



## Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ  
P. MENGOZZI  
представено на 25 ноември 2015 година<sup>1</sup>

**Дело C-396/14**

**MT Højgaard A/S,  
Züblin A/S  
срещу  
Banedanmark**

(Преюдициално запитване, отправено от Klagenævnet for Udbud (Дания))

„Преюдициално запитване — Член 267 ДФЕС — Компетентност на Съда — Качеството „юрисдикция“ на запитващия орган — Независимост — Директива 2004/17/ЕО — Обществени поръчки — Процедура на договаряне — Принцип на равно третиране — Промяна в обединение на икономически оператори в хода на процедура по възлагане на обществена поръчка — Възлагане на обществената поръчка на дружество, което не е било одобрено в рамките на предварителния подбор“

1. Когато обединение на икономически оператори, одобрено при предварителния подбор и представило оферта в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, се прекрати впоследствие, но преди възлагането на обществената поръчка, поради несъстоятелност на един от неговите членове, може ли възлагащият орган, от гледна точка на принципа на равно третиране, да позволи на другия негов член, който не е подавал заявление за самостоятелно участие и следователно не е бил одобрен при предварителния подбор, да продължи процедурата и накрая да му възложи обществената поръчка?

2. Това е по същество неразглежданият досега въпрос, поставен на Съда от Klagenævnet for Udbud (комисия по жалбите в областта на обществените поръчки) в рамките на спор между MT Højgaard A/S и Züblin A/S (по-нататък наричани общо „MTHZ“), обединение на икономически оператори, участвали в процедура за възлагане на обществена поръчка, обявена от Banedanmark, управител на железопътната инфраструктура в Дания и възлагащ орган в тази процедура. Пред запитващата юрисдикция MTHZ изтъква, че като е позволил на Per Aarsleff A/S (наричано по-нататък „Aarsleff“), член на прекратеното в хода на процедурата обединение, да продължава да участва в същата процедура за възлагане на обществена поръчка вместо обединението, въпреки че Aarsleff не е било одобрено при предварителния подбор, Banedanmark е нарушил принципа на равно третиране, предвиден в член 10 от Директива 2004/17/ЕО<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — Език на оригиналния текст: френски.

<sup>2</sup> — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 169).

3. По настоящото дело към Съда най-напред е отправено искане от датското правителство да се уточнят причините, поради които *Klagenævnet for Udbud* се счита за юрисдикция по смисъла на член 267 ДФЕС. След това, що се отнася до отговора по същество на поставения от запитващата юрисдикция въпрос, Съдът ще трябва да установи справедлив баланс между, от една страна, обществения интерес на възлагащите органи процедурите за възлагане на обществени поръчки да бъдат отворени за възможно най-широка конкуренция, така че да се осигури възможно най-широко участие на оференти в обществените поръчки, и от друга страна, интереса — или по-скоро правото — на всички оференти, участващи в процедура за възлагане на обществена поръчка, тяхното участие в процедурата да се осъществява при стриктно спазване на равните възможности за всички оференти.

## I – Правна уредба

### A– Право на Съюза

4. Обществената поръчка в главното производство се отнася за изграждането на железопътни линии и следователно се урежда от разпоредбите на Директива 2004/17, обичайно наричана „Секторната директива“.

5. Съображение 9 от Директива 2004/17 гласи, че „[з]а да се гарантира конкуренция при възлагане на обществени поръчки от възложители, които извършват дейност в секторите на [...] транспорта [...], е желателно да се създадат разпоредби за общностно координиране на поръчки над определена стойност. Такова координиране се основава на изискванията, които произтичат от членове 14, 28 и 49 от Договора за ЕО и от член 97 на Договора за Евратом, по-конкретно принципа за равнопоставеност, по отношение на който принципът на недискриминация не е нещо повече от специфичен израз [...]. С оглед на естеството на секторите, които са засегнати от такова координиране, координирането следва да създаде рамка за лоялна търговска практика и да позволява гъвкавост във възможно най-голяма степен, като същевременно защитава прилагането на тези принципи“.

6. Член 10 от тази директива, озаглавен „Принципи за възлагане на поръчките“, предвижда, че „[в]ъзложителите третираат икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин“.

7. Член 11, параграф 2 от същата директива гласи, че „[г]рупи от икономически оператори могат да представят оферти или да бъдат кандидати. Възложителите не могат да изискват от тези групи да имат определена правна форма, за да могат да представят оферта или заявление за участие; въпреки това, може да бъде поставено изискването избраната група да има определена правна форма, след като ѝ бъде възложена поръчката, доколкото тази промяна е необходима за задоволителното изпълнение на поръчката“.

8. Член 51, който е част от глава VII със заглавие „Провеждане на процедурата“ от същата директива, е озаглавен „Общи разпоредби“ и гласи:

„1. С оглед избирането на участници в процедурите по възлагане:

- а) възложителите, които са предоставили правила и критерии за изключване на оференти или кандидати в съответствие с член 54, параграфи 1, 2 или 4, изключват икономически оператори, които отговарят на тези правила и отговарят на тези критерии;
- б) възложителите избират оференти и кандидати в съответствие с обективните правила и критерии, установени съгласно член 54;

в) при ограничени процедури и при процедури на договаряне с обявяване на конкурентно възлагане на поръчка, когато е приложимо, възложителите намаляват броя на избраните кандидати съгласно букви а) и б) в съответствие с член 54.

[...]

3. Възложителите проверяват дали представените от избраните оференти оферти съответстват на правилата и изискванията, които се прилагат към офертите[, и възлагат] поръчката въз основа на критериите, установени в членове 55 и 57“.

9. Член 54 от Директива 2004/17 се отнася до критериите за качествен подбор, които възложителите определят, и последното изречение на параграф 3 от същия член постановява, че при ограничени процедури или процедури на договаряне „броят на избраните кандидати [...] отчита необходимостта от гарантиране на адекватна конкуренция“.

10. Директива 2004/17 ще бъде отменена, считано от 18 април 2016 г., от Директива 2014/25/ЕС<sup>3</sup>.

#### Б– Датското право

11. Klagenævnet for Udbud е създадена със Закон № 344 за комисията по жалбите в областта на обществените поръчки (lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud) от 6 юни 1991 г. Организацията и дейността ѝ се уреждат от Закон № 492 за прилагане на правилата за възлагане на обществени поръчки (lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer) от 12 май 2010 г. с измененията (наричан по-нататък „Законът за възлагане на обществени поръчки“), както и от Постановление № 887 относно комисията по жалбите в областта на обществените поръчки (bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud) от 11 август 2011 г. с измененията.

12. Законът за някои търговски дейности (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), чийто консолидиран текст е обнародван с Постановление № 1295 от 15 ноември 2013 г., в своя член 2, първа алинея определя понятието „interessentskab“ (събирателно дружество, наричано по-нататък „I/S“) като „дружество, в което всички съдружници отговарят лично, солидарно и неограничено за неговите задължения“. I/S е самостоятелно юридическо лице и правоспособен правен субект.

#### II – Фактите в главното производство, националното производство и преюдициалният въпрос

13. През м. януари 2013 г. съгласно Директива 2004/17 Vanedanmark публикува обявление за обществена поръчка с процедура на договаряне за осъществяването на проект, озаглавен „TR 4 Urban Tunnels“, във връзка с изграждането на нова железопътна линия между Копенхаген (Дания) и Рингстед (Дания).

14. От спецификациите на тази обществена поръчка следва, че започнатата процедура предвижда представянето на три оферти и че договарянето ще започне след представяне на първоначалните две оферти, като третата и последна оферта трябва да доведе до възлагане на обществената поръчка. В обявлението за обществена поръчка се посочва също така, че

3 — Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО (ОВ L 94, 28.3.2014 г., стр. 243).

Banedanmark възнамерява да покани за представяне на оферти от четирима до шестима кандидати и че ако броят на кандидатите е по-голям от шест, ще извърши предварителен подбор въз основа на референции от сходна работа. Не е предвидено никакво минимално изискване за одобряване при предварителния подбор.

15. Петима икономически оператори заявяват участие и при предварителния подбор Banedanmark одобрява всички. Независимо от това през м. юни 2013 г. едно от предприятията се оттегля и така остават само четирима оференти, одобрени при предварителния подбор.

16. Сред тях е и обединението, съставено от E. Pihl & Søn A/S (наричано по-нататък „Pihl“) и Aarsleff, което при предварителния подбор се представя като консорциум под формата на I/S с наименование „JV Pihl — Aarsleff — TP 4 Urban Tunnels I/S“. Pihl и Aarsleff са сред най-големите строителни предприятия в Дания. Договорът за учредяване на I/S е сключен между Pihl и Aarsleff на 26 август 2013 г.

17. Също на 26 август 2013 г. обаче е постановено съдебно решение за откриване на производство по несъстоятелност на Pihl. Banedanmark узнава за него следобед в същия ден и незабавно поставя на Aarsleff въпроса относно последиците от несъстоятелността върху текущата процедура за възлагане на обществена поръчка.

18. Независимо от откритото предния ден производство по несъстоятелност, I/S представя първата оферта на 27 август 2013 г., подписана от Aarsleff и Pihl, но не и от синдика на последното.

19. След продължителен обмен на кореспонденция с Aarsleff по въпроса за управлението на последиците от несъстоятелността на Pihl Banedanmark информира на 15 октомври 2013 г. всички оференти за решението си да разреши на Aarsleff да продължи да участва самостоятелно в процедурата по възлагане на обществена поръчка, независимо от несъстоятелността на Pihl.

20. В своето съобщение Banedanmark обосновава решението си с факта, че Aarsleff отговаря на изискванията за участие в обществената поръчка и без техническите и финансови възможности на Pihl, както и с мотива, че за решението то да бъде допуснато да участва в процедурата за възлагане на обществената поръчка, не е било решаващо обстоятелството, че то е било част от обединението. В това съобщение освен това Banedanmark подчертава факта, че Pihl няма да бъде заместено от нов оферент в рамките на обединението и така подобрите оференти ще останат същите, тъй като няма нов оператор, на когото да се разрешава участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка на този етап от нейното провеждане. Banedanmark изтъква също така, че след откриването на производството по несъстоятелност на работа при Aarsleff са преминали над 50 работници на Pihl, в това число специалисти с ключово значение за проекта, за който се отнася обществената поръчка.

21. След това Aarsleff представя втора оферта от свое име, като информира, че я подава в качеството си на правоприемник на създаденото с Pihl обединение, че синдикът не е съобщил дали иска да продължи участието в договора за обединение и че поради това Aarsleff прекратява този договор. След като оценява получените втори по ред оферти, Banedanmark избира — в съответствие със спецификациите на поръчката — трите икономически най-изгодни оферти и поканва тримата избрани оференти да представят трета и последна оферта. Сред тях са Aarsleff и обединението MTHZ. Последната оферта е представена на 12 декември 2013 г.

22. На 20 декември 2013 г. Banedanmark уведомява тримата избрани оференти, че е решено поръчката да се възложи на Aarsleff, чиято оферта като цяло, от гледна точка на качество и цена, е икономически най-изгодна.

23. Вследствие на това решение МТНЗ подава жалба до запитващата юрисдикция, като прави искане, от една страна, тя да установи, че Banedanmark е нарушил принципите на равно третиране и прозрачност по смисъла на член 10 от Директива 2004/17, като е разрешил на Aarsleff, което не е одобрено при предварителния подбор, да представи оферта вместо обединението, учредено с Pihl. От друга страна, МТНЗ прави искане да се отмени решението за възлагане на обществената поръчка на Aarsleff.

24. От определеното за отправяне на преюдициално запитване от 28 януари 2014 г. е видно, че запитващата юрисдикция приема, че жалбата на МТНЗ няма да има суспензивно действие, поради това че условието за спешност не е изпълнено. В това решение запитващата юрисдикция обаче приема, че условието за *fumus boni iuris* е изпълнено, тъй като според нея първоначалният преглед на жалбата позволява да се направи извод, че с крайното решение искането на МТНЗ за отмяна би било уважено. В това отношение запитващата юрисдикция най-напред изтъква, че следва да се прави разлика между положението, при което промяната в дадено обединение настъпва преди възлагането на обществената поръчка, и положението, при което тази промяна настъпва след възлагането ѝ. По-нататък то приема, че след като при предварителния подбор възложителят е одобрил обединение от предприятия, този факт не означава, че всеки от участниците в това обединение е бил одобрен, независимо от това дали възложителят е бил в състояние да установи въз основа на офертата, че всеки от съдружниците самостоятелно отговаря на съответните изисквания.

25. В акта за отправяне на преюдициално запитване *Klagenævnet for Udbud* най-напред изтъква, че не няма датска разпореда, която да забранява промени в състава на обединението на предприятия, участник в процедура за възлагане на обществена поръчка, да се извършват след подаването на офертите. По-нататък този орган отбелязва, че в обявлението за обществена поръчка Banedanmark не е поставил минимални изисквания за качество относно техническите възможности на оферентите и би трябвало да извършва качествена преценка на кандидатурите само ако техният брой превишава шест. При тези условия въз основа на предоставената за Aarsleff информация трябвало да се приеме за установено, че то също е щяло да бъде одобрено при предварителния подбор, ако беше подало заявление за самостоятелно участие вместо да направи това чрез учреденото с Pihl обединение.

26. *Klagenævnet for Udbud* обаче изпитва съмнение относно съвместимостта на проведената процедура с принципа на равно третиране. При тези обстоятелства тя решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Следва ли принципът на равно третиране, предвиден в член 10 от Директива 2004/17/ЕО [...] във връзка с член 51 от нея, да се тълкува в смисъл, че в положение като разглежданото в главното производство възложителят не може да възлага поръчката на оферент, който не е подавал заявление за участие в предварителния подбор и поради това не е бил одобрен в рамките на този подбор?“.

### III – Производство пред Съда

27. Актът за преюдициално запитване постъпва в Съда на 20 август 2014 г. МТНЗ, датското правителство и Европейската комисия са представили писмени становища и са участвали в съдебното заседание, проведено на 8 септември 2015 г.

#### IV – Правен анализ

28. Преди да се отговори на преюдициалния въпрос, поставен от запитващата юрисдикция, в самото начало трябва да се разгледа въпросът, поставен от датското правителство относно компетентността на Съда.

##### *A– Относно компетентността на Съда*

29. Според датското правителство, въпреки че в решение *Unitron Scandinavia* и 3-S<sup>4</sup> Съдът вече е признал, че запитващият орган по настоящото дело, а именно *Klagenævnet for Udbud*, представлява „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС, в духа на съображенията, които Съдът е взел предвид в по-новото решение *TDC*<sup>5</sup>, в което се поставя проблемът да се установи качеството на юрисдикция на една друга комисия по жалбите в датското право, по-специално на *Teleklagenævnet* (Комисията по жалбите в областта на телекомуникациите), било необходимо да се изясни дали и по какви причини *Klagenævnet for Udbud* може да бъде квалифицирана по този начин.

30. В това отношение следва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика, за да прецени дали запитващият орган е „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС — въпрос, уреден единствено от правото на ЕС — Съдът взема предвид съвкупност от обстоятелства, а именно дали органът е законоустановен, дали е постояннодействащ, дали юрисдикцията му е задължителна, дали производството е състезателно, дали той прилага правни норми и дали е независим<sup>6</sup>.

31. Що се отнася до критериите за това дали запитващият орган е законоустановен, дали е постояннодействащ, дали производството е състезателно, както и дали този орган прилага правни норми, няма обстоятелства в преписката по делото, които да поставят под съмнение характера на юрисдикция по смисъла на член 267 ДФЕС на *Klagenævnet for Udbud*, каквато е призната от Съда в решение *Unitron Scandinavia* и 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). Въз основа на предоставената на Съда информация в рамките на това производство обаче следва да се направи по-задълбочен анализ на критериите, които се отнасят до задължителния характер на тази юрисдикция и до нейната независимост, като последният критерий е този, на който се основава Съдът в решение *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265), за да отрече качество на юрисдикция на *Teleklagenævnet*.

32. Що се отнася, на първо място, до задължителния характер на юрисдикцията на *Klagenævnet for Udbud*, ще се ограничи да посоча, че макар компетентността на този орган да е изключителна само през периода, наречен „standstill“<sup>7</sup>, и след изтичане на този период да става алтернативна с тази на съдилищата, това обстоятелство според мен не може да постави под съмнение характера на юрисдикция на този орган.

33. Наистина от съдебната практика е видно, че съществуването на ред на обжалване, алтернативен на съдебния ред на защита, не изключва задължително възможността органът, до който се подава това алтернативно искане за защита, да бъде квалифициран като „юрисдикция в държава членка“ по смисъла на член 267 ДФЕС, при условие че решението на запитващия

4 — C-275/98, EU:C:1999:567; вж. по-специално т. 15, която се позовава на точки 17 и 18 от заключението на генералния адвокат Alber по същото дело (C-275/98, EU:C:1999:384)

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265.

6 — Вж. *inter alia* решения *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235, т. 21) и *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, т. 27).

7 — Вж. член 3, параграф 1, и член 5, параграф 1 от Закона за възлагане на обществените поръчки.

орган има задължителна сила — което в конкретния случай не се поставя под съмнение<sup>8</sup> — и че въпросният орган е орган, предвиден със закон, чиято компетентност не зависи от волята на страните<sup>9</sup>. Освен това, като се има предвид, че жалбата в главното производство е подадена през периода „standstill“, към онзи момент юрисдикцията на Klagensævnet for Udbud е била задължителна.

34. На второ място, що се отнася до критерия за независимост, следва да се припомни, че понятието за независимост, която е присъща на съдебната дейност, предполага преди всичко, че съответният орган се намира в качеството на трето лице спрямо органа, постановил обжалваното решение. От съдебната практика произтича, че това понятие се състои от външен аспект, който предполага, че органът е защитен срещу външна намеса или натиск, които могат да застрашат независимостта при приемане на решение по разглежданите спорове от неговите членове, и от вътрешен аспект, който въвежда понятието за безпристрастност и цели еднаква неутралност спрямо страните по спора и техните интереси, които са предмет на спора. Тези гаранции за независимост и безпристрастност изискват наличието на правила, по-конкретно що се отнася до състава на инстанцията, назначаването, срока на упражняване на функциите, както и основанията за въздържане, отвод и отзоваване на членовете ѝ, даващи възможност да се отстрани всяко оправдано съмнение в съзнанието на страните в производството относно неподатливостта на тази инстанция към външни фактори и неутралността ѝ по отношение на противопоставящите се интереси<sup>10</sup>.

35. В решение TDC, на което се позовава датското правителство, Съдът достига до извода, че Teleklagenævnet не е юрисдикция по смисъла на член 267 ДФЕС, като приема, че този орган не отговаря на критерия за независимост. Съдът основава извода си на две обстоятелства. От една страна, що се отнася до външния аспект на независимостта, Съдът посочва, че докато датската правна уредба предвижда специални гаранции за освобождаване от длъжност на съдиите от съдилищата, условията за освобождаване от длъжност на членовете на Teleklagenævnet обаче не са предмет на специална правна уредба, а в случай на неправомерно уволнение се прилагат само общите правила на административното и трудовото право<sup>11</sup>. От друга страна, що се отнася до вътрешния аспект на независимостта, Съдът изключва качеството на трето лице на Teleklagenævnet спрямо разглежданите интереси, като констатира, че в случай на жалба до съдилищата срещу негово решение този орган участва в производството като страна ответник<sup>12</sup>.

36. Според информацията, с която разполага Съдът обаче, нито едно от двете обстоятелства, които е взел предвид Съдът в решение TDC, не е налице относно Klagensævnet for Udbud.

37. Действително, що се отнася, първо, до вътрешния аспект на независимостта, датското правителство изрично потвърждава както в писменото си становище, така и в съдебното заседание, че за разлика от Teleklagenævnet, Klagensævnet for Udbud не е страна по делата, образувани по жалби до обикновените съдилища срещу негови решения. Следователно няма никаква причина за съмнение в качеството му на трето лице спрямо разглежданите интереси.

8 — Съгласно членове 13, 14 и 16—18 от Закона за възлагане на обществени поръчки Klagensævnet for Udbud може по-специално да отменя незаконните решения за възлагане на обществени поръчки, да издава разпореждания, да налага финансови санкции, да присъжда обезщетения и да обезсилява договори.

9 — Вж. решение *Consorti Sanitari del Mareme* (C-203/14, EU:C:2015:664, т. 22 и 23 и цитираната съдебна практика). Вж. също така и пълния анализ на съдебната практика по този въпрос, съдържащ се в заключението на генералния адвокат Jääskinen по същото дело (C-203/14, EU:C:2015:445, т. 40 и сл.).

10 — Вж. *inter alia* решение *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587, т. 49—53 и цитираната съдебна практика).

11 — Решение TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, т. 34—36).

12 — Пак там (т. 37).

38. Що се отнася, второ, до външния аспект на независимостта, следва да се отбележи, че от преписката по делото, с която разполага Съдът, е видно, че между Teleklagenævnet и Klagenævnet for Udbud съществуват значителни разлики от гледна точка на техния състав, гаранциите срещу освобождаване от длъжност на членовете им и тяхното функциониране.

39. Така, както е видно от съответните норми на Закона за възлагане на обществени поръчки, Klagenævnet for Udbud — която е създадена, наред с другите цели, и за изпълнение на Директива 89/665/ЕИО<sup>13</sup> — е съставена от председател и няколко заместник-председатели (които образуват председателството), както и от определен брой експерти, всички определени от министъра на предприятията и на растежа Vækstminister (Erhvervs- og vækstministeren) за срок до четири години<sup>14</sup>.

40. Същевременно, за разлика от Teleklagenævnet, председателството на Klagenævnet for Udbud трябва да се състои от съдии от окръжните и от областните съдилища<sup>15</sup>. Както обаче Съдът отбелязва в решение TDC<sup>16</sup>, тези съдии се ползват с особена защита срещу тяхното освобождаване от длъжност. Тази защита, която намира основанието си в член 64 от датската конституция, както беше изложено в съдебното заседание, явно се разпростира и по отношение на председателството на комисиите по жалбите.

41. Освен това, от анализа на законовите разпоредби е видно, че в дейността по приемане на решения от Klagenævnet for Udbud членовете на председателството имат значително по-важна роля, отколкото членовете експерти. Всъщност този орган обикновено заседава в състав от един член на председателството, действащ като председател, и от един член експерт. В случай на равенство на гласовете при приемането на решение решаващ е гласът на председателя<sup>17</sup>. Освен това членовете на председателството могат да приемат някои решения без участието на членовете експерти<sup>18</sup> и те имат преобладаваща тежест при приемането на решения по сложни или съдържачи принципни въпроси дела<sup>19</sup>.

42. Без съмнение за една част от членовете на Klagenævnet for Udbud, а именно за членовете експерти, точно както и за членовете на Teleklagenævnet, датското право, изглежда, не предвижда специални норми относно тяхното освобождаване от длъжност, а в случай на освобождаване от длъжност поради неправомерно уволнение се прилагат само общите правила на административното и трудовото право.

13 — Директива от 21 декември 1989 г. на Съвета за съгласуване на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на процедури на правна защита при възлагане на договори за държавни поръчки (ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), с изменения.

14 — Вж. член 9, параграфи 1 и 2, първо изречение от Закона за възлагане на обществени поръчки.

15 — Вж. член 9, параграф 2, второ изречение от Закона за възлагане на обществени поръчки.

16 — Решение TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, т. 35).

17 — Вж. член 10, параграфи 4, първо изречение и параграф 5 от Закона за възлагане на обществени поръчки. Съгласно първата разпоредба, с изключение на случая по параграф 6 от този член, в разглеждането на отделно дело участват един член на председателството и един експерт. Съгласно втората разпоредба решенията на Klagenævnet for Udbud се постановяват с обикновено мнозинство и гласът на председателя е решаващ в случай на равенство на гласовете.

18 — Вж. член 10, параграф 6 от Закона за възлагане на обществени поръчки.

19 — Вж. член 10, параграф 4 от Закона за възлагане на обществени поръчки, съгласно който Председателят на Klagenævnet for Udbud може в отделни случаи да реши да увеличи броя на членовете на председателството и на членовете експерти, участващи в разглеждането на определено дело. В такъв случай броят на членовете на председателството трябва да отговаря на броя на членовете експерти. От тази разпоредба, която се използва при най-сложните или включващи принципни въпроси дела, е ясно, че и при тези видове особено важни дела Klagenævnet for Udbud ще се състои от равен брой членове на председателството и членове експерти, което предполага, че след като гласът на председателя е решаващ, членовете на председателството ще имат преобладаваща тежест при постановяването на решение.



43. В това отношение отбелязвам обаче, че макар и да е вярно, че според някои от решенията на Съда, за да се приеме, че е изпълнено условието относно независимостта на запитващия орган, съдебната практика изисква по-конкретно случаите на освобождаване от длъжност на членовете на този орган да бъдат определени с изрични законови разпоредби<sup>20</sup>, се налага да се посочи, че по тези дела констатацията за отсъствие на такива разпоредби е елемент на преценката, без съмнение много важен, но включен в рамките на цялостния анализ<sup>21</sup> на елементите, които характеризират съответния запитващ орган. Именно на основата на цялостния анализ на всички тези елементи по тези дела Съдът отрича качеството на юрисдикция на разглежданите органи<sup>22</sup>. Въпреки това в някои случаи, по-специално по отношение на националните органи, разглеждащи жалбите в областта на възлагането на обществени поръчки на основание на Директива 89/665, Съдът признава качеството на юрисдикция на запитващия орган, без да си поставя въпроса за наличието на такива норми<sup>23</sup>.

44. В конкретния случай следва да се отбележи, че не само голямата част от членовете на Klagenævnet for Udbud, и по-специално членовете, които имат по-важна роля в дейността по приемане на решения, се ползват със специални гаранции срещу освобождаване от длъжност, а именно с конституционна гаранция, но от преписката по делото става ясно, че и други елементи укрепват независимостта на този орган спрямо евентуален натиск и неоправдана външна намеса. Затова Klagenævnet for Udbud има качеството на трето лице по отношение на органа, който е постановил решението, обжалвано в главното производство<sup>24</sup>. По-специално той няма никаква функционална връзка с Erhvervsstyrelsen (датският орган за предприятията), който му предоставя секретариат, нито с възлагащите органи, чиито актове се обжалват пред него<sup>25</sup>. Освен това Klagenævnet for Udbud упражнява функциите си напълно самостоятелно, без да е йерархично обвързан или да е подчинен на когото и да било и без да получава нареждания или инструкции от какъвто и да било вид<sup>26</sup>. Всички негови членове са задължени да упражняват функциите си по независим начин<sup>27</sup>. Наред с това, доколкото Klagenævnet for Udbud може наред с всичко останало да установява незаконосъобразността на решенията или незаконното възлагане на обществени поръчки, както и да издава разпореджения във връзка с възлагането на обществени поръчки, той упражнява основно правораздавателна функция<sup>28</sup>.

45. Накрая следва да се припомни, че при преценката на правния статут на посочените в Директива 89/665 национални органи, разглеждащи жалбите в областта на обществените поръчки, Съдът вече е потвърдил качеството на „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС на редица други национални органи, по същество сравними със запитващия орган по настоящото дело<sup>29</sup>.

46. В духа на всички тези съображения считам, че няма основание да се поставя под съмнение изводеният от Съда в решение Unitron Scandinavia и 3-S извод, че Klagenævnet for Udbud има качеството на „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС.

20 — Определение Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, т. 24 in fine), и решение TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, т. 32).

21 — Вж. решение Syfait и др. (C-53/03, EU:C:2005:333, т. 37).

22 — Вж. анализа на Съда в решения Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, т. 37—43), Syfait и др. (C-53/03, EU:C:2005:333, т. 30—37) и определение Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, т. 25—30). Вж. и решение TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), в което Съдът се основава на два елемента — единият, присъщ на вътрешния аспект, а другият — присъщ на външния аспект, за да отрече независимостта на Teleklagenævnet (вж. т. 35 от настоящото заключение).

23 — Вж. по-конкретно решение HI (C-92/00, EU:C:2002:379, т. 24—28).

24 — Вж. решение Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, т. 19 и цитираната съдебна практика).

25 — Вж. a contrario решение Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, т. 37—40).

26 — Вж. решение Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, т. 19 и цитираната съдебна практика).

27 — Вж. член 1 параграф 4 от Постановление № 887 от 11 август 2011 г. относно комисията по жалбите в областта на обществените поръчки. За значението на този елемент вж. решение Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, т. 35).

28 — Вж. решение Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, т. 37).

29 — Вж. решение Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, т. 26 и цитираната съдебна практика).

Б– По преюдициалния въпрос

47. С преюдициалния си въпрос запитващата юрисдикция иска да установи дали принципът на равно третиране по член 10 от Директива 2004/17 във връзка с член 51 от тази директива трябва да се тълкува в смисъл, че в положение като разглежданото в главното производство възложителят не може да възлага поръчката на оферент, който не е подал заявление за участие в предварителния подбор и поради това не е бил одобрен в рамките на този подбор.

48. Преюдициалният въпрос се поставя във фактически контекст, в който обединение от две предприятия, учредено под формата на търговско дружество, което е било одобрено при предварителния подбор в процедура по възлагане на обществена поръчка, се прекратява поради несъстоятелност на един от неговите двама членове, и в който възлагащият орган позволява на другия член да продължи да участва в производството вместо обединението и му възлага окончателно обществената поръчка въпреки факта, че този член не е бил самостоятелно одобрен при предварителния подбор. Това е „положението като разглежданото в главното производство“, на което се позовава запитващата юрисдикция в преюдициалния въпрос.

49. Следователно преюдициалният въпрос се отнася по същество за възможността при спазване на принципа на равно третиране възлагащият орган да позволи на член на обединение на икономически оператори, който не е бил самостоятелно одобрен при предварителния подбор, да замести обединението в текуща процедура за възлагане на обществена поръчка.

1. По приложимата нормативна уредба

50. Преди всичко следва да се отбележи, че Директива 2004/17 не съдържа специална норма, която да се отнася за промени в състава на обединение на икономически оператори.

51. Единствената разпоредба от тази директива, която се отнася за обединенията на икономически оператори, е член 11, параграф 2<sup>30</sup> от нея, който обаче не се отнася за промени при текуща процедура за възлагане на обществена поръчка. Поради това, тъй като Директивата не съдържа никаква разпоредба, която да регулира такива промени, се налага да се направи изводът, че тяхната уредба е от компетентност на държавите членки<sup>31</sup>. При тези условия компетентен да установява правила в това отношение най-общо е националният законодател или за конкретен случай — възлагащият орган<sup>32</sup>.

52. В това отношение следва още да се отбележи, че в решение *Makedoniko Metro и Michaniki*<sup>33</sup> Съдът приема, че Директива 93/37 относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство<sup>34</sup> допуска национална правна уредба, забраняваща промените в състава на обединение от предприемачи, което участва в процедура за възлагане на обществена поръчка за строителство след подаване на офертите.

30 — Вж. т. 7 от настоящото заключение. Този член е възпроизведен по същество в член 37, параграфи 2 и 3 от Директива 2014/25.

31 — Вж. по аналогия, във връзка с Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L199, стр. 54), решение *Makedoniko Metro и Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47, т. 61).

32 — При приемането на тези правила законодателят или възлагащият орган продължават да бъдат задължени да спазват общите принципи на правото. В това отношение вж. съображение 9 от Директива 2004/17 и още по-изрично, съображение 2 от Директива 2004/18 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 L134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6 том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L182, 2008 г., стр. 282). Вж. също така съображение 2 от Директива 2014/25.

33 — C-57/01, EU:C:2003:47, т. 61 и т. 63.

34 — Вж. бележка под линия 31 по-горе.

53. В конкретния случай обаче от определението за преюдициално запитване е видно, от една страна, че датската правна уредба не предвижда специални правила за промени в състава на обединенията на икономически оператори и от друга страна, че възлагащият орган не е предвидил в обявлението за обществена поръчка и специални правила в това отношение.

54. При тези условия допустимостта на промените в състава на обединенията на икономически оператори при текуща процедура за възлагане на обществени поръчки ще бъде подчинена на общите принципи на правото, които са част от правния ред на Съюза, част от които е по-специално принципът на равно третиране и на прозрачност, предвиден в член 10 от Директива 2004/17 и ще бъде ограничена от спазването на тези принципи.

2. Относно принципа на равно третиране в процедурите по възлагане на обществени поръчки

55. Съгласно установената съдебна практика принципът за равно третиране изисква да не се третират по различен начин сходни ситуации и да не се третират еднакво различни ситуации, освен ако такова третиране не е обективно обосновано<sup>35</sup>.

56. Неколкократно Съдът е потвърдил, че принципът на равно третиране на оферентите и задължението на възлагащите органи да осигурят спазването му изразяват същността на правните норми на Съюза в областта на обществените поръчки<sup>36</sup>.

57. Принципът на равно третиране на оферентите, който има за цел да насърчи развитието на здравословна и ефективна конкуренция между участващите в обществена поръчка предприятия, налага всички оференти да разполагат с еднакви възможности при изготвянето на офертите си и следователно включва изискването спрямо офертите на всички конкуренти да се прилагат едни и същи условия<sup>37</sup>. Този принцип изисква оферентите да се намират в равностойно положение *през цялото времетраене на процедурата* по възлагане на обществена поръчка, по-специално както когато подготвят своите оферти, така и когато възлагащият орган оценява тези оферти<sup>38</sup>.

58. Вярно е, че Съдът приема, че една от целите на правилата в областта на обществените поръчки е отварянето за възможно най-широка конкуренция и че е в интерес на правото на Съюза осигуряването на възможно най-широко участие на оференти в процедурите за възлагане на обществени поръчки<sup>39</sup> и че отварянето за възможно най-широка конкуренция не се разглежда единствено с оглед на интереса на Съюза в областта на свободното движение на стоки и услуги, но също и с оглед на собствения интерес на съответния възлагач орган, който по този начин ще разполага с по-голям избор, що се отнася до икономически най-изгодната и най-подходяща за удовлетворяване на нуждите на съответната част от обществото оферта<sup>40</sup>.

59. Въпреки това в областта на обществените поръчки трябва да се имат предвид както желанието да се гарантира ефективна конкуренция, така и спазването на принципа на равенство между оферентите. По този начин, макар Съдът да приема, че прилагането на принципа на равно третиране в процедурите по възлагане на обществени поръчки не е самоцел, а трябва да

35 — Вж. *inter alia* решения *Fabricom* (C-21/03 и C-34/03, EU:C:2005:127, т. 27 и цитираната съдебна практика) и *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647, т. 30).

36 — Вж. в този смисъл решения *Fabricom* (C-21/03 и C-34/03, EU:C:2005:127, т. 26) и *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, т. 45 и цитираната съдебна практика).

37 — Вж. в този смисъл решения *Комисия/CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, т. 110) и *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, т. 33).

38 — Вж. в този смисъл решения *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553, т. 33 и т. 34), *Michaniki* (C-213/07, EU:C:2008:731, т. 45 и цитираната съдебна практика) и определение *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi* (C-502/11, EU:C:2012:613, т. 38). Курсивът е мой.

39 — Вж. в този смисъл решения *Assitur* (C-538/07, EU:C:2009:317, т. 26) и *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, т. 37).

40 — Решение *CoNISMa* (C-305/08, EU:C:2009:807, т. 37). При процедурите на договаряне изискването за „адекватна“ конкуренция е освен това изрично подчертано в член 54, параграф 3 от Директива 2004/17, посочена в т. 9 по-горе.

се разглежда в перспективата на преследваните от него цели<sup>41</sup>, прилагането и постигането на целта да се насърчи отварянето за възможно най-широка конкуренция могат да бъдат постигнати само ако икономическите оператори, участващи в обществената поръчка, са поставени при равни условия, без сянка на дискриминация<sup>42</sup>. Като се има предвид, че целта да се насърчава ефективната конкуренция, е част от по-широката цел да се насърчава конкуренция, която, преди да бъде ефективна, трябва да бъде здравословна, преследването ѝ задължително се ограничава от принципа на равно третиране между оферентите<sup>43</sup>.

60. В това отношение следва да се изтъкне още, както се подчертава от някои от участниците, че принципът на равно третиране на оферентите може да има основна роля преди възлагането на обществената поръчка, когато отделните оференти са в конкуренция помежду си. След възлагане на обществената поръчка обаче интересът се фокусира върху изпълнението на договора. В такъв контекст събития като промени в обединението, на което е възложена поръчката, поначало не поставят въпроси относно равното третиране на оферентите, а по-скоро въпроси за евентуална промяна на съществените условия на разглежданата обществена поръчка<sup>44</sup> или за застрашаване на доброто ѝ изпълнение<sup>45</sup>.

61. В духа на тези принципи трябва да се анализират ограниченията, които поставя принципът на равно третиране в случай като разглеждания, на възможността за възлагащия орган да позволи, преди възлагане на обществената поръчка, на икономически оператор, който не е бил първоначално одобрен при предварителния подбор, да замести друг оператор, по-специално обединението, в което е участвал, одобрено при предварителния подбор.

3. Относно възможността да се позволи на икономически оператор, който не е бил одобрен при предварителния подбор, да замести друг оператор в текуща процедура за възлагане на обществена поръчка

62. Изглежда, участниците са съгласни, че поначало при обществени поръчки с предварителен подбор само одобрените при предварителния подбор оференти могат да представят оферти и така да може да им се възложи обществената поръчка.

63. Споделям този подход, който, както правилно подчертава МТНЗ, намира изрична нормативна основа в член 51, параграф 3 от Директива 2004/17. В действителност, като предвижда, че възлагащите органи „проверяват дали предоставените *от подбраните оференти* оферти съответстват“, тази разпоредба предполага идентичност между одобрените при

41 — Вж. в този смисъл решение Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, т. 29).

42 — Вж. заключението на генералния адвокат Léger по съединени дела Fabricom (C-21/03 и C-34/03, EU:C:2004:709, т. 22), както и заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по дело Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:544, т. 23).

43 — Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по съединени дела La Cascina и др. (C-226/04 и C-228/04, EU:C:2005:524, т. 26).

44 — Вж. решение Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, т. 40 и сл.).

45 — В това отношение следва да се отбележи, че Директива 2014/25 урежда изрично в своя член 89, параграф 1, буква г), подточка ii) случая на промяна на съдоговорителя след възлагане на обществената поръчка. Тази разпоредба предвижда, че не е необходимо провеждане на нова процедура за възлагане на поръчка по-специално когато нов изпълнител заменя изпълнителя, на който възложителят първоначално е възложил поръчката, „вследствие на цялостно или частично встъпване в положението на първоначалния изпълнител след корпоративно реструктуриране, включително поглъщания, сливания, придобивания или несъстоятелност, от друг икономически оператор, който отговаря на първоначално установените критерии за качествен подбор, при условие че това не води до други съществени изменения на договора за поръчка и не цели заобикаляне на прилагането на [...] директива[та]“.

предварителния подбор оператори и операторите, които представят офертите<sup>46</sup>. Следователно принципът е, че трябва да има правна и фактическа идентичност между икономическия оператор, одобрен при предварителния подбор, и този, който представя оферта и на когото евентуално може да се възложи обществената поръчка.

64. В това отношение следва да се уточни, че обратно на поддържаното от Комисията в съдебното заседание, според мен не подлежи на съмнение, че в случая няма нито правна, нито фактическа идентичност между обединението, учредено във формата на I/S, и Aarsleff. Наистина, макар че Aarsleff е единият от съдружниците в I/S, без съмнение той е юридическо лице, което фактически и правно е отделно от обединението, в което участва.

65. След като това се изясни, в духа на принципите, посочени в точки 55—59 от настоящото заключение, се поставя въпросът допустими ли са изключения от принципа на задължително съответствие на оферента, одобрен при предварителния подбор, с оферента, който представя офертата, по-специално при обстоятелства като тези в главното производство.

66. Според мен обаче този принцип не може да има абсолютен обхват и от него да няма изключения. Смятам, че е възможно да се предвидят макар и ограничен брой случаи, в които трябва да се допуска промяна в идентичността на оферента при текуща процедура, по-специално с оглед на изискването да се осигури отваряне за възможно най-широка конкуренция в рамките на процедура по възлагане на обществена поръчка.

67. Въпреки това, както изтъкнах в точка 59 от настоящото заключение, тъй като това изискване е ограничено от спазването на принципа на равно третиране, възлагащият орган не може да дискриминира оференти, изтъквайки като оправдание изискването за отваряне на процедурата по възлагане на обществена поръчка за максимална конкуренция. Следователно евентуалните изключения от принципа за съответствие на оферента, одобрен при предварителния подбор, с оферента, който представя офертата — за които обаче, като изключения от един принцип с общо приложение, се налага стеснителен подход<sup>47</sup> — намират абсолютно ограничение в спазването на принципа на равно третиране на оферентите.

68. След като тези принципи са вече установени, поставя се въпросът кой подход *in concreto* дава възможност да се съгласуват най-добре изискванията — които в случай като разглеждания в главното производство, изглежда, могат да си противоречат — произтичащи от стриктното спазване на равните възможности на оферентите и от отварянето за максимална конкуренция.

69. Всеки от участниците предлага различен подход.

70. Най-напред по причините, които изложих току-що в точка 66 от настоящото заключение, склонен съм да изключа подход, какъвто, изглежда, предлага MTHZ, който не допуска изключения от принципа за съответствие на оператора, одобрен при предварителния подбор, с оператора, който представя офертата.

71. Що се отнася до Комисията, тя по същество счита, че ако операторът, който не е бил одобрен при предварителния подбор — в конкретния случай оставащият член на прекратеното обединение — отговаря на спецификацията, принципът на равно третиране позволява на възлагащия орган да продължи процедурата. Такова разрешение обаче не позволява да се гарантира стриктното спазване на изискването за равни възможности на оферентите.

46 — В рамките на правната уредба на процедурите на договаряне с предварителна покана за участие в състезателна процедура член 47, параграф 2 от новата Директива 2014/25 е още по-ясен в това отношение, доколкото предвижда, че „само икономическите оператори, поканени от възложителя след оценка на предоставената информация, могат да участват в договарянето“.

47 — Вж. в този смисъл решенията *Honyvet Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199, т. 24) и *Pfeiffer* и др. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 52 и цитираната съдебна практика).

72. Наистина обстоятелството, че новият оператор отговаря на спецификациите<sup>48</sup>, без съмнение съставлява необходимо условие, за да не съществува дискриминация между оферентите. Само по себе си обаче това обстоятелство не може да гарантира, че след като му е позволено да участва в процедурата за възлагане на обществена поръчка по-късно от останалите оференти, новият оператор няма да се ползва с конкурентни предимства към момента на включването си в процедурата. Такива предимства могат например да се изразяват в притежаването на информация, с която останалите оференти не са разполагали<sup>49</sup>, когато са взели своето решение за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка<sup>50</sup>.

73. Датското правителство счита, че в случай като разглеждания принципът на равно третиране позволява на възлагащия орган да приеме промяната в идентичността на оферента, настъпила между предварителния подбор и възлагането на обществената поръчка, ако са изпълнени две условия. Първо, продължаващата да съществуваща част от оферента, чиято идентичност е променена, би следвало да отговаря сама по себе си на изискванията за годност, предвидени за предварителния подбор, и второ, промяната в идентичността на оферента не би трябвало да се отразява върху кръга на одобрените при предварителния подбор кандидати, в смисъл че дори продължаващата да съществува част от оферента да е участвала от самото начало в предварителния подбор в новата форма, одобрените при предварителния подбор оференти са щели да бъдат същите.

74. Намирам обаче, че това разрешение също не е задоволително. Наистина първото условие според мен по същество съответства на това, което се изисква в предложеното от Комисията разрешение. Що се отнася до второто условие, не считам, че е достатъчно промяната на субекта да няма отражение върху кръга от кандидати, одобрени при предварителния подбор, за да се гарантира стриктното спазване на равенството на възможностите на оферентите. Всъщност по същите причини, посочени в точка 72 от настоящото заключение, считам, че обстоятелството, че никой оператор не е бил нито неоправдано изключен от процедурата, нито неоправдано допуснат да участва в нея, което същевременно е и задължително условие за избягване на дискриминация, не е достатъчно, за да се гарантира спазването на изискването за равни възможности на оферентите.

75. Считам, че при липса на изрични норми, установени предварително от законодателя или от възлагащия орган, възложителят е уместно да направи анализ *in concreto*, за всеки конкретен случай, въз основа на всички фактически елементи, с които той разполага, за да провери дали разглежданата промяна на субекта води до положение, при което оферентите не са поставени при равни условия в процедурата по възлагане на обществена поръчка, по-специално, но не и единствено при изготвянето на техните оферти. Този анализ ще има за цел по-специално да се провери дали тази промяна поражда конкурентно предимство за новия оферент, като по този начин води до нарушаване на процеса на конкуренция.

76. Няколко хипотези на промяна в субекта са възможни *in abstracto* и не е необходимо те да се анализират в този контекст. Ще се ограничи да отбележа, че когато промяната в идентичността на субекта има изключително формален, а не материален обхват, тъй като включва например промяна само във формата или представлява вътрешна реорганизация без съществени последици<sup>51</sup>, няма вероятност тази промяна да създаде положение, което да доведе до неравни възможности.

48 — От това предложение не е ясно обаче дали новият оператор трябва да отговаря на спецификациите към момента на настъпване на промяната, или е трябвало да отговаря към момента на предварителния подбор, когато са били одобрени всички останали оференти.

49 — Вж. решение *Fabricom* (C-21/03 и C-34/03, EU:C:2005:127, т. 29), в което Съдът е взел предвид евентуални конкурентни предимства поради информацията, която един оферент е могъл да получи във връзка с разглежданата обществена поръчка.

50 — Трябва да се отбележи обаче, че самата Комисия допуска в своето писмено становище, че предложенията от нея критерий не дава възможност във всички случаи да се гарантира, че е избегнат рискът от нарушаване на конкуренцията.

51 — Вж. по аналогия решение *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, т. 43—45).

77. Според мен обаче положение като разглежданото в главното производство, при което обединение, учредено в правната форма на юридическо лице, отделно от съставляващите го икономически оператори, се прекратява и се замества в процедурата от другия от неговите членове, не е хипотеза на промяна на идентичността на субекта с изключително формален, а не материален обхват.

78. При тези условия считам, че въз основа на фактите, с които разполага, запитващата юрисдикция следва да установи *in concreto* дали в конкретния случай решението на Banedanmark е довело до нарушаване на принципа на равно третиране между отделните участващи в процедурата оференти, и по-специално дали Aarsleff към момента, когато му е било разрешено да замести I/S в процедурата, се е ползвало с конкурентни предимства спрямо останалите оференти.

79. В това отношение въз основа на информацията по делото, с която разполага Съдът, ще се ограничи да изложи следните съображения.

80. Най-напред запитващата юрисдикция подчертава, че трябва да се приеме за установено, че ако Aarsleff беше подало самостоятелно заявление за участие, вместо да го прави чрез прекратеното обединение, то все пак е щяло да бъде одобрено при предварителния подбор. Според мен обаче това обстоятелство в конкретния случай не изключва възможността за нарушение на принципа на равно третиране. Решаващият въпрос по настоящото дело не е толкова (или само) да се установи дали хипотетично самото Aarsleff е щяло да бъде одобрено при предварителния подбор, а дали то е било различно третирано, което създава конкурентно предимство в негова полза в момента, когато му е било позволено да участва самостоятелно в процедурата, без да е било предварително одобрено при предварителния подбор.

81. По-нататък, изглежда, че Aarsleff е могло да вземе решение за самостоятелно участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка въз основа на информация, с която другите оференти не са разполагали когато са вземали решението си да участват в тази процедура<sup>52</sup>. По-специално MTHZ изтъква, че когато Aarsleff, вследствие на несъстоятелността на Pihl и следователно на прекратяването на обединението, е имало възможността да вземе такова решение, от една страна, то е могло да разполага с информация за точния брой на предприятията, които участват в тази процедура и които са представили оферти, и от друга страна, то е знаело, че офертата, представена от обединението, част от което е било Aarsleff, е била оценена като втората най-добра оферта. Наред с това към всички тези обстоятелства следва да се прибави също така, че след несъстоятелността на Pihl Aarsleff е имало възможността да приеме повече от 50 работници от Pihl, в това число специалисти с ключово значение за проекта, за който се отнася обществената поръчка<sup>53</sup>.

82. В положението обаче, при което двама икономически оператори, преди началото на процедура по възлагане на обществена поръчка, решават да създадат обединение с единствената цел да участват в тази процедура, предполага, че тези двама оператори, след като са преценили възможностите и рисковете, свързани с този проект, са взели търговското решение да участват заедно в процедурата по възлагане на обществената поръчка и да споделят предимствата и рисковете. При тези условия следва да се анализира *in concreto* дали възможността, предоставена на един от тези двама оператори в последваща фаза на процедурата, в която елементите на несигурност в развитието на процедурата са по-малки, да промени това търговско решение, като му се позволи да участва самостоятелно в процедурата, представлява различно третиране спрямо останалите оференти и води до конкурентно предимство. Следва да се

52 — В това отношение вж.бележка под линия 49 по-горе.

53 — В това отношение е от значение да се отбележи, че от съобщението, изпратено от Banedanmark до останалите оференти (посочено в т. 20 по-горе), е видно, че той е взел предвид това обстоятелство, за да реши да разреши на Aarsleff да замести прекратеното вече обединение.

провери дали това последващо търговско решение действително е било взето въз основа на информация, различна от тази, с която са разполагали останалите оференти, когато са приемали решението си да участват в процедурата в определена форма или състав, без да имат възможността впоследствие да ги променят.

## V – Заключение

83. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на поставения от *Klagenævnet for Udbud* въпрос по следния начин:

- „1) Член 51, параграф 3 от Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, трябва да се тълкува в смисъл, че по принцип трябва да съществува правна и фактическа идентичност между икономическия оператор, одобрен при предварителния подбор в процедура по възлагане на обществена поръчка, включваща предварителен подбор, и икономическия оператор, който представя офертата в рамките на същата процедура.
- 2) В положение като разглежданото в главното производство, при което двама икономически оператори са учредили обединение под формата на търговско дружество с цел да участват в процедура за възлагане на обществени поръчки и по отношение на единия от тях — след като това обединение е било одобрено в рамките на предварителния подбор, но преди обществената поръчка да бъде възложена — бъде открито производство за обявяване в несъстоятелност и вследствие на това обединението се прекрати, член 10 от Директива 2004/17 трябва да се тълкува в смисъл, че е задача на възлагащия орган въз основа на анализ *in concreto*, основан върху всички факти, с които той разполага, да провери дали евентуално разрешение, дадено на другия член на обединението, който първоначално не е бил одобрен при предварителния подбор, да продължи да участва в процедурата на мястото на обединението, води до положение, в което оферентите не са поставени в условия на равни възможности в процедурата, по-специално при изготвянето на техните оферти. Такава е в частност хипотезата, в която продължаващият участието си член на обединението е имал възможност да взема решения при текуща процедура по възлагане на обществена поръчка въз основа на информация, с която останалите оференти не са разполагали в момента, в който те е трябвало да вземат същото решение, и в която той е имал възможността след започването на процедурата да получи данни от ключово значение за изпълнението на проекта, с които не е разполагал в момента, когато е следвало да бъде одобрен при предварителния подбор“.