



## Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

5 декември 2013 година \*

„Обществени поръчки — Процедура на договаряне с публикуване на обявление за поръчка — Възможност за възлагащия орган да преговаря по оферти, които не отговарят на задължителните изисквания на техническите спецификации, посочени в документацията за поръчката“

По дело С-561/12

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание на член 267 ДФЕС от Riigikohus (Естония) с акт от 23 ноември 2012 г., постъпил в Съда на 5 декември 2012 г., в рамките на производство по дело

**Nordecon AS,**

**Ramboll Eesti AS**

срещу

**Rahandusministeerium,**

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: г-н L. Bay Larsen (докладчик), председател на състав, г-н M. Safjan, г-н J. Malenovský, г-жа A. Prechal и г-н S. Rodin, съдии,

генерален адвокат: г-н N. Wahl,

секретар: г-н A. Calot Escobar,

предвид изложеното в писмената фаза на производството,

като има предвид становищата, представени:

- за Nordecon AS, от г-н A. Ots,
- за естонското правителство, от г-жа M. Linntam и г-жа N. Grünberg, в качеството на представители,
- за чешкото правителство, от г-н M. Smolek и г-н T. Müller, в качеството на представители,
- за испанското правителство, от г-н A. Rubio González, в качеството на представител,

\* Език на производството: естонски.

— за Европейската комисия, от г-н А. Tokár и г-жа L. Naaber-Kivisoo, в качеството на представители,

предвид решението, взето след изслушване на генералния адвокат, делото да бъде разгледано без представяне на заключение,

постанови настоящото

### Решение

- 1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 30, параграф 2 от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116, и поправка в ОВ L 182, 10.7.2008 г., стр. 282).
- 2 Запитването е отправено в рамките на спор между Nordecon AS, правоприменик на Nordecon Infra AS (наричано по-нататък „Nordecon“), и Ramboll Eesti AS (наричано по-нататък „Ramboll Eesti“), от една страна, и Rahandusministeerium (Министерство на финансите), от друга, по повод отмяната на процедура на договаряне за възлагане на обществена поръчка с публикуване на обявление за поръчка.

### Правна уредба

#### *Правото на Съюза*

- 3 Член 1, параграф 11, буква г) от Директива 2004/18 предвижда:

„Процедури на договаряне“ са процедури, при които възлагащите органи се консултират с икономическите оператори по техен избор и договарят условията на поръчката с един или повече от тях“.
- 4 Член 2 от тази Директива, озаглавен „Принципи на възлагане на поръчките“, гласи:

„Възлагащите органи третираат икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин“.
- 5 Член 23 от посочената Директива, озаглавен „Технически спецификации“, предвижда в параграфи 1 и 2:

„1. Техническите спецификации, така както са определени в точка 1 от приложение VI, се съдържат в документацията за поръчката, като обявленията за поръчки, документите за поръчката или допълнителните документи. [...]

2. Техническите спецификации предоставят равен достъп на оферентите и не създават неоснователни пречки пред отварянето на обществените поръчки за конкуренция“.
- 6 Член 24 от същата Директива, озаглавен „Варианти“, предвижда в параграфи 1—4:

„1. Когато критерият за възлагане е икономически най-изгодната оферта, възлагащите органи могат да разрешат на оферента да предложи варианти в офертата си.

2. Възлагащите органи посочват в обявлението за поръчка дали разрешават или не представянето на варианти; без това посочване представянето на варианти не се разрешава.

3. Възлагащите органи, които разрешават представянето на варианти, излагат в документацията за поръчката минималните изисквания, на които трябва да отговарят вариантите и специфичните изисквания за тяхното представяне.

4. Само варианти, които отговарят на минималните изисквания, предвидени от тези възлагащи органи, се приемат за разглеждане.

[...]“.

7 Член 30 от Директива 2004/18 със заглавие „Случаи, които оправдават използването на процедура на договаряне с публикуване на обявление за поръчка“ предвижда в параграфи 1—3:

„1. Възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки чрез процедура на договаряне след публикуване на обявление за поръчка в следните случаи:

а) когато офертите, представени в отговор на открита или ограничена процедура или състезателен диалог, са нередовни или неприемливи съгласно националните разпоредби, съвместими с членове 4, 24, 25, 27 и Глава VII, доколкото първоначално обявените условия на поръчката не са съществено променени;

[...]

б) по изключение, когато естеството на строителството, доставките или услугите, или рисковете, свързани с тях, не позволяват предварително общо определяне на цените;

в) при услуги, особено услугите в категория 6 от приложение II А и интелектуални услуги като проектиране на строителство, доколкото естеството на услугите не позволява да се определят достатъчно точно спецификациите на поръчката, за да се възложи последната чрез избор на най-добрата оферта съгласно правилата за откритата или ограничената процедура;

[...]

2. В случаите, посочени в параграф 1, възлагащите органи преговарят с оферентите по представените от тях оферти, за да ги пригледят към изискванията, определени от тях в обявлението за поръчка, спецификациите и допълнителните документи, ако има такива, както и за да определят най-добрата оферта съгласно член 53, параграф 1.

3. По време на преговорите възлагащите органи гарантират равнопоставеност на всички оференти. По-специално, те не предоставят информация по дискриминационен начин, която може да облагодетелства някои оференти за сметка на други“.

#### *Естонското право*

8 Член 27, параграф 1 от Закона за обществените поръчки (Riigihangete seadus, наричан по-долу „RHS“) гласи:

„Процедурата на договаряне с публикуване на обявление е процедура за възлагане на обществена поръчка, в която всяко заинтересувано лице може да подаде заявление за участие в процедурата; възложителят прави предложение за подаване на оферти на най-малко трима

заявители, които той избира въз основа на обективни и недискриминационни критерии, и провежда преговори с тях по подадените оферти, за да приведе подадените оферти в съответствие с изискванията на документацията за поръчката и да избере печелившата оферта“.

9 Член 31, параграф 5 от RHS гласи:

„Ако възложителят предвижда, че дадена обществена поръчка се възлага въз основа на критерия за икономически най-изгодната оферта, и ако в обявлението е посочено, че освен решенията, съответстващи на всички условия, установени в обявлението и в документацията за поръчката, с офертата могат да се представят и алтернативни решения, възложителят следва да посочи изискванията относно тези алтернативни решения и условията за тяхното представяне“.

10 Член 52, параграф 1 от RHS предвижда:

„Възложителят оценява алтернативните решения, ако възлага съответната обществена поръчка въз основа на критерия за икономически най-изгодната оферта, а в обявлението е посочил, че е допустимо с офертата да се представят и алтернативни решения“.

11 Член 67, параграф 1 от RHS гласи:

„Освен в посочените в член 65, параграф 4 от този закон случаи, възлагащият орган отваря всички оферти и провежда преговори с оферентите по подадените от тях оферти, за да може при необходимост офертите да се приведат в съответствие с изискванията, съдържащи се в обявлението и документацията за поръчката и да се избере печелившата оферта“.

### **Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси**

12 На 25 септември 2008 г. Maanteeamet (Агенция пътна инфраструктура) открива процедура на договаряне с публикуване на обявление с наименование „Проектиране и строителство на пътен участък Арувала—Косе на E263“.

13 В точки 4.3.1 и 4.7.1 от приложение III към документацията за поръчката, предмет на главното производство, е предвидено, че разделителната ивица между пътните платна от километър 26,6 до километър 32 от този пътен участък трябва да е с широчина 13,5 метра, докато за участъка от километър 32 до километър 40 — с широчина 6 метра.

14 На 20 януари 2010 г. Maanteeamet обявява, че четири от подадените оферти, а именно тези на консорциумите Lemminkäinen и Merko, съвместната оферта на Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, Binders SIA и Insenerbuve SIA, както и тази на консорциум Nordecon, съставен от дружествата Nordecon Infra AS и Ramboll Eesti са допустими, независимо че офертата на последния консорциум предвижда разделителна ивица между пътните платна с широчина 6 метра за цялата дължина на посочения пътен участък.

15 При преговорите след представянето на офертите, с писмо от 26 април 2010 г. Maanteeamet предлага на оферентите, с изключение на консорциум Nordecon, да променят посочената в първоначалните оферти широчина на разделителната пътна ивица и да я определят на 6 метра за цялата дължина на въпросния пътен участък, както е предложил консорциум Nordecon. След преговори с всички оференти последните подават своите оферти на определената от възлагащия орган дата — 27 май 2010 г., след като коригират цената в резултат на поисканите промени.

16 С две решения от 10 юни 2010 г. Maanteeamet приема съответно, че всички оферти са допустими, и обявява за печеливша съвместната оферта на консорциум Lemminkäinen, която била с най-ниската цена.

- 17 На 21 юли 2010 г., след като Nordecon Infra AS подава жалба по административен ред, тези две решения са отменени от Комисията по жалбите към Rahandusministeerium, която приема, че в процедурата на договаряне с публикуване на обявление за поръчка проведените от възлагащия орган преговори не могат да се отнасят до елементи, които съответстват на изискванията, установени ясно и точно в основните документи за поръчката, като тези относно широчината на разделителната пътна ивица. На 27 септември 2010 г. главният директор на Maanteeamet отхвърля съвместната оферта на консорциум Lemminkäinen и обявява за печеливша тази на консорциум Nordecon — офертата, която предлага най-ниската цена след тази на първия от консорциумите.
- 18 След подадено от консорциум Merko искане за отмяна, с решение от 26 октомври 2010 г. Rahandusministeerium отменя процедурата за възлагане на обществената поръчка, предмет на главното производство, по-конкретно с аргумента, че възлагащият орган незаконосъобразно е приел за допустима офертата на консорциум Nordecon и я е обявил за печеливша, като тя съдържа алтернативно решение, което не се допускало съгласно обявлението за поръчката, и че проведените от възлагащия орган преговори не можело да се отнасят до елементи, които съответстват на изискванията, установени ясно и точно в основните документи, като тези относно широчината на разделителната пътна ивица на въпросния пътен участък.
- 19 Nordecon, встъпило междувременно в правата на Nordecon Infra AS, и Ramboll Eesti обжалват това решение пред Tallina halduskohus (Административен съд, Талин), който с решение от 2 март 2010 г. отхвърля жалбата. Според тази юрисдикция офертата на жалбоподателите в главното производство е трябвало да се обяви за недопустима, тъй като в нарушение на член 31, параграф 5 и член 52 от RHS обявлението за въпросната поръчка не предвиждало възможност за представяне на алтернативни решения и възлагане на поръчката на оферента, който е предложил икономически най-изгодната оферта, а следвало да се вземе предвид най-ниската предложена цена. Освен това в рамките на процедура на договаряне с публикуване на обявление за поръчка преговорите можело да се отнасят само до аспекти, които не са били определени към момента на подаване на офертата или които не се съдържат в документацията за поръчката.
- 20 Посочените две дружества обжалват постановеното от първата инстанция решение пред Tallina ringkonnakohus (Апелативен съд, Талин). С решение от 21 декември 2011 г. тази юрисдикция потвърждава решението.
- 21 Що се отнася до точка 8.1 от документацията за поръчката в главното производство, в която Maanteeamet е допуснал алтернативните решения, освен за изграждането на пътната основа (по-конкретно свързващите пътища), Tallina ringkonnakohus установява, че обявлението за поръчката не е предвиждало нито възможност за представяне на алтернативни решения, нито възлагане на поръчката на оферент, който е предложил икономически най-изгодната оферта. Следователно в нарушение на член 31, параграф 5 и член 52, параграф 1 от RHS Maanteeamet е допуснал представянето на алтернативни решения. Първоначалната оферта на жалбоподателите в главното производство също е трябвало да бъде отхвърлена.
- 22 Nordecon и Ramboll Eesti подават касационна жалба пред Riigikohus (Върховен съд), като искат той да отмени решението на Tallina ringkonnakohus, да постанови ново решение и да установи незаконосъобразността на решението на Rahandusministeerium от 26 октомври 2010 г.
- 23 Според запитващата юрисдикция не се оспорва обстоятелството, че в обявлението за поръчката не е било допуснато представянето на алтернативни решения и оценяването на офертите не се е основавало на критерия за икономически най-изгодната оферта.

- 24 Като приема, че в рамките на процедура на договаряне с публикуване на обявление за поръчка някои въпроси относно условията, при които се възлага поръчката могат да бъдат, поне частично, оставени открити за договаряне, без да е необходимо да се предвижда използване на алтернативни решения, запитващата юрисдикция поставя въпроса дали възлагащият орган може да преговаря и при представяне на оферти, които не отговарят на задължителните изисквания съгласно документацията, и дали в резултат на преговорите не следва обявената за печеливша оферта най-малко да бъде приведена в съответствие с тези задължителни изисквания.
- 25 Във връзка с това запитващата юрисдикция отбелязва, че член 30, параграф 2 от Директива 2004/18 не дава отговор на въпроса дали по време на тези преговори офертите могат също така да бъдат приведени в съответствие със задължителните изисквания на техническите спецификации. В случай че е възможна такава корекция, запитващата юрисдикция поставя въпроса дали е възможно да се водят преговори и въз основа на оферти, които в първоначалната си форма не са отговаряли напълно на посочените задължителни изисквания. Според запитващата юрисдикция тази директива изобщо не дава ясен отговор на въпроса дали корекцията в резултат на преговорите трябва да доведе до пълно съответствие на офертата с техническите спецификации и дали за да се осъществи това съответствие, възлагащият орган може да измени техническите спецификации.
- 26 При тези обстоятелства Riigikohus решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:
- „1) Следва ли член 30, параграф 2 от Директива [2004/18] да се тълкува в смисъл, че позволява на възлагащия орган да преговаря с оферентите, чиито оферти не съответстват на предвидените в техническите спецификации задължителни изисквания?
  - 2) При положителен отговор на [първия въпрос], следва ли в този случай член 30, параграф 2 от Директива 2004/18 да се тълкува в смисъл, че позволява на възлагащия орган да променя задължителните изисквания на техническите спецификации в хода на преговорите след отварянето на офертите, при условие че не се променя предметът на поръчката и е гарантирана равнопоставеността на всички оференти?
  - 3) При положителен отговор на [втория въпрос], следва ли в този случай член 30, параграф 2 от Директива 2004/18 да се тълкува в смисъл, че не допуска уредба, която изключва възможността да се променят съдържащите се в техническите спецификации задължителни изисквания след отваряне на офертите?
  - 4) При положителен отговор на [първия въпрос], следва ли в този случай член 30, параграф 2 от Директива 2004/18 да се тълкува в смисъл, че забранява на възлагащия орган да приеме за най-добра офертата, която след приключване на преговорите не е в съответствие със съдържащите се в техническите спецификации задължителните изисквания?“.

#### **По допустимостта на преюдициалното запитване**

- 27 Nordecon, без да повдига възражение за недопустимост, оспорва релевантността на преюдициалните въпроси, като твърди, че разрешаването на спора в главното производство не зависи от евентуалните отговори на тези въпроси. Nordecon поддържа по-специално, че поставеният от Riigikohus основен въпрос, а именно първият, с който са свързани всички останали въпроси, не е релевантен, тъй като преговорите не били водени с оферентите, представили нередовни оферти. Така тези въпроси се основавали на погрешни презумпции.

- 28 В това отношение съгласно постоянната съдебна практика в рамките на производство по член 267 ДФЕС Съдът е оправомощен единствено да се произнася по тълкуването или действителността на дадена разпоредба на Съюза с оглед на фактите, които са му посочени от националната юрисдикция (вж. Решение от 16 март 1978 г. по дело *Oehlschläger*, 104/77, *Recueil*, стр. 791, точка 4; Решение от 11 септември 2008 г. по дело *Eckelkamp* и др., C-11/07, *Сборник*, стр. I-6845, точка 52, както и Определение от 8 ноември 2012 г. по дело *SKP*, C-433/11, точка 24).
- 29 В рамките на това производство, основано на ясно разделение на правомощията между националните юрисдикции и Съда, националният съд е компетентен да извърши всяка преценка на обстоятелствата по делото. По същия начин само националният съд, който е сезиран със спора и трябва да понесе отговорността за последващото му съдебно решаване, може да прецени — предвид особеностите на делото — както необходимостта от преюдициално заключение, за да може да постанови решението си, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда. Следователно, след като поставените въпроси се отнасят до тълкуването на правото на Съюза, Съдът по принцип е длъжен да се произнесе по същество (вж. в този смисъл Решение по дело *Eckelkamp* и др., посочено по-горе, точка 27).
- 30 Отказът да се произнесе по същество по преюдициален въпрос, поставен от национална юрисдикция, е възможен само когато е очевидно, че исканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора по главното производство, когато проблемът е от хипотетично естество или Съдът не разполага с необходимите фактически и правни елементи, за да бъде полезен с отговора си на въпросите, които са му поставени (Решение по дело *Eckelkamp* и др., посочено по-горе, точка 28).
- 31 В случая запитващата юрисдикция приема за отправна точка факта, че възлагащият орган е преговарял по оферти, които не са съответствали на задължителните изисквания съгласно документацията за поръчката, което Съдът не може да постави под въпрос. Освен това не е налице нито една от хипотезите, припомнени в точка 30 от настоящото решение, и в случая не се установява такава, която да дава възможност да се откаже произнасяне по преюдициалния въпрос.
- 32 Следователно преюдициалното запитване трябва да бъде прието за допустимо.

### **По преюдициалните въпроси**

- 33 С първия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали член 30, параграф 2 от Директива 2004/18 позволява на възлагащия орган да преговаря с оферентите, чиито оферти не съответстват на предвидените в техническите спецификации на поръчката задължителни изисквания.
- 34 Във връзка с това следва да се припомни, че член 30, параграф 2 от Директива 2004/18 в определени случаи позволява да се пристъпи към преговори, за да може офертите, представени от оферентите, да се пригодят към изискванията, определени в обявлението за поръчка, спецификациите и допълнителните документи, ако има такива, както и за да се определи най-добрата оферта.
- 35 Съгласно член 2 от тази Директива възлагащите органи третират икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин.
- 36 Съдът е пояснил, че задължението за прозрачност има за цел преди всичко да гарантира, че няма да има риск от фаворизиране и произвол от страна на възлагащия орган (Решение от 29 март 2012 г. по дело *SAG ELV Slovensko* и др., C-599/10, точка 25).

- 37 По този начин, въпреки че в рамките на процедурата на договаряне възлагащият орган разполага с правомощие да преговаря, винаги трябва да се следи за спазването на изискванията на поръчката, на които той е придал задължителен характер. Ако случаят не е такъв, би се нарушил принципът, съгласно който възлагащите органи действат по прозрачен начин, и не би се постигнала целта, посочена в предходната точка на настоящото решение.
- 38 Освен това, ако с оглед на преговорите се приеме за допустима оферта, която не съответства на задължителните условия, би се лишило от всякакъв смисъл определянето на тези изисквания в обявлението за поръчката и не би се позволило на възлагащия орган да преговаря с оферентите върху обща за последните основа, изградена върху посочените условия, а оттам и да ги третира равнопоставено.
- 39 Предвид изложените съображения на първия въпрос следва да се отговори, че член 30, параграф 2 от Директива 2004/18 не допуска възможността възлагащият орган да преговаря с оферентите, чиито оферти не съответстват на предвидените в техническите спецификации на поръчката задължителни изисквания.
- 40 Предвид отговора на първия въпрос не е необходимо да се отговаря на останалите три въпроса.

#### **По съдебните разноски**

- 41 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

**Член 30, параграф 2 от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги не допуска възможността възлагащият орган да преговаря с оферентите, чиито оферти не съответстват на предвидените в техническите спецификации на поръчката задължителни изисквания.**

Подписи