първа алинея, буква г) от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282).

⁴⁵ Относно „обхват[а] на основанието за изключване, свързано с тайни споразумения: включване на съгласувани практики и взаимодействие с основанието за изключване поради тежко професионално нарушение“ е уместно да се прочете точка 5.2 от известието на Европейската комисия относно инструментите за борба с тайните споразумения при възлагането на обществени поръчки и относно насоките за прилагане на съответното основание за изключване (2021/C 91/01).

2. Задължение за мотивиране

83. Възлагащият орган е длъжен „да извърши конкретна и индивидуална преценка на поведението на съответния субект“⁴⁶. Тази преценка трябва да се изразява в мотивиране на приетия акт, което позволява на адресатите му и на евентуалните конкуренти да го обжалват по съдебен ред⁴⁷.

84. Когато (като в настоящия случай) един от конкурентите твърди, че по отношение на друг е налице основание за изключване по член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24, възлагащият орган следва да обясни по-конкретно защо счита този кандидат за надежден. Мотивите евентуално следва да обхващат и оценка на изтъкнатите от санкционирания оферент корективни мерки⁴⁸.

85. Изискването за мотивиране може да се изпълни, ако възлагащият орган възпроизведе пряко или чрез препратка аргументите, които секторният орган (в случая АС) е взел предвид, за да приеме, че даден оператор е сключил споразумения с други оператори с цел нарушаване на конкуренцията.

Д. По четвъртия преюдициален въпрос

86. Запитващата юрисдикция изразява съмнения, че „възприетото в член 55, параграф 1, буква f) от ССР решение на португалския законодател“ е в съответствие с член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24.

87. Тълкуването, което дава на тази разпоредба от ССР запитващата юрисдикция (и към което Съдът следва да се придържа, тъй като то произхожда от най-висшата португалска съдебноадминистративна инстанция), е следното: когато изключването на икономически оператор се дължи на „нарушение на правилата на конкуренцията извън конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка“, член 55, параграф 1, буква f) от ССР поставя това изключване в зависимост от постановеното от АС „в производството по налагане на акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки“. Запитващата юрисдикция добавя, че в това производство АС преценява значението на предприетите корективни мерки.

88. По същите причини, изложени при анализа на втория преюдициален въпрос⁴⁹, настоящият въпрос е хипотетичен, тъй като:

— от една страна, АС изрично отхвърля акцесорната санкция като отговор на поведението на Futrifer,

⁴⁶ Решение от 7 септември 2021 г., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, т. 157), където се цитира решение от 9 ноември 2017 г., LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, т. 39 и цитираната съдебна практика).

⁴⁷ Пак там, точка 120.

⁴⁸ Съгласно член 57, параграф 6, трета алинея от Директива 2014/24 „[а]ко бъде преценено, че мерките [предприети от икономическите оператори] не са достатъчни, икономическият оператор получава становище с мотивите за това решение“. Тази разпоредба обаче не пречи мотивирането да се прилага в обратния случай, ако друг оператор изисква това, за да защити изключването на своя конкурент.

⁴⁹ Разликата с втория преюдициален въпрос се състои в това, че тук запитващата юрисдикция обръща внимание на обстоятелството, че съгласно португалското право след налагането на акцесорната санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки АС е компетентен и да вземе решение относно реабилитирането на санкционирания икономически оператор.

— от друга страна, в материалите по делото няма данни, че някой от въпросните оператори е изтъкнал предприемането на корективни мерки по член 57, параграф 6 от Директива 2014/24, за да преодолее предходна (несъществуваща) забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки.

89. Следователно предвид разглежданите факти въпросите на запитващата юрисдикция надхвърлят пределите на спора и фактически изискват консултативно становище на Съда по проблеми, които не са свързани с тези факти.

90. С цел да се преодолее възражението за недопустимост въпросът би могъл да се преформулира, като се приеме, че се отправя за случая, в който АС счете за доказано сключването на картелно споразумение и наложи глоба за него, но без забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки.

91. Така или иначе, било чрез това преформулиране, било при условията на евентуалност, отговорът, който предлагам, се основава на гореизложените ми съображения. Така:

— не е в съответствие с член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24 национална разпоредба (или тълкуването ѝ), която като необходимо условие за прилагането му изисква наличието на предходно решение на орган за защита на конкуренцията,

— държавите членки могат да възложат извършването на преценката на корективните мерки на органи, различни от възлагащите органи, като например АС. Запитващата юрисдикция следва да установи дали това е така в португалското право и ако е така, да провери дали „въведеният за тази цел национален режим отговаря на всички изисквания по член [57, параграф 6 от Директива 2014/24]“⁵⁰.

Е. По петия преюдициален въпрос

92. Запитващата юрисдикция се съсредоточава върху член 70, параграф 2, буква г) от ССР, за да изследва дали съдържанието му е в съответствие с член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24.

93. Тълкувайки този член от ССР, запитващата юрисдикция стига до извода, че той „огранича[ва] възможността за изключване на оферта поради достатъчно убедителни данни за действия, споразумения, практики или информация, които могат да нарушат правилата на конкуренция, само до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, в която са установени тези практики“.

94. Член 70 от ССР урежда, поне предвид текста му, по-късен момент от процедурата за възлагане на обществена поръчка: докато член 55 се прилага на първоначалния етап (подбор на оператор по качествени критерии), член 70 се отнася до следващия етап (разглеждане на подадените оферти). Логично е, че за да стигне до този втори етап, оферентът или кандидатът е преминал първия, т.е. не е бил изключен преди това от процедурата.

⁵⁰ Решение от 11 юни 2020 г., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, т. 31, 38 и диспозитива, т. 2).

95. Следователно няма причина за възражения срещу тази национална разпоредба, ако нейното тълкуване при всички случаи не засяга възможността на възлагащия орган да установи, че преди провежданата от него конкретна процедура за възлагане на обществена поръчка оферентът е извършил ограничаващи конкуренцията действия, основание за изключването му.

96. С други думи, не се нарушава никоя разпоредба от Директива 2014/24, ако член 70, параграф 2, буква г) от ССР единствено допуска възлагащият орган да изключи по собствена инициатива офертата на оферент, когато установи, че тя е резултат от картелни споразумения в рамките на самата процедура за възлагане на обществена поръчка⁵¹.

97. Текстът на член 57, параграф 4, буква г) от Директива 2014/24 е достатъчно широк, за да обхване всички възможности на възлагащия орган да установи, че поведението на даден оферент е насочено към нарушаване на конкуренцията.

98. В заключението по дело *Vossloh Laeis* отбелязвам, че член 57 от Директива 2014/24 признава на възлагащите органи някои функции с разследващ характер⁵², което становище Съдът прие в постановеното по посоченото дело решение⁵³.

99. Като използват тези функции, възлагащите орган могат да установят дали във връзка с текущата процедура по възлагане на обществена поръчка оферентите са сключили споразумения, които нарушават конкуренцията. Възможно е, както посочва Комисията, възлагащият орган да срещне трудности сам да докаже ограничаващото конкуренцията поведение. Тези трудности, освен че не са непреодолими на практика, не оправдават и ограничаването на възможността на възлагащия орган да преценява констатирано от него участие в картелно споразумение.

V. Заключение

100. С оглед на гореизложеното предлагам на Съда да приеме втория и четвъртия преюдициален въпрос за недопустими и да отговори на *Supremo Tribunal Administrativo* (Върховен административен съд, Португалия) по следния начин:

„Член 57, параграф 4, буква г) 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

следва да се тълкува в смисъл, че

— предвиденото в него факултативно основание за изключване следва да се прецени от възлагащия орган, без същият да е обвързан от решения на други органи, освен ако съответният оператор с влязла в сила присъда е изключен от участие в процедури за възлагане на обществени поръчки по време на срока на изключването, произтичащ от тази присъда в държавата членка, в която присъдата поражда последици,

⁵¹ Запитващата юрисдикция следва да прецени дали освен това член 70, параграф 2, буква г) от ССР би могъл да се тълкува в смисъла, който посочих в бележка под линия 18.

⁵² C-124/17, EU:C:2018:316, т. 46—49.

⁵³ Решение *Vossloh Laeis*, точка 24 и сл.

- възлагащият орган следва да изложи пряко или чрез препратка съображенията да допусне до участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка оферент, който преди това е бил санкциониран за ограничаващо конкуренцията поведение,
- допуска национална норма, която дава възможност на възлагащия орган да изключи оферта поради достатъчно убедителни данни за действия, споразумения, практики или информация, които могат да нарушат правилата на конкуренция в конкретното производство за възлагане на обществена поръчка, в което е установено това поведение“.

При условията на евентуалност предлагам на Съда да отговори на втория и четвъртия преюдициален въпрос по следния начин:

- Когато орган за защита на конкуренцията е наложил на икономически оператор акцесорна санкция забрана за участие за определен период от време в процедури за възлагане на обществени поръчки, възлагащият орган запазва възможността си да не го изключва от процедурата за възлагане на обществена поръчка, ако са налице обстоятелствата по член 57, параграф 6 от Директива 2014/24.
- Икономическият оператор има право да представи доказателства, че е предприел достатъчно мерки, за да докаже надеждността си на основание член 57, параграф 6 от Директива 2014/24, които възлагащият орган (или оправомощеният за целта съгласно националното право орган) следва да прецени дори когато орган за защита на конкуренцията е наложил на този оператор акцесорна санкция забрана за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки“.