



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. SZPUNAR
представено на 26 юни 2018 година¹

Дело C-546/16

Montte SL
срещу
Musikene

(Преюдициално запитване, отправено от Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Административен орган на Баската автономна област, компетентен да разглежда жалби срещу административни решения в областта на обществените поръчки, Испания)

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Открита процедура — Критерии за възлагане на поръчката — Поетапно оценяване на офертите — Минимален брой точки“

I. Въведение

1. Настоящото дело се отнася по-специално за степента на свобода, с която се ползват държавите членки при транспонирането в националното право на разпоредбите от Директива 2014/24/ЕС² във връзка с процедурите за поръчки, възлагани чрез открита процедура.
2. По-конкретно, първият въпрос е дали с националните разпоредби е възможно възлагащите органи да се оправомощават да извършват двуетапно оценяване на офертите в открита процедура, така че на втория етап (икономически етап) да се оценяват само офертите, събрали изисквания брой точки на първия етап (технически етап). Вторият въпрос е дали такива национални разпоредби, посветени на откритата процедура, трябва да задължават възлагащия орган да гарантира, че на крайния етап от процедурата по оценяване ще бъдат разгледани определен брой оферти. На последно място, третият въпрос се отнася до съответствието с Директива 2014/24 на подход, изискващ на първия етап (технически етап) от такава процедура офертата да получи определен брой точки, за да подлежи на оценяване на втория етап (икономически етап).

¹ Език на оригиналния текст: полски.

² Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

II. Правна уредба

A. Правото на Съюза

3. Съгласно член 26, параграфи 1 и 2 от Директива 2014/24:

„1. При възлагането на обществени поръчки възлагащите органи прилагат националните процедури, адаптирани в съответствие с настоящата директива, при условие че бъде публикувана покана за участие в състезателна процедура в съответствие с настоящата директива, без да се засяга член 32.

2. Държавите членки осигуряват на възлагащите органи възможност да прилагат открити или ограничени процедури съгласно предвиденото в настоящата директива“.

4. В член 27 („Открита процедура“) от същата директива се определят сроковете, в които заинтересованите икономически оператори могат да подадат оферта в процедурите за възлагане на обществена поръчка, в които възлагащият орган прилага открита процедура.

5. Член 66 от Директива от 2014/24 гласи:

„Когато възлагащите органи използват възможността за намаляване на броя на офертите, които подлежат на договаряне съгласно член 29, параграф 6, или на решенията, които трябва да бъдат обсъдени съгласно член 30, параграф 4, те правят това, като прилагат критериите за възлагане, посочени в документацията за обществената поръчка. На крайния етап полученият брой трябва да гарантира реална конкуренция, доколкото са налице достатъчно оферти, решения или квалифицирани кандидати“.

6. Съгласно член 67, параграфи 1, 2 и 4 от Директива 2014/24:

„1. Без да се засягат националните закони, подзаконови или административни разпоредби относно цената на определени доставки или възнаграждението за определени услуги, възлагащите органи възлагат обществените поръчки въз основа на критерия за икономически най-изгодната оферта.

2. Икономически най-изгодната оферта от гледна точка на възлагащия орган се определя въз основа на цената или разходите, като се използва подход на разходната ефективност, например разходите за целия жизнен цикъл в съответствие с член 68, и може да включва критерия за най-доброто съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на критерии, включващи качествени, екологични и/или социални аспекти, свързани с предмета на въпросната обществена поръчка. [...].

4. Критериите за възлагане не трябва да водят до предоставянето на възлагащия орган на неограничена свобода на избор. Те трябва да гарантират, че е възможна реална конкуренция, и да се придружават от спецификации, които позволяват ефективната проверка на представената от оферентите информация с цел да се прецени доколко офертите отговарят на критериите за възлагане [...].“

Б. Испанското право

7. Член 150, параграф 4 от Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (преработен текст на испанския закон за обществените поръчки, наричан по-нататък „TRLCSP“) гласи:

„Когато се прилагат най-малко два критерия, трябва да се уточни придадената на всеки от тях относителна тежест, която може да се изрази, като се установи подходящ диапазон от стойности. В случай че процедурата за възлагане се провежда на няколко етапа, се указва също на кои от тях ще се прилагат различните критерии, както и минималния брой точки, изискван от оферента, за да може да продължи участието си в процедурата по подбор“.

8. В член 22, параграф 1, буква d) от Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Кралски указ № 817 от 8 май 2009 г. за частично прилагане на Закон № 30 от 30 октомври 2007 г. за поръчките в публичния сектор), с който се урежда дейността на Mesas de Contratación (оценяващи комисии) — колективни органи, оказващи съдействие на възлагащите органи — по-специално се посочва следното:

„Без да се засягат другите функции, предоставени по Ley de Contratos del Sector Público (Закон за поръчките в публичния сектор) и неговите допълнителни разпоредби, оценяващата комисия изпълнява следните функции в откритите процедури за възлагане:

[...]

d) Когато процедурата по оценяване [на представените оферти] се провежда на няколко етапа, тя определя оферентите, които следва да бъдат изключени от процедурата, тъй като не са достигнали минималния брой точки, който е необходим, за да се продължи участието в процедурата по подбор.

[...]“.

III. Фактите по спора в главното производство

9. Musikene (наричана по-нататък „възлагащият орган“) е фондация от публичния сектор на Баската автономна област, която организира открита процедура за възлагане на поръчка за доставка със следното описание: „мебелно оборудване и указателни материали, специално мебелно оборудване за музикални цели, музикални инструменти, електроакустично, звукозаписно и аудиовизуално оборудване, информационно оборудване и репрография“. Стойността на поръчката е оценена в размер, който надхвърля прага, задължаващ възлагащия орган да приложи разпоредбите за транспониране на Директива 2014/24 в испанското право.

10. Поканата за представяне на оферти в открита процедура по смисъла на член 27 от Директива 2014/24 е публикувана в *Официален вестник на Европейския съюз* на 26 юли 2016 г.

11. В документацията за обществената поръчка се уточнява протичането на процедурата за възлагането ѝ, включително критериите за оценяване на офертите. Накратко, в документацията се разграничават два етапа, определени като технически и икономически етап. В рамките на всеки от тях офертата може да се оцени най-много с 50 точки.

12. На техническия етап се прилага критерият за оценяване „Представяне и описание на проекта“, който включва различни видове подкритерии за всяка обособена позиция в поръчката. На икономическия етап пък се извършва оценяване по ценовия критерий. То се изразява в предоставяне на точки за намаляване на цената в офертата спрямо стойността на поръчката.

13. В документацията за обществената поръчка също така е въведено изискване за минимален брой точки, който трябва да се получи на техническия етап, за да може да се участва на икономическия етап. На този етап могат да преминат единствено оферентите, получили поне 35 точки на техническия етап.

14. Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (административен орган на Баската автономна област, компетентен да разглежда жалби срещу административни решения в областта на обществените поръчки, наричан по-нататък „OARC“) е постоянен орган, разглеждащ жалби в областта на обществените поръчки.

15. На 11 август 2016 г. в OARC постъпва жалба от дружеството Montte, SL (наричано по-нататък „жалбоподателят“) във връзка с документацията за обществената поръчка. В жалбата си жалбоподателят оспорва документацията в частта, в която се въвежда изискване за минимален брой точки, който трябва да се получи на техническия етап. Според жалбоподателя този вид изисквания трябва да се обяви за недопустим. Въвеждането му водело до обезсмисляне на предвидения в документация начин за претегляне на техническите и икономическите критерии. Това изискване водело до лишаване на възлагащия орган от възможността да оцени офертите също и с оглед на предложената цена, както и да избере най-изгодната оферта.

16. От своя страна възлагащият орган счита, че въвеждането на това изискване е било необходимо с оглед на предмета на поръчката. Тя се отнасяла за доставка на оборудване, което е неразделна част от сграда. Поради това съответната оферта можела да премине на икономическия етап, ако отговаря на определени минимални изисквания. По този начин се гарантирало, че поръчката ще бъде изпълнена в установените срокове и на подходящо техническо равнище.

IV. Преюдициалните въпроси и производството пред Съда

17. При това положение OARC решава да спре производството и да се обърне към Съда със следните преюдициални въпроси:

- „1) Допустимо ли е съгласно Директива 2014/24 национално законодателство като член 150, параграф 4 TRLCSP или практика за неговото тълкуване и прилагане, които позволяват на възлагащите органи в спецификацията за възлагане на поръчка посредством открита процедура да установяват критерии за възлагане, които се прилагат на последователни елиминаторни етапи спрямо офертите, които не достигат предварително определен минимален брой точки?
- 2) При положителен отговор на първия въпрос, допустимо ли е съгласно посочената Директива 2014/24 национално законодателство или практика за неговото тълкуване и прилагане, които използват в откритата процедура посочената система от критерии за възлагане, които се прилагат на последователни елиминаторни етапи по такъв начин, че на последния етап не са налице достатъчен брой оферти, за да се гарантира реална конкуренция?

3) При отрицателен отговор на втория въпрос, допустима ли е съгласно посочената Директива 2014/24 — поради обстоятелството, че не се гарантира реална конкуренция и се заобикаля задължението поръчката да се възложи на офертата с най-добро съотношение качество/цена — клауза като разглежданата, съгласно която факторът цена се взема предвид само за оферти, получили 35 от 50 възможни точки при техническите критерии?“.

18. Преюдициалното запитване постъпва в секретариата на Съда на 28 октомври 2016 г.

19. Писмени становища представят испанското и гръцкото правителство, както и Европейската комисия. Посочените правителства и Комисията участват също и в съдебното заседание, проведено на 16 април 2018 г.

V. Анализ

A. По допустимостта

20. В самото начало на преюдициалното запитване OARC се пита дали може да се счита за „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС. Ето защо на първо място ще разгледам тази проблематика.

21. Съгласно постоянната съдебна практика, за да се прецени дали определен национален орган представлява „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС, Съдът взема предвид съвкупност от елементи, каквито са законоустановеният характер на органа, неговото постоянно или временно естество, задължителността на неговата юрисдикция, състезателността на производството пред него, прилагането от органа на правни норми, както и независимостта му³. Освен това националните органи могат да сезират Съда само когато се произнасят в производство, което приключва с правораздавателен акт⁴. Тези предпоставки са насочващи в смисъл, че не са абсолютни, нито изчерпателни. Те са отправна точка за преценката дали отправият преюдициалното запитване орган е юрисдикция⁵.

22. Важно е да се отбележи, че дори съгласно правото на съответната държави членка даден орган да е считан за административен орган, това обстоятелство само по себе си не е определящо за целите на преценката дали въпросният орган е „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС⁶.

3 Вж. решения от 31 май 2005 г., Syfait и др. (C-53/03, EU:C:2005:333, т. 29) и от 31 януари 2013 г., Белов (C-394/11, EU:C:2013:48, т. 38).

4 Вж. решения от 31 май 2005 г., Syfait и др. (C-53/03, EU:C:2005:333, т. 29) и от 31 януари 2013 г., Белов (C-394/11, EU:C:2013:48, т. 39 и 40).

5 Вж. заключението ми по дело Ascendi (C-377/13, EU:C:2014:246, т. 33).

6 Вж. решение от 6 октомври 2015 г., Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, т. 17).

23. От съдържащата се в преюдициалното запитване информация следва, че OARC е постоянен орган по обжалване, създаден по силата на правни разпоредби с общо приложение. Компетентността на OARC за разглеждане на жалби в случаи, свързани с обществените поръчки, не зависи от споразумение между страните⁷. Решенията на този орган са задължителни за страните. Освен това OARC се произнася по случаите, за които е сезиран, въз основа на правните разпоредби след провеждане на производство със състезателен характер. На последно място, OARC е независим орган, който не изпълнява никакви указания, идващи отвън.

24. С оглед на изложените съображения считам, че OARC отговаря на критериите, позволяващи да се счита за „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС.

Б. По първия въпрос

25. С първия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали Директива 2014/24 допуска възможността разпоредбите, с които се транспонират нормите от тази директива в националното право, да оправомощават възлагащия орган да въведе поетапно оценяване на офертите в документацията за възлагане на обществена поръчка чрез открита процедура, при условие че на следващите етапи се оценяват само офертите, които на предходните етапи са получили определен брой точки.

26. Запитващата юрисдикция уточнява, че съмненията във възможността за провеждане на оценяване на няколко етапа на офертите в открита процедура произтичат от няколко съображения.

27. На първо място, запитващата юрисдикция посочва, че в член 66 от Директива 2014/24 се предвижда възможност за ограничаване на броя на офертите и решенията чрез въвеждане на етапи в процедурата за възлагане на обществена поръчка при състезателна процедура с договаряне (член 29, параграф 6 от Директива 2014/24) или открит диалог (член 30, параграф 4 от същата директива). В Директива 2014/24 обаче не са включени аналогични разпоредби, които да се отнасят за откритата процедура, за която става въпрос в член 27 от същата директива.

28. В този контекст запитващата юрисдикция обръща внимание, че възможността за въвеждане на етапи в процедурата за възлагане на обществена поръчка се прилага единствено за процедурите, в които има възможност за преговори по първоначално представените оферти. Поради това според запитващата юрисдикция е възможно да се защитава виждането, че възлагащият орган не може да въведе етапи в процедурите, в които не се предвижда възможност за преговори по офертите. Откритата процедура спада към тези процедури.

⁷ Освен това ще обърна внимание, че в решение от 6 октомври 2015 г., *Consorti Sanitari del Mareme* (C-203/14, EU:C:2015:664), Съдът тълкува разпоредби 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, услуги и доставки (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116), която предшества Директива 2014/24, в контекста на преюдициални въпроси, отправени му от каталонски орган по обжалване. Действително в този контекст се обсъжда разпоредба от испанското право, в която се предвижда, че специалното производство за обжалване в областта на обществените поръчки, преди въвеждането на съдебно административно производство по обжалване, има факултативен характер. Не мога да изключа възможността тази разпоредба от испанското право да се окаже приложима в главното производство, което също е свързано с орган по обжалване от друга автономна област. Същевременно в решение от 6 октомври 2015 г., *Consorti Sanitari del Mareme* (C-203/14, EU:C:2015:664, т. 22—25), Съдът приема, че каталонският орган по обжалване отговаря и на критерия за наличие на задължителна юрисдикция, въпреки че подателят на жалба в областта на обществените поръчки може да избира между обжалване по специален ред пред запитващия орган и обжалване по съдебен ред. Решаващо е това, че подсъдността не зависи от наличието на съгласие между страните, а решенията са задължителни за тях.

29. На второ място, запитващата юрисдикция посочва, че въвеждането на етапи в открита процедура е възможно да противоречи и на текста на съображения 90, 92 и 104 от Директива 2014/24. Според запитващата юрисдикция тези съображения се отнасят за функцията, която изпълняват критериите за възлагане на поръчката. Чрез тези критерии е възможно офертите да се сравнят, така че да бъдат обективно оценени. С критериите за възлагане на поръчката обаче не се цели елиминиране на оферти. Елиминиращ характер впрочем имат критериите за проверка на способността на оферента да изпълни поръчката или тези относно минималните технически изисквания, които се определят в документацията за обществената поръчка.

30. Накрая, на трето място, запитващата юрисдикция обръща внимание, че поетапното оценяване на офертите, извършено по начин като използвания в националната процедура, може да доведе до невземане предвид от възлагащия орган на най-изгодните в ценово отношение оферти. Поради това поръчката нямало да бъде възложена при отчитане на ценовия критерий, което може да се окаже в противоречие по-специално с член 67, параграф 2 от Директива 2014/24.

1. Становища на страните

31. Що се отнася до съмненията на запитващата юрисдикция, испанското правителство отбелязва, на първо място, че законодателят на Съюза не е хармонизирал напълно разпоредбите относно откритата процедура. Поради това държавата членка можела по своя преценка да регулира въпроса за използването на откритата процедура в националното право, доколкото приетата правна уредба не засяга полезното действие на разпоредбите от Директива 2014/24.

32. На второ място, испанското правителство не е съгласно с тълкуването на запитващата юрисдикция, че с поетапното оценяване на офертите в открита процедура се цели ограничаване на броя на кандидатите или офертите. Според испанското правителство въвеждането на два етапа на оценяване на офертите в националната процедура се дължи на стремежа под внимание да се вземат само офертите, отговарящи на нуждите на възлагащия орган.

33. Накрая, на трето място, според испанското правителство възлагащият орган безспорно не може да определя критерии за възлагане на поръчката по начин, който му осигурява неограничена свобода. Същевременно от член 67, параграф 2 от тази директива следвало, че икономически най-изгодната оферта може да бъде избрана, като се използват критерият за съотношение качество/цена.

34. По първия въпрос гръцкото правителство и Комисията по същество са на същата позиция като испанското правителство.

2. Анализ

35. Според мен съмненията на запитващата юрисдикция, които страните отбелязват в своите становища, засягат три проблематики. На първо място, става въпрос за степента на свобода, с която се ползват държавите членки при регулирането на откритата процедура в националното право. На второ място, запитващата юрисдикция има съмнения и дали двуетапното оценяване на офертите, извършено по начин като разглеждания в главното производство, не придава по същество елиминаторен характер на критериите за оценяване на офертите, при положение че те трябва да изпълняват оценяваща функция. На трето място, запитващата юрисдикция се пита дали поетапното оценяване на офертите не води до пренебрегване на ценовия критерий при възлагането на поръчката. В по-нататъшната част от настоящото заключение ще разгледам последователно всяка от тези проблематики.

а) Степента на свобода, с която се ползват държавите членки при регулирането на откритата процедура

1) Встъпителни бележки

36. Съгласно член 26, параграф 1 от Директива 2014/24 при възлагането на обществени поръчки възлагащите органи прилагат националните процедури, *адаптирани* към изискванията в нея. Освен това по силата на член 26, параграф 2 от Директива 2014/24 държавите членки са длъжни да осигурят на възлагащите органи възможност да прилагат открити процедури *съгласно предвиденото* в разпоредбите ѝ⁸.

37. В този контекст трябва да се обърне внимание, че в Директива 2014/24 начинът за провеждане на откритата процедура не е регламентиран изчерпателно. Това отбелязват също испанското и гръцкото правителство, както и Комисията. В член 27 от Директива 2014/24 действително се определят сроковете, в които трябва да се извърши представянето на офертите в откритата процедура. В Директивата обаче не са включени разпоредби относно протичането на производството за възлагане на поръчки, провеждано чрез използване на тази процедура.

38. След като, от една страна, държавите членки са длъжни да осигурят на възлагащите органи възможност да прилагат откритата процедура, а от друга страна, става въпрос за процедура, *адаптирана* към изискванията в тази директива и *съответстваща* на предвиденото в разпоредбите ѝ, то — предвид регулирането на посочената процедура в правото на Съюза само в неголяма степен — националните законодатели трябва да създадат подходящата правна уредба за протичането на такива процедури.

39. Очевидно свободата на националните законодатели в това отношение не е неограничена. С националните разпоредби не могат да се създават процедури, при които системно се стига до нарушаване от възлагащите органи на принципите за възлагане на поръчка, установени в член 18 Директива 2014/24, или на общите принципи на правото на Съюза. Националните разпоредби не могат също така да лишават от полезно действие разпоредбите от тази директива (*effet utile*)⁹. По този начин според мен трябва да се разбира задължението за *адаптиране* на процедурите към изискванията в Директива 2014/24 и за прилагането им *съгласно предвиденото* в разпоредбите ѝ.

40. С оглед на гореизложените съображения трябва да се обмисли дали от мълчанието на Директива 2014/24 по въпроса за допустимостта на поетапното оценяване на офертите в откритата процедура трябва да се заключи, че оправомощаването на възлагащите органи да въвеждат такъв подход в документацията за обществената поръчка противоречи на разпоредбите от Директива 2014/24. В този контекст, предвид съмненията на запитващата юрисдикция, предвид трябва да се вземе системното тълкуване на Директива 2014/24 в светлината на член 66 от нея.

⁸ Курсивът е мой.

⁹ В този смисъл, що се отнася до Директива 2004/18, вж. решение от 28 февруари 2018 г., МА.Т.І. SUD и Duemme SGR (C-523/16 и C-536/16, EU:C:2018:122, т. 48). Що се отнася до националните процесуални правила за съдебните производства в областта на обществените поръчки, вж. решение от 5 април 2017 г., Marina del Mediterraneo и др. (C-391/15, EU:C:2017:268, т. 33).

2) По ролята на член 66 от Директива 2014/24 с оглед на другите разпоредби от Директивата

41. Запитващата юрисдикция уточнява, че съмненията ѝ относно възможността за въвеждане на двуетапно оценяване на офертите в документацията за възлагане на обществена поръчка чрез открита процедура са породени от включването в Директива 2014/24 на разпоредба, която изрично допуска поетапно разглеждане на решенията или офертите в някои процедури (член 66), въпреки че в Директивата липсва аналогична разпоредба за откритата процедура.

42. Не споделям съмненията на запитващата юрисдикция в това отношение.

43. Въвеждането на изрична норма, допускаща поетапно разглеждане на решенията или офертите, като се използват критериите за възлагане на поръчката в състезателна процедура с договаряне и състезателен диалог, според мен е продиктувано от съществуващата в тези процедури възможност за преговори по първоначално представените оферти (член 29, параграф 5 от Директива 2014/24) и за изясняване, уточняване и подобряване на такива оферти (член 30, параграф 6 от същата директива).

44. От една страна, провеждането на преговори по голям брой оферти или решения в някои случаи може да се окаже проблематично за възлагащите органи. В писмените си становища Комисията обръща внимание на това обстоятелство. Чрез ограничаване на броя на офертите или решенията на последователните етапи от процедурата преговори може да се проведат само по тези, които отговарят на нуждите на възлагащия орган.

45. От друга страна, в резултат на разделянето на процедурата на последователни етапи с цел ограничаване на броя на офертите или обмисляните решения може да се окаже, че реална възможност да преговарят по офертата и въз основа на нея да сключат договор с възлагащия орган имат само оферентите, чиито оферти или разрешения не са били елиминирани на предходните етапи от процедурата. Това може да породява съмнения за спазването на принципите за възлагане на поръчка, установени в член 18 от Директива 2014/24. Става въпрос най-вече за принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, задължението за прозрачност и забраната за изкуствено ограничаване на конкуренцията.

46. Затова законодателят на Съюза ясно е посочил, че поетапното оценяване на офертите е допустимо в процедурите, в които се предвижда възможност за преговори по офертите. По този начин се разсейват съмненията относно допустимостта на въвеждането на етапи в този вид процедури¹⁰.

47. С такъв вид съмнения обаче не се сблъскваме при откритата процедура, в която не се предвижда възможност за преговори по първоначално представените оферти¹¹. Ето защо от липсата на разпоредба, която да е аналогична на член 66 от Директива 2014/24 и да се отнася за откритата процедура, не може да се направи изводът, че в такава процедура е недопустимо въвеждането на етапи, които се отнасят за определени критерии за възлагане на поръчката.

10 Освен това, за разлика от откритата процедура, състезателната процедура с договаряне и състезателният диалог могат да се използват, ако са изпълнени определени условия. Законодателят на Съюза също така е регулирал много по-рестриктивно протичането на тези процедури отколкото на откритата процедура. В доктрината това се обяснява със значително по-високия риск от ограничаване на конкуренцията при прилагане на този вид специални процедури, отколкото при използване от възлагащия орган на открита процедура. За правното положение преди приемането на Директива 2014/24 вж. *Bovis*, C. *Public Procurement in the European Union*. New York. Palgrave, 2005, p. 132—133.

11 Вж. *González García*, J. — In: Caranta, R., Edelstam, G. et Trybus, M. (ed.). *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*. Bruxelles. Bruylant, 2013, ср 3, рт. 4. Оправомощаването на възлагащия орган да провежда преговори, може съответно да доведе до нарушаване на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация и до неизпълнение на задължението за прозрачност. Вж. решение от 7 април 2016 г., *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214, т. 62 и цитираната съдебна практика).

48. В заключение, от включването в Директива 2014/24 на разпоредба като член 66 от нея, която се отнася за състезателната процедура с договаряне и състезателния диалог, не може да се направи изводът, че в откритата процедура поетапното оценяване на оферти не е допустимо, при условие че то не нарушава принципите за възлагане на поръчка, предвидени в член 18 от същата директива, и общите принципи на правото на Съюза, а също и не засяга полезното действие на разпоредбите от тази директива.

б) По характера и ролята на критериите за възлагане на поръчката

49. В преюдициалното запитване запитващата юрисдикция изразява съмнения дали въвеждане на поетапна открита процедура като тази, за която се отнася оспорваната в главното производство документация за обществена поръчка, не означава, че критериите за възлагане на поръчката на практика се оказват критерии за проверка на способността за изпълнение на възлаганата поръчка, които имат елиминаторен характер.

50. За да се отговори на изразените от запитващата юрисдикция съмнения, считам за необходимо да изясня същността на прилаганите критерии при възлагането на поръчки в производствата, попадащи в приложното поле на Директива 2014/24.

51. В член 56 от Директива 2014/24 законодателят на Съюза ясно разграничава два вида критерии, а именно: критерии за качествен подбор, формирани най-вече от основанията за изключване и критериите за подбор, с които се проверява способността на икономическите оператори да изпълнят възлаганата поръчка (вж. членове 57 и 58 от Директива 2014/24), и критерии за възлагане на поръчката, които се отнасят за самите оферти. За разлика от критериите за качествен подбор критериите за възлагане на поръчката имат обективен характер в смисъл, че са критерии, свързани със самия предмет на поръчката (член 67, параграф 2, първо изречение *in fine* от Директива 2014/24)¹².

52. Анализът на преюдициалното запитване води до заключението, че критериите, приложени на двата етапа от откритата процедура, са се отнасяли за офертите (критерии за възлагане на поръчката), а не за способността на икономическите оператори да изпълнят възлаганата поръчка (критерии за качествен подбор). Според предоставената от запитващата юрисдикция информация, на техническия етап съответно са приложени критерии относно представянето и описанието на проекта.

53. Безспорно, прилагането на критериите за възлагане на поръчката по начина, по който е това е станало в националното производство, на практика води до невземане предвид от възлагащия орган на някои от офертите на последващите етапи от процедурата. Според мен обаче тук не става въпрос за предварителен подбор на оференти, а за подобряване на начина за определяне на тежестта на всеки от критериите за възлагане на поръчката.

¹² В контекста на констатацията за обективния характер на критериите за възлагане на поръчката е важно да се отбележи, че тези критерии могат да се отнасят и за служителите, на които е възложено изпълнението на дадена поръчка, ако съществува връзка между качествата на служителите и изпълнението на поръчката. Вж. член 67, параграф 2, буква б) от Директива 2014/24. Вж. също решение от 26 март 2015 г., *Ambisig* (C-601/13, EU:C:2015:204, т. 33 и 34). Трябва да се отбележи, отново на фона на многократно припомнения в преюдициалното запитване член 66 от Директива 2014/24, че до ограничаване на броя на офертите или решенията се стига чрез разделяне на състезателната процедура с договаряне или състезателния диалог посредством прилагане на критериите за възлагане на поръчката, а не на критериите за качествен подбор. Вж. *Pawelec*, J. (ed.). *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE*. Komentarz. C.H. Beck. Warszawa 2017, p. 315; *Sánchez Graells*, A. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Hart Publishing. Oxford — Portland, 2015, p. 312.

54. Да допуснем, че възлагащият орган оценява техническите и икономическите критерии в откритата процедура, в която няма разграничение между етапите. Това би наложило в документацията за обществената поръчка тежестта на отделните критерии да се прецени така, че оферта, която не отговаря на определени технически изисквания, на практика да не може да получи броя точки, позволяващ да бъде избрана от възлагащия орган.

55. Според мен описаният в предходната точка подход — също като подхода с оценяване на два етапа на офертите, който се оспорва от жалбоподателя в главното производство — сам по себе си не противоречи на Директива 2014/24. И в двата посочени подхода в съответствие с член 67, параграф 4 Директива 2014/24 критериите за възлагане на поръчката, разбира се, трябва да бъдат определени по начин, гарантиращ, че е възможна реална конкуренция. В този контекст е важно да се отбележи, че в главното производство жалбоподателят изглежда не поставя под въпрос пропорционалността на очакванията на възлагащия орган, довели до установяване на праг от 35 точки на техническия етап, на който се извършва оценяване на офертите от гледна точка на качеството.

56. Поради това считам, че Директива 2014/24 допуска определянето в документацията на критерии за възлагане на поръчката, съответстващи на член 67, параграфи 2 и 4 от същата директива, по такъв начин, че на последващите етапи от откритата процедура да се оценяват само офертите, събрали определен брой точки на предходните етапи.

в) По ролята на цената като критерий за възлагане на поръчката

57. Запитващата юрисдикция също така счита, че поэтапно оценяване на офертите като предвиденото в оспорваната от жалбоподателя документация може да доведе до възлагане на поръчката без отчитане на ценовия елемент. Според запитващата юрисдикция е възможно това да не съответства на Директива 2014/24.

58. В съображение 90, второ изречение от Директива 2014/24 действително се посочва, че оценяването въз основа на най-доброто съотношение качество/цена винаги следва да включва ценови или разходен елемент.

59. От член 67, параграф 1 от Директива 2014/24 същевременно следва, че възлагащите органи възлагат обществените поръчки въз основа на критерия за икономически най-изгодната оферта. Съгласно член 67, параграф 2 от същата директива става въпрос за икономически най-изгодната оферта *от гледна точка на възлагащия орган*, като икономически най-изгодната оферта *може* да включва критерия за най-доброто съотношение качество/цена¹³.

60. Освен това съгласно съображение 90, втора алинея от Директива 2014/24 в обществените поръчки по-голямо внимание трябва да се обърне на качеството. От тази гледна точка държавите членки следва да имат право да забранят или *ограничат* използването само на цената или само на разходите при оценяването на икономически най-изгодната оферта, когато сметнат това за целесъобразно. Също така съгласно съображение 92, първа алинея, четвърто изречение възлагащите органи следва да се насърчават да избират критерии за възлагане, *които им позволяват да получат висококачествено строителство, доставки и услуги, които в най-голяма степен отговарят на техните потребности.*

¹³ Курсивът е мой.

61. Това не означава, че възлагащите органи имат неограничена свобода при определянето на критериите за възлагане на поръчката. В това отношение се прилага припомненият по-горе член 67, параграф 4 от Директива 2014/24. Той задължава възлагащите органи да определят критериите за възлагане на поръчката по начин, гарантиращ, че е възможна реална конкуренция.

62. Задължението, произтичащо от член 67, параграф 4 от Директива 2014/24, трябва обаче да се спазва от възлагащите органи, независимо дали те въвеждат поетапно оценяване на офертите в документацията за обществената поръчка. Ето защо то се оказва приложимо и ако в оспорваната от жалбоподателя документация за обществената поръчка е решено да се извърши оценяване на критериите за качество и икономическите критерии, без да се разграничават отделни етапи. Поетапното оценяване на офертите същевременно не води до утежняване на задълженията на възлагащия орган, произтичащи от член 67, параграф 4 от Директива 2014/24, така че той да трябва да признае специална роля на ценовия критерий.

63. В заключение, на първо място, от включването на член 66 в Директива 2014/24 не е възможно да се направи изводът, че в документацията за възлагане на обществена поръчка чрез открита процедура не може да се въведе поетапно оценяване на офертите, при условие че то не нарушава принципите за възлагане на поръчка, предвидени в член 18 от същата директива, и общите принципи на правото на Съюза, а също и не засяга полезното действие на разпоредбите от тази директива. На второ място, критериите, прилагани при този вид поетапно оценяване на офертите, продължават да бъдат критерии за възлагане на поръчката, при условие че съответстват на член 67, параграфи 2 и 4 от Директива 2014/24. На трето място, този вид поетапно оценяване на офертите не означава, че възлагащият орган не трябва да основава възлагането на поръчката на икономически най-изгодната оферта.

64. С оглед на изложените съображения предлагам на първия въпрос Съдът да отговори по следния начин: Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че допуска оправомощаване на възлагащия орган да въведе поетапно оценяване на офертите в документацията за възлагане на обществена поръчка чрез открита процедура, като използва критерии за възлагане, съответстващи на член 67, параграфи 2 и 4 от тази директива.

В. По втория въпрос

65. Вторият въпрос е отправен, в случай че Съдът отговори на първия въпрос в смисъл, че националният законодател може да оправомощи възлагащите органи да въведат поетапно оценяване на офертите в документацията за възлагане на обществена поръчка чрез открита процедура. С втория въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали Директива 2014/24 допуска възможността възлагащият орган да не бъде задължаван да получи на крайния етап от производството брой оферти, който е достатъчен да се гарантира „реална конкуренция“ по смисъла на член 66 от Директива 2014/24.

66. Според испанското правителство вторият въпрос е хипотетичен. Според това правителство нищо не подсказва, че поетапното оценяване на офертите в националното производство може да доведе до възлагане на поръчка при условията на отсъствие на конкуренция. Освен това испанското правителство посочва, че главното производство се отнася до оценяването на оспорваната от жалбоподателя документация за обществената поръчка. От своя страна гръцкото правителство и Комисията считат, че изискването за гарантиране на „реална конкуренция“ е неприложимо в открита процедура.

1. По допустимостта

67. Най-напред трябва да се разгледат съмненията на испанското правителство относно допустимостта на втория въпрос.

68. В разпоредбите от испанското право, които се отнасят за откритата процедура, не е предвидено изискване за „реална конкуренция“. Няма данни такова изискване да е било предвидено в оспорваната от жалбоподателя документация за обществената поръчка.

69. Според мен запитващата юрисдикция разсъждава върху необходимостта да се спази изискването за „реална конкуренция“ при поетапното оценяване на офертите в откритата процедура предвид формулировката на член 66 от Директива 2014/24, който многократно се отбелязва в преюдициалното запитване. Ако съответно се окаже, че предвиденото в член 66 от Директива 2014/24 изискване е приложимо пряко или *per analogiam* и за откритите процедури, в които се извършва поетапно оценяване на офертите, запитващата юрисдикция ще трябва да провери дали документацията за обществената поръчка е позволявала на възлагащия орган да гарантира „реална конкуренция“ на крайния етап от процедурата.

70. С оглед на изложените съображения следва да се приеме, че вторият въпрос е допустим.

2. По същество

71. Отговорът на този въпрос налага да се прецени дали член 66 от Директива 2014/24 е приложим пряко или *per analogiam* в откритата процедура, в която офертите се оценяват поетапно.

72. Според мен член 66 от Директива 2014/24 не може да се приложи в откритите процедури.

73. На първо място, член 66 от Директива 2014/24 се отнася единствено за състезателната процедура с договаряне и състезателния диалог. Тази разпоредба обаче не се прилага в откритата процедура¹⁴. Възлагащият орган впрочем може да продължи откритата процедура, макар критериите за възлагане на поръчката да позволяват само на неголям брой икономически оператори да кандидатстват за възлагането ѝ¹⁵.

74. На второ място, в член 66, второ изречение от Директива 2014/24 се предвижда, че на крайния етап полученият брой оферти или решения трябва да гарантира реална конкуренция, *доколкото са налице достатъчно оферти, решения или квалифицирани кандидати*.

75. От текста на тази разпоредба е видно, че изискването за гарантиране на определен брой оферти и решения на крайния етап от процедурата не е абсолютно. То съответно се прилага, ако съществува възможност за събиране на определен брой оферти, решения или квалифицирани кандидати¹⁶. Ето защо считам, че със стремежа броят, получен на крайния етап

¹⁴ Вж. точка 47 от настоящото заключение.

¹⁵ В този смисъл вж. решение от 17 септември 2002 г., *Concordia Bus Finland* (C-513/99, EU:C:2002:495, т. 85). Нещо повече, в решение от 16 септември 1999 г., *Fracasso и Leitschutz* (C-27/98, EU:C:1999:420, т. 32—34), свързано с правното положение преди влизането в сила на Директива 2014/24, Съдът приема, че ако в резултат от провеждане на процедурата за възлагане на обществена поръчка остане само една оферта, възлагащият орган не е длъжен да възлага поръчката на представилия тази оферта оферент. От това обаче не следва, че възлагащият орган трябва да отмени процедурата.

¹⁶ Съгласно изготвената от Комисията обяснителна записка относно състезателния диалог (European Commission Directorate General Internal Market And Services Public Procurement Policy Explanatory Note — *Competitive Dialogue — Classic Directive*, която може да се намери на уебсайта ec.europa.eu, стр. 8—9) ограничаването на броя на решенията може да доведе до разглеждане на крайния етап от процедурата само на едно решение. Това обаче не е пречка възлагащият орган да продължи процедурата. В този смисъл вж. също съображение 41, второ изречение от Директива 2004/18, където се уточнява, че намаляването на броя на офертите, по които в крайна сметка ще се проведат разговори или преговори при състезателния диалог и при процедура на договаряне с обявление, трябва да гарантира наличието на истинска конкуренция, *доколкото позволява броят на подходящите решения или кандидати*. Курсивът е мой.

от състезателна процедура с договаряне и открития диалог, да осигурява *реална конкуренция*, се цели да не се допусне положение, при което даден оферент или кандидат да не е заинтересован от провеждане на преговори по офертата, тъй като се е оказал единственият икономически оператор, взет предвид от възлагащия орган, въпреки че други икономически оператори могат да представят на възлагащия орган оферта, която съответства на неговите очаквания и би отговорила на нуждите му.

76. Поради това според мен не е необходимо член 66 от Директива 2014/24 да се прилага по аналогия в откритата процедура, в която офертите се оценяват поетапно. В последователните етапи от такава процедура се стига до вземане предвид само на офертите, които съответстват на очакванията на възлагащия орган и отговарят на нуждите му. Няма обаче възможност да се преговаря по тези оферти.

77. С оглед на гореизложените съображения изискването да е получен определен брой оферти на крайния етап от откритата процедура, така че този брой да гарантира „реална конкуренция“ по смисъла на член 66 от Директива 2014/24, не е приложимо нито пряко, нито *per analogiam* в откритата процедура като тази, за която се отнася оспорваната от жалбоподателя документация за обществена поръчка.

78. Поради това предлагам Съдът да отговори на втория въпрос по следния начин: Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че допуска възможността възлагащият орган, който въвежда поетапно оценяване на офертите в документацията за възлагане на обществена поръчка чрез откритата процедура, да не бъде задължаван да получи на крайния етап от такава процедура брой оферти, достатъчен да се гарантира „реална конкуренция“ по смисъла, който се придава на това понятие в член 66 от посочената директива.

Г. По третия въпрос

79. С третия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи, дали изискване като оспорваното от жалбоподателя противоречи на Директива 2014/24 предвид невъзможността за гарантиране на реална конкуренция или възлагане на поръчката на икономическия оператор, който е представил офертата с най-добро съотношение качество/цена.

80. Третият въпрос е отправен, в случай че на втория въпрос се отговори отрицателно. Такъв отговор би означавал, че изискването за получаване на крайния етап от такава процедура на брой оферти, който е достатъчен да се гарантира реална конкуренция по смисъла на член 66 от Директива 2014/24, е приложимо и в откритата процедура.

81. Предвид предложения от мен отговор на втория въпрос, не е нужно да се дава отговор на третия въпрос. Ще разгледам обаче накратко третия въпрос, тъй като е възможно Съдът да не сподели моето виждане за отговора на втория въпрос.

82. В контекста на изискването за получаване на крайния етап на брой оферти, който е достатъчен да се гарантира реална конкуренция, трябва да се припомни, че дори това изискване да произтича от член 66 от Директива 2014/24 при прилагане пряко или по аналогия, то не е абсолютно. То се прилага, доколкото го позволява броят на съответните оферти¹⁷. Във всеки случай окончателната преценка в това отношение трябва да се извърши от запитващата юрисдикция.

¹⁷ Вж. точка 75 от настоящото заключение.

83. Що се отнася до възлагането на поръчката на икономическия оператор, представил оферта с най-добро съотношение качество/цена, Директива 2014/24 задължава възлагащите органи да възложат поръчката въз основа на икономически най-изгодната оферта. Този критерии обаче не може да се разбира в смисъл, че възлагащият орган е длъжен да избере най-изгодната оферта в ценово отношение, въпреки че тя не отговаря на изискванията му за качество, които са били определени в документацията за обществената поръчка. Свободата на възлагащия орган при определяне на критериите за възлагане на поръчката същевременно е ограничена от член 67, параграф 4 от Директива 2014/24¹⁸. Запитващата юрисдикция трябва да прецени дали възлагащият орган е спазил изискванията, предвидени в тази разпоредба.

VI. Заключение

84. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, отправени от Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Административен орган на Баската автономна област, компетентен да разглежда жалби срещу административни решения в областта на обществените поръчки, Испания), по следния начин:

- „1) Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че допуска оправомощаване на възлагащия орган да въведе поетапно оценяване на офертите в документацията за възлагане на обществена поръчка чрез открита процедура, като използва критерии за възлагане, съответстващи на член 67, параграфи 2 и 4 от тази директива.
- 2) Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че допуска възможността възлагащият орган, който въвежда поетапно оценяване на офертите в документацията за възлагане на обществена поръчка чрез открита процедура, да не бъде задължаван да получи на крайния етап от такава процедура брой оферти, достатъчен да се гарантира „реална конкуренция“ по смисъла, който се придава на това понятие в член 66 от посочената директива“.

¹⁸ Вж. точки 61 и 62 от настоящото заключение.