

## Дело C-403/23

**Резюме на преюдициално запитване съгласно член 98, параграф 1 от  
Процедурния правилник на Съда****Дата на постъпване в Съда:**

30 юни 2023 г.

**Запитваща юрисдикция:**

Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия)

**Дата на акта за преюдициално запитване:**

16 юни 2023 г.

**Жалбоподател:**

Luxone Srl, от свое име и като пълномощник на временно обединение на предприятия, в процес на учредяване с Iren Smart Solutions SpA

**Отвeтник:**

Consip SpA

**Предмет на главното производство**

Въззивна жалба, подадена пред Consiglio di Stato от дружество Luxone, действащо от свое име и като пълномощник на временното обединение на предприятия в процес на учредяване с дружество Iren Smart Solutions, (наричано по-нататък „жалбоподателят“), срещу решение на Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио) (наричан по-нататък: „TAR Lazio“), с което последният отхвърля жалбата на настоящия жалбоподател, насочена срещу мерките, предприети срещу него от Consip S.p.a. Тези мерки предвиждат изключване от търг и усвояване на временните гаранции, които жалбоподателят е внесъл в контекста на тръжната процедура.

## Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Преюдициалното запитване, постановено от Държавния съвет в качеството му на съдебен орган от последна инстанция съгласно член 267 ДФЕС, има за цел да установи съвместимостта с Директива 2004/18/ЕО и с принципите на ЕС за пропорционалност, свобода на стопанска инициатива, свободно движение и свобода на установяване на италианското законодателство относно промяната на състава на временното обединение от предприятия, неговото изключване от търга в случай на оттегляне на един от членовете му и усвояването на временните гаранции, внесени в контекста на тръжна процедура, от която оферентът е бил изключен.

## Преюдициални въпроси

А) Допускат ли Директива 2004/18/ЕО, членове 16 и 52 от Хартата на основните права на Европейския съюз, принципите на пропорционалност, конкуренция, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги, посочени в членове 49, 50, 54 и 56 ДФЕС, вътрешни норми (член 11, параграф 6, член 37, параграфи 8, 9, 10, 18 и 19, член 38, параграф 1, буква f) от Законодателен декрет № 163 от 2006 г.), които в случай на изтичане на срока на валидност на офертата, първоначално представена от временно обединение на предприятия в процес на учредяване, изключват възможността за намаляване на първоначалния състав на обединението при удължаване на срока на валидност на посочената оферта; по-специално съвместими ли са тези национални разпоредби с общите принципи на правото на Европейския съюз на свободна стопанска инициатива и ефективност, както и с член 16 от Хартата на основните права на Европейския съюз?

Б) Допускат ли Директива 2004/18/ЕО, членове 16, 49, 50 и 52 от Хартата на основните права на Европейския съюз, член 4, протокол 7 към Европейската конвенция за правата на човека — ЕКПЧ, член 6 ДЕС, принципите на пропорционалност, конкуренция, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги, закрепени в членове 49, 50, 54, и 56 ДФЕС, вътрешни норми (член 38, параграф 1, буква f), членове 48 и 75 от Законодателен декрет № 163 от 2006 г.), които предвиждат прилагането на санкцията за задържане на временната гаранция като автоматична последица от изключването на икономически оператор от процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги, независимо от обстоятелството дали същият е бил избран за изпълнител при същото възлагане?

## Цитирани разпоредби на правото на Съюза

Директива 2004/18/ЕО, по-специално съображение 2, член 2 и член 4, параграф 2

Членове 16, 49, 50 и 52 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата от Ница“)

Членове 49, 50, 54 и 56 ДФЕС

Член 6 ДЕС

### **Релевантни разпоредби на националното право**

Законодателен декрет № 163 от 2006 г. — Кодекс за обществените поръчки за строителство, услуги и доставки в изпълнение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО (наричан по-нататък: „Кодекс за обществените поръчки“) в приложимата му към съответния момент редакция:

Член 11, параграф 6:

„Всеки конкурент може да подаде не повече от една оферта. Офертата е обвързваща за срока, посочен в обявлението или поканата, а при непосочване на срок – сто и осемдесет дни от крайния срок за нейното представяне. Възложителят може да поиска от оферентите удължаване на този краен срок“.

Член 37, параграфи 8, 9, 10, 18 и 19:

„8. Представянето на оферти от субектите, посочени в член 34, параграф 1, букви d) и e), е разрешено, дори същите да са все още в процес на учредяване. В този случай офертата трябва да бъде подписана от всички икономически оператори, които участват във временните или обикновените обединения от конкуренти, и да съдържа ангажимент, че в случай на възлагане на поръчката тези оператори ще предоставят специален колективен мандат за представителство на един от тях (...), който ще сключи договора от свое име и от името на доверителите.

9. (...) С изключение на предвиденото в параграфи 18 и 19, се забраняват каквито и да било промени в състава на временните и обикновените обединения от конкуренти спрямо произтичащия от ангажимента, представен при подаването на офертата.

10. Неспазването на забраните, посочени в предходния параграф, води до о на възлагането или недействителност на договора, както и до изключване на оферентите, участващи в обединението (...)

18. В случай на фалит на оправомощения за представител кандидат, а когато търговецът е физическо лице, в случай на смърт, лишаване от права, поставяне под запрещение или фалит или в случаите, предвидени от законодателството за борба с мафията, възложителят може да продължи договорните отношения с друг икономически оператор, определен за

представител по реда на настоящия кодекс, при условие че въпросният оператор отговаря на квалификационните изисквания за строителните работи, услугите или доставките, които все още предстои да бъдат извършени; ако тези условия не са налице, възложителят може да се оттегли от договора.

19. В случай на фалит на един от доверителите, а когато търговецът е физическо лице, в случай на смърт, лишаване от права, поставяне под запрещение или фалит или в случаите, предвидени от законодателството за борба с мафията, представителят, ако не посочи друг встъпващ икономически оператор, който отговаря на необходимите изисквания, е длъжен да изпълни договора, пряко или чрез другите доверители, при условие че същите отговарят на квалификационните изисквания за строителните работи, услугите или доставките, които все още предстои да бъдат извършени“.

Член 38, параграф 1, буква f):

„1. Изключват се от участие в процедурите за възлагане на концесии и на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги, не могат да бъдат подизпълнители по поръчки и не могат да сключват свързаните с тях договори субектите: [...] f) които, по мотивирана преценка на възложителя са допуснали груба небрежност или недобросъвестност при изпълнението на възложените им от възложителя доставки на стоки или на услуги или които са допуснали сериозна грешка в изпълнението на своята професионална дейност, установена с всякакви доказателствени средства от възложителя“.

Член 48, параграф 1:

„Преди да пристъпят към отваряне на пликите с представените оферти, възлагащите органи изискват от определен брой избрани чрез публичен жребий оференти, не по-малък от 10 процента от представените оферти, закръглен до следващата цяла единица, да докажат в десетдневен срок от датата на искането спазването на изискванията за икономическо-финансов и техническо-организационен капацитет, евентуално изисквани в обявлението за обществена поръчка, като представят документацията, посочена в това обявление или в поканата за участие. При проверката възлагащите органи установяват спазването на изискването за квалификация за изпълнение на задачата [...]. Когато такива доказателства не са представени или не потвърждават декларациите, съдържащи се в заявлението за участие или в офертата, възлагащите органи пристъпват към изключване на конкурента от търга [и] към усвояване на съответната временна гаранция [...]“.

Член 75:

„1. Офертата се придружава от гаранция в размер две на сто от основната цена, посочена в обявлението или поканата, под формата на гаранция или поръчителство, по избор на оферента. [...]

6. Гаранцията покрива неподписване на договора по вина на изпълнителя и се освобождава автоматично в момента на подписване на договора. [...]

9. В уведомлението за възлагане до неспечелилите участници възлагащият орган разпорежда едновременно освобождаване на предоставената от тях гаранция съгласно параграф 1 [...].

## **Кратко представяне на фактите и производството**

### ***A) Факти, от които произтича спорът***

- 1 С обявление, публикувано на 21 декември 2015 г., Consip организира тръжна процедура, разделена на 12 обособени позиции, за възлагане на доставката на електроенергия и свързаните с това услуги. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (наричано по-долу „CSEL“), Iren Smart Solutions и Gi One, подават съвместно офертата си за обособени позиции 1, 8, 10 и 11 и внасят съответните временни гаранции, като съставляващи временно обединение на предприятия, като се ангажират да учредят такова в случай на възлагане.
- 2 Срокът за приключване на тръжната процедура е 18 април 2017 г., той обаче е продължаван осем пъти от страна на Consip. Това налага на горепосочените четири дружества, участващи в търга, да потвърждават неколккратно първоначално представените оферти към момента на изтичане на срока на обвързващата оферта, както и да удължат временните гаранции.
- 3 През 2020 г., по повод на седмото и осмото искане за потвърждение от страна на Consip, Luxone и Iren Smart Solutions изразяват готовността си да потвърдят първоначалните оферти. От друга страна Gi One и CSEL посочват, че не желаят да потвърдят офертите, поради непредвидената многогодишна продължителност на процедурата. По-специално, тези две дружества посочват, че офертите вече не са устойчиви от търговска гледна точка и с оглед на правилното и разумно корпоративно управление.
- 4 Според Consip, с непотвърждаването на офертите Gi One и CSEL се оттеглят от временното обединение на предприятия, като по този начин променят първоначалния му състав и прекратяват участието си в него. Поради това през октомври 2020 г. Consip приема, по отношение на временното обединение на предприятия като цяло, разпореждане за изключване от търга и разпореждане за усвояване на временните гаранции, възлизащи на обща сума от 2 950 000,00 EUR. Като основание за разпореждането за изключване от търга се изтъква, че оттеглянето на Gi One и CSEL е незаконосъобразно и заобикаля закона.
- 5 По отношение на незаконосъобразността на оттеглянето Consip посочва, че италианското законодателство действително предвижда правото на оферента, и следователно в настоящия случай на временното обединение

като цяло, да се откаже от офертата след определен период от време от обявяването на търга, но това право не може да бъде упражнено самостоятелно от някое от дружествата от временното обединение.

- 6 По отношение на заобикалящия характер на оттеглянето, според Consip оттеглянето на Gi One е имало за цел да избегне предвидените от закона проверки, тъй като някои от субектите, свързани с Gi One, са участвали в престъпна дейност. Относно оттеглянето на CSEL, заобикалянето на закона произтича по-специално от липсата на необходимите реквизити за участие в търга, които трябва да съществуват от момента на подаване на заявлението за участие до възлагането.

### ***Б) Ход на делото пред първата и втората инстанция***

- 7 Жалбоподателят подава жалба пред TAR Lazio, оспорвайки горепосочените разпореждания на Consip.
- 8 С решение № 4505/2021, TAR Lazio отхвърля жалбата въз основа на: а) невъзможността офертата към момента на изтичане на крайния срок да бъде потвърдена само от някои членове на временното обединение от предприятия; б) недопустимостта на упражняване на правото на оттегляне от временно обединение извън хипотезите, допуснати от съдебната практика, които не са приложими в настоящия случай; в) заобикалянето на закона чрез оттеглянето, извършено в разглеждания случай, тъй като с него се цели избягване на мярка за изключване от търга.
- 9 TAR Lazio постановява също така, че не са налице условия за повдигане на въпрос за конституционност или за съвместимостта на италианското законодателство с правото на Европейския съюз. В действителност според него Директива 2004/18, която е в сила към момента на фактите, не предвижда задължение за националния законодател да въведе, в ситуация като тази в настоящия случай, възможността за намаляване на броя на дружествата, участващи в първоначалното временно обединение на предприятия.
- 10 Жалбоподателят оспорва решението на TAR Lazio с въззивна жалба пред Държавния съвет, който спира производството в очакване на решението на Конституционния съд по въпроси за конституционност, повдигнати от Държавния съвет в контекста на друго производство, засягащо подобен спор.
- 11 С решение № 198 от 2022 г. Конституционният съд изключва естеството на наказателна санкция на усвояването на временната гаранция, тъй като то по същество е насочено към гарантиране на спазването на тръжните правила и възстановяване на накърнения обществен интерес, и по-точно към избягване на участие в търга на неподходящи конкуренти или на оферти, които не отговарят на необходимите изисквания. Според Конституционният съд от

ниския размер на временната гаранция, от алтернативните форми на предоставяне на гаранцията (депозит или поръчителство) и от схемата за намаляване, предвидени от законодателя, може да се направи изводът, че не е налице особената сериозност, необходима за приравняване на увреждащата мярка на същинска наказателна мярка.

- 12 Държавният съвет счита, че това решение на Конституционния съд не е от ключова важност за решаването на висиящия пред него спор, включително предвид факта, че по разглежданото от него дело общият размер на гаранциите е изключително висок.

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

- 13 Жалбоподателят оспорва законосъобразността на разпореждането за усвояване на временните гаранции след изключването от търга. Незаконсъобразността на това разпореждане следва от незаконсъобразността на разпореждането за изключване, на което усвояването се основава. То е незаконсъобразно и на собствено основание, тъй като съгласно действащото законодателство към момента на настъпване на фактите, усвояването може да се осъществи само при наличието на две условия: ако оферентът не докаже, че отговаря на икономическо-финансовите и техническо-организационните изисквания за капацитет или в случай на неподписване на договора „по вина на изпълнителя“.
- 14 И в двата случая, според жалбоподателя, усвояването на гаранцията предполага наличието на субективно поведение на икономическия оператор, което се изразява в неподписването на договора или продължаването на участието му в тръжната процедура. Според него нито една от двете хипотези не е налице в настоящия случай.
- 15 Според жалбоподателя усвояването на гаранциите представлява силно санкционна мярка с наказателен характер, тъй като не е налице типичната цел на усвояването на гаранциите, а именно да се компенсират причинените на възложителя вреди. В настоящия случай Consip не е претърпяло никакви вреди, тъй като временното обединение на предприятия е изключено от търга.
- 16 Автоматичното усвояване на гаранцията, представляваща значителна и сериозна сума, е напълно неоправдана и неразумна, както и непропорционална на действията на временното обединение на предприятия санкция, която води до тълкуване на членове 48 и 75 от Кодекса за обществените поръчки в противоречие с конституционните и европейските принципи и разпоредби.

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

- 17 Според Държавния съвет (наричан по-долу също: „запитваща юрисдикция“) е необходимо да се оцени съвместимостта със законодателството на Европейския съюз на италианското законодателство, което води до приравняване на непотвърждаването на офертата от страна на икономически оператор към момента на изтичане на нейната обвързваща сила с оттегляне от временно обединение на предприятия. Необходимо е също така да се разгледа разпореждането за изключване, което е релевантно и по отношение на последващото разпореждане за усвояване на гаранцията.

### ***Относно разпореждането за изключване***

- 18 Според запитващата юрисдикция въз основа на италианското законодателство мярката за изключване е акт, изискван по закон, от една страна, тъй като непотвърждаването на офертата от страна на Gi One, т.е. неговото оттегляне, нарушава забраната за промяна на временното обединение на предприятия и, от друга страна, тъй като в настоящия случай оттеглянето представлява заобикаляне на контрола на моралната надеждност на икономическия оператор.
- 19 По отношение на забраната за промяна на временното обединение на предприятия, запитващата юрисдикция посочва, че съгласно член 37 от Кодекса за обществените поръчки, правото на оттегляне от представената в рамките на тръжната процедура оферта след изтичане на срок ѝ може да бъде упражнено от временното обединение в процес на учредяване само в неговата цялост, тъй като в настоящия случай не е налице нито едно от изключенията, допуснати от законодателството и съдебната практика, които биха позволили промяната на временното обединение.
- 20 Всъщност временното обединение на предприятия участва в търга като многосубектна страна, съставена от всички икономически оператори, които ще го формират в случай на възлагане. Следователно не е възможно да се потвърди офертата само от двама членове (в сравнение с първоначалните четири) на временното обединение на предприятия, като се вземе предвид по-специално целта на член 11, параграф 6 от Кодекса за обществените поръчки и принципът на непроменяемост на временните обединения по време на тръжната процедура, който произтича от член 37, параграф 9 от същия кодекс и който се прилага и когато временното обединение все още не е официално учредено.
- 21 Целта на член 11, параграф 6 е да запази офертата непроменена за целия период на предполагаемата продължителност на тръжната процедура. Този член има за цел да защити оферента, който след изтичане на крайния срок може да се откаже от офертата, тъй като, ако не обяви оттеглянето ѝ, офертата не отпада. Следователно, при липса на противоположна воля, изразена от всички субекти, които съставляват многосубектната страна,

трябва да се приеме, че обвързването все още е налице. Разпоредбите на италианското законодателство позволяват също така да се гарантира на възлагащия орган сериозността на участието в тръжната процедура на временни обединения на предприятия, които все още не са официално учредени, за да се гарантира ефективното им учредяване след възлагането.

- 22 Що се отнася до заобикалянето на проверката за надеждност, запитващата юрисдикция подчертава, че в съответствие с практиката на административните съдилища по въпроса оттеглянето на едно от предприятията не се допуска, ако е насочено към заобикаляне на законодателството и по-специално ако е насочено към избягване на проверките, свързани със спазването на изискванията за участие, като по този начин се избягва санкцията изключване от търга поради неспазване на тези изисквания.
- 23 Въз основа на тези съображения запитващата юрисдикция отбелязва, че италианското законодателство, както се тълкува от съдебната практика, принуждава членовете на временното обединение да останат обвързани с представената оферта за неопределен период от време дори в случаите на многократно изтичане на нейния обвързващ срок, в хипотезите на сложни и продължителни тръжни процедури — с единствена възможност за непотвърждаване на офертата от страна на всички първоначални участници във временното обединение на предприятия. Според запитващата юрисдикция е съмнително дали това законодателство е съвместимо с принципа на свободата на стопанска инициатива, заложен в член 16 от Хартата от Ница, която кодифицира съдебната практика на Съда и която се основава на член 119 ДФЕС, както и с принципа на пропорционалност, предвиден в член 52 от Хартата от Ница, и с принципите на пропорционалност, конкуренция, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги, съдържащи се в ДФЕС.
- 24 Според запитващата юрисдикция забраната за освобождаване от офертата на отделен член на временното обединение на предприятия, особено когато става въпрос за тръжни процедури, които продължават значителен период от време, под заплаха за изключване на временното обединение като цяло, не изглежда пропорционална мярка с оглед на необходимостта да се гарантира сериозността на представената оферта, ако и доколкото икономическите оператори, които са потвърдили офертата, сами отговарят — дори при отсъствието на оператора, който се е оттеглил от нея — на всички изисквания за участие.
- 25 В съответствие с принципа на пропорционалност, който представлява общ принцип на правото на ЕС и на който трябва да отговаря възлагането на сключените в държавите членки обществени поръчки, както следва от Директива 2004/18, приетите от държавите членки мерки не трябва надхвърлят необходимото за постигане на тази цел, което се потвърждава и от практиката на Съда.

- 26 Накрая запитващата юрисдикция посочва, че след като непотвърждаването на офертата от отделния икономически оператор, участващ във временното обединение на предприятия, бъде приравнено към оттегляне от временното обединение, изключването при всички случаи става задължително по закон, ако се счете за насочено към избягване на проверката на моралната надеждност на оператора, извършил оттеглянето, обратно, в случай че бъде допуснато непотвърждаване на офертата от страна на този оператор, не трябва да се извършват последващи проверки на посочената професионална надеждност, тъй като този оператор вече не може да се счита за част от временното обединение, участващо в търга.

***Относно разпореждането за усвояване на гаранцията***

- 27 Държавният съвет отбелязва, че Европейският съд по правата на човека (наричан по-нататък „ЕСПЧ“) се е произнесъл относно естеството, обхвата и справедливостта на имуществените санкции за целите на включването им в така наречения наказателен аспект (решение от 4 март 2014 г., *Grande Stevens* и други срещу Италия, § 99; в този смисъл вж. и решението на Съда от 5 юни 2012 г., C-489/10).
- 28 В контекста на своята съдебна практика Държавният съвет отбелязва, че ЕСПЧ е разработил свои собствени и автономни критерии за установяване на наказателния или ненаказателния характер на дадено нарушение и на съответната санкция. По-специално са определени три критерия, които включват: I) правната квалификация на нарушението в националното право, с уточнението, че тя не е обвързваща при установяването на „същинския наказателен“ характер на мярката; II) естеството на нарушението, изведено от приложното поле на разпоредбата, която го предвижда, и от преследваната цел; III) степента на тежест на санкцията.
- 29 Според запитващата юрисдикция поради размера на наложената на жалбоподателя парична санкция усвояването на временните гаранции придобива аспекта на санкция, на която трябва да бъде признат наказателен характер в съответствие с практиката на ЕСПЧ. В настоящия случай автоматичното усвояване на временните гаранции всъщност съдържа в себе си характеристиките на явно нарушение на принципа на пропорционалност на санкциите.
- 30 Значение преди всичко придобива член 49, параграф 3 от Хартата от Ница, според който „тежестта на наказанията не трябва да бъде несъразмерна спрямо престъплението“.
- 31 В настоящия случай се очертава явна липса на справедливо претегляне на обществения интерес и основните права, гарантирани на европейско равнище, доколкото на жалбоподателя вече е наложена изключително сериозна имуществена санкция по силата на автоматизъм, който поради

естеството си по дефиниция е непропорционален и не осигурява адекватна оценка на обстоятелствата по конкретния случай.

- 32 Член 1, протокол 1 към ЕКПЧ, както и член 17 от Хартата от Ница също се тълкуват като предназначени да осигурят зачитане на пропорционалността между извършените действия и наложената санкция.
- 33 В такъв случай изглежда очевидно противоречието между член 38, параграф 1, буква f ) и член 48 от Кодекса за обществените поръчки, от една страна, и конституционните и европейските правила и принципи по въпроса за пропорционалността на санкциите, от друга страна, ако тези членове се тълкуват в смисъл, че позволяват автоматично усвояване на временните гаранции вследствие на изключването от тръжната процедура.
- 34 Това противоречие става още по-явно, ако се приеме, че мярка като въпросната, на която следва да бъде признат наказателен характер, може да бъде наложена, без да се вземе предвид субективния елемент, и по-специално предвидимостта на изключването.