

**Дело C-387/19**

**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от  
Процедурния правилник на Съда**

**Дата на постъпване в Съда:**

17 май 2019 г.

**Запитваща юрисдикция:**

Raad van State (Белгия)

**Дата на акта за преюдициално запитване:**

7 май 2019 г.

**Жалбоподатели:**

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

**Ответник:**

Vlaams Gewest

**Предмет на главното производство**

Жалба за отмяна на решение от 29 ноември 2016 г. на Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest (поделение „Пътища и транспорт на провинция Източна Фландрия“ на Агенция „Пътища и транспорт на регион Фландрия“, Белгия), с което на конкурент на жалбоподателите е възложена обществена поръчка с предмет извършването на пътно строителство.

**Предмет и правно основание на преюдициалното запитване**

Правно основание: член 267ДФЕС

Преюдициалното запитване се отнася до въпроса дали от оферент, който даден възлагащ орган е изключил от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка поради „тежко нарушение“ при упражняване на професионалната дейност, следва да се очаква да посочи евентуални тежки

професионални нарушения и предприети в това отношение мерки за реабилитиране по собствена инициатива, или възлагащият орган, след като е установил, че според него е налице тежко нарушение, което е възможно да доведе до изключване, трябва да предвиди още една състезателна процедура, преди на практика да може да вземе решение за изключването.

### **Преюдициални въпроси**

1. Трябва ли член 57, параграф 4, букви в) и ж) във връзка с параграфи 6 и 7 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО да се тълкува в смисъл, че не допуска прилагане, при което икономически оператор се задължава по собствена инициатива да представи доказателства за мерките, предприети от него, за да докаже своята надеждност?
2. При положителен отговор: има ли тълкуваният в този смисъл член 57, параграф 4, букви в) и ж) във връзка с параграфи 6 и 7 от Директива 2014/24 директен ефект?

### **Посочени разпоредби от правото на Съюза**

- член 57, параграф 4, букви в) и ж), параграфи 6 и 7, член 69, параграф 1 и член 90 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65)
- Общ принцип на състезателност
- Регламент за изпълнение (ЕС) 2016/7 на Комисията от 5 януари 2016 година за установяване на стандартния образец за единния европейски документ за обществени поръчки (ОВ L 3, 2016 г., стр. 16)

### **Посочени разпоредби от националното право**

- Членове 23 и 24 от Закона от 15 юни 2006 г. за обществените поръчки и за определени обществени поръчки за строителство, услуги и доставки
- Членове 2 и 3 от Закона от 29 юли 1991 г. за изричното мотивиране на административния акт
- Член 70 от Закона от 17 юни 2016 г. за обществените поръчки
- Член 61, параграфи 1 и 2 от Кралския указ от 15 юли 2011 г. за възлагането на обществени поръчки в класическите отрасли

- Член 20 от Общите условия за обществените поръчки за строителство, услуги и доставки, и за концесиите за строителство, представляващи приложение към Кралски указ от 26 септември 1996 г.
- Общи правни принципи на добра администрация: принцип на равно третиране, принцип на конкуренция, принцип на полагане на грижа, принцип на прозрачност и принцип на мотивиране по същество

### **Кратко представяне на фактическата обстановка и на главното производство**

- 1 Агенция „Пътища и транспорт на регион Фландрия“ обявява обществена поръчка с предмет извършването на пътно строителство. Поръчката се възлага чрез публична покана. В обявлението изрично се посочва, че възлагащият орган може да изключи от участие оферент, ако същият е извършил тежко професионално нарушение.
- 2 С решението за възлагане офертата на жалбоподателите, които заедно образуват консорциум, е изключена от участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка поради тежки професионални нарушения. В мотивите на доклада за поръчката, последван от решението за възлагане, за всеки от жалбоподателите са посочени деянията, които се считат за тежки професионални нарушения. Става въпрос по-специално за нарушения на изискванията за безопасност и здраве в корабостроителници, недостатъчна пътна сигнализация и (технически) недостатъци при изпълнение на предходни строителни работи.
- 3 Жалбоподателите подават пред запитващата юрисдикция жалба за отмяна на това решение за възлагане.
- 4 Запитващата юрисдикция приема, че за разрешаването на спора е необходимо тълкуване на правото на Съюза, по-конкретно на член 57 от Директива 2014/14.

### **Основни доводи на страните в главното производство**

- 5 Жалбоподателите твърдят, че е налице нарушение на членове 23 и 24 от посочения по-горе закон от 15 юни 2006 г., на член 57, параграфи 4, 6 и 7 от Директива 2014/24, на залегналия в Директивата принцип на състезателност (*audi et alteram partem*), на членове 2 и 3 от Закона от 29 юли 1991 г. („Закон за формалното мотивиране“) и на няколко общи принципа на добрата администрация.
- 6 Те застъпват становището, че преди да бъдат изключени, е трябвало да им бъде предоставена възможност за защита, при която да могат да докажат, че са разрешили проблемите. Гореспоменатите разпоредби на Директивата

предвиждали състезателна процедура, при която оферентът може да представи доказателства, че предишните грешки са поправени или отстранени, и освен това посочвали, че дори тогава действия като разглежданите в случая могат да бъдат използвани като основание за изключване на даден оферент в рамките на не повече от три години, ако същият не успее да докаже, че междуременно е отстранил проблемите.

- 7 В това отношение жалбоподателите се позовават на директния ефект на посочените разпоредби на Директивата.

Те считат, че могат да се позоват на тази директива, която не е транспонирана своевременно в белгийското право, срещу ответника в качеството му на регионален орган, като се има предвид широкото тълкуване на понятието „държава“ от страна на Съда.

Посочените разпоредби били безусловни, ясни и точни. Условието, че дадена държава членка трябва да „взем[е] необходимите мерки“, и самото указание в преамбюла, че конкретните процедурни и материални условия следва да бъдат изготвени от държавата членка — условия, които според жалбоподателите се отнасят само до процедурата — сами по себе си не означавали, че въвеждането на правото на всеки икономически оператор да докаже своето реабилитиране по собствена инициатива е условно.

Жалбоподателите се позовават по-специално на структурата на Директивата, която според тях трябва да се тълкува в смисъл, че всеки икономически оператор трябва да получи възможността да докаже, че е взел мерки, доколкото възлагащият орган счита, че честността на икономическия оператор е засегната от нарушение. Всъщност даден оферент можел да знае какво се счита за тежко нарушение от страна на възлагащия орган само ако е бил уведомен за това. Следователно според жалбоподателите „предвид смисъла и целта си [...] дадена състезателна процедура предполага, че лицето, което има право да повдигне възражения, знае срещу какво може да възрази“. Ето защо не било вярно, че кандидат, съответно оферент, трябва да докаже „по собствена инициатива“, че е взел коригиращи мерки. Според жалбоподателите това — наложено от бъдещо законодателство — задължение не е приложимо за настоящата поръчка и освен това противоречи на същността и целта на член 57 от Директивата, която — както при необичайни цени — предвижда състезателна процедура за проверка.

Освен това то противоречало и на изрично предвидения в Директивата правен принцип *audi et alteram partem*. Също така ответникът нарушил задължението си за полагане на грижа, както и принципите на прозрачност, на лоялна конкуренция и на равно третиране, тъй като жалбоподателите били третирани по различен начин в сравнение с техните „европейски колеги“.

- 8 На първо място, ответникът оспорва, че член 57 от Директива 2014/24 има директен ефект. Той оспорва, че параграф 6 от този член е безусловен, ясен и точен. Поне що се отнася до коригиращите мерки, това изискване не било изпълнено, тъй като член 57, параграф 7 предвижда, че „[д]ържавите членки определят условията за прилагане на настоящия член чрез закони, подзаконови или административни разпоредби при спазване на правото на Съюза“. В това отношение ответникът се позовава едновременно и на съображение 102 от Директивата. Фактът, че системата от коригиращи мерки е недостатъчно „разработена“, също означавал, че при транспонирането на директивата държавите членки разполагат с широка свобода на преценка в това отношение. Например, директивата не определяла нито кога кандидатът, съответно оферентът, трябва да уведоми, че са взети коригиращи мерки, нито по какъв начин следва да бъде извършено това уведомяване. Фактът, че държавите членки разполагат с широкообхватни правомощия за изготвяне на собствена правна уредба относно коригиращите мерки, следвало и от обстоятелството, че директивата дава право на държавите членки да определят кой орган — възлагащият орган или друг орган — отговаря за оценката на коригиращите мерки. Този извод се подкрепял и от факта, че белгийският законодател е уредил, съответно изяснил основни въпроси във връзка с правната уредба относно коригиращите мерки в бъдещото спрямо момента на възлагане на поръчката законодателство (член 70 от закона от 17 юни 2016 г., с който се транспонира член 57 от Директива 2014/14).
- 9 При условията на евентуалност, ответникът твърди, че обжалваното решение не нарушава предвидената в директивата правна уредба относно реабилитирането по собствена инициатива. Тъй като директивата описвала много общо как трябва да бъде оформена системата от коригиращи мерки, за даден възлагащ орган било трудно да определи как да прилага реабилитирането по собствена инициатива съгласно член 57, параграф 6. Следователно при подобни обстоятелства било логично да се спазва законът от 17 юни 2016 г., който налага задължението за доказване по собствена инициатива на предприетите конкретни мерки, дори ако този закон все още не е влязъл в сила. Нищо не е пречело на жалбоподателите сами да уведомят за съответните коригиращи мерки при подаване на тяхната оферта.

Според ответника такова оформяне на правната уредба относно коригиращите мерки не противоречи на член 57 от Директивата. Той счита, че именно оферентът е в състояние най-добре да прецени дали за него е налице едно от факултативните основания за изключване и дали вследствие на това трябва да предприеме коригиращи мерки. В настоящия случай тежестта на извършените при предходни поръчки за строителство нарушения била очевидна, особено след като и тези поръчки са били възложени от ответника.

Що се отнася до сравнението със състезателната процедура за проверка при необичайни цени, ответникът също така твърди, че както е видно от самия

член 57, параграф 6 и от сравнение с член 69, параграф 1 от Директивата, съществува съществена разлика между тези разпоредби.

Освен това той се позовава на Регламент за изпълнение 2016/7, в който оформението като приложение стандартен образец предоставя възможността във връзка с всяко факултативно основание за изключване, включително при тежки професионални нарушения, за които става дума в настоящия случай, да се посочи дали са предприети мерки за реабилитиране по собствена инициатива, и евентуално същите да се опишат. Следователно — и според Европейската комисия — от Директива 2014/14 следва, че кандидатът, съответно оферентът, е длъжен сам да поеме инициативата и да уведоми възлагащия орган за всяка коригираща мярка.

Освен това, не можело да се приеме, че процедурата на реабилитиране по собствена инициатива се различава в зависимост от съответното основание за изключване. Тъй като директивата целяла значително административно опростяване на процедурата за възлагане на обществени поръчки, европейският законодател не би могъл да има намерение да предвиди различни процедури в областта на реабилитиране по собствена инициатива.

В частност, при условията на евентуалност ответникът твърди, че принципите на добра администрация не са били нарушени. Накрая, той се позовава на постоянната съдебна практика на Raad van State (Държавен съвет, Нидерландия) относно правото на изслушване и изтъква, че възлагащият орган, който желае да вземе решение за изключване, по принцип не е длъжен да проведе изслушване, тъй като нито отнема предоставено в предходен момент предимство, нито налага санкция, а само отхвърля предоставянето на заявено предимство.

### **Кратко изложение на мотивите за преюдициалното запитване**

- 10 На първо място, запитващата юрисдикция приема, че обявлението за поръчка е публикувано на 11 и 13 май 2016 г., тоест след изтичане на срока за транспониране на директивата на 18 април 2016 г. От тази дата е трябвало да се използва и посочения в Регламент за изпълнение 2016/7 стандартен образец за единния европейски документ за обществени поръчки. В този образец, в частта „Основания за изключване” е налице възможността да се посочи дали икономическият оператор е взел мерки за реабилитиране по своя инициатива и евентуално да се опишат тези мерки.

Приложимият в главното производство член 61, параграф 2, точка 4 от Кралския указ от 2011 г., въз основа на който жалбоподателите са били изключени, е предвиждал, че кандидати, съответно оференти, които са виновни за тежко професионално нарушение, могат да бъдат изключени от участие на всеки етап от процедурата за възлагане на поръчка.

На следващо място, запитващата юрисдикция посочва, че законът от 17 юни 2016 г. — където е предвидена процедура, в рамките на която кандидати, съответно оференти, които могат да бъдат изключени поради тежки нарушения, могат по собствена инициатива да докажат, че са предприели „коригиращи мерки“ — все още не е бил в сила към датата на обжалваното решение.

При преценката на жалбата за отмяна следва да се отговори на въпроса дали член 57, параграф 4, букви в) и ж), във връзка с точки 6 и 7 от Директива 2014/24 (не) изключват прилагане, при което икономически оператор, който — както в настоящия случай — според възлагащия орган е виновен за тежко професионално нарушение и не е посочил по собствена инициатива съответни коригиращи мерки, се изключва, без да е получил — изрично предвидената в рамките на планирано изключване от възлагащия орган — възможност да представи доказателства, че е предприел мерки, за да докаже въпреки всичко своята надеждност, или да е бил подканен да направи това в обявлението, съответно в тръжната документация.

Ако отговорът на горния въпрос гласи, че Директивата допуска посоченото прилагане, въпросът дали съответните разпоредби на директивата имат директен ефект, не изисква допълнително разглеждане.

Нито от текста на разглежданите разпоредби, нито от практиката на Съда обаче следва недвусмислено как трябва да се отговори на този въпрос.

В предходната практика на Съда, по-специално в решение от 24 октомври 2018 г., *Vossloh Laeis* (C-124/17, EU:C:2018:855, т. 20—23 и диспозитива) относно реабилитирането по собствена инициатива всъщност не се разглежда поставения в настоящия случай въпрос, а именно дали член 57, параграф 6 от Директивата трябва да се тълкува в смисъл, че икономически оператор трябва да вземе мерки за реабилитиране по собствена инициатива или той трябва да бъде подканен да направи това преди да може да бъде взето решение за изключване.

Текстът на разглежданата разпоредба на директивата не дава възможност за никакви изводи в това отношение, тъй като в нея е предвидено само, че: „Всеки икономически оператор, който се намира в едно от положенията по параграфи 1 и 4, може да представи доказателства за това, че предприятиите от него мерки са достатъчни за доказване на неговата надеждност, въпреки наличието на съответното основание за изключване“. В съображение 102 от Директивата също е посочено само общо, че „Икономическите оператори следва да разполагат с възможността да поискат оценяване на мерките за съответствие, взети с оглед евентуално допускане до процедурата за възлагане на обществена поръчка“.

В стандартния образец, който се съдържа в Регламент за изпълнение 2016/17, е предвидена възможността да се посочи дали икономическият

оператор е взел мерки за реабилитиране по своя инициатива и евентуално да се опишат тези мерки.

Възможните основания за изключване обаче се отнасят до различни обстоятелства. В някои случаи за икономическия оператор може да е ясно предвидимо дали е налице съответно основание за изключване или не. При други основания за изключване това е по-малко очевидно. Съществуват задължителни и факултативни основания за изключване. Доколкото става въпрос за „тежко нарушение“ като разглежданото в настоящия случай, съгласно съображение 101 от Директивата възлагащият орган има задължението да установи дали е налице тежко професионално нарушение. В този случай класификацията на възлагащия орган като такава не винаги е предвидима за съответния оферент. В този случай трябва ли оферентът да действа по собствена инициатива или, след като е установил наличието на тежко нарушение, което може да доведе до изключване, възлагащият орган трябва да предвиди състезателна процедура?

Освен това в преценката на пропорционалността на основанията за изключване могат да бъдат включени мерки за реабилитиране по собствена инициатива. Тълкуване в смисъл, че следва да се предвиди състезателна процедура преди на практика да се вземе решение за изключване, изглежда, че насърчава и конкуренцията.

На тази теза се противопоставя схващането, че ако инициативата бъде оставена на оферента, вероятността няколко възлагачи органа да разполагат с една и съща информация когато трябва да приемат решение за възлагане е по-голяма, и в този смисъл се налага по-голяма прозрачност.

По отношение на аналогията с правната уредба относно проучването на необичайни цени, запитващата юрисдикция отбелязва, че член 69 от Директивата, който се отнася до необичайно ниски цени, изисква от възлагащия орган да предприеме редица активни действия, които не се изискват изрично от правната уредба относно реабилитирането по собствена инициатива в член 57, параграф 6 от Директивата. Освен това тя се позовава и на различните цели на правната уредба относно необичайни цени и правната уредба относно реабилитирането по собствена инициатива.

- 11 Що се отнася до директния ефект на разгледаните разпоредби, запитващата юрисдикция посочва, че Съдът все още не се е произнесъл по този въпрос. Въпреки това може да се приеме, че член 57, параграф 6 от Директива 2014/24 изисква допълнителни мерки, за да може да бъде приложен, особено когато в него е посочено, че всеки икономически оператор може да представи доказателства за това, че предприятиите от него мерки са достатъчни за доказване на неговата надеждност, въпреки наличието на съответното основание за изключване. Същото се отнася и за член 57, параграф 7 от тази директива. Така например, директивата не уточнява нито кога кандидатът, съответно оферентът трябва да уведоми, че са взети



коригиращи мерки, нито по какъв начин следва да бъде извършено това уведомяване и кой отговаря за оценката на мерките.

- 12 От друга страна, от практиката на Съда следва, че текстът на разпоредба, съгласно която държавата членка трябва да „взем[е] необходимите мерки“, сама по себе си не изключва безусловното и достатъчно ясно признаване на определено право от директивата. Въпреки че като цяло за разпоредбите относно реабилитирането по собствена инициатива не може да се приеме, че имат директен ефект, то такъв ефект не може да бъде напълно изключен за някои части от тези разпоредби, които се прилагат като минимални гаранции.

Доколкото според Съда предоставената на оферент възможност по член 57, параграф 6 от Директива 2014/24 да докаже своята надеждност, въпреки изключване поради тежко нарушение, означава, че възлагащият орган трябва при всички случаи да предостави тази възможност на даден оферент, преди да го изключи по тази причина, вследствие на което възниква въпросът дали в случая става дума за вид минимална защита, която може да бъде определена много точно въз основа на директивата.

- 13 Съответно, тъй като съществуват съмнения относно тълкуването на разглежданите разпоредби, запитващата юрисдикция решава да отправи до Съда преюдициално запитване с формулираните по-горе преюдициални въпроси.