



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,  
predstavljeni 8. maja 2019<sup>1</sup>

**Zadeva C-267/18**

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Curtea de Apel București (pritožbeno sodišče v Bukarešti, Romunija))

„Vprašanje za predhodno odločanje – Direktiva 2014/24/EU – Javno naročanje – Neobvezni razlogi za izključitev – Izključitev gospodarskega subjekta iz sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila, ker je bila prejšnja pogodba o izvedbi javnega naročila odpovedana zaradi oddaje del podizvajalcem, o kateri naročnik ni bil obveščen – Pojem precejšnjih ali stalnih pomanjkljivosti – Nerazkritje informacij o odpovedi prejšnje pogodbe o izvedbi javnega naročila – Obvestitev, da pri izvajanju naročila sodelujejo podizvajalci – Cilji in nameni – Resnost nerazkritja informacij“

1. V skladu z Direktivo 2014/24/ES<sup>2</sup> se iz postopkov javnega naročanja lahko izključi ponudnik, pri katerem so se „pri prejšnji pogodbi o izvedbi javnega naročila, [...] pokazale precejšnje ali stalne pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključne zahteve, posledica pa je bila predčasna odpoved tega prejšnjega naročila“ (člen 57(4)(g)).

2. Romunsko sodišče prosi Sodišče za razjasnitev dvomov, ki jih ima v zvezi s tem, ali se ta določba uporabi, če je do „predčasne odpovedi prejšnjega naročila“ prišlo zato, ker je uspešni ponudnik del gradnje oddal podizvajalcem, ne da bi s tem seznanil upravo. Poleg tega ta gospodarski subjekt v novem postopku oddaje javnega naročila (drugega) naročnika prav tako ni obvestil o predčasni odpovedi prejšnjega naročila.

<sup>1</sup> Jezik izvirnika: španščina.

<sup>2</sup> Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

## I. Pravni okvir

### A. Pravo Unije. Direktiva 2014/24

3. V uvodni izjavi 101 je navedeno:

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

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

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

4. Člen 57, naslovljen „Razlogi za izključitev“, določa:

„[...]

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

[...]

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

[...]

(g) kadar so se pri gospodarskem subjektu pri prejšnji pogodbi o izvedbi javnega naročila, prejšnji pogodbi o izvedbi naročila, sklenjeni z naročnikom, ali prejšnji koncesijski pogodbi pokazale precejšnje ali stalne pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključne zahteve, posledica pa je bila predčasna odpoved tega prejšnjega naročila oziroma pogodbe, odškodnina ali druge primerljive sankcije;

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

[...]

5. Javni naročniki med postopkom kadar koli izključijo gospodarski subjekt, če se izkaže, da je gospodarski subjekt glede na storjena ali neizvedena dejanja pred ali med postopkom v enem od položajev iz odstavkov 1 in 2.

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

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

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

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

[...]“

5. Člen 71, naslovljen „Oddaja javnih naročil podizvajalcem“, določa:

„[...]

2. Javni naročnik lahko oziroma – če tako zahteva država članica – mora v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila od ponudnika zahtevati, da v svoji ponudbi navede vsak del naročila, ki ga morda namerava oddati v podizvajanje tretjim osebam, ter vse predlagane podizvajalce.

[...]

5. Pri javnih naročilih gradenj in storitev, ki se opravljajo v objektih pod neposrednim nadzorom javnega naročnika, javni naročnik po oddaji, najpozneje pa ob začetku izvajanja naročila, od glavnega izvajalca zahteva, da mu sporoči ime, kontaktne podatke in zakonite zastopnike svojih podizvajalcev, ki sodelujejo pri takšni gradnji ali storitvah, kolikor so ti podatki takrat znani. Javni naročnik od glavnega izvajalca zahteva, da mu med izvajanjem naročila sporoči morebitne spremembe teh informacij in potrebne informacije o morebitnih novih podizvajalcih, ki jih naknadno vključi v izvajanje takšnih gradenj ali storitev.

Ne glede na prvi pododstavek lahko države članice namesto tega določijo, da je za posredovanje zahtevanih informacij odgovoren neposredno glavni izvajalec.

Če je to potrebno za namene točke (b) odstavka 6 tega člena, se zahtevanim informacijam priložijo lastne izjave podizvajalcev, kot je določeno v členu 59. [...]

6. Kršitve obveznosti iz člena 18(2) se lahko preprečijo z ustreznimi ukrepi, kot so:

[...]

- (b) javni naročniki lahko oziroma – če tako zahtevajo države članice – morajo v skladu s členi 59, 60 in 61 preveriti, ali obstajajo razlogi za izključitev podizvajalcev v skladu s členom 57. Javni naročnik v takšnih primerih od gospodarskega subjekta zahteva zamenjavo podizvajalca, za katerega je bilo med preverjanjem ugotovljeno, da obstajajo obvezni razlogi za njegovo izključitev. Javni naročnik lahko oziroma – če tako zahtevajo države članice – mora od gospodarskega subjekta zahtevati zamenjavo podizvajalca, za katerega je bilo med preverjanjem ugotovljeno, da obstajajo neobvezni razlogi za njegovo izključitev.

[...]“

***B. Nacionalno pravo. Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (zakon št. 98/2016 o javnem naročanju; v nadaljevanju: zakon št. 98/2016)***

6. Člen 167 določa:

„1. Naročnik izključi iz postopka oddaje pogodbe/okvirnega sporazuma javnega naročila vsak gospodarski subjekt, ki je v enem izmed naslednjih položajev:

[...]

- (g) gospodarski subjekt je hudo ali večkrat kršil svoje glavne obveznosti v zvezi s pogodbo javnega naročila, pogodbo sektorskega naročila ali pogodbo o predhodno dodeljeni koncesiji, posledica teh kršitev pa je bila predčasna odpoved pogodbe, odškodnina ali druge primerljive sankcije;
- (h) kadar je gospodarski subjekt kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, ki jih zahteva naročnik zaradi preverjanja odsotnosti razlogov za izključitev ali izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, ali ne razkrije takšnih informacij ali ne more predložiti zahtevanih dokazil;

[...]

8. V smislu člena 1(g) se za hude kršitve pogodbenih obveznosti štejejo, samo primeroma, neizpolnitev pogodbe, dobava/dostava/izvršitev izdelkov/del/storitev, ki se bistveno razlikujejo in so zato neustrezni za v pogodbi predvideno uporabo“.

7. Člen 171 določa:

„1. Vsak gospodarski subjekt, ki je v enem od položajev iz členov 164 in 167, ki imajo za posledico izključitev iz postopka oddaje javnega naročila, lahko predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko v danem primeru dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju razlogov za izključitev.

2. Če naročnik meni, da dokazila, ki jih je predložil gospodarski subjekt v skladu z določbami iz odstavka 1, zadostujejo, da v danem primeru dokaže svojo zanesljivost, ga naročnik ne izključi iz postopka javnega naročanja.

3. Dokazila iz odstavka 1, ki jih gospodarski subjekt, ki je v enem izmed položajev, določenih s členi 164 in 167, lahko predloži naročniku, se nanašajo na plačilo ali na zavezo, da bo plačal nadomestilo za vso škodo, povzročeno s kršitvijo ali drugim protipravnim dejanjem, da bo v aktivnem sodelovanju s preiskovalnimi organi v celoti razjasnil dejstva in okoliščine kršitve ali protipravnega dejanja ter da bo sprejel konkretne in ustrezne tehnične, organizacijske in kadrovske ukrepe, kot so prekinitev razmerij z osebami in organizacijami, ki so bile vpletene v nepravilnosti, ukrepi reorganizacije osebja, uporaba sistemov nadzora in odgovornosti, oblikovanje organa notranje revizije za preverjanje spoštovanja zakonov in drugih predpisov ali sprejetje notranjih pravil o odgovornosti in plačilu odškodnin, za preprečitev nadaljnjih kršitev ali drugih protipravnih dejanj.

[...]“

## II. Dejansko stanje spora in vprašanje za predhodno odločanje

8. Občina Râmnicu Vâlcea (Romunija) je 3. oktobra 2010 družbi Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (v nadaljevanju: Delta) in drugima družbama, s katerima je družba Delta oblikovala začasno združenje podjetij (v nadaljevanju: ZZP1), oddala naročilo za gradbena dela za prenovo in posodobitev rekreacijskega objekta.

9. Občina je 7. junija 2017 sklenila, da pogodbo o izvedbi javnega naročila odpove, in v utemeljitev navedla, da ZZP1 ni izpolnilo obveznosti iz te pogodbe, saj je brez njenega predhodnega dovoljenja večje dele gradnje oddalo podizvajalcem, čeprav je v razpisni dokumentaciji določilo, da je za sodelovanje podizvajalcev pri izvedbi naročila nujno predhodno soglasje naročnika.<sup>3</sup>

10. Predčasna odpoved pogodbe o izvedbi javnega naročila iz razlogov, za katere je bilo odgovorno ZZP1, je bila 25. julija 2017 objavljena na spletni platformi Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronski sistem javnih naročil; v nadaljevanju: elektronski sistem).

11. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (nacionalna družba za upravljanje cestne infrastrukture, v nadaljevanju: CNAIR) je 27. julija 2017 razpisala postopek za oddajo javnega naročila za izvedbo gradbenih del „Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350“ (projektiranje in razširitev državne ceste DN 7 na odseku Bâldana-Titu pri km 30 + 950 – 52 + 350 na štiri pasove), katerega vrednost je bila ocenjena na okoli 210.627.629 RON (46.806.139,78 EUR) in ki naj bi trajalo 84 mesecev.

12. Družba Delta je skupaj z drugima družbama oblikovala novo začasno združenje podjetij (v nadaljevanju: ZZP2), ki je v postopku sodelovalo kot ponudnik. V svoji prijavi je navedla, da je ne zadeva noben razlog za izključitev.

13. Ocenjevalna komisija pri CNAIR je na podlagi poizvedbe v elektronskem sistemu pridobila ugotovitveni dokument, ki ga je izdala občina Râmnicu Vâlcea, v katerem je bila evidentirana odpoved pogodbe, sklenjene med ZZP1 in navedeno občino.

14. Ocenjevalna komisija pri CNAIR je po pridobitvi izjav od družbe Delta in občine Râmnicu Vâlcea 18. decembra 2017 ZZP2 izločila iz postopka za oddajo javnega naročila razširitve državne ceste. V zvezi s tem je navedla, da sta predčasna odpoved prejšnje pogodbe o izvedbi javnega naročila in nerazkritje te okoliščine v novem postopku razloga za izključitev, določena v členu 167(1)(g) in (h) zakona št. 98/2016.

15. ZZP2 je naročnika zaprosilo, naj prekliče odločitev o izključitvi in ponovno preuči njegovo ponudbo. ZZP2 je zaradi molka CNAIR pri Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nacionalni svet za reševanje pritožb; v nadaljevanju: CNSC) vložilo pritožbo.

16. CNSC je 2. februarja 2018 pritožbo zavrnil, pri čemer je ugotovil:

- da je pristojen za presojo zakonitosti odločbe o izključitvi ponudbe in za presojo, ali je izpolnjen zakonsko določeni dejanski stan izključitve, ne pa tudi za preučitev zakonitosti ugotovitvenega dokumenta.
- Ta dokument zato, ker zanj velja domneva zakonitosti, dokazuje resnost neizpolnitve obveznosti iz prejšnjega javnega naročila.

<sup>3</sup> V istem sklepu je bil znesek nastale škode izračunan v višini 2.345.299,70 RON (približno 521.000 EUR).

– ZZP2 se je sklicevalo le na razloge v zvezi z nezakonitostjo ugotovitvenega dokumenta, ne da bi predložilo dokaze, s katerimi bi izkazalo svojo zanesljivost, kot je določeno s členom 171 zakona št. 98/2016.

17. Zoper odločbo CNSC je bila 16. februarja 2018 pri predložitvenem sodišču vložena tožba. V njej se zatrjuje, če povzamem, (a) da se z ugotovitvenim dokumentom ne more dokazati, da je družba Delta resno in ponavljajoče se kršila svoje pogodbene obveznosti in (b) da se, tudi če bi ta dokument izražal resnično stanje, omembe iz njega ne bi mogle šteti za razlog za izključitev, ki temelji na resni ali ponavljajoči se neizpolnitvi pogodbenih obveznosti.<sup>4</sup>

18. V teh okoliščinah je Curtea de Apel București (pritožbeno sodišče v Bukarešti, Romunija) Sodišču predložilo to vprašanje za predhodno odločanje:

„Ali se lahko člen 57(4)(g) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES razlaga tako, da odpoved pogodbe o izvedbi javnega naročila, ker je bil delež del oddan podizvajalcem brez dovoljenja naročnika, pomeni precejšnjo ali stalno pomanjkljivost pri izpolnjevanju ključne zahteve prejšnje pogodbe o javnem naročilu, češar posledica je izključitev gospodarskega subjekta iz sodelovanja v postopku javnega naročanja?“

### III. Postopek pred Sodiščem

19. Sodno tajništvo Sodišča je predložitveni sklep prejelo 17. aprila 2018.

20. Pisna stališča so predložile družba Delta, romunska vlada in Evropska komisija. Obravnave, opravljene 27. februarja 2019, so se udeležile družba Delta, avstrijska vlada in Komisija.

### IV. Presoja

#### A. Uvodni preudarek

21. Vprašanje predložitvenega sodišča je omejeno na razlago člena 57(4)(g) Direktive 2014/24. Vendar menim, da se lahko v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča<sup>5</sup> njegov odgovor nanaša tudi na druge določbe te direktive, ki so povezane z zadevnim dejanskim stanjem, da bi se predložitvenemu sodišču lahko dalo elemente za presajo, ki mu bodo olajšali razsojanje.

22. Konkretni razlog za izključitev, povezan s predčasno odpovedjo pogodbe o izvedbi javnega naročila, je res naveden v členu 57(4)(g) Direktive 2014/24. Vendar je v predložitvenem sklepu<sup>6</sup> navedeno, da se v skladu z ocenjevalno komisijo naročnika za „obravnavano ponudbo uporabi[jo tudi] določbe člena 167(1)(h) zakona št. 98/2016“. Ker je to nacionalna določba, ki navaja razlog za izključitev, določen v členu 57(4)(h) Direktive 2014/24, bo lahko odgovor Sodišča celovitejši, če bo z njim tudi pojasnjeno, kakšen pomen ima ta razlog v okviru dejanskega predmetnega stanja.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Družba Delta, je dodala, da sta bila tako ugotovitveni dokument kot obstoj v njem navedenih domnevnih kršitev izpodbijana pred sodišči.

<sup>5</sup> Točka 20 sodbe z dne 22. oktobra 2015, Impresa Edilux in SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721): „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.“

<sup>6</sup> Točka 15.

<sup>7</sup> Presoja neizpolnitve pogodbenih obveznosti bi bila lahko povezana tudi z razlogom za izključitev iz člena 57(4)(c) Direktive 2014/24 (torej s hušjo kršitvijo poklicnih pravil). Vendar tega vidika ne bom obravnaval.

## **B. Razlog za izključitev iz člena 57(4)(g) Direktive 2014/24**

23. Kot sem navedel v sklepnih predlogih v zadevi Meca,<sup>8</sup> člen 57(4) Direktive 2014/24 med ravnanji gospodarskih subjektov, zaradi katerih so lahko izključeni iz postopka javnega naročanja, tako navaja „hujšo kršitev poklicnih pravil, s čimer je omajana nj[ihova] integriteta“ (točka (c)), in tudi „precejšnje [...] pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključne zahteve [pri prejšnji pogodbi o izvedbi javnega naročila], posledica pa je bila predčasna odpoved te [...] prejšnje [...] pogodbe“ (točka (g)).

24. Iz uvodne izjave 101 Direktive 2014/24 izhaja, da so kršitve poklicnih pravil iz točke (c) predvsem nepogodbene, kar pomeni, da gre za protipravna ravnanja, do katerih na splošno pride zunaj pogodbenih razmerij. Tako je v primeru neizpolnitev okoljskih ali socialnih obveznosti, kršitev določb o konkurenci, ali kršitev pravic intelektualne ali industrijske lastnine, ali neizpolnjevanja davčnih obveznosti ali obveznosti, ki izhajajo iz socialne varnosti. Pri ravnanju, opredeljenem v točki (g), pa gre za neizpolnitev *pogodbenih* obveznosti.

25. Vendar je res, da lahko nekatere neizpolnitve pogodbenih obveznosti hkrati zajemajo vrsto hujše kršitve poklicnih pravil, in sicer kršitev, ki je bila zagrešena v okviru prejšnje upravne pogodbe in ki je zadostovala za prenehanje pogodbenega razmerja.

26. S tega vidika je povezava med obema točkama ta, da je točka (c) *lex generalis* v razmerju do točke (g), ki je *lex specialis*, zaradi česar bi bilo mogoče uporabiti namene in utemeljitve splošne določbe, zato da se prepoznajo načela, ki jih je treba upoštevati pri razlagi pravila iz točke (g).

27. Oba razloga za izključitev imata za podlago bistveno sestavino v razmerju med ponudnikom, ki mu je bilo oddano naročilo, in naročnikom, in sicer zanesljivost prvega, na katerem temelji zaupanje zadnjenavedenega. Čeprav se Direktiva 2004/18/ES<sup>9</sup> ne sklicuje izrecno na ta element, je za njegovo oblikovanje poskrbela sodna praksa Sodišča.<sup>10</sup>

28. Direktiva 2014/24 že vključuje zanesljivost kot ključni element razmerja ravno v zvezi s hujšo kršitvijo poklicnih pravil. V skladu z uvodno izjavo 101, prvi odstavek, lahko naročniki izključijo „gospodarske subjekte, ki so se izkazali za nezanesljive“. Ista uvodna izjava v drugem odstavku omenja ravnanje v prejšnjih naročilih, „ki vzbujata resne dvome glede zanesljivosti gospodarskega subjekta“.

29. Pomen, ki se pripisuje *zanesljivosti* gospodarskega subjekta, se pojavi v nekaterih odstavkih (6 in 7) člena 57 Direktive 2014/24, v katerih mu je dovoljeno, da sprejme ukrepe, da dokaže, da je vreden zaupanja kljub obstoju razloga za izključitev. Tako *zanesljivost* kot sestavina prežema razloge za izključitev v zvezi s subjektivnimi pogoji kandidata.

30. Torej mora naročnik v skladu z namenom člena 57 Direktive 2014/24 uživati svobodo, da presoja ta element (zanesljivost kandidata), ne da bi bil nujno vezan na presoje drugih javnih organov. Naloga naročnikov in samo naročnikov je, da ocenijo obseg napak, ki pomenijo tako resno neizpolnitev ključne pogodbene obveznosti, da upravičijo odstop od prejšnje pogodbe o izvedbi naročila zaradi izgube zaupanja.

<sup>8</sup> Sklepni predlogi z dne 7. marca 2019 (C-41/18, EU:C:2019:183, točke od 38 do 45).

<sup>9</sup> Direktiva 2004/18/ES 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).

<sup>10</sup> Sodbe z dne 20. marca 2018, Komisija/Avstrija (državna tiskarna) (C-187/16, EU:C:2018:194, točki 88 in 91); z dne 14. decembra 2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, točka 28), in z dne 9. februarja 2006, La Cascina in drugi (C-226/04 in C-228/04, EU:C:2006:94, točka 21).

31. Razlog za izključitev iz člena 57(4)(g) Direktive 2014/24 bi se, kot sem že pojasnil, v tem primeru uporabil, če so se pri izvajanju prejšnjega naročila pri gospodarskem subjektu pokazale precejšnje ali stalne pomanjkljivosti<sup>11</sup> pri izpolnjevanju ključne zahteve, česar posledica je bila predčasna odpoved pogodbe o izvajanju tega naročila.

32. Iz te določbe je mogoče razbrati zlasti to, da je morala biti nepravilnost, ki jo je storil ponudnik, dovolj resna („precejšnja“), da je na njeni podlagi z vidika načela sorazmernosti mogoče utemeljiti predčasno odpoved pogodbe.

33. Iz primerjave nekaterih jezikovnih različic določbe<sup>12</sup> je razvidno, da se za ta razlog za izključitev zahteva neizpolnitev neke bistvene obveznosti, določene v okviru prejšnjega javnega naročila. Ta obveznost je lahko tako vsebinska kot formalna, saj ni ovir za določitev takih formalnih obveznosti, ki se štejejo za bistvene za izvedbo nekega javnega naročila.<sup>13</sup>

34. Za izključitev torej ne zadostuje zgolj enostranska odpoved prejšnje pogodbe o izvajanju javnega naročila. Naročnik mora poleg tega še preučiti neizpolnitev, ki se je tedaj očitala izvajalcu, in preveriti, ali ustreza zahtevam iz člena 57(4)(g) Direktive 2014/24.

35. Sodišče ne sme predložitvenega sodišča nadomestiti pri presoji dejstev in oceni resnosti neizpolnitve, ki je bila razlog za izključitev družbe Delta. Zato je naloga predložitvenega sodišča, da razjasni, ali je v tem primeru nedovoljena oddaja podizvajalcem<sup>14</sup> del pri gradnji občinskega rekreacijskega objekta pomenila precejšnjo pomanjkljivost pri izvajanju pogodbe, ki sta jo sklenila ZZP1 in občina Râmnicu Vâlcea.

36. Vendar lahko Sodišče da predložitvenemu sodišču nekatere smernice, ki mu bodo v korist pri izvedbi lastne presoje.

37. Prvič, preučiti bo treba vsebino razpisne dokumentacije in zlasti razjasniti, v kolikšnem obsegu je določala obveznost, da mora izvajalec o nameravani oddaji dela gradnje podizvajalcem obvestiti naročnika in za to od njega pridobiti dovoljenje. Po mnenju romunske vlade so obstajala konkretna določila, na podlagi katerih pri izvedbi naročila brez soglasja naročnika ni mogel sodelovati noben podizvajalec.<sup>15</sup>

38. Upoštevati je treba, da lahko v skladu s členom 71(2) Direktive 2014/24 „[j]avni naročnik [...] od ponudnika zahtev[a], da v svoji ponudbi navede vsak del naročila, ki ga morda namerava oddati v podizvajanje tretjim osebam, ter vse predlagane podizvajalce“. Naročnik bo le na podlagi tega podatka lahko presodil, ali je zanesljiv tudi podizvajalec.<sup>16</sup>

11 V tem členu je pri omembi *pomanjkljivosti* uporabljena množina. Vendar menim, da je to merilo bolj kvalitativno kot kvantitativno, tako da bi bila že ena sama precejšnja pomanjkljivost lahko sama po sebi vzrok za izključitev. To stališče sta na obravnavi zagovarjali tudi Komisija in avstrijska vlada. V uvodni izjavi 101 Direktive 2014/24 je v okviru navedbe primerov „večjih pomanjkljivosti“ ob omembi „nezmožnost[i] dobave ali izvedbe“ ali „neustrezn[ega] ravnanj[a], ki vzbuja resne dvome glede zanesljivosti gospodarskega subjekta“ uporabljena ednina. Vse je odvisno – poudarjam – od sorazmernosti ukrepa glede na resnost ravnanja.

12 V španski različici je uporabljen izraz *requisito de fondo* [vsebinska zahteva], medtem ko se v drugih različicah poudarja *bistvo* te zahteve: tako je v francoski (*obligation essentielle*), angleški (*substantive requirement*) in nemški (*einer wesentlichen Anforderung*) ter italijanski (*requisito sostanziale*) različici.

13 Slaboverno prikrivanje sodelovanja podizvajalca, ki ga ponudnik zamolči, da bi se izognil pogojem naročila, s katerimi so izražena kogentna – pa čeprav na videz formalna – pravila Direktive 2014/24, lahko povzroči resno škodo ter se ga glede na to škodo in goljufiv namen za njim lahko šteje za precejšnjo pomanjkljivost.

14 Družba Delta trdi, da pravzaprav ni šlo za oddajo del podizvajalcem, temveč za razmerje z drugim podjetjem zaradi izvajanja storitev in dobave materiala. Na podlagi opisa dejanskega stanja v predložitvenem sklepu, ki ga Sodišče mora sprejeti, se zdi, da predložitveno sodišče izhaja iz premise, da je dejansko prišlo do oddaje del podizvajalcem.

15 Točka 17 njenih pisnih stališč. Na obravnavi se je razpravljalo o vsebini tega določila (številka 23.6), katerega obstoj je družba Delta priznala.

16 V uvodni izjavi 105 Direktive 2014/24 je navedeno: „[...] Poleg tega bi bilo treba izrecno navesti, da gredo države članice lahko še dlje, na primer tako, da razširijo obveznosti glede transparentnosti, [...] da javnim naročnikom omogočijo oziroma od njih zahtevajo, da preverijo, da podizvajalci niso v nobeni od situacij, ki bi utemeljevala izključitev gospodarskih subjektov. [...]“



39. Določilo v razpisni dokumentaciji, s katerim se zahteva taka predhodna obvestitev, ima torej ima trdno pravno podlago v pravu Unije. Njegova vključitev v dokumentacijo poleg tega ustreza namenu Direktive 2014/24 glede mehanizmov sporočanja namer oddajanja del podizvajalcem in njihove identitete.

40. Medtem ko so bile določbe Direktive 2004/18 v tem smislu<sup>17</sup> skope, saj je bila v njej omenjena le primernost vključitve določb o podizvajalstvu, da bi se spodbudilo sodelovanje malih in srednje velikih podjetij na trgu javnih naročil,<sup>18</sup> je v Direktivi 2014/24 poudarjeno, zakaj je „transparentnost v podizvajalski verigi“ tako pomembna.

41. V preambuli Direktive 2014/24 je posebej pojasnjeno, da „so tako javni naročniki obveščeni o tem, kdo je prisoten na gradbiščih [...], [in da bi bilo treba pojasniti], da je za posredovanje zahtevanih informacij v vsakem primeru odgovoren glavni izvajalec, bodisi na podlagi *posebnih določb, ki bi jih vsak javni naročnik moral vključiti v vse postopke javnega naročanja*, bodisi na podlagi obveznosti, ki bi jih države članice naložile glavnim izvajalcem v obliki splošno veljavnih predpisov“.<sup>19</sup>

42. Z vidika urejanja pa je v členu 71(6)(b) Direktive 2014/24 določeno, da „javni naročniki lahko oziroma – če tako zahtevajo države članice – morajo [...] preveriti, ali obstajajo razlogi za izključitev podizvajalcev v skladu s členom 57“. Za to preverjanje je potrebno – in tudi logično – da ponudnik te naročnike predhodno obvesti, da namerava del gradnje oddati podizvajalcem.

43. Izhajajoč iz tega bo treba še preveriti, ali je v skladu z razpisno dokumentacijo posledica neizpolnitve dolžnosti obvestitve o obstoju podizvajalcev predčasna odpoved naročila. V tem primeru bo naročnik z odpovedjo pogodbe zgolj „spoštova[l] pogoje, ki jih je sam določil“, v smislu sodbe *Connexion Taxi Services*.<sup>20</sup>

44. Drugič, predložitveno sodišče bo moralo presoditi, ali pomeni to, da izbrani izvajalec sam neposredno izvede naročilo, obveznost, ki je *bistvena* za doseg cilja, ki ga želi uresničiti naročnik. Če ni tako, se pravi, če se izkaže, da je sodelovanje podizvajalcev v okviru takega naročila gradenj možno – čeprav je pogojeno s predhodno priglasitvijo in pridobitvijo upravnega dovoljenja – bo moralo presoditi, ali neobstoj te priglasitve (ter torej tudi potrebnega dovoljenja) ni več le preprosta administrativna napaka brez večjega pomena, ki jo je naknadno mogoče popraviti.<sup>21</sup>

45. Tretjič, predložitveno sodišče lahko pretehta, v kolikšnem obsegu je podizvajalstvo vplivalo na pomemben del gradnje občinskega rekreacijskega centra in ali je sodelovanje podizvajalca negativno vplivalo na izvedbo teh del.<sup>22</sup>

46. Te preučitve bodo upoštevne pri presoji, ki jo je treba v zvezi z razlogom za izključitev opraviti z vidika načela sorazmernosti.<sup>23</sup> Če ravnanje gospodarskega subjekta, ki je pri prvem naročilu kršil svoje obveznosti, ne doseže določene ravni resnosti (le če se torej lahko šteje za *de minimis*), je mogoče, da njegova izključitev iz sodelovanja pri drugem naročilu, zato ker bi pomenila nesorazmeren ukrep, ne bi bila ustrezna.

17 Iz primerjave ureditev podizvajalstva iz Direktive 2004/18 (člen 25) in Direktive 2014/24 (člen 71) je razvidno, da je v bistvu ohranjena – če je določena v razpisni dokumentaciji – dolžnost, da se naročniku sporoči, kolikšen del gradenj bo oddan podizvajalcem ter kdo so predlagani podizvajalci.

18 Uvodna izjava 32 Direktive 2004/18.

19 Uvodna izjava 105 Direktive 2014/24. V izvorniku ni poudarka.

20 Sodba z dne 14. decembra 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948, točka 38 in navedena sodna praksa).

21 To je ena od možnosti, ki jih v svojih pisnih stališčih navaja Komisija (skupaj z drugimi, kot je ta, da je skušalo ZZP1 naročnika zavesti glede identitete podizvajalca).

22 Romunska vlada meni, da bi bila izjava o odgovornosti ZZP1, čeprav v predložitvenem sklepu ni natančno navedeno, ali so bile pri tej izvedbi ugotovljene pomanjkljivosti lahko indic za to, da so bile.

23 Zakonodajalec se v Direktivi 2014/24 sklicuje na sorazmernost ukrepa, in sicer tudi pri razlogih za obvezno izključitev, kakršen je ta v zvezi z neplačevanjem davkov ali prispevkov za socialno varnost (člen 57(3), drugi pododstavek).

47. Četrtrič, če se ugotovi obstoj tega razloga za izključitev, lahko v skladu s členom 57(6) Direktive 2014/24 (ki je bil v romunsko pravo prenesen s členom 171 zakona št. 98/2016) zadevni ponudnik še vedno predloži dokaze, da se je po prejšnjem ravnanju spet izkazal za zanesljivega.<sup>24</sup>

48. Nazadnje, trditev družbe Delta o sporih, ki še tečejo v zvezi z odločitvijo občine Râmnicu Vâlcea, s katero je ta razdrila pogodbo z ZZP1,<sup>25</sup> sama po sebi ni ovira za uporabo tega razloga za izključitev. Kot sem navedel v sklepnih predlogih v zadevi Meca,<sup>26</sup> izpodbijanje odločitve o predčasni odpovedi pogodbe o izvedbi javnega naročila ne more biti ovira za to, da bi naročnik presodil ravnanje, zaradi katerega je do nje prišlo, in zanesljivost gospodarskega subjekta po tem ravnanju.

### C. Razlog za izključitev iz člena 57(4)(h) Direktive 2014/24

49. Primera, na podlagi katerih je v skladu s členom 57(4)(h) Direktive 2014/24 mogoče utemeljiti izključitev gospodarskega subjekta iz postopka javnega naročanja, sta:

- to, da je „kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih zaradi preverjanja odsotnosti razlogov za izključitev ali izpolnjevanja pogojev za sodelovanje“, in
- to, da „ne razkrije takšnih informacij“.<sup>27</sup>

50. Sodišče je prvi primer obravnavalo, ko je v sodbi Esaprojekt<sup>28</sup> razlagalo določbo Direktive 2004/18 (njen člen 45(2)(g)), v kateri je bilo podobno določeno, da se gospodarski subjekt zaradi posredovanja zavajajočih razlag naročniku lahko izključi iz javnega naročila.

51. V tej sodbi je menilo, da ni nujno, da je dajanje zavajajočih razlag naklepno, ampak zadošča „dovolj hud[a] malomarnost, to je [...] malomarnost, ki odločilno vpliva na odločitve o izključitvi, izbiri ali oddaji javnega naročila“. Ker je bilo v omenjeni zadevi to podano, se je gospodarski subjekt lahko štel za „krivega resnih zavajajočih razlag“, zaradi česar je bila „odločitev javnega naročnika o izključitvi navedenega gospodarskega subjekta iz zadevnega javnega naročila“<sup>29</sup> utemeljena.

52. Drugi primer je bil predmet obravnave v sodbi Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani in Guerrato,<sup>30</sup> pri čemer je bila izhodišče ustrezna določba Direktive 2004/18.<sup>31</sup> V navedeni zadevi je ponudnik v svoji ponudbi zamolčal podatek o kaznovanosti poslovodje, ki je bil obsojen za več kaznivih dejanj. Sodišče je štelo, da je ta okoliščina zadosten razlog za izključitev ponudnika iz postopka javnega naročanja.<sup>32</sup>

24 V točki 21 predložitvenega sklepa je navedeno, da se je ZZP2 „sklicevalo samo na razloge nezakonnosti ugotovitvene listine, pri čemer n[i] predložil[o] dokazov, s katerimi bi upravičil[o] [svojo] verodostojnost“. Na obravnavi družba Delta ni pokazala, da je izvedla korektivne ukrepe, ukrepe za rehabilitacijo svojega delovanja, za ponovno vzpostavitev zanesljivosti (omejila se je na navedbo, da je skušala sanirati to, da ni obvestila o oddaji del podizvajalcem).

25 V predložitvenem sklepu je ta litispendenca omenjena v točki 12.

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

27 Čeprav se več jezikovnih različic, ki sem jih preučil, razlikuje po uporabi trdilnih in nikalnih glagolov (v italijanščini, *non ha trasmesso*; v angleščini, *has withheld*; v francoščini, *a caché*; v nemščini, *zurückgehalten*; v portugalsščini, *tiver retido*; v romunščini, *nu a divulgat*), pa menim, da gre vsebinsko pri vseh za opis istega ravnanja.

28 Sodba z dne 4. maja 2017 (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 *Ibidem* (točki 71 in 77).

30 Sodba z dne 20. decembra 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 V skladu s členom 45(2)(g) Direktive 2004/18 je „[v]sak gospodarski subjekt [...] lahko izključen iz postopka oddaje naročila, če [...] ni zagotovil [informacij, zahtevanih v skladu s tem poglavjem]“.

32 Točka 48 sodbe z dne 20. decembra 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000): „Tako je neobvestitev naročnika o kaznivih dejanjih nekdanjega poslovodje lahko tudi element, ki na podlagi te določbe omogoča izključitev ponudnika iz sodelovanja v postopku javnega razpisa“.

53. Čeprav bi se ob upoštevanju člena 57(4)(h) Direktive 2014/24 lahko zdelo, da je „resnost“ pogoj le pri dajanju zavajajočih informacij, ne pa tudi pri nerazkritju informacij, po mojem mnenju ni tako. Ne glede na to, ali je ravnanje aktivno (zavajanje) ali pasivno (prikrievanje), je bistveno to, da je informacija, ki je posredovana z zavajajočim namenom ali ki se prikrije, relevantna za odločitev, ki jo sprejme naročnik. To je po mojem mnenju spet posledica načela sorazmernosti.

54. Predložitveno sodišče v obravnavanem predlogu za sprejetje predhodne odločbe drugače kakor naročnik ne obravnava razloga za izključitev, ki ga preučujem.<sup>33</sup> CNAIR se je, ker ji družba Delta ni sporočila, da je bila prejšnja pogodba o izvedbi javnega naročila, ki ji je bilo dodeljeno, odpovedana zaradi kršitve določila v zvezi z oddajo del podizvajalcem, namreč odločila, da bo uporabila (skupaj z razlogom za izključitev, ki sem ga preučil v prejšnjem razdelku) člen 167(1) zakona št. 98/2016, torej nacionalno določbo, s katero je bil prenesen člen 57(4)(h) Direktive 2014/24.

55. V tem okviru bo moralo predložitveno sodišče, če bo menilo, da bi bilo treba obravnavati drugi razlog za izključitev, ki ga je uporabila CNAIR, upoštevati posebne okoliščine, v katerih je prišlo do prikrivanja informacij, ter resnost tega ravnanja.

56. Natančneje, za presojo resnosti prikrivanja informacij naročniku ne bo zadostovala ugotovitev, da je ponudnik zamolčal obstoj morebitnega razloga za izključitev. Poleg tega bo treba pretehtati pomen informacij, ki niso bile sporočene.

57. V zadevi, kakršna je obravnavana, v kateri je podana predhodna in formalno ugotovljena odpoved pogodbenega razmerja,<sup>34</sup> je bila družba Delta na podlagi načela lojalnosti že od začetka obvezana naročniku sporočiti ta stvarni podatek, pri čemer pa bi mu lahko posredovala tudi vse informacije, ki bi se ji zdele potrebne za dokaz, da po njenem mnenju neizpolnitve obveznosti ni bilo ali da je bil njen pomen zanemarljiv.<sup>35</sup>

58. V vsakem primeru je naloga nacionalnega sodišča, da presodi dejanske okoliščine zadeve ter ob upoštevanju načela sorazmernosti razjasni, ali je bila izključitev ponudnika – iz enega ali drugega razloga – zadostno utemeljena.

## V. Predlog

59. Glede na zgornje preudarke Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Curtea de Apel București (pritožbeno sodišče v Bukarešti, Romunija), odgovori tako:

1. Člen 57(4)(g) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES je treba razlagati tako, da
  - javni naročnik lahko iz postopka oddaje javnega naročila gradenj načeloma izključi gospodarski subjekt, ki mu je bila pri prejšnjem javnem naročilu predčasno odpovedana pogodba o njegovi izvedbi, ker ni izpolnil obveznosti iz določila, v skladu s katerim bi moral naročnika – da bi ta lahko dal potrebno dovoljenje – obvestiti o oddaji dela teh gradenj podizvajalcu;

<sup>33</sup> Na obravnavi je Komisija omenila možnost, da bi bil podlaga za izključitev člen 57(4)(h) Direktive 2014/24.

<sup>34</sup> Avstrijska vlada je na obravnavi poudarila, da je predčasna odpoved pogodbe o izvedbi javnega naročila dejavnik, katerega pomen se ne sme podcenjevati in ki mora biti izpostavljen v poznejših postopkih za oddajo javnega naročila.

<sup>35</sup> Družba Delta je na obravnavi priznala, da na enotnem evropskem dokumentu v zvezi z oddajo javnega naročila tega podatka ni navedla, in dodala, da na obrazcu ni prostora za pojasnila. Vendar bi, če bi želela obrazložiti podrobnosti odpovedi pogodbenega razmerja, to lahko storila s predložitvijo ločenega dopisa s takimi pojasnili.

- je naloga nacionalnega sodišča, da glede na konkretne okoliščine spora in ob upoštevanju načela sorazmernosti presodi, ali je bil razlog za predčasno odpoved pogodbe o izvedbi (prvega) javnega naročila precejšnja pomanjkljivost pri izpolnjevanju ključne zahteve, določene v okviru tega naročila, ki je dovolj resna za to, da se gospodarski subjekt izključi iz (drugega) naročila.
2. Člen 57(4)(h) Direktive 2014/24 ne nasprotuje temu, da javni naročnik iz (drugega) javnega naročila izključi ponudnika, ki je pred njim prikril, da mu je bila pogodba o izvedbi prejšnjega javnega naročila predčasno odpovedana zaradi precejšnjih pomanjkljivosti pri izvajanju ključne zahteve, določene v okviru tega (prvega) naročila. Naloga nacionalnega sodišča je, da ob upoštevanju načela sorazmernosti presodi resnost tega prikrivanja informacij.