



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SANCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 21. junija 2017¹

Zadeva C-178/16

**Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A.,
Guerrato S.p.A.
proti**

**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),
ob udeležbi**

**Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.,
Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,
ki ga je vložilo Consiglio di Stato (državni svet, Italija))

„Javna naročila – Izjava o neobstoju pravnomočnih kazenskih obsodb nekdanjih poslovdij
ponudnika – Obveznost družbe dokazati, da se je v celoti in dejansko distancirala od ravnanja
nekdanjega poslovdje, sicer se jo izključi – Naročnikova presoja zahtev v zvezi s to obveznostjo“

1. Italijanska zakonodaja o javnih naročilih prepoveduje (v odtenkih, ki jih analiziram spodaj) oddajo javnih naročil tistim, ki so bili obsojeni za huda kazniva dejanja, s katerimi so oškodovali državo „ali Skupnost“, zaradi česar je omajana njihova poklicna integriteta. Ta prepoved se razširja na podjetja, katerih poslovdje so bili kaznovani za navedena dejanja, razen če ta podjetja dokažejo, da so se v celoti in dejansko distancirala od kaznivega ravnanja svojih poslovdij.
2. Consiglio di Stato (državni svet, Italija) mora odločiti o pritožbi zoper sodbo, s katero je bila potrjena odločba naročnika, ki je iz javnega razpisa izločil ponudnika, katerega poslovdja je bil obsojen za eno od navedenih kaznivih dejanj. Da bi razrešilo spor, v bistvu sprašuje Sodišče, ali je italijanski predpis, na podlagi katerega je bil ponudnik izključen, v skladu z Direktivo 2004/18/ES.²
3. Predlog za sprejetje predhodne odločbe omogoča Sodišču, da oblikuje sodno prakso v zvezi s pooblastilom držav, da določijo in spremenijo vsebino neobveznih razlogov za izključitev ponudnikov, določenih v Direktivi 2004/18.

¹ Jezik izvirnika: španščina.

² Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

Direktiva 2004/18

4. Člen 45 („Osebni položaj kandidata ali ponudnika“) določa:

„1. Vsak kandidat ali ponudnik, ki mu je zaradi enega ali več razlogov navedenih spodaj, izrečena pravnomočna sodba, s katero je naročnik seznanjen, je izključen iz postopka pri oddaji javnega naročila:

- (a) sodelovanje v kriminalnih združbah iz člena 2(1) Skupnega ukrepa Sveta 98/773/PNZ;
- (b) korupcija iz člena 3 Akta Sveta z dne 26. maja 1997 in člena 3(1) Skupnega ukrepa Sveta 98/742/PNZ;
- (c) goljufija v smislu člena 1 Konvencije o zaščiti finančnih interesov Evropskih skupnosti;
- (d) pranje denarja iz člena 1 Direktive Sveta 91/308/EGS z dne 10. junija 1991 o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja.

Države članice morajo določiti izvedbene pogoje za ta odstavek v skladu s svojo nacionalno zakonodajo in ob upoštevanju zakonodaje Skupnosti.

Določijo lahko tudi odstopanje od zahteve iz prvega pododstavka zaradi prevladujočih zahtev v splošnem interesu.

Za namene tega odstavka morajo naročniki, kadar je to primerno, zahtevati od kandidatov ali ponudnikov, da predložijo dokumente iz odstavka 3, ter lahko v primeru dvomov v zvezi z osebnim položajem teh kandidatov ali ponudnikov zaprosijo pristojne organe, da pridobijo vse informacije o osebnem položaju zadevnih kandidatov ali ponudnikov, za katere menijo, da so potrebni. Če informacije zadevajo kandidata ali ponudnika s sedežem v državi, ki ni država naročnika, lahko naročnik zaprosi pristojne organe za sodelovanje. Ob upoštevanju nacionalne zakonodaje države članice, kjer imajo kandidati ali ponudniki sedež, se morajo te zahteve nanašati na pravne in/ali fizične osebe, vključujoč, če je to primerno, direktorje družbe in katero koli drugo osebo, pooblaščen za zastopanje, odločanje ali nadzor v zvezi s kandidatom ali ponudnikom.

2. Vsak gospodarski subjekt je lahko izključen iz postopka oddaje naročila, če:

[...]

- (c) je bil s pravnomočno sodbo v skladu s pravnimi predpisi zadevne države obsojen za prestopok [kaznivo dejanje], [zaradi česar je omajana njegova poklicna integriteta] v zvezi z njegovim poklicnim ravnanjem;
- (d) je bil spoznan za krivega zaradi hude poklicne napake, ki je bil[a] dokazan[a] s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo;

[...]

(g) je kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih v skladu s tem poglavjem, ali teh informacij ni zagotovil.“

5. Člen 45(3) določa:

„Kot zadosten dokaz, da noben primer iz odstavkov [...] 2[...] (c) [...] ne velja za gospodarski subjekt, morajo naročniki sprejeti naslednje:

(a) [...] izpis[...] iz ‚sodnega registra‘ [kazenske evidence] ali, če tega ni, enakovreden dokument, ki ga izda pristojni sodni ali upravni organ v državi izvora ali v državi, iz katere oseba prihaja, in iz katerega je razvidno, da so te zahteve izpolnjene;

[...]“

B. Italijansko pravo

6. Glede na predložitevno odločbo člen 38(1)(c) navedene zakonske uredbe št. 163/2006³ v različici, ki velja *ratione temporis* za to dejansko stanje, določa, da razlog za izključitev [iz sodelovanja v postopkih oddaje javnih naročil gradenj, blaga in storitev], in sicer izdaja pravnomočne obsodilne sodbe ali naložitev kazni na podlagi poravnave med strankami v smislu člena 444 in naslednjih Codice di procedura penale (zakonik o kazenskem postopku) za kazniva dejanja, opredeljena v njem,⁴ „velja tudi za subjekte, katerih [poslovodna] funkcija je prenehala v letu pred datumom objave razpisa, če podjetje ne dokaže, da se je v celoti in dejansko distanciralo od kazensko sankcioniranega ravnanja“.

7. Točki (f) in (h) člena 38(1) zakonske uredbe št. 163/2006 prav tako določata izključitev iz te vrste razpisov, in sicer: (i) tistih, ki so storili hudo napako pri opravljanju svoje poklicne dejavnosti, ki jo ugotovi naročnik na podlagi kakršnega koli dokaznega sredstva; in (ii) tistih, ki so predložili zavajajočo izjavo ali zavajajoče dokumente v zvezi z merili in pogoji, pomembnimi za sodelovanje na javnem razpisu.

II. Dejansko stanje spora in vprašanje za predhodno odločanje

8. Dne 27. julija 2013 je bilo v *Uradnem listu Evropske unije*⁵ objavljeno obvestilo o razpisu za financiranje, izdelavo projektne in izvedbene dokumentacije, gradnjo in upravljanje novega zapora v Bolzanu. Vrednost javnega naročila je znašala 165.400.000 EUR.

9. Družba Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani s.p.a. (v nadaljevanju: Mantovani) se je v svojem imenu in kot glavni pooblaščenec začasnega združenja podjetij prijavila na javni razpis z dvema izjavama (z dne 4. in 16. decembra 2013) v zvezi z izpolnjevanjem splošnih zahtev iz razpisa.

10. Natančneje, družba Mantovani je (v prvi od teh izjav) navedla, da je funkcija gospoda B., nekdanjega predsednika upravnega odbora ter hkrati poslovodje in zakonitega zastopnika, prenehala 6. marca 2013 in da njej ni znano, da bi bila zoper njega izrečena katera od odločb, opisanih v členu 38(1)(c) CCP. Druga izjava je bila podobna.

³ Decreto legislativo de 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (zakonska uredba z dne 12. aprila 2006 št. 163, zakonik o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga za izvajanje direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES) (GURI št. 100, z dne 2. maja 2006) (v nadaljevanju: CCP).

⁴ Kazniva dejanja „sodelovanja v kriminalnih združbah, korupcije, goljufije in pranja denarja, kakor so opredeljena v navedenih določbah člena 45(1) Direktive 2004/18“.

⁵ S 145-251280.

11. Naročnik je na seji z dne 9. januarja 2014 družbo Mantovani pripustil k razpisu, vendar z zadržkom, dokler ne dobi pojasnil, saj je bilo glede na objave v lokalnem tisku „znano dejstvo“, da se je gospod B., potem ko je bil obtožen vodenja sistema fiktivnih računov, poravnal, da se mu izreče eno leto in 10 mesecev zapora.

12. Naročnik je zato, da bi preveril, ali so izpolnjene zahteve, pridobil potrdilo iz kazenske evidence v zvezi z gospodom B., iz katerega je bilo razvidno, da je bil obsojen na zaporno kazen enega leta in 10 mesecev zaradi različnih kaznivih dejanj (sodba Tribunale di Venezia (sodišče v Benetkah, Italija) z dne 5. decembra 2013, ki je postala pravnomočna 29. marca 2014).

13. Naročnik je na seji z dne 29. maja 2014 izjavil, da ne bo preklical zadržka za pripustitev družbe Mantovani k razpisu, in jo 3. junija 2014 prosil za dodatna pojasnila v zvezi z navedeno sodbo.

14. Družba Mantovani je z dopisoma z dne 10. junija 2014 in 17. oktobra 2014 predložila zahtevana pojasnila ter navedla, da:

- je bila sodba objavljena in je postala pravnomočna po tem, ko je vložila izjavi o izpolnjevanju splošnih zahtev;
- je sprejela vrsto ukrepov, ki naj bi dokazovali pravočasno, dejansko in popolno distanciranje od ravnanja gospoda B. Ta naj bi bil takoj odstavljen z vseh funkcij v skupini Mantovani, ki je notranje reorganizirala upravne organe družbe, odkupila delnice v lasti gospoda B. in proti njemu vložila odškodninsko tožbo.

15. Naročnik je Autorità nazionale anticorruzione (nacionalni organ za boj proti korupciji, v nadaljevanju: ANAC) zaprosil za mnenje, ta pa ga je izdal 25. februarja 2015, v katerem je v bistvu navedel:

- Če ponudnik v zvezi s osebami, katerih funkcije so prenehale v letu pred objavo obvestila o javnem naročilu, dal izjavo, ki bi v zvezi z razlogom za izključitev iz člena 38(1)(c) CCP potrjevala, da glede njih ni podan razlog za izključitev, z navedbo „kolikor mi je znano“, s čimer naj bi omogočil identifikacijo navedenih oseb, mora naročnik izvesti ustrezna preverjanja.
- V obravnavanem primeru se ni ugotovilo, da je bila izjava lažna glede na to, da je zato morala obstajati pravnomočna sodba, in ne le kazenski postopek, ki je še tekkel.
- Naročnik je moral presojati dejansko uspešnost ukrepov, ki jih je sprejela družba Mantovani, da bi dokazala, da se je družba dejansko in v celoti distancirala od kaznivih dejavnosti nekdanjega poslovođe.
- Ti ukrepi bi lahko bili ogroženi zaradi opustitve družbe Mantovani, ki v postopku oddaje javnega naročila ni omenila zadevne obsodilne sodbe. V skladu s sodno prakso, če naročnik ni pravočasno obveščen o poteku kazenskega postopka, je to v zvezi z osebami, omenjenimi v členu 38(1)(c) CCP, znak, ki kaže na neobstoj distanciranja, zaradi kršitve dolžnosti lojalnega sodelovanja.

16. Naročnik je glede na mnenje ANAC 27. februarja 2015 odločil, da bo družbo Mantovani izključil iz postopka oddaje javnega naročila, ker mu je pozno in pomanjkljivo sporočila informacije za oceno, ki so potrebne, da bi dokazala distanciranje od obsojenega poslovođe. Dodal je, da je do njegove obsodbe prišlo, preden sta bili predloženi izjavi v okviru postopka oddaje javnega naročila, tako da bi ga družba Mantovani o njej lahko obvestila.

17. Družba Mantovani je izpodbijala izključitev pri Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionalno upravno sodišče, avtonomni oddelek v Bolzanu, Italija), ki je s sodbo št. 270 z dne 27. avgusta 2015 odločilo, da je tožba nedopustna v delu, v katerem se izpodbija mnenje ANAC, ki je procesni akt, in oddajo naročila, ki še ni bila izvedena do konca. V isti sodbi je zavrnilo tožbene razloge, ki so bili navedeni v zvezi z dostopom do vseh dokumentov razpisne dokumentacije, in presodilo, da ni bilo dokazano, da se je družba distancirala od kaznivega ravnanja nekdanjega poslovodje.

18. Družba Mantovani je navedeno sodbo izpodbijala pri Consiglio di Stato (državni svet), pri čemer je kot enega od pritožbenih razlogov navedla nezdržljivost člena 38 CCP s pravom Unije in predlagala Consiglio di Stato (državni svet), naj poda Sodišču predlog za sprejetje predhodne odločbe.

19. Consiglio di Stato (državni svet) je z odločbo z dne 1. decembra 2015 postavilo to vprašanje za predhodno odločanje:

„Ali je nacionalna zakonodaja, kakršna je tista iz člena 38(1)(c) zakonske uredbe št. 163 z dne 12. aprila 2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, zakonik o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga za izvajanje direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES), kakor je bila spremenjena, v nasprotju s pravilno uporabo člena 45(2)(c) in (g) ter (3)(a) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 [...] in načeli evropskega prava glede varstva legitimnih pričakovanj in pravne varnosti, enakega obravnavanja, sorazmernosti in preglednosti, prepovedi zavlačevanja postopka, čim večje odprtosti trga javnih naročil konkurenci, pa tudi taksativnega in jasnega določanja kaznivih ravnanj v delu,

- v katerem je vsebina v tem členu določene obveznosti izjave o neobstoju pravnomočnih obsodilnih sodb (vključno s sodbami o naložitvi kazni na podlagi poravnave med strankami) za kazniva dejanja, navedena v njej, razširjena na subjekte, ki so bili nosilci funkcij v podjetjih, ki sodelujejo v postopku javnega razpisa, in katerih funkcija je prenehala v letu pred objavo obvestila o razpisu,
- in obstaja s tem povezan razlog za izključitev iz postopka oddaje javnega naročila, če podjetje ne dokaže, da se je dejansko in v celoti distanciralo od kazensko preganjanega ravnanja,
- pri čemer se naročniku prepusti, da prosto presodi, ali je bilo distanciranje zadostno, in mu zadevna nacionalna zakonodaja dopušča, da dejansko naloži (sicer je podjetje izključeno iz razpisa):
 - (i) obveznost obveščanja in izjave v zvezi s kazenskimi zadevami, o katerih še ni bilo odločeno s pravnomočno sodbo (in je zato izid po definiciji negotov), ki ni določena z zakonom niti v zvezi s subjekti, ki so nosilci funkcij;
 - (ii) obveznost distanciranja na lastno pobudo, pri čemer niso določene vrste ravnanj, ki so podlaga za izključitev odgovornosti, s tem povezano referenčno obdobje (ki je tudi obdobje pred pravnomočnostjo kazenske sodbe) in faza postopka, v kateri je treba to obveznost izpolniti;
 - (iii) obveznost lojalnega sodelovanja, ki ni jasno opredeljena, razen da napotuje na splošno načelo dobre vere?“

III. Postopek pred Sodiščem

20. Predložitvena odločba je prispela v tajništvo Sodišča 24. marca 2016.

21. Družba Mantovani, avtonomna pokrajina Bolzano, italijanska vlada in Evropska komisija so predložile pisna stališča v roku, določenem v členu 23, drugi odstavek, Statuta Sodišča.

22. Ko je bilo odločeno, da se obravnava opravi, so bili udeleženci v skladu s členom 61(2) Poslovnika Sodišča pozvani, naj svoje navedbe osredotočijo na razlago člena 45(2)(d) Direktive 2004/18.

23. Obravnava je potekala 5. aprila 2017, udeležile pa so se je družba Mantovani, avtonomna pokrajina Bolzano, italijanska vlada in Evropska komisija.

IV. Povzetek stališč strank

24. Družba Mantovani meni, da je člen 38(1)(c) CCP v nasprotju s členom 45(2) Direktive 2004/18, saj razširja razlog za izključitev (ki izhaja iz kazenske obsodbe) na tiste, ki so bili poslovodje do enega leta pred objavo obvestila o javnem naročilu, in ker zahteva, da družba dokaže dejansko distanciranje od navedenih poslovodij.

25. Meni, da poslovodje, ki jim je funkcija prenehala, nimajo več vpliva v družbi, zaradi česar je obveznost, da ta predloži informacije v zvezi s tem, poleg tega da je nepotrebna, tudi nesorazmerna in pomeni breme, ki je v nasprotju z načelom čim večje konkurence v okviru javnih naročil.

26. Čeprav priznava, da pravo Unije taki razširitvi ne nasprotuje, naj bi bila dodatna obveznost dokazati dejansko distanciranje podjetja v navzkrižju z njim, saj gre za popolnoma nedoločno obveznost, ki jo naročnik presoja samovoljno. Ker naj sodna odločba ne bi bila pravnomočna, ker naj ne bi bili natančno določeni način dokazovanja, obdobje, za katero je treba predložiti dokazila, niti stopnja postopka, na kateri je to treba dokazovati, ter ker naj ne bi bilo podrobno navedeno, kaj naj bi tvorilo obveznosti lojalnega sodelovanja, ki naj bi jih imel ponudnik, naj bi bila prizadeta predvsem pravna varnost.

27. Avtonomna pokrajina Bolzano meni, da je vprašanje za predhodno odločanje nedopustno, saj:

- naj bi bilo podobno vprašanju, o katerem je Sodišče že odločalo v sodbi z dne 10. julija 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), zlasti v točki 36 navedene sodbe v zvezi s pristojnostjo držav članic, da v svoje ureditve vključijo neobvezne razloge za izključitev in da spremenijo njihovo vsebino;
- izključitev družbe Mantovani ni bila posledica kršitve obveznosti obveščanja ali izjave, temveč je bila posledica nepravočasnosti in neustreznosti ukrepov, sprejetih zato, da bi z njimi dokazala svojo popolno in dejansko distanciranje od kaznivega ravnanja svojega nekdanjega poslovodje. V tem smislu je sklicevanje na člen 45(2)(g) in (3)(a) Direktive 2004/18 brezpredmetno.

28. Avtonomna pokrajina Bolzano z vsebinskega vidika meni, da med določbami člena 38(1)(c) CCP in Direktivo 2004/18 ni nobenega trenja. Člen 45 zadnjenavedene naj bi državam članicam podelil svobodo pri izbiri, katere neobvezne razloge za izključitev (med tistimi, navedenimi v njegovem drugem odstavku) bodo prenesle v nacionalno pravo, in pri tem, da opredelijo, kako naj naročniki presojajo elemente, ki sestavljajo izbrane razloge. Sporna nacionalna določba naj bi bila v skladu s tem.

29. Italijanska vlada navaja, da je *ratio legis* člena 45 Direktive 2004/18 in člena 38 CCP zagotoviti moralno, gospodarsko in strokovno zanesljivost tistih, ki želijo izvajati javna naročila za upravo. Italijanski zakonodajalec je sprejel manj strogo ureditev od Direktive, saj je omejil paleto kaznivih ravnanj, ki utemeljujejo izključitev.

30. Izključitev podjetja zaradi ravnanja njegovih poslovodij je po mnenju italijanske vlade utemeljena ravno iz tega istega *ratio legis*: brez te določbe bi se ponudnik lahko enostavno izognil nadzoru njegove zanesljivosti. Poleg tega ima ponudnik možnost naročniku dokazati, da se je popolnoma distanciral od kaznivih ravnanj svojih poslovodij.

31. Komisija poudarja, da je zato, da se da koristen odgovor, treba uporabiti tudi točko (d) drugega odstavka člena 45 Direktive 2004/18 v zvezi s storitvijo hude poklicne napake, čeprav predložitveno sodišče prosi za razlago člena 45(2)(c) in (g) ter (3)(a) te direktive.

32. Čeprav se predložitvena odločba osredotoča na to, da sodba še ni bila pravnomočna, ko je družba Mantovani predložila svoji izjavi, bi bilo mogoče dejavnosti njenega poslovdje (izdaja fiktivnih računov v višini več kot devet milijonov eurov in povezovanje z zločinci) opredeliti kot hude poklicne napake. In čeprav so v trenutku razpisa njegove funkcije že prenehale, se člen 45(2)(d) Direktive 2004/18 nanaša tudi na predhodno ravnanje gospodarskega subjekta in obsega vsa krivdna ravnanja, ki vplivajo na njegovo poklicno zanesljivost.⁶ Ravnanje poslovdij, ki jim je funkcija prenehala pred kratkim, torej lahko vpliva na naročnikovo presojo te zanesljivosti.

33. Komisija meni, da ni pomembno, da obsodba poslovdje še ni bila pravnomočna v trenutku, ko sta bili izjavi poslani. Sodišče je v svoji sodni praksi odločilo, da razloga za izključitev, navedena v členu 45(2)(d) in (g) Direktive 2004/18, ne zahtevata, da je gospodarski subjekt pravnomočno obsojen.⁷ Tako pravo Unije kot nacionalno pravo dopuščata, da je mogoče dokazati hudo poklicno napako s kakršnim koli sredstvom, tako da bi sam obstoj kazenskega postopka lahko zadostoval.

34. Komisija dodaja, da je moral naročnik za presojo, ali je bila storjena huda poklicna napaka, upoštevati ukrepe, sprejete zaradi distanciranja, ki jih je ponudnik sprejel, zato da se je distanciral od kaznivega ravnanja svojega poslovdje.

35. To, da družba Mantovani ni upoštevala kazenskega postopka, ki je tekel zoper njenega poslovdjo, bi prav tako lahko pomenilo razlog za izključitev iz člena 45(2)(g) Direktive 2004/18. Obveznost ponudnika, da poda izjavo o obstoju hude poklicne napake, je neodvisna od pooblastil za nadzor in preverjanje, ki sta podeljeni naročniku v skladu s členoma 45(3) in 51 Direktive 2004/18, saj gre le za popolnoma formalno preverjanje oziroma za potrditev že znanih rezultatov.

36. Nazadnje Komisija trdi, da v okoliščinah spora uporaba teh razlogov za izključitev ni v nasprotju z načelom sorazmernosti.

V. Analiza

A. Uvodno pojasnilo

37. Vprašanje, ki ga je Consiglio di Stato (državni svet) predložilo Sodišču, se načeloma nanaša na združljivost določbe italijanskega prava (člena 38(1)(c) CCP) z Direktivo 2004/18. Vendar se je tako v razpravi pred tistim sodiščem kot v stališču ene od strank med postopkom predhodnega odločanja spor razširil na to, kako je treba razlagati (in uporabiti) nacionalno določbo, kar pa je polemika, v kateri Sodišče ne more sodelovati, saj za to ni pristojno.

38. Odgovor Sodišča se lahko omeji samo na razlago Direktive 2004/18, da pojasni predložitvenem sodišču, ali je nacionalni predpis, kot ga opisuje zadnjenavedeno sodišče, v nasprotju s predpisom Unije. Če se ugotovi njegova združljivost, je naloga nacionalnega sodišča, da razjasni, kako je treba razlagati in uporabiti različne odstavke člena 38 CCP.

6 V tem smislu navaja sodbo z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, točka 27).

7 Sodba z dne 11. decembra 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, točka 28).

39. Kakor bom analiziral v nadaljevanju, ima italijanski zakonodajalec široko diskrecijsko pravico pri določanju neobveznih razlogov za izključitev ponudnikov, ki jih določa Direktiva 2004/18, in opredelitvi njihove vsebine. Če ni v nasprotju z navedeno direktivo, je naloga držav članic, da v skladu z lastnimi možnostmi zakonodajne politike določijo vsebino ustreznih nacionalnih predpisov.

40. To, da je Sodišče že odgovorilo na nekatera vprašanja za predhodno odločanje v zvezi z neobveznimi razlogi za izključitev, ni zadosten razlog za to, da se – kakor predlaga avtonomna pokrajina Bolzano – za nedopustno razglasi vprašanje, ki ga tu zastavlja predložitveno sodišče, saj ima svojstvene elemente, zaradi katerih se razlikuje od prejšnjih vprašanj.⁸

B. Formulacija vprašanja za predhodno odločanje

41. Iz opisa Consiglio di Stato (državni svet) je mogoče razbrati, da je bila družba Mantovani izločena iz postopka oddaje javnega naročila, ker je pozno in pomanjkljivo sporočila informacije za oceno, ki so potrebne, da bi dokazala svoje distanciranje od ravnanja svojega poslovodje, ki je bil obsojen, preden je predložila svoji izjavi naročniku.

42. Opis dejanskega stanja že od začetka omogoča omejiti učinek, ki bi ga za predlog za sprejetje predhodne odločbe lahko imela prva od treh določb prava Unije, na katere se predlog nanaša (člen 45(2)(c) Direktive 2004/18).

43. Ta določba se nanaša na gospodarski subjekt, ki „je bil s pravnomočno sodbo [...] obsojen za prestopek [kaznivo dejanje][, zaradi česar je omajana njegova poklicna integriteta] v zvezi z njegovim poklicnim ravnanjem“. Na prvi pogled odločitev naročnika ne temelji na tej premisi, morda zato, ker je sodba, s katero je bil obsojen poslovodja, postala pravnomočna 29. marca 2014 – po tem, ko je družba Mantovani predložila izjavi v zvezi s splošnimi zahtevami iz obvestila o javnem naročilu (z dne 4. in 16. decembra 2013).

44. Iz obrazložitve upravne odločbe o izključitvi je namreč razvidno, da se naročnik ni oprl neposredno na kazensko obsodbo gospoda B., temveč na pozno in pomanjkljivo predložitve (družbe Mantovani) informacij za oceno, ki so potrebne kot dokaz, da se je družba distancirala od kaznivega ravnanja svojega poslovodje. Odločilno je torej bilo, da ponudnik ni pravočasno obvestil naročnika o kazenski obsodbi gospoda B., kar je podatek, ki po mnenju nacionalne sodne prakse dokazuje distanciranje družbe od njenega poslovodje.

45. Po mnenju Komisije bi lahko zaradi te okoliščine mislili, da dejansko uporabljeni razlog za izključitev ne spada pod točko (c) odstavka 2 člena 45 Direktive 2004/18, čeprav je z njo povezan. Razumeti pa bi bilo treba, da ravnanje družbe Mantovani lahko spada pod točko (d) navedenega odstavka, in sicer zaradi storitve „hude poklicne napake, ki je bil[a] dokazan[a] s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo“.

46. Vendar je res, da čeprav je italijansko pravo vključilo razlog za izključitev zaradi „hude napake“ v člen 38(1)(f) CCP, se vprašanje Consiglio di Stato (državni svet) ne nanaša na ta razlog. Kljub temu pa ni ovire, da odgovor na vprašanje za predhodno odločanje ne bi obsegal tudi njegove analize.⁹

⁸ Prav tako ni ovira za dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe okoliščina, ki jo je izpostavila avtonomna pokrajina Bolzano na obravnavi in ki jo je poudaril tudi ANAC v svojem mnenju z dne 25. februarja 2015, da je Consiglio di Stato (državni svet) že izdalo sodbo v podobnem primeru, v kateri je potrdilo izključitev družbe Mantovani iz drugega postopka javnega naročanja iz podobnih razlogov. V tej sodbi (številka 6284), ki jo je 22. decembra 2014 izdalo Consiglio di Stato (državni svet) v drugačni sestavi (četrti senat) od te, ki je predložila predlog za sprejetje predhodne odločbe (šesti senat), je bilo odločeno, da je bila izključitev družbe Mantovani iz postopka oddaje javnega naročila zakonita, saj ni dokazala dejanskega distanciranja od kaznivega ravnanja svojih poslovodij s tem, da ni sporočila, da so bili obsojeni.

⁹ Glede na stališča, predstavljena na obravnavi, naj v nacionalnem pravu ne bi obstajale postopkovne ovire, ki bi predložitvenemu sodišču preprečevale, da upošteva ta del odgovora na predhodno vprašanje, zato da dokončno odloči o tožbi.

47. Kot je Sodišče večkrat ugotovilo: „to, da je predložitveno sodišče vprašanje za predhodno odločanje oblikovalo tako, da se je sklicevalo le na nekatere določbe prava Unije, ni ovira za to, da mu Sodišče predloži vse elemente razlage, ki so lahko uporabni pri sojenju v zadevi, o kateri odloča, ne glede na to, ali jih ta v vprašanih navaja. Glede tega mora Sodišče iz vseh elementov, ki jih je predložilo nacionalno sodišče, zlasti iz obrazložitve predložitvene odločbe, zbrati elemente prava Unije, ki jih je treba razložiti ob upoštevanju predmeta spora.“¹⁰

48. V tem smislu in na posebnem področju Direktive 2004/18 je Sodišče v sodbi *Croce Amica One Italia*¹¹ štelo za koristno pojasniti predložitvenemu sodišču, da čeprav navedeno sodišče povezuje „ravnanje zakonitega zastopnika [...] le z razlogi za izključitev, ki se nanašajo na kazensko pravo in pomenijo pravnomočno sodbo, [...] imajo naročniki na podlagi razlogov za izključitev, določenih v členu 45(2)(d) in (g) te direktive, tudi pooblastilo za izključitev vsakega gospodarskega subjekta, ki je bil spoznan za krivega zaradi hude poklicne napake, kar je bilo dokazano s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo, [...] ne da bi se pri tem zahtevalo, da je zoper gospodarski subjekt izrečena pravnomočna sodba“.

49. Zato bi torej lahko bilo koristno, če bi se odgovor Sodišča dotaknil ne samo razloga za izključitev iz točk (c) in (g) člena 45(2) Direktive 2004/18 (na kateri se nanaša vprašanje za predhodno odločanje), temveč tudi na razlog za izključitev iz točke (d) istega odstavka. Če povzamem, bi bilo treba razjasniti, ali je predpis nacionalnega prava, kot je sporni, v nasprotju z navedenimi določbami Direktive 2004/18.

50. Vztrajam pri tem, da mora nacionalno sodišče, da bi odstranilo dvom o združljivosti italijanskega zakona z Direktivo 2004/18, odločiti, ali je glede na okoliščine primera naročnik lahko veljavno izključil družbo Mantovani iz postopka javnega naročanja, ker ga ni obvestila o kazenski obsodbi nekdanjega poslovođe, ki je bil s svoje funkcije odstavljen manj kot eno leto pred objavo obvestila o javnem naročilu.

C. Neobvezni razlogi za izključitev

51. V zvezi z diskrecijo, ki jo uživajo naročniki v zvezi z neobveznimi razlogi za izključitev iz člena 45(2) Direktive 2004/18, sem v svojih sklepnih predlogih, ki sem jih predstavil v zadevi *Connexion Taxi Services*,¹² spomnil na to, kar je Sodišče že poudarilo v sodbi *La Cascina* in drugi,¹³ še med veljavnostjo Direktive 92/50/EGS¹⁴ (katere člen 29 je imel podobno vsebino kot člen 45(2) Direktive 2004/18): da je uporaba primerov neobvezne izključitve prepuščena državam članicam, kot je razvidno iz dikcije „[i]z sodelovanja pri naročilu se lahko izključi“ na začetku člena 29. Države članice ne morejo dodati razlogov za izključitev k tistim, ki so navedeni v določbi, vendar pa namen navedenega člena 29 Direktive 92/50 ni enotna uporaba teh razlogov za izključitev.

52. Sodišče je, ko je že veljala Direktiva 2004/18, sledilo tej smeri v sodbi *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*,¹⁵ v točki 35 katere je ponovno navedlo argumente iz sodbe *La Cascina* in drugi.¹⁶ Ponovilo je, da morajo države članice v skladu s svojo nacionalno zakonodajo in ob upoštevanju zakonodaje Unije določiti izvedbene pogoje za odstavek 2 člena 45 Direktive 2004/18. Sodišče je nato ponovno potrdilo svobodo držav članic, da sprejmejo in, če tako želijo, naredijo za bolj prožna merila za izključitev, kar je ponovno navedlo v sodbi z dne 14. decembra 2016, *Connexion Taxi Services*.¹⁷

10 Sodba z dne 22. oktobra 2015, *Impresa Edilux in SICEF* (C-425/14, EU:C:2015:721, točka 20 in navedena sodna praksa).

11 Sodba z dne 11. decembra 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435, točka 28).

12 Zadeva C-171/15, EU:C:2016:506, točka 41 in naslednje.

13 Sodba z dne 9. februarja 2006 (C-226/04 in C-228/04, EU:C:2006:94, točki 21 in 23).

14 Direktiva Sveta z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322).

15 Sodba z dne 10. julija 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063).

16 Sodba z dne 9. februarja 2006 (C-226/04 in C-228/04, EU:C:2006:94).

17 C-171/15, EU:C:2016:948, točka 29.

53. Kot sem poudaril tudi v tistih sklepnih predlogih,¹⁸ iz sodbe Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici¹⁹ izhaja, da izvajanje tega pooblastila držav vendarle ni brezpogojno. Na eni strani Unija pripisuje velik pomen svobodi ustanavljanja in svobodnemu opravljanju storitev, zaradi česar skuša olajšati pot, zato da se vzpostavi čim večja konkurenca pri postopkih javnega naročanja, kar je namen, ki bi ga lahko ovirala uporaba neobveznih razlogov za izključitev. Na drugi strani je legitimno, da se razlogi za izključitev utemeljijo s cilji v splošnem interesu, kot so zagotavljanje zanesljivosti, vestnosti, poklicne poštenosti in resnosti ponudnika. Sodišče si pri preverjanju tega navzkrižja interesov pomaga z načelom sorazmernosti.

D. Učinek kaznivih dejanj poslovdij na podjetje ponudnika (člen 45(2)(c) Direktive 2004/18)

54. Ključni element (ne)zanesljivosti ponudnika v tej zadevi izhaja iz kaznivega dejanja nekdanjega poslovdje, ko je bil še odgovoren za upravljanje navedenega podjetja. Ali to kaznivo dejanje lahko vpliva na družbo, ki jo poslovdja upravlja? Pritrdilni odgovor ponuja samo pravo Unije na podlagi premise, da pravne osebe delujejo samo prek svojih zastopnikov. Torej je logično, da se neobstoj zanesljivosti družbe presoja skozi prizmo kaznivih dejanj, ki so jih storili odgovorni za njeno upravljanje.

55. Člen 45(1), *in fine*, Direktive 2004/18 omogoča, da se morajo zahteve za informacije o razlogu za izključitev (obveznem, ne neobveznem) v zvezi z nekaterimi hudimi kaznivimi dejanji nanašati na „pravne in/ali fizične osebe, vključujoč, če je to primerno, direktorje družbe in katero koli drugo osebo, pooblaščenca za zastopanje, odločanje ali nadzor v zvezi s kandidatom ali ponudnikom“.

56. Določba torej razkriva, da se določena kazniva dejanja tistih, ki upravljajo pravno osebo, upoštevajo pri obvezni izključitvi iz sodelovanja pri oddaji javnega naročila. Menim, da ni nobenega razloga za ugovor, da bi se z vidika prava Unije to isto načelo razširilo (zdaj neobvezno) na druge vrste kaznivih dejanj, vključno z nezakonitimi ravnanji poslovdij pravnih oseb, če njihove posledice vplivajo na poklicno integriteto teh pravnih oseb.

57. Res je, da člen 45(2) Direktive 2004/18 – drugače od odstavka 1 – ne vsebuje izrecne določbe v tem smislu. Vendar menim, da ta izpustitev ni odločilna v tem smislu, da bi preprečevala, da nacionalni zakon nek neobvezni razlog za izključitev pravnih oseb naveže na nezakonito ravnanje njihovih poslovdij.

58. Kot sem že poudaril, člen 45(2), zadnji pododstavek, Direktive 2004/18 daje državam članicam široko diskrecijsko pravico, da določijo „izvedbene pogoje“ za neobvezne razloge za izključitev. Nacionalni predpisi, ki izkoristijo to svobodo in konkretno opredelijo nekatere razloge (na primer razloge v zvezi s poštenostjo ponudnika), lahko kot pomemben dejavnik določijo ravnanje poslovdij družb, ki je v nasprotju s poklicno poštenostjo.

59. V tem smislu in na podlagi svobode oblikovanja predpisov, ki jo uživajo države, nič ne preprečuje, da nacionalni zakon določi, da se pri presoji neobveznih razlogov za izključitev upošteva neobstoj distanciranja podjetja od kaznivega ravnanja njegovega poslovdje „[, zaradi česar je omajana njegova poklicna integriteta] v zvezi z njegovim poklicnim ravnanjem“. Prav tako mora nacionalni zakonodajalec in po potrebi tudi sodišče, ki mora odločiti o sporu, presoditi, kateri pomembni indici ali dejavniki se lahko upoštevajo, da bi se razjasnilo, ali je prišlo do tega distanciranja ali ne.

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

¹⁹ Sodba z dne 10. julija 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063, točke 29, 31 in 32).

60. Med temi dejavniki so tisti, ki jih predložitveno sodišče našteva, in sicer distanciranje na lastno pobudo, večja ali manjša „določenost ravnanj, ki so podlaga za izključitev odgovornosti“, časovni okvir in stopnja postopka, na kateri mora priti do tega distanciranja. Naj ponovim, da je naloga nacionalnih sodišč, da razmejijo obseg teh elementov, ki so dejansko zgolj „natančnejše opredelitve“ nacionalnega zakonodajalca, s katerimi je orisal okvir neobveznega razloga za izključitev in dokazov, s katerimi ga je treba preveriti.²⁰

61. Consiglio di Stato (državni svet) pri oblikovanju svojega vprašanja poudari, da člen 38(1)(c) CCP na eni strani „razširi“ obveznost predložitve informacij o obsodilnih sodbah na primer, v katerem so bile te sodbe izrečene nosilcem visokih funkcij v podjetjih, ki so ponudniki, in na drugi strani „določi kot [...] razlog za izključitev“ dejstvo, da „podjetje ne dokaže“, da se je distanciralo od kaznivega ravnanja teh oseb.

62. Na podlagi argumentov, ki sem jih ravnokar predstavil, lahko potrdim, da v Direktivi 2004/18 ni ovir, da nacionalni zakonodajalec ne bi natančneje določil, tako kot je to storil s CCP, tega neobveznega razloga za izključitev. Ne vidim, kako bi lahko škodoval svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev. Poleg tega gre za razlog za izključitev, ki skuša varovati splošni interes, na katerem temeljijo zahteve po poklicni zanesljivosti, vestnosti in poštenosti ponudnikov.

63. V tem smislu menim, da (precej generično in ne preveč utemeljeno) sklicevanje predložitvenega sodišča na „načela varstva legitimnih pričakovanj, pravne varnosti, enakega obravnavanja, sorazmernosti in preglednosti, prepovedi zavlačevanja postopka in čim večje odprtosti trga javnih naročil konkurenci, ki veljajo v pravu Unije [...]“ ne prispeva ničesar pomembnega k razpravi.

64. Nazadnje to, da člen 45(2)(c) Direktive 2004/18 ne omenja izrecno distanciranja podjetja v zvezi s kaznivimi dejanji njegovih poslovodij, ne pomeni, da nacionalni zakonodajalec tega dejavnika ne sme vključiti v zadevno določbo CCP. Kot sem že večkrat omenil, je naloga držav članic, da v svoji nacionalni zakonodaji določijo „izvedbene pogoje“ za odstavek 2 člena 45 Direktive 2004/18.

65. Torej je določba, kot je člen 38(1)(c) CCP, na podlagi katere je mogoče iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključiti podjetja, ki ne dokažejo, da so se v celoti in dejansko distancirala od nekaterih kaznivih dejanj,²¹ ki so jih pred tem storili njihovi vodstveni delavci, v skladu s pravom Unije.

E. Izključitev gospodarskega subjekta, ker naročniku ni zagotovil ustreznih informacij (člen 45(2)(g) Direktive 2004/18)

66. Predložitveno sodišče poudarja „diskrecijsko pravico naročnika“, ki naj bi mu omogočila, da „dejansko naloži“ obveznost obveščanja (v breme ponudnikov), „ki ni predvidena z zakonom“. Navedeni naročnik naj bi uvedel tudi „obveznost lojalnega sodelovanja, ki ni jasno opredeljena, razen da napotuje na splošno načelo dobre vere“.

67. Ker s temi ugotovitvami Consiglio di Stato (državni svet) dvomi o dejanjih upravnega organa, ki je podvržen njegovemu sodnemu nadzoru, je naloga navedenega sodišča, da izpelje posledice iz nacionalnega prava.²² Odgovor, podan v okviru predhodnega odločanja, ne sme posegati na področje pristojnosti nacionalnih sodišč.

²⁰ Dokazila v zvezi s členom 45(3) Direktive 2004/18, s katerimi se preveri razlog za izključitev zaradi poklicnih napak, bom omenil v točki 75 in naslednjih teh sklepnih predlogov.

²¹ Glej njihov seznam v opombi 4. Vsa vplivajo na poklicno integriteto njihovih storilcev.

²² Na obravnavi so se nekatere stranke sklicevale na odstavek 2 člena 38 in člen 46 CCP kot izraz obveznosti ponudnikov, da v svojih izjavah, predloženih naročniku, navedejo sodbe, v katerih so bili obsojeni. Na ti isti določbi se je sklicevalo Consiglio di Stato (državni svet) v sodbi z dne 22. decembra 2014, navedeni v opombi 8.

68. Poleg tega je treba spomniti, da se vprašanje za predhodno odločanje nanaša na ugotavljanje nezdržljivosti nacionalnega zakona z Direktivo 2004/18. S tega vidika bi bilo treba v odgovoru analizirati besedilo člena 38(1)(h) CCP, tokrat v zvezi s členom 45(2)(g) Direktive 2004/18.

69. Vendar je tako (kot je poudarjeno v stališču avtonomne pokrajine Bolzano), da izključitev ni temeljila na tem razlogu, temveč na tem, da je bil molk ponudnika znak neobstoja njegovega distanciranja od kaznivega dejanja poslovodje. Zdi se torej, da ni zelo nujno razlagati člena 45(2)(g) Direktive 2004/18, če nacionalni predpis, s katerim je bila prenesena točno ta določba navedene direktive, ni bil uporabljen v obravnavani zadevi.

70. Kljub temu menim, da nacionalnemu predpisu na tem mestu nikakor ni mogoče očitati nezdržljivosti, saj se njegovo besedilo v bistvenem ujema z besedilom predpisa Unije, ki ga prenaša. Eden in drugi zahtevata od ponudnikov, da informacije, ki jih dajo naročniku, niso zavajajoče. Člen 45(2)(g) Direktive 2004/18 določa še, da je ponudnike mogoče izključiti ne samo v primeru zavajajočih izjav, temveč tudi, če ne zagotovijo informacij v zvezi z „merili za priznanje sposobnosti“ (oddelek II poglavja VII naslova II Direktive).

71. Prikrivanje kaznivih dejanj nekdanjega poslovodje naročniku bi glede na vse zgoraj navedeno lahko bilo – kot sem ravnokar analiziral – še en ocenjevalni element v rokah nacionalnega sodišča pri presoji, ali je podana huda poklicna napaka.

F. Izključitev gospodarskega subjekta zaradi hude poklicne napake (člen 45(2)(d) Direktive 2004/18)

72. Čeprav se vprašanje Consiglio di Stato (državni svet) pravzaprav ne nanaša na ta razlog za izključitev, pa nič ne preprečuje Sodišču, da mu predstavi svoja razmišljanja v zvezi z njim, kakor sem pojasnil zgoraj. Trditve strank med obravnavo so se osredotočile ravno na to vprašanje na predlog samega Sodišča.

73. „Poklicna napaka“, omenjena v členu 45(2)(d) Direktive 2004/18, zajema katero koli krivdno ravnanje, ki vpliva na poklicno zanesljivost gospodarskega subjekta.²³ Pojem „huda napaka“ pomeni ravnanje, ki kaže na naklep ali malomarnost določenega subjekta.²⁴ Obsodilna sodba, čeprav ni pravnomočna,²⁵ je ustrezen indic, da se dejstva, ki imajo kazenski pomen, presojuje z vidika storitve hude poklicne napake.²⁶ Sama sodba je zakonit način, da se objektivno preveri, kako se je izvajalo upravljanje ponudnika.

74. Na podlagi teh premis in glede na naravo kaznivih dejanj, za katera je bil poslovodja obsojen in ki nedvomno razkrivajo poslovno nemoralnost pri izvajanju poklicnih dejavnosti, bi lahko to, da se družba Mantovani ni distancirala od navedenega ravnanja, legitimno zajeto s tem izključitvenim razlogom.

75. V tem smislu je treba razlikovati vsebinsko raven od ravni, ki se nanaša na dokazovanje dejstev. V zvezi z zadnjem navedeno člen 45(3) Direktive 2004/18 pomaga orisati logiko in sistematično informacij, ki jih naročnik lahko uporabi za presojno zanesljivosti ponudnika.

23 Družba Mantovani trdi, da so v nacionalnem pravu edine hude napake, ki lahko izpolnijo pogoje iz člena 38(1)(f) CCP, tiste, ki nastanejo v okviru prejšnjih razmerij z naročniki (čeprav prizna, da bi se lahko razširile na druga področja, kot so na primer kršitve na področju konkurence). Tudi če bi bilo tako (in to trditev avtonomna pokrajina Bolzano zavrača), ta okoliščina ne bi vplivala na odgovor na vprašanje za predhodno odločanje, ki je omejen na razlago člena 45(2)(d) Direktive 2004/18, iz katerega jasno izhaja, da taka domnevna omejitev ne obstaja. Poleg tega je treba upoštevati, da je Consiglio di Stato (državni svet) poudarilo, da besedilo člena 38(1)(f) CCP „prevzema besedilo določbe Skupnosti in torej spremeni vse storjene poklicne napake v upoštevne“ (sodba petega senata z dne 20. novembra 2015, št. 5299, izdana v okviru pritožbe št. 7974 iz leta 2012).

24 Sodba z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, točke 27, 30 in 31).

25 V točki 28 sodbe z dne 11. decembra 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), je Sodišče navedlo, da se v zvezi s hudo poklicno napako ne zahteva, da je bil gospodarski subjekt pravnomočno obsojen.

26 Sodba z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, točka 28).

76. Navedena določba od naročnikov zahteva, da v primeru odstavka 1 in odstavka 2(a), (b), (c), (e) in (f) člena 45 kot dokaz sprejmejo naštetá sredstva. So primeri, v katerih obstaja (precej enostavna) možnost, da se ravnanje uradno preveri, in sicer prek evidenc ali potrdil, ki jih izdajo javne institucije.

77. V ostalih primerih (in sicer tistih, ki so omenjeni v točkah (d) in (g) člena 45(2) Direktive 2004/18) pa ne obstaja taka omejitev v zvezi z dokumenti. Tako je tudi logično, saj so v zvezi s tema razlogoma za izključitev (huda poklicna napaka in zavajajoče izjave ali če se ne zagotovijo zahtevane informacije) možnosti dokazovanja bolj odprte. V različnih državah članicah bi bilo težko najti istovrstno raven, ki bi omogočala enotno določitev instrumentov ali mehanizmov za uradno ugotavljanje teh okoliščin.

78. Kadar gre za neobvezne razloge za izključitev, za katere ni predvideno uradno sredstvo za izkazovanje, kot na primer za hudo poklicno napako, manevrski prostor naročnika ni vezan na noben vnaprej določen dokument ali potrdilo. Tako napako je mogoče presoјati na podlagi tega, da je naročnik kakor koli izvedel za upoštevna dejstva.

79. Kar zadeva dokaz, se ne sme pozabiti, da v tej zadevi nihče ni ugovarjal ustrezno dokazanemu obstoju obsodbe (na podlagi poravnave) poslovodje družbe Mantovani za kazniva dejanja, zaradi katerih je omajana njegova poklicna integriteta, medtem ko je izvajal funkcijo direktorja te družbe.

80. Na podlagi te nesporne okoliščine morajo nacionalna sodišča, ki odločajo o zahtevku družbe Mantovani, razjasniti, ali se je družba, ki je ponudnik, dejansko popolnoma distancirala od kaznivega ravnanja svojega direktorja ali ne. Razprava se na tem mestu torej prevesi na raven, ki sem jo prej poimenoval kot vsebinsko, ki se oddaljuje od zgoľj postopkovne ravni.

81. V tej razpravi je treba presoditi ravnanje družbe Mantovani ne samo z vidika opredelitve dejanskega stanja, temveč tudi z vidika sorazmernosti odziva naročnika. Element, ki bi lahko bil pomemben v tem smislu, je čas, ki je potekel med kaznivim dejanjem, ukrepanjem podjetja in datumom objave obvestila o javnem naročilu.

82. Zdi se mi torej, da je rok, določen v CCP (eno leto pred datumom obvestila o razpisu), razumen za presojo povezave med ravnanjem poslovodje in podjetjem v zvezi z dejanji, izvedenimi tik pred razpisnim postopkom. Poleg tega ta rok ne pomeni neizpodbojne domneve o vpletenosti družbe v dejavnosti poslovodje, saj se družbi omogoči, da dokaže dejansko in popolno distanciranje od njega.

83. Nazadnje menim, da pooblastila za presojo, ki jih nacionalni predpis daje naročniku, ne pripeljejo neizogibno do nesorazmernega rezultata. Nasprotno, menim, da člen 38(1)(c) CCP upošteva potrebno skladnost med uporabljenimi sredstvi in namenom, ki mu sledi, in sicer izključiti iz teh izbirnih postopkov ponudnike, ki jim ni mogoče zaupati, ravno zato ker se niso distancirali od predhodnega kaznivega ravnanja svojih poslovodij v določenem časovnem okviru.

84. Nazadnje izključitev ponudnika ni samodejna,²⁷ temveč je sad skrbne presoje *ad casum*, ki jo mora izvesti naročnik. Niti se ponudnika ne postavi v kočljiv položaj v zvezi z obrambo njegovega pravnega položaja, saj obstaja možnost učinkovitega sodnega nadzora nad tem, kako javna uprava izvaja svoje pooblastilo za presojo izpolnjevanja poklicnih dolžnosti subjekta.

85. Če povzamem, menim, da ne obstaja podlaga, na kateri bi lahko utemeljili nezdržljivost nacionalnega predpisa, v zvezi s katerim je predložitveno sodišče postavilo vprašanje, s pravom Unije.

²⁷ Iz sodbe z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, točka 31), je mogoče sklepati, da se avtomatizem (v zvezi z izključitvijo ponudnika, odgovornega za hude napake) lahko preseže s prosto presojo, ki jo člen 45(2) Direktive 2004/18 podeljuje državam članicam.

VI. Predlog

86. Glede na zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj Consiglio di Stato (državni svet, Italija) odgovori tako:

„Člen 45(2)(c), (d) in (g) ter (3) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev ne nasprotuje predpisu nacionalnega prava, ki naročniku dovoljuje:

- da upošteva kazensko obsodbo poslovodje ponudnika za kaznivo dejanje, zaradi katerega je omajana njegova poklicna integriteta, če je prenehal opravljati svojo funkcijo v enem letu pred objavo obvestila o javnem naročilu, čeprav v tistem trenutku obsodba ni bila pravnomočna;
- da iz sodelovanja pri postopku javnega naročanja izključi navedenega ponudnika, ker se ni v celoti in dejansko distanciral od kazensko sankcioniranega ravnanja poslovodje.“