



Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
 prezentate la 21 iunie 2017¹

Cauza C-178/16

**Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A.,
Guerrato S.p.A.
împotriva
Provincia autonoma di Bolzano,
Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e
forniture (ACP),
Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),
cu intervenția:
Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.,
Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A**

[cerere de decizie preliminară formulată de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia)]

„Contracte de achiziții publice – Declarație privind inexistența unor condamnări penale definitive ale unor foști administratori ai întreprinderii ofertante – Obligația întreprinderii de a dovedi, sub sancțiunea excluderii, că a existat o distanțare completă și efectivă de conduita fostului administrator – Aprecierea de către autoritatea contractantă a cerințelor privind această obligație”

1. Legislația italiană în materia contractelor de achiziții publice interzice (cu nuanțările pe care le vom analiza ulterior) atribuirea acestora persoanelor care au fost condamnate pentru infracțiuni grave împotriva statului „sau a Comunității”, care afectează etica profesională a acestora. Interdicția respectivă se extinde la întreprinderile ai căror administratori au fost condamnați pentru astfel de fapte, cu excepția situației în care acestea dovedesc că s-au distanțat complet și efectiv de conduita infracțională a administratorilor lor.

2. Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia) trebuie să soluționeze un apel declarat împotriva unei hotărâri care a menținut decizia unei autorități contractante prin care o întreprindere ofertantă al cărei administrator a fost condamnat pentru una dintre infracțiunile respective a fost exclusă din cadrul unei proceduri de cerere de ofertă. Pentru a soluționa litigiul, Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) solicită Curții, în esență, să stabilească dacă norma italiană în temeiul căreia a avut loc această excludere este compatibilă cu Directiva 2004/18/CE².

3. Prezenta trimitere preliminară oferă Curții oportunitatea de a-și consolida jurisprudența cu privire la posibilitatea statelor membre de a stabili și de a ajusta conținutul motivelor facultative de excludere a ofertanților prevăzute de Directiva 2004/18.

¹ Limba originală: spaniola.

² Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116).

I. Cadrul normativ

A. Dreptul Uniunii

Directiva 2004/18

4. Conform articolului 45 („Situția personală a candidatului sau a ofertantului”):

„(1) Orice candidat sau ofertant care a făcut obiectul unei condamnări pronunțate printr-o hotărâre definitivă, de care autoritatea contractantă are cunoștință, este exclus de la participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, din unul sau mai multe dintre următoarele motive:

- (a) participarea la o organizație criminală, în sensul articolului 2 alineatul (1) din Acțiunea comună 98/773/JAI a Consiliului [...];
- (b) corupție, în sensul articolului 3 din Actul Consiliului din 26 mai 1997[...] și respectiv în sensul articolului 3 alineatul (1) din Acțiunea comună 98/742/JAI a Consiliului [...];
- (c) fraudă, în sensul articolului 1 din Convenția privind protecția intereselor financiare ale Comunităților Europene [...];
- (d) spălare de bani, în sensul articolului 1 din Directiva 91/308/CEE a Consiliului din 10 iunie 1991 privind prevenirea folosirii sistemului financiar în scopul spălării banilor [...]

Statele membre precizează, în temeiul dreptului intern și cu respectarea dreptului comunitar, condițiile de aplicare a prezentului alineat.

Statele membre pot prevedea o derogare de la obligația prevăzută la primul paragraf pentru cerințele imperative de interes general.

În scopul punerii în aplicare a prezentului alineat, autoritățile contractante solicită candidaților sau ofertanților, după caz, să furnizeze documentele prevăzute la alineatul (3) și se pot adresa autorităților competente, în cazul în care au incertitudini în ceea ce privește situația personală a respectivilor candidați/ofertanți, pentru a obține informații pe care le consideră necesare privind situația personală a acestora. În cazul în care informațiile se referă la un candidat sau ofertant stabilit în alt stat membru decât cel al autorității contractante, autoritatea contractantă poate solicita cooperarea autorităților competente. În conformitate cu legislația internă a statului membru în care sunt stabiliți candidații sau ofertanții, solicitările se referă la persoane fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz, la directori de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în ceea ce privește candidatul sau ofertantul.

(2) Poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic:

[...]

- (c) care a făcut obiectul unei hotărâri cu autoritate de lucru judecat, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării, privind o faptă care aduce atingere eticii profesionale;
- (d) care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica;

[...]

(g) care s-a făcut grav vinovat de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate în temeiul prezentei secțiuni sau care nu a furnizat respectivele informații.”

5. Conform articolului 45 alineatul (3):

„Autoritățile contractante acceptă ca dovezi suficiente care atestă că operatorul economic nu se încadrează în cazurile prevăzute la [...] alineatul (2) liter[a] [...] (c) [...]:

(a) [...] prezentarea unui extras din «cazierul judiciar» sau, în lipsa acestuia, a unui document echivalent eliberat de autoritatea judiciară sau administrativă competentă a țării de origine sau de proveniență, din care să rezulte că respectivele cerințe sunt îndeplinite;

[...]”

B. Dreptul italian

6. Conform ordonanței de trimitere, articolul 38 alineatul (1) litera (c) din Decretul legislativ nr. 163/2006³, în versiunea aplicabilă *ratione temporis* situației de fapt din prezenta cauză, prevede că motivul de excludere a unor persoane [de la participarea la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii] ca urmare a faptului că au făcut obiectul unei hotărâri definitive de condamnare sau de aplicare a unei pedepse la cererea părților în temeiul articolului 444 din Codice di procedura penale (Codul de procedură penală) pentru infracțiunile prevăzute de acesta⁴ „operează și în privința persoanelor al căror mandat [de conducere] a încetat în anul anterior datei la care a fost publicat anunțul de participare, în cazul în care întreprinderea nu dovedește că a existat o distanțare completă și efectivă de conduita sancționată penal”.

7. Literele f) și h) ale articolului 38 alineatul (1) din Decretul legislativ nr. 163/2006 prevăd de asemenea excluderea din cadrul unor astfel de proceduri a: (i) persoanelor care au comis o eroare gravă în exercitarea activității lor profesionale, constatată de autoritatea contractantă prin orice mijloc de probă, și (ii) persoanele care au prezentat o declarație falsă sau documente false privind criteriile și condițiile relevante pentru participarea la procedurile de cerere de ofertă.

II. Situația de fapt din litigiu și întrebarea preliminară

8. La 27 iulie 2013, în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*⁵ a fost publicat un anunț de cerere de ofertă pentru finanțarea, proiectarea definitivă și executivă, construirea și gestionarea noului penitenciar din Bolzano. Valoarea contractului era de 165 400 000 de euro.

9. La anunțul respectiv au răspuns Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A. (denumită în continuare „Mantovani”), în nume propriu și în calitate de membru al unei asocieri temporare de întreprinderi, prin depunerea a două declarații (din 4 și din 16 decembrie 2013) referitoare la îndeplinirea cerințelor generale prevăzute în acesta.

³ Decretul legislativ nr. 163 din 12 aprilie 2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Codul privind contractele de achiziții publice de lucrări, de servicii și de bunuri, de transpunere a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE) (GURI nr. 100 din 2 mai 2006, denumit în continuare „CCP”).

⁴ Infracțiunile de „participare la o organizație criminală, corupție, fraudă și spălare de bani, în sensul dispozițiilor menționate la articolul 45 alineatul (1) din Directiva 2004/18”.

⁵ S 145-251280.

10. Concret, Mantovani a atestat (prin prima declarație) că mandatul domnului B., fost președinte al consiliului de administrație și, în același timp, administrator și reprezentant legal, a încetat la 6 martie 2013 și că, potrivit informațiilor de care dispune, în privința acestuia nu s-a pronunțat niciuna dintre hotărârile menționate la articolul 38 alineatul (1) litera c) din CCP. Cea de a doua declarație conține informații similare.

11. În ședința din 9 ianuarie 2014, autoritatea contractantă a admis cu rezerve întreprinderea Mantovani, în așteptarea unor explicații, întrucât, conform unui „fapt notoriu” publicat de presa locală, domnul B., fiind acuzat că ar fi promovat un sistem de facturi false, a încheiat o înțelegere prin care i s-a aplicat pedeapsa de 1 an și 10 luni de închisoare.

12. Cu ocazia verificării îndeplinirii condițiilor, autoritatea contractantă a obținut certificatul de cazier judiciar al domnului B., din care reieșea că acesta fusese condamnat la o pedeapsă cu închisoarea de 1 an și 10 luni pentru săvârșirea mai multor infracțiuni [hotărârea pronunțată de Tribunalul di Venezia (Tribunalul din Veneția) la 5 decembrie 2013, care a devenit definitivă la 29 martie 2014].

13. În ședința din 29 mai 2014, autoritatea contractantă a decis să nu își retragă rezerva privind admiterea Mantovani și, la 3 iunie 2014, i-a solicitat explicații cu privire la hotărârea menționată.

14. Prin intermediul memoriilor din 10 iunie 2014 și din 17 octombrie 2014, Mantovani a oferit explicațiile solicitate, susținând că:

- hotărârea penală a fost publicată și a devenit definitivă după ce aceasta depusese declarațiile referitoare la îndeplinirea cerințelor generale;
- a realizat o serie de acte care demonstau o distanțare promptă, efectivă și completă a societății în raport cu conduita domnului B., printre care înlăturarea imediată a acestuia din toate funcțiile îndeplinite în cadrul grupului Mantovani, reorganizarea internă a organelor de administrație ale societății, răscumpărarea acțiunilor deținute de acesta și introducerea unei acțiuni în răspundere împotriva lui.

15. Autoritatea contractantă a solicitat un aviz de la Autorità nazionale anticorruzione (Autoritatea Națională Anticorupție, denumită în continuare „ANAC”), care l-a emis la 25 februarie 2015 și în care afirmă, în esență, următoarele:

- în cazul în care ofertantul depune o declarație prin care atestă, referitor la motivul de excludere prevăzut la articolul 38 alineatul 1 litera c) din CCP, inexistența motivelor de excludere în ceea ce privește persoanele al căror mandat a încetat în anul anterior publicării anunțului de cerere de ofertă, prin formula „potrivit informațiilor de care dispunem”, furnizând o identificare completă a acestor persoane, revine autorității contractante sarcina de a efectua verificările corespunzătoare;
- în prezenta cauză, nu este vorba despre o declarație falsă, având în vedere că, în acest sens, ar trebui să existe o hotărâre definitivă, iar nu o simplă procedură penală pendinte;
- revine autorității contractante sarcina de a verifica eficacitatea reală a măsurilor adoptate de Mantovani pentru a dovedi că s-a distanțat complet și efectiv de activitățile infracționale ale fostului său administrator;
- aceste măsuri ar fi putut fi compromise de conduita omisivă în care s-a angajat Mantovani ca urmare a faptului că nu a menționat, în cadrul procedurii de cerere de ofertă, existența hotărârii de condamnare. Potrivit jurisprudenței, necomunicarea în timp util către autoritatea contractantă a evoluției unui proces penal constituie, în ceea ce privește persoanele menționate la articolul 38 alineatul 1 litera c) din CCP, un indiciu în sensul lipsei distanțării, prin încălcarea obligației de colaborare loială.

16. La 27 februarie 2015, autoritatea contractantă, luând act de avizul ANAC, a dispus excluderea Mantovani din procedura de cerere de ofertă, ca urmare a comunicării tardive și insuficiente a unor elemente de analiză necesare pentru justificarea distanțării de administratorul condamnat. Aceasta a adăugat că condamnarea administratorului a avut loc anterior momentului la care s-au depus declarațiile în cadrul procedurii de cerere de ofertă, astfel încât Mantovani ar fi putut să comunice acest aspect.

17. Mantovani a atacat excluderea la Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (Tribunalul regional de contencios administrativ, Secția autonomă din Bolzano, Italia), care, prin hotărârea nr. 270 din 27 august 2015, a declarat inadmisibilă acțiunea, întrucât prin aceasta se contesta avizul emis de ANAC, care reprezintă un act procedural, și atribuirea, care nu avusese încă loc. Prin aceeași hotărâre, instanța respectivă a respins motivele invocate în legătură cu accesul la totalitatea documentelor dosarului privind procedura de cerere de ofertă și a apreciat că nu a fost dovedită distanțarea societății de conduita infracțională a fostului administrator.

18. Mantovani a atacat această hotărâre la Consiglio di Stato (Consiliul de Stat), invocând, printre alte motive, incompatibilitatea articolului 38 din CCP cu dreptul Uniunii și solicitând sesizarea Curții cu o cerere de decizie preliminară.

19. Consiglio di Stato (Consiliul de Stat), prin decizia din 1 decembrie 2015, a formulat următoarea întrebare preliminară:

„Se opune corectei aplicări a articolului 45 alineatul (2) literele (c) și (g) și a articolului 45 alineatul (3) litera (a) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 [...] și principiilor de drept al Uniunii ale protecției încrederii legitime și securității juridice, egalității de tratament, proporționalității și transparenței, interdicției privind îngreunarea procedurii și deschiderii maxime spre concurență a pieței contractelor de achiziții publice, precum și al caracterului exhaustiv și precis al sancțiunilor o reglementare națională precum cea prevăzută la articolul 38 alineatul 1 litera c) din Decretul legislativ nr. 163 din 12 aprilie 2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Codul privind contractele de achiziții publice de lucrări, de servicii și de bunuri de transpunere a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE), cu modificările ulterioare, în măsura în care:

- extinde conținutul obligației, prevăzută de dispozițiile amintite, de declarare a inexistenței unor hotărâri definitive de condamnare (inclusiv hotărârile de aplicare a pedepsei la cererea părților) pentru infracțiunile menționate la persoanele care ocupau funcții în cadrul întreprinderilor ofertante și al căror mandat a încetat în anul anterior publicării anunțului de cerere de ofertă;
- prevede un motiv corelativ de excludere de la procedura de cerere de ofertă, în cazul în care întreprinderea nu dovedește că a existat o distanțare completă și efectivă de conduita sancționată penal a unor astfel de persoane, [și]
- [lasă] la aprecierea autorității contractante evaluarea privind elementele constitutive ale conduitei de distanțare și permite autorității contractante să introducă în mod efectiv, sub sancțiunea excluderii de la procedura de cerere de ofertă:
 - (i) sarcini de informare și de declarare referitoare la cauze penale încă nesoluționate prin hotărâre irevocabilă (și, prin urmare, a căror soluție este, prin definiție, incertă), care nu sunt prevăzute de lege nici măcar cu privire la persoanele în funcție;
 - (ii) sarcini de distanțare spontană, nedeterminate în ceea ce privește tipul conduitelor care constituie cauze de nepedepsire, momentul de referință (chiar anticipat în raport cu momentul în care hotărârea penală devine irevocabilă) și etapa procedurii în care trebuie îndeplinite;

- (iii) sarcini de colaborare loială neprecizate, în afară de trimiterea la condiția generală a bunei-credințe?”

III. Procedura în fața Curții

20. Ordonanța de trimitere preliminară a fost înregistrată la grefa Curții la 24 martie 2016.
21. Au prezentat observații scrise, în termenul prevăzut la articolul 23 al doilea paragraf din Statutul Curții, Mantovani, provincia Bolzano, guvernul italian și Comisia Europeană.
22. După ce s-a dispus organizarea unei ședințe, părțile au fost invitate, în conformitate cu articolul 61 alineatul (2) din Regulamentul de procedură al Curții, să își prezinte observațiile cu privire la interpretarea articolului 45 alineatul (2) litera (d) din Directiva 2004/18.
23. La 5 aprilie 2017, s-a desfășurat ședința, la care s-au prezentat Mantovani, provincia Bolzano, guvernul italian și Comisia Europeană.

IV. Rezumatul observațiilor părților

24. Mantovani consideră că articolul 38 alineatul 1 litera c) din CCP contravine articolului 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18, întrucât extinde motivul de excludere (rezultat dintr-o condamnare penală) la persoanele care au fost administratori societari cu până la un an înainte de publicarea anunțului de participare și impune societății să dovedească distanțarea de respectivii administratori.
25. În opinia sa, odată cu încetarea mandatului, administratorii nu mai au influență asupra societății, astfel încât obligația ca aceasta să prezinte informații în acest sens, pe lângă faptul că este inutilă, este disproporționată și implică o sarcină care contravine obiectivului de promovare a exercitării maxime a concurenței în domeniul achizițiilor publice.
26. Chiar dacă s-ar admite că dreptul Uniunii nu se opune unei asemenea excluderi, obligația suplimentară a întreprinderii de a dovedi distanțarea efectivă ar intra în conflict cu acesta, întrucât este vorba despre o obligație absolut imprecisă, a cărei îndeplinire este lăsată la aprecierea autorității contractante. S-ar aduce atingere în special securității juridice prin faptul că hotărârea nu este definitivă, că nu se precizează forma pe care trebuie să o îmbrace declarațiile, perioada la care se referă și nici etapa procedurii în care trebuie depuse, precum și prin faptul că nu se specifică în ce constau obligațiile de colaborare loială care îi revin ofertantului.
27. Provincia Bolzano consideră că întrebarea preliminară este inadmisibilă pentru următoarele motive:
- este similară celei la care Curtea a răspuns deja prin Hotărârea din 10 iulie 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), în special la punctul 36 din aceasta, cu privire la posibilitatea statelor membre de a include motivele facultative de excludere în ordinile lor juridice și de a le modifica conținutul;
 - excluderea întreprinderii Mantovani nu s-a produs ca urmare a încălcării obligației de informare sau de declarare, ci din cauza caracterului tardiv și inadecvat al măsurilor adoptate pentru dovedirea distanțării totale și efective de conduita infracțională a fostului său administrator. De asemenea, invocarea articolului 45 alineatul (2) litera (g) și a articolului 45 alineatul (3) litera (a) din Directiva 2004/18 este lipsită de obiect.

28. Pe fond, Provincia Bolzano consideră că nu există nicio incompatibilitate între prevederile articolului 38 alineatul 1 litera c) din CCP și Directiva 2004/18. Articolul 45 din directivă permite statelor membre atât să aleagă motivele facultative de excludere [dintre cele prevăzute la alineatul (2) din aceasta] aplicabile în dreptul intern, cât și să stabilească modul în care autoritățile contractante analizează faptele care fac obiectul motivelor respective. Reglementarea națională în litigiu este conformă cu această schemă.

29. Guvernul italian subliniază că *ratio legis* al articolului 45 din Directiva 2004/18 și al articolului 38 din CCP este de a garanta fiabilitatea morală, economică și profesională a persoanelor care doresc să încheie contracte cu administrația. Legiuitorul italian a instituit un regim mai puțin riguros decât cel prevăzut de directivă, limitând sfera infracțiunilor care justifică excluderea.

30. În opinia guvernului italian, excluderea unei întreprinderi ca urmare a conduitei administratorilor săi este justificată chiar de această *ratio legis*: în lipsa prevederii respective, contractantul ar putea evita cu ușurință controlul fiabilității sale. În plus, întreprinderea ofertantă are posibilitatea de a dovedi autorității contractante că s-a distanțat complet de acțiunile infracționale ale administratorilor săi.

31. Comisia subliniază că, deși instanța de trimitere solicită interpretarea articolului 45 alineatul (2) literele (c) și (g) și alineatul (3) litera (a) din Directiva 2004/18, pentru a-i oferi un răspuns util, trebuie analizat, de asemenea, alineatul (2) litera (d) al aceluiași articol, referitor la săvârșirea unei abateri profesionale grave.

32. În pofida faptului că ordonanța de trimitere se concentrează pe lipsa caracterului definitiv al hotărârii la momentul la care Mantovani a depus declarațiile, activitățile administratorului său (emiterea de facturi false pentru o sumă de peste 9 milioane de euro și participarea la o organizație criminală) ar putea fi calificate drept abatere profesională gravă. În plus, chiar dacă administratorului respectiv îi încetase mandatul la momentul procedurii de cerere de ofertă, articolul 45 alineatul (2) litera (d) din Directiva 2004/18 vizează, de asemenea, comportamentul anterior al unui operator economic și include toate activitățile culpabile care aduc atingere credibilității sale profesionale⁶. Prin urmare, acțiunile administratorilor recent revocați pot avea efecte asupra evaluării acestei credibilități de către autoritatea contractantă.

33. În opinia Comisiei, este irelevant că hotărârea de condamnare a administratorului nu dobândise autoritate de lucru judecat la momentul depunerii declarațiilor. În jurisprudența sa, Curtea a statuat că motivele de excludere prevăzute la articolul 45 alineatul (2) literele (d) și (g) din Directiva 2004/18 nu impun ca operatorul economic să fi făcut obiectul unei condamnări definitive⁷. Atât dreptul Uniunii, cât și dreptul național permit ca dovedirea unei abateri profesionale grave să se realizeze prin orice mijloc, astfel încât simpla existență a unui proces penal ar putea fi suficientă.

34. Comisia adaugă că, atunci când autoritatea contractantă a verificat dacă a existat o abatere profesională gravă, aceasta trebuia să aibă în vedere măsurile de disociere care au fost adoptate de întreprindere pentru a se distanța de conduita infracțională a administratorului său.

35. Faptul că Mantovani nu a menționat existența unei proceduri penale împotriva administratorului său ar putea fi inclus de asemenea în motivul de excludere prevăzut la articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18. Obligația ofertantului de a declara existența unei abateri profesionale grave este independentă de competențele de control și de verificare oferite autorității contractante în temeiul articolului 45 alineatul (3) și al articolului 51 din Directiva 2004/18, întrucât acestea sunt limitate la o verificare pur formală sau la confirmarea rezultatelor deja cunoscute.

⁶ Comisia menționează în acest sens Hotărârea din 13 decembrie 2012, Forposta și ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punctul 27).

⁷ Hotărârea din 11 decembrie 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, punctul 28).

36. În sfârșit, Comisia susține că, având în vedere circumstanțele litigiului, aplicarea acestor motive de excludere nu se opune principiului proporționalității.

V. Analiză

A. *Observație preliminară*

37. Întrebările adresate Curții de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) vizează, în principiu, compatibilitatea unei norme de drept italian [articolul 38 alineatul 1 litera c) din CCP] cu Directiva 2004/18. Cu toate acestea, atât în procedura desfășurată în fața Consiliului de Stat, cât și în observațiile anumitor părți prezentate în cadrul procedurii preliminare, diferendul s-a extins la modalitatea de interpretare (și de aplicare) a dispoziției naționale, diferend pe care Curtea nu este competentă să îl soluționeze.

38. Răspunsul Curții se poate limita exclusiv la interpretarea Directivei 2004/18, cu scopul de a oferi clarificări instanței de trimitere cu privire la aspectul dacă norma națională, astfel cum este redată de aceasta, este contrară dreptului Uniunii. În cazul în care se constată compatibilitatea acestora, revine instanței naționale sarcina de a stabili modalitatea de interpretare și de aplicare a diverselor alineate ale articolului 38 din CCP.

39. Astfel cum vom arăta în continuare, legiuitorul italian dispune de o marjă largă de apreciere în ceea ce privește alegerea motivelor facultative de excludere a ofertanților prevăzute de Directiva 2004/18 și stabilirea conținutului acestora. Revine statelor membre sarcina de a stabili, în conformitate cu propriile opțiuni de politică legislativă, conținutul normelor naționale corespunzătoare, cu condiția ca acestea să nu contravină directivei menționate.

40. Faptul că Curtea a răspuns deja anumitor întrebări preliminare privind motivele facultative de excludere nu reprezintă un argument suficient pentru a declara inadmisibilitatea – astfel cum propune Provincia Bolzano – întrebării preliminare adresate în prezenta cauză de instanța de trimitere, întrucât aceasta prezintă elemente specifice care o disting de cele anterioare⁸.

B. *Formularea întrebării preliminare*

41. Din prezentarea situației de fapt realizată de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat), rezultă că Mantovani a fost exclusă din procedura de cerere de ofertă, întrucât a comunicat tardiv și în mod insuficient elementele de analiză necesare pentru a justifica distanțarea față de conduita administratorului său, care a fost condamnat înainte ca Mantovani să depună declarațiile la autoritatea contractantă.

42. Descriere situației de fapt permite, încă de la început, limitarea efectelor pe care le-ar putea avea asupra trimiterii preliminare prima dintre cele trei dispoziții ale dreptului Uniunii care fac obiectul acesteia [articolul 45 alineatul (2) litera (c) din Directiva 2004/18].

⁸ Nici împrejurarea invocată de Provincia Bolzano în ședință și susținută de asemenea în avizul emis de ANAC la 25 februarie 2015, conform căreia Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) a pronunțat deja o hotărâre într-o cauză similară, prin care a confirmat excluderea Mantovani dintr-o altă procedură de achiziție publică pentru motive asemănătoare, nu aduce atingere admisibilității acestei trimiteri preliminare. Prin hotărârea respectivă (numărul 6284), pronunțată la 22 decembrie 2014 de un alt complet (secția a 4-a) din cadrul Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) decât cel care formulează întrebarea preliminară (secția a 6-a), s-a constatat că excluderea Mantovani din procedura de atribuire era legală, întrucât nu a dovedit distanțarea efectivă de conduita infracțională a administratorilor săi, omițând să menționeze condamnările care le-au fost aplicate.

43. Dispoziția respectivă se referă la operatorul economic care „a făcut obiectul unei hotărâri cu autoritate de lucru judecat [...] privind o faptă care aduce atingere eticii profesionale”. La prima vedere, decizia autorității contractante nu pare să se întemeieze pe această ipoteză, probabil deoarece hotărârea de condamnare a administratorului a devenit definitivă la 29 martie 2014, ulterior momentului la care Mantovani a depus declarațiile privind cerințele generale impuse prin anunțul de participare (4 și 16 decembrie 2013).

44. Astfel, din motivarea deciziei administrative de excludere rezultă că autoritatea contractantă nu și-a întemeiat decizia în mod direct pe condamnarea penală a domnului B., ci pe comunicarea tardivă și insuficientă (de către Mantovani) a elementelor de analiză necesare pentru a dovedi că întreprinderea se distanțase de conduita sancționabilă a administratorului său. Prin urmare, aspectul determinant a constat în faptul că ofertantul nu a comunicat în mod oportun existența condamnării penale a domnului B., cu titlu de informație care dovedește, conform jurisprudenței naționale, distanțarea dintre întreprindere și administratorul său.

45. Astfel cum arată Comisia, această împrejurare ar putea induce ideea că motivul de excludere realmente aplicat nu se regăsea în articolul 45 alineatul (2) litera (c) din Directiva 2004/18, deși are legătură cu aceasta. Or, ar trebui să se considere că conduita adoptată de Mantovani poate fi încadrată în ipoteza prevăzută la litera (d) a aceluiași alineat, și anume săvârșirea „unei grave abateri profesionale, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica”.

46. Totuși, este cert că, deși dreptul italian a inclus motivul de excludere pentru săvârșirea unei „abateri grave” în articolul 38 alineatul 1 litera f) din CCP, întrebarea adresată de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) nu vizează acest motiv. Cu toate acestea, nu există niciun impediment pentru a include analiza motivului respectiv în răspunsul dat la întrebarea preliminară⁹.

47. Astfel cum Curtea a statuat în mod constant, „faptul că instanța de trimitere a formulat o întrebare preliminară făcând referire doar la anumite dispoziții ale dreptului Uniunii nu împiedică Curtea să îi furnizeze toate elementele de interpretare care pot fi utile pentru soluționarea cauzei cu care este sesizată, indiferent dacă instanța menționată s-a referit sau nu s-a referit la acestea în enunțul întrebărilor sale. În această privință, revine Curții sarcina de a extrage din ansamblul elementelor furnizate de instanța națională, în special din motivarea deciziei de trimitere, elementele dreptului Uniunii care necesită o interpretare având în vedere obiectul litigiului”¹⁰.

48. În același sens și în ceea ce privește domeniul de aplicare specific al Directivei 2004/18, Curtea a apreciat, în Hotărârea Croce Amica One Italia¹¹, că se impune să clarifice pentru instanța de trimitere că, în pofida faptului că aceasta părea să lege „comportamentul reprezentantului legal [...] numai de cauzele de excludere care se raportează la dreptul penal și care implică o condamnare prin hotărâre devenită definitivă, [...] motivele de excludere prevăzute la articolul 45 alineatul (2) literele (d) și (g) din directiva menționată dau autorităților contractante și puterea de a exclude orice operator economic ce s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica [...], fără a se impune ca împotriva operatorului economic să se fi pronunțat o condamnare prin hotărâre definitivă”.

49. Prin urmare, ar putea fi util ca răspunsul Curții să nu abordeze numai motivul de excludere prevăzut la articolul 45 alineatul (2) literele (c) și (g) din Directiva 2004/18 (la care se referă întrebarea preliminară), ci și pe cel prevăzut la litera (d). În concluzie, ar fi vorba despre clarificarea aspectului dacă o normă de drept național precum cea în discuție este contrară dispozițiilor Directivei 2004/18.

⁹ Conform observațiilor prezentate în ședință, nu ar exista impedimente procedurale de drept național pentru ca instanța de trimitere să ia în considerare această parte a răspunsului la întrebarea preliminară pentru a soluționa apelul.

¹⁰ Hotărârea din 22 octombrie 2015, Impresa Edilux și SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, punctul 20 și jurisprudența citată).

¹¹ Hotărârea din 11 decembrie 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435, punctul 28).

50. Subliniem că, în cazul unui răspuns afirmativ la întrebarea privind compatibilitatea legislației italiene cu Directiva 2004/18, revine instanței naționale sarcina de a stabili dacă, având în vedere circumstanțele din litigiu, autoritatea contractantă avea dreptul să excludă întreprinderea Mantovani din procedură, ca urmare a faptului că nu a informat-o cu privire la condamnarea penală aplicată unui fost administrator, al cărui mandat a încetat cu mai puțin de un an înainte de publicarea anunțului de participare.

C. Motivele facultative de excludere

51. Referitor la marja de apreciere de care beneficiază autoritățile contractante în ceea ce privește motivele facultative de excludere prevăzute la articolul 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18, în Concluziile prezentate în cauza Connexion Taxi Services¹² am reiterat aspectele reținute de Curte în Hotărârea La Cascina și alții¹³, în temeiul Directivei 92/50/CEE¹⁴ [al cărui articol 29 avea o redactare similară celei a articolului 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18]: că aplicarea motivelor facultative de excludere este lăsată la aprecierea statelor membre, astfel cum sugerează expresia „va putea fi exclus din participarea la un contract” care figura la începutul articolului 29. Statele membre nu pot adăuga motive de excludere celor prevăzute în dispozițiile citate, însă articolul 29 din Directiva 92/50 nu are în vedere o aplicare uniformă a acestor motive de excludere.

52. Atunci când era deja în vigoare Directiva 2004/18, Curtea a aplicat același raționament în Hotărârea Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici¹⁵, care, la punctul 35, reia argumentele prezentate în Hotărârea La Cascina și alții¹⁶. Aceasta reiterează că statele membre trebuie să precizeze condițiile de aplicare a articolului 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18 în temeiul dreptului intern și cu respectarea dreptului Uniunii. Prin urmare, Curtea confirmă din nou libertatea statelor membre de a alege și, dacă doresc, de a face mai flexibile criteriile de excludere, astfel cum a reiterat în Hotărârea din 14 decembrie 2016, Connexion Taxi Services¹⁷.

53. Astfel cum am remarcat, de asemenea, în respectivele concluzii¹⁸, din Hotărârea Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici¹⁹ rezultă că exercitarea acestui drept de către statele membre nu este totuși necondiționată. Pe de o parte, Uniunea acordă o importanță sporită libertății de stabilire și liberei prestări a serviciilor, ceea ce a determinat-o să ia măsuri pentru ca deschiderea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice să fie cât mai amplă posibil, iar aplicarea motivelor facultative de excludere ar putea împiedica acest obiectiv. Pe de altă parte, este legitim ca motivele de excludere să fie justificate de obiective de interes general precum garantarea fiabilității, a diligenței, a corectitudinii profesionale și a seriozității ofertantului. Pentru a evalua aceste interese divergente, Curtea aplică principiul proporționalității.

12 Cauza C-171/15, EU:C:2016:506, punctul 41 și următoarele.

13 Hotărârea din 9 februarie 2006 (C-226/04 și C-228/04, EU:C:2006:94, punctele 21 și 23).

14 Directiva Consiliului din 18 iunie 1992 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de servicii (JO 1992, L 209, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50).

15 Hotărârea din 10 iulie 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063).

16 Hotărârea din 9 februarie 2006 (C-226/04 și C-228/04, EU:C:2006:94).

17 C-171/15, EU:C:2016:948, punctul 29.

18 Cauza Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, punctul 44).

19 Hotărârea din 10 iulie 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063, punctele 29, 31 și 32).

D. Efectul asupra întreprinderii ofertante al infracțiunilor săvârșite de administratorii săi [articolul 45 alineatul (2) litera (c) din Directiva 2004/18]

54. Elementul definitoriu al (lipsei) fiabilității întreprinderii ofertante din prezenta cauză are la bază conduita infracțională a unui fost administrator la momentul la care mandatul său era în vigoare. Această infracțiune poate avea consecințe asupra întreprinderii gestionate de administratorul său? Răspunsul afirmativ este dat chiar de dreptul Uniunii, pornind de la premisa că persoanele juridice nu acționează decât prin intermediul administratorilor lor. Prin urmare, este logic ca aprecierea lipsei de credibilitate să se facă prin prisma infracțiunilor săvârșite de persoanele responsabile de conducerea întreprinderii.

55. Articolul 45 alineatul (1) *in fine* din Directiva 2004/18 permite ca solicitările de informații privind motivul de excludere (obligatoriu, iar nu facultativ) ca urmare a anumitor infracțiuni grave să se refere la „persoane fizice și persoane juridice, inclusiv, după caz, la directori de companii sau la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în ceea ce privește candidatul sau ofertantul”.

56. Din dispoziția citată rezultă, așadar, că anumite infracțiuni săvârșite de persoanele care administrează o persoană juridică sunt relevante pentru eliminarea sa, în mod obligatoriu, din procedura de participare la un contract de achiziții publice. În opinia noastră, nu există motive, din perspectiva dreptului Uniunii, pentru ca acest principiu să nu poată fi extins (de data aceasta, în mod facultativ) la alte tipuri de infracțiuni și inclusiv la comportamente nelegale ale administratorilor persoanelor juridice, în măsura în care efectele lor aduc atingere eticii profesionale a acestora din urmă.

57. Desigur, articolul 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18 nu conține, spre deosebire de alineatul (1), o dispoziție expresă în acest sens. Totuși, nu considerăm că această omisiune este determinantă pentru a împiedica dreptul național să condiționeze existența unora dintre motivele facultative de excludere a persoanelor juridice de comportamentul nelegal al administratorilor lor.

58. Astfel cum am menționat, articolul 45 alineatul (2) ultimul paragraf din Directiva 2004/18 conferă statelor membre o marjă amplă de apreciere pentru stabilirea „condițiilor de aplicare” a motivelor facultative de excludere. În temeiul acestei libertăți, normele naționale care reglementează caracteristicile concrete ale anumitor motive (de exemplu, cele privind probitatea întreprinderii ofertante) pot să includă, cu titlu de factor relevant, comportamentul administratorilor societății contrar eticii profesionale.

59. În aceeași măsură, având în vedere libertatea de reglementare de care beneficiază statele membre, nu există niciun impediment ca, pentru a aprecia motivele facultative de excludere, dreptul național să ia în considerare lipsa de distanțare a întreprinderii de comportamentul infracțional al administratorului său, atunci când acesta „aduce atingere eticii profesionale”. Legiuitorul național și, după caz, instanța investită cu soluționarea litigiului au de asemenea sarcina de a aprecia care sunt indiciile și factorii relevanți pe care îi pot utiliza pentru a determina dacă a existat sau nu a existat distanțarea respectivă.

60. Printre acești factori se află cei la care face referire instanța de trimitere, și anume caracterul spontan al distanțării, gradul mai mare sau mai mic de „reglementare a conduitelor care constituie cauze de nepedepsire”, momentul de referință și etapa procedurii în care trebuie să se realizeze această distanțare. Din nou, revine instanțelor naționale sarcina de a delimita domeniile de aplicare ale acestor elemente, care, în realitate, nu reprezintă decât „precizări” introduse de legiuitorul național pentru a defini conținutul motivelor facultative de excludere și al probelor pe baza cărora trebuie verificate²⁰.

²⁰ Vom analiza mijloacele de probă, în raport cu articolul 45 alineatul (3) din Directiva 2004/18, în cadrul analizei motivelor de excludere pentru abateri profesionale de la punctul 75 și următoarele din prezentele concluzii.

61. În cadrul întrebării preliminare, Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) subliniază că articolul 38 alineatul 1 litera c) din CCP, pe de o parte, „extinde” obligația de informare la hotărârile de condamnare, incluzând astfel situația în care acestea au fost pronunțate împotriva titularilor de funcții înalte în cadrul întreprinderilor ofertante, și, pe de altă parte, „prevede drept motiv corelativ de excludere” împrejurarea că „întreprinderea nu dovedește” că a existat o distanțare completă de conduita infracțională a acestor persoane.

62. Totuși, argumentele sus-menționate ne determină să afirmăm că Directiva 2004/18 nu împiedică legiuitorul național să stabilească acest motiv facultativ de excludere în termenii utilizați în CCP. Considerăm că nu s-ar putea aduce atingere libertății de stabilire și liberei prestări a serviciilor. În plus, este vorba despre un motiv de excludere prin care se urmărește asigurarea interesului general pe care se întemeiază cerințele de fiabilitate, de diligență și de corectitudine profesională ale ofertanților.

63. În același sens, apreciem că referirea făcută de instanța de trimitere (mai degrabă la modul general și în termeni insuficient argumentați) la „principiul[e] de drept al Uniunii ale protecției încrederii legitime și securității juridice, egalității de tratament, proporționalității și transparenței, interdicției privind îngreunarea procedurii și deschiderii maxime spre concurență a pieței contractelor de achiziții publice [...]” nu este relevantă în contextul litigiului.

64. În sfârșit, faptul că articolul 45 alineatul (2) litera (c) din Directiva 2004/18 nu face referire expresă la distanțarea întreprinderii de infracțiunile săvârșite de administratorii săi nu presupune că legiuitorul național nu poate include acest element în dispoziția corespunzătoare din CCP. Astfel cum am menționat, revine statelor membre sarcina de a stabili „condițiile de aplicare” ale articolului 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18 în dreptul lor național.

65. Prin urmare, o dispoziție precum articolul 38 alineatul 1 litera c) din CCP, în temeiul căreia se poate interzice participarea la procedurile de achiziții publice a întreprinderilor care nu dovedesc că s-au distanțat complet și efectiv de anumite infracțiuni²¹ săvârșite anterior de organele lor de conducere, este compatibilă cu dreptul Uniunii.

E. Excluderea unui operator economic ca urmare a faptului că nu a furnizat autorității contractante informația corespunzătoare [articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18]

66. Instanța de trimitere subliniază „libera apreciere a autorității contractante”, care i-ar permite „să introducă în mod efectiv” o obligație de informare (în sarcina întreprinderilor ofertante) „care nu este prevăzută de lege”. Aceeași autoritate ar trebui să stabilească, în plus, „o sarcină de colaborare loială neprecizată, în afară de trimiterea la condiția generală a bunei-credințe”.

67. În măsura în care aceste observații ale Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) pun la îndoială conduita unui organ administrativ care face obiectul controlului său jurisdicțional, revine acestei instanțe supreme sarcina de a determina consecințele în dreptul național²². Răspunsul la întrebarea preliminară nu trebuie să aducă atingere domeniilor care sunt de competența instanțelor naționale.

68. În plus, trebuie amintit că întrebarea preliminară a fost formulată pentru a determina incompatibilitatea unei legi naționale cu Directiva 2004/18. Din această perspectivă, răspunsul ar trebui să analizeze modul de redactare a articolului 38 alineatul 1 litera h) din CCP coroborat în acest caz cu articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18.

²¹ A se vedea enumerarea acestora de la nota de subsol 4. Toate acestea aduc atingere eticii profesionale a autorilor lor.

²² În ședință, anumite părți au invocat articolul 38 alineatul 2 și articolul 46 din CCP pentru a demonstra obligația ofertanților de a prezenta în declarațiile depuse la autoritatea contractantă hotărârile prin care au fost condamnați. Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) a făcut referire la aceleași dispoziții în hotărârea din 22 decembrie 2014, menționată la nota de subsol 8.

69. Cu toate acestea (astfel cum subliniază Provincia Bolzano în observațiile sale), excluderea nu a fost întemeiată pe acest motiv, ci pe faptul că tăcerea ofertantului reprezenta un indiciu al lipsei de distanțare față de conduita infracțională a administratorului. Prin urmare, considerăm că nu este neapărat necesară interpretarea articolului 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, având în vedere că norma națională prin intermediul căreia a fost transpusă această dispoziție nu a fost aplicată în prezenta cauză.

70. Totuși, apreciem că, în acest punct, norma națională nu poate fi criticată în niciun fel din perspectiva incompatibilității cu dreptul Uniunii, întrucât modul său de redactare coincide, în esență, cu cel al normei comunitare pe care o transpune. Ambele dispoziții interzic ofertanților să furnizeze informații false autorității contractante. Articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18 adaugă că excluderea acestora se poate dispune nu numai ca urmare a declarațiilor false, ci și în cazul în care nu furnizează informații privind „criteriile calitative de selecție” (titlul II capitolul VII secțiunea 2 din directivă).

71. Cu toate acestea, ascunderea acțiunilor penale ale fostului administrator în fața autorității contractante ar putea reprezenta de asemenea – astfel cum vom analiza în continuare – un element de analiză aflat la dispoziția instanței naționale pentru a aprecia dacă a existat o abatere profesională gravă.

F. Excluderea unui operator economic pentru o abatere profesională gravă [articolul 45 alineatul (2) litera (d) din Directiva 2004/18]

72. Cu toate că întrebarea formulată de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) nu vizează în mod expres motivul respectiv de excludere, nimic nu împiedică Curtea să își prezinte considerațiile cu privire la acesta, astfel cum s-a arătat anterior. Observațiile părților prezentate în cadrul ședinței s-au concentrat exact pe această chestiune, la solicitarea Curții.

73. „Abaterea profesională” la care se referă articolul 45 alineatul (2) litera (d) din Directiva 2004/18 include orice comportament culpabil și care aduce atingere credibilității profesionale a operatorului economic²³. Noțiunea „abatere gravă” se referă la un comportament care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate²⁴. O hotărâre de condamnare, chiar dacă nu este definitivă²⁵, constituie un indiciu adecvat pentru ca fapte relevante din punct de vedere penal să fie puse în legătură cu persoana care a săvârșit abaterea profesională gravă²⁶. Însăși hotărârea reprezintă un mijloc legitim de probă obiectivă cu privire la modul în care s-a realizat administrarea ofertantului.

74. În temeiul acestor premise și având în vedere natura infracțiunilor pentru care a fost condamnat administratorul, care denotă în mod cert lipsa de etică antreprenorială în exercitarea activității profesionale, lipsa de distanțare a Mantovani față de comportamentul respectiv ar putea fi inclusă, în mod legitim, în acest motiv de excludere.

23 Mantovani susține că, în dreptul național, singurele abateri grave care ar putea să îndeplinească condițiile prevăzute la articolul 38 alineatul 1 litera f) din CCP sunt cele care au avut loc în contextul raporturilor sale anterioare cu autoritățile contractante (cu toate că admite că acestea ar putea fi extinse și la alte domenii, precum cel al infracțiunilor în materia concurenței). Chiar dacă ar fi adevărat (susținere care este contestată de Provincia Bolzano), această împrejurare nu ar aduce atingere răspunsului la întrebarea preliminară, care se limitează la interpretarea articolului 45 alineatul (2) litera (d) din Directiva 2004/18, în temeiul căruia este evident că nu există această presupusă restricție. În plus, trebuie să se țină seama de faptul că Consiglio di Stato (Consiliul de Stat) a reiterat că formularea articolului 38 alineatul 1 litera f) din CCP „reproduce norma comunitară și, în consecință, dobândesc relevanță toate abaterile profesionale săvârșite” (hotărârea nr. 5299 pronunțată de Secția a 5-a la 20 noiembrie 2015 în recursul nr. 7974/2012).

24 Hotărârea din 13 decembrie 2012, Forposta și ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punctele 27, 30 și 31).

25 La punctul 28 din Hotărârea din 11 decembrie 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), Curtea a subliniat că, în ceea ce privește abaterea profesională gravă, nu este necesar ca operatorul economic să fi fost condamnat prin hotărâre definitivă.

26 Hotărârea din 13 decembrie 2012, Forposta și ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punctul 28).

75. În acest sens, este necesar să se delimiteze planul material de cel care vizează dovedirea faptelor. În ceea ce privește această dovedire, articolul 45 alineatul (3) din Directiva 2004/18 contribuie la stabilirea logicii și a sistemului mijloacelor de informare pe care autoritatea contractantă le poate utiliza pentru a aprecia fiabilitatea ofertantului.

76. Dispoziția citată impune autorităților contractante să accepte drept probă mijloacele pe care le enumeră în ipotezele prevăzute la articolul 45 alineatul (1) și alineatul (2) literele (a), (b), (c), (e) și (f). Acestea reprezintă situații în care există o posibilitate (relativ facilă) de constatare oficială a comportamentului, prin intermediul registrelor sau al certificatelor transmise de instituțiile publice.

77. Pe de altă parte, în ceea ce privește celelalte situații [și anume, cele prevăzute la articolul 45 alineatul (2) literele (d) și (g) din Directiva 2004/18], nu există o astfel de condiționare privind documentele. Este logic să fie așa, întrucât, pentru aceste motive de excludere (abatere profesională gravă și declarații false sau nefurnizarea informațiilor necesare), există posibilități de dovedire mai ample. Legislația statelor membre nu este atât de armonizată încât să permită stabilirea uniformă a instrumentelor sau a mecanismelor prin intermediul cărora să se constate oficial aceste împrejurări.

78. În cazul în care este vorba despre motive facultative de excludere în privința cărora nu este prevăzut un mijloc oficial de constatare, precum în cazul abaterii profesionale grave, marja de apreciere a autorității contractante nu este condiționată de vreun document sau certificat prestabilit. O asemenea abatere poate fi apreciată pe baza informațiilor referitoare la faptele relevante, de care dispune, din orice surse, autoritatea contractantă.

79. În ceea ce privește proba, nu trebuie să pierdem din vedere că, în prezenta cauză, niciuna dintre părți nu a contestat existența – documentată în mod corespunzător – a hotărârii de condamnare (pe baza acordului de recunoaștere a vinovăției) a administratorului societății Mantovani pentru săvârșirea unor infracțiuni care aduceau atingere eticii profesionale în perioada în care exercita funcții de conducere în cadrul acesteia.

80. Pornind de la această circumstanță incontestabilă, revine instanțelor naționale care au fost sesizate cu pretențiile Mantovani să determine dacă societatea ofertantă s-a distanțat sau nu s-a distanțat, în mod efectiv și complet, de comportamentul infracțional al administratorului său. Prin urmare, dezbaterea se transferă în planul pe care l-am denumit „material”, îndepărtându-se de cel pur procesual.

81. În prezentul litigiu, trebuie să se analizeze comportamentul Mantovani nu numai din perspectiva clasificării faptelor, ci și din perspectiva proporționalității răspunsului dat de autoritatea contractantă. Un element care ar putea fi relevant în acest sens este distanța temporală dintre conduita infracțională, acțiunile întreprinderii și data anunțului de participare.

82. Or, considerăm că termenul prevăzut de CCP (un an anterior datei anunțului de participare) este rezonabil pentru a analiza legătura dintre conduita administratorului și întreprindere, în ceea ce privește acțiunile imediat anterioare procedurii de cerere de ofertă. În plus, acest termen nu implică o prezumție absolută de complicitate a societății cu activitățile administratorului, întrucât acesteia i se permite să dovedească distanțarea sa efectivă și completă de acesta.

83. În ultimul rând, considerăm că competențele de apreciere pe care norma națională le conferă autorității contractante nu conduc în mod inevitabil la un rezultat disproportionat. Dimpotrivă, apreciem că articolul 38 alineatul 1 litera c) din CCP respectă coerența necesară între mijloacele utilizate și obiectivul urmărit, și anume acela de a elimina din aceste proceduri de selecție ofertanții care nu sunt demni de încredere, tocmai pentru că nu s-au distanțat de conduita infracțională anterioară a administratorilor lor în anumite termene.

84. În sfârșit, excluderea ofertantului nu intervine în mod automat²⁷, ci reprezintă rezultatul aprecierii prudente *ad casum* pe care trebuie să o realizeze autoritatea contractantă. Ofertantul nu este pus într-o situație delicată nici în ceea ce privește susținerea poziției sale juridice, întrucât i se oferă posibilitatea unui control efectiv, efectuat de instanțe, cu privire la exercitarea de către administrație a puterii sale de apreciere a îndeplinirii sarcinilor profesionale ale operatorului.

85. În concluzie, nu există motive care să justifice incompatibilitatea cu dreptul Uniunii a normei naționale care face obiectul întrebării preliminare a instanței de trimitere.

VI. Concluzie

86. În temeiul considerațiilor anterioare, propunem să se răspundă Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia) după cum urmează:

„Articolul 45 alineatul (2) literele (c), (d) și (g) și alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii nu se opune unei dispoziții de drept național care permite autorității contractante:

- să ia în considerare o pedeapsă penală aplicată administratorului unei întreprinderi ofertante pentru săvârșirea unei infracțiuni care aduce atingere eticii profesionale, atunci când mandatul acestuia a încetat în anul anterior publicării anunțului de participare, chiar dacă hotărârea de condamnare nu era încă definitivă la momentul respectiv;
- să excludă de la participarea la procedura de cerere de ofertă întreprinderea ofertantă respectivă, ca urmare a faptului că nu s-a distanțat în mod complet și efectiv de conduita administratorului sancționată penal.”

²⁷ Din Hotărârea din 13 decembrie 2012, Forposta și ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, punctul 31), rezultă că automatismul (în ceea ce privește excluderea ofertantului care a săvârșit abateri grave) ar putea depăși marja de apreciere conferită statelor membre de articolul 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18.