



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 13 декември 2017 година¹

Дело C-9/17

Maria Tirkkonen
Встъпила страна:
Maaseutuvirasto

(Преюдициално запитване, отправено от Korkein hallinto-oikeus (Върховен административен съд, Финландия)

„Преюдициално запитване — Директива 2004/18/ЕО — Процедура за възлагане на обществена поръчка за консултантски услуги в областта на селското стопанство — Наличие на обществена поръчка — Система за получаване на услуги чрез договори въз основа на рамково споразумение, отворена за всеки икономически оператор, който отговаря на предварително обявените условия — Система, която не допуска последващо присъединяване на други икономически оператори“

1. Подпомагането на развитието на селските райони, финансирано от Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони (ЕЗФРСР), включва и помощите за предоставяне на консултантски услуги на земеделските стопани. Националните органи поначало избират за консултанти, които да предоставят професионални съвети на тези земеделски стопани, лица, отговарящи на необходимите за изпълнение на тази дейност условия, чрез провеждането на открити процедури.

2. В рамките на една такава процедура за избор г-жа Tirkkonen, попълвайки съответния формуляр, подава молба за включването ѝ в списъка на консултантите в областта на селското стопанство. Тя обаче пропуска да попълни точката, в която е следвало да отбележи дали приема „условията на проекта за рамков договор“, в резултат на което възлагащият орган отхвърля нейната кандидатура.

3. От акта за преюдициално запитване се установява, че при прилагането на националния закон, който урежда взаимоотношенията между държавната администрация и частноправните субекти, този пропуск е можело да бъде отстранен. Ако обаче следва да се приложи националният закон за обществените поръчки, въпросната нередовност, изглежда, не подлежи на саниране. Така поне твърдят финландската администрация и първоинстанционният съд, потвърдил нейното решение.

¹ Език на оригиналния текст: испански.

4. В този контекст Korkein hallinto-oikeus (Върховен административен съд, Финландия) иска да се установи в крайна сметка дали системата за подбор на консултанти в областта на селското стопанство — предмет на главното производство, представлява обществена поръчка по смисъла на член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18/ЕО².

5. При отговора на въпросите на запитващата юрисдикция, трябва да се вземе предвид практиката на Съда във връзка с това понятие, установена с решение Falk Pharma³, която според мен предоставя достатъчно насоки за решаването на спора.

I. Правна уредба

A. Правото на Съюза

1. Директива 2004/18

6. Съгласно член 1 („Определения“)

„[...]

2.

- а) „Обществени поръчки“ са писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с обект изпълнение на строителство, доставяне на стоки или предоставяне на услуги по смисъла на настоящата директива.

[...]

5. „Рамково споразумение“ е споразумение между един или повече възлагащи органи и един или повече икономически оператори, чиято цел е да се определят условията на поръчките, които следва да бъдат възложени в рамките на определен период, по-специално относно цените и, при възможност — предвидените количества.

[...]“.

7. Член 32 („Рамкови споразумения“) предвижда:

„[...]

2. При сключване на рамково споразумение възлагащите органи следват процедурните правила, предвидени в настоящата директива, през всички етапи до възлагане на поръчките, които се основават на рамковото споразумение. Страните по рамковото споразумение се избират съгласно критериите за възлагане, определени в съответствие с член 53.

² Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8 стр. 116).

³ Решение от 2 юни 2016 г. (C-410/14, EU:C:2016:399); наричано по-нататък „решение Falk Pharma“.

Поръчките, основаващи се на рамково споразумение, се възлагат в съответствие с процедурите, предвидени в параграфи 3 и 4. Тези процедури могат да бъдат прилагани само между възлагащите органи и икономическите оператори, които първоначално са били страни по рамковото споразумение.

Когато се възлагат поръчки, основаващи се на рамково споразумение, страните в никакъв случай не могат да правят значителни промени в условията, предвидени в това рамково споразумение, по-специално в случая по параграф 3.[...]

4. Когато рамковото споразумение се сключва с няколко икономически оператори, последните трябва да бъдат най-малко трима на брой, в случай че има достатъчен брой икономически оператори, които удовлетворяват критериите за подбор и/или достатъчно на брой приемливи оферти, които удовлетворяват критериите за възлагане. Поръчки, основаващи се на рамкови споразумения, сключени с няколко икономически оператори, могат да бъдат възложени:

- като се приложат условията, предвидени в рамковото споразумение, без възобновяване на конкурентно възлагане на поръчка, или
- в случаите, в които не всички условия са предвидени в рамковото споразумение, когато страните отново се състезават на основата на същите и, ако е необходимо, при по-точно формулирани условия, а когато е приложимо, на основата на други условия, посочени в спецификациите на рамковото споразумение, съгласно следната процедура:
 - а) за всяка поръчка, която трябва да бъде възложена, възлагащите органи се обръщат писмено към икономическите оператори, способни да я изпълнят;
 - б) възлагащите органи определят достатъчно дълъг срок за представяне на офертите за всяка отделна поръчка, като вземат предвид такива фактори като сложността на обекта на поръчката и времето, необходимо за изпращане на офертите;
 - в) офертите се представят в писмен вид и тяхното съдържание е поверително до изтичане на предвидения срок за отговор;
 - г) възлагащите органи възлагат всяка поръчка на оферента, който е представил най-добрата оферта на основата на критериите за възлагане, определени в спецификациите на рамковото споразумение“.

8. Член 53 („Критерии за възлагане на поръчката“) гласи:

„1. Без да се засягат националните законови, подзаконовни или административни разпоредби относно заплащането на определени услуги, критериите, по които възлагащите органи възлагат обществените поръчки са следните:

- а) при възлагане на икономически най-изгодната оферта от гледна точка на възлагащия орган, различни критерии, свързани с обекта на конкретната обществена поръчка, например качество, цена, технически предимства, естетически и функционални характеристики, характеристики, свързани с опазване на околната среда, текущи разходи, рентабилност, сервизно обслужване и техническа помощ, дата на доставка и период на доставка или срок на изпълнение, или
- б) само най-ниската цена.

2. Без да се засягат разпоредбите на трета алинея, в случая по параграф 1, буква а) възлагащият орган посочва в обявлението за поръчка или в документацията за поръчката, или при състезателен диалог — в описателния документ, относителната тежест, която той дава на всеки от критериите, избрани да определят икономически най-изгодната оферта.

Тези тежести могат да бъдат изразени, като се определи диапазон с подходящ максимален размер.

Когато по мнение на възлагащия орган определянето на тежестите е невъзможно по причини, които могат да бъдат обосновани, възлагащият орган посочва в обявлението за поръчката или в документацията за поръчката, или, при състезателен диалог — в описателния документ, критериите, подредени по важност в низходящ ред“.

2. Регламент (ЕС) № 1305/2013⁴

9. Член 15, параграф 3 предвижда:

„Органите или структурите, избрани да предоставят консултации, разполагат с подходящи ресурси от редовно обучен и квалифициран персонал и консултантски опит и надеждност по отношение на областите, в които дават консултации. Бенефициерите по тази мярка се избират чрез покани за отправяне на предложения. Процедурата за подбор се регламентира от правото за обществените поръчки и е отворена както за публични, така и за частни организации. Тя е обективна и изключва кандидати с конфликт на интереси.

[...]“.

3. Регламент за изпълнение (ЕС) № 808/2014⁵

10. Член 7 предвижда:

„Поканите за представяне на предложения, посочени в член 15, параграф 3 от Регламент (ЕС) № 1305/2013, следват приложимите национални и съюзни правила за възлагане на обществени поръчки. В тях надлежно се разглежда степента, до която заявителите отговарят на квалификациите, посочени в този член“.

Б. Национално право

11. Директива 2004/18 е транспонирана във Финландия със Закона за обществените поръчки (Закон 348/2007).

12. Съгласно член 45, параграф 1 от Закона за предоставянето на помощи в областта на селското стопанство (Закон 192/2003, изменен със Закон 501/2014) консултантите се избират при спазване на разпоредбите на Закона за обществените поръчки и за срок до приключване на Програмата за развитие на селските райони в континентална Финландия 2014—2020 г.

⁴ Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година относно подпомагане на развитието на селските райони от Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони (ЕЗФРСР) и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1698/2005 на Съвета (ОВ L 347, 2013 г., стр. 487).

⁵ Регламент на Комисията от 17 юли 2014 година за определяне на правила за прилагането на Регламент (ЕС) № 1305/2013 на Европейския парламент и на Съвета относно подпомагане на развитието на селските райони от Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони (ЕЗФРСР) (ОВ L 227, 2014 г., стр. 18).

13. Съгласно параграф 2 на същия член, за да бъде избран и одобрен, консултантът трябва да разполага с достатъчно познания относно съдържанието и обхвата на консултантската задача. Освен това консултантът трябва да отговаря на изискуемите условия за годност.

II. Факти

14. На 16 септември 2014 г. Maaseutuvirasto (Агенция за опазване на селските райони на Финландия; наричана по-нататък „Агенцията“) обявява поръчка за предоставяне на консултантски услуги на земеделските стопанства, която следва да се възложи чрез провеждане на открита процедура и сключване на рамково споразумение за периода 2015—2020 г.

15. В обявлението е посочено, че процедурата е отворена както за публични, така и за частни консултанти и че нейната цел е да се наберат доставчици на услуги, които отговарят на изискванията по член 15, параграф 3 от Регламент № 1305/2013 и член 13, параграф 1 от Регламент № 1306/2013⁶ и разполагат с консултантски опит.

16. Системата за подбор е основана на рамково споразумение по Закона за обществените поръчки, като доставчиците на услуги се включват в това споразумение след провеждането на открита процедура по член 65 от същия закон.

17. В рамковото споразумение се съдържат съществените условия за предоставянето на услугите. Последващите поръчки се възлагат без провеждане на отделна процедура по начин, гарантиращ, че земеделският стопанин/стопанисващият земя, поискал консултантска услуга, ще получи същата от консултант, който според него най-добре ще задоволи неговите нужди. По принцип се ползват най-близко предлаганите услуги, но в обосновани случаи може да се прибегне и до други консултанти.

18. Възнаграждението на консултантите е почасово и се поема от Агенцията (с изключение на ДДС, който е за сметка на земеделския стопанин, ползвал съответната консултантска услуга).

19. Предвид търсенето на консултантски услуги, в рамковото споразумение се включват всички консултанти, които отговарят на условията за годност и на минималните изисквания, посочени в приложенията към рамковото споразумение. Освен това кандидатите следва да издържат специален изпит, който е част от процедурата за подбор.

20. С решение от 18 декември 2014 г. Агенцията изключва от процедурата молбата на г-жа Tirkkonen, тъй като не е попълнена точка 7 („Изпълнение на формалните изисквания относно офертата и на условията на обществената поръчка“) от формуляра (приложение 2 към обявата за обществена поръчка). В тази точка г-жа Tirkkonen е трябвало да отбележи с „да“ или „не“ дали „приема условията по приложения към обявата за обществена поръчка проект на рамков договор“.

21. Г-жа Tirkkonen обжалва решението на Агенцията пред Markkinaoikeus (Търговски съд) с довода, че в случая не ставало въпрос за възлагане на обществена поръчка. Ето защо следвало да се приложи не Законът за обществените поръчки, а Законът за административното производство, което задължавало Агенцията да изиска от нея да допълни документацията към офертата ѝ.

⁶ Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година относно финансирането, управлението и мониторинга на общата селскостопанска политика и за отмяна на регламенти (ЕИО) № 352/78, (ЕО) № 165/94, (ЕО) № 2799/98, (ЕО) № 814/2000, (ЕО) № 1290/2005 и (ЕО) № 485/2008 на Съвета (ОВ L 347, 2013 г., стр. 549).

22. След като с решение от 7 септември 2015 г. Markkinaoikeus (Търговски съд) отхвърля претенцията ѝ, г-жа Tirkkonen подава жалба пред Korkein hallinto-oikeus (Върховен административен съд, Финландия), който отправя преюдициалното запитване.

23. Съгласно акта за преюдициално запитване следва да се установи дали „при системата за консултантски услуги на [Агенцията] става въпрос за обществена поръчка, попадаща в приложното поле на Директива 2004/18/ЕО и следователно на националния закон за обществените поръчки“⁷.

III. Преюдициалният въпрос

24. Преюдициалният въпрос е следният:

„Следва ли член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18/ЕО да се тълкува в смисъл, че определението „обществени поръчки“ по смисъла на тази директива обхваща система,

- чрез която публичноправно образувание възнамерява да получава услуги на пазара през предварително определен период, като в съответствие с условията по приложен към поканата проект на рамков договор то сключва договори с всички икономически оператори, които отговарят на посочените поотделно в материалите по поръчката изисквания за годност на оферентите и на предоставяните услуги и са издържали описания в поканата изпит, и
- към която не е възможно последващо присъединяване през периода ѝ на валидност?“.

IV. Производството пред Съда и становища на страните

25. Преюдициалното запитване постъпва в Съда на 9 януари 2017 г. Писмени становища представят г-жа Tirkkonen, финландското правителство и Комисията. Преценено е, че не е необходимо да се провежда съдебно заседание по делото.

26. Г-жа Tirkkonen твърди, че в разглежданата процедура третият от етапите, през които преминава всяка процедура за възлагане на обществени поръчки (проверка на годността на оферентите; оценка на съответствието на офертата с условията на поръчката; избор на дадена оферта съобразно критерия за най-ниска цена или съотношението цена/ефикасност), не е проведен, тъй като не е извършено сравнение на офертите, а изборът на доставчика на услугата е предоставен на съответния земеделски стопанин. Тя изтъква по-конкретно, че от явилите се на изпита 140 първоначално допуснати консултанти 138 са го издържали, като този изпит не позволявал те да бъдат реално класирани съобразно заслугите си. Липсата на подбор измежду получените оферти изключвала наличието на обществена поръчка.

⁷ Запитващата юрисдикция подчертава, че предмет на преюдициалното запитване не е да се установи дали Агенцията „е действала по начина, предвиден в разпоредбите относно възлагането на обществени поръчки“ (т. 8 от акта за преюдициално запитване). При всички положения не е излишно да се поясни, че ако е приложима Директива 2004/18, то от нея се установява, че в областта на процедурите за възлагане на обществени поръчки възлагащият орган може да допусне отстраняването на формални нередовности, при условие че това не води до представянето на нова оферта, нито до съществено изменение на условията на първоначално подадената оферта. В това отношение се позовавам на заключението ми по дело M.A.T.I. SUD и DUEMMESGR (C-523/16 и C-536/16, EU:C:2017:868).

27. Финландското правителство изтъква значението на съдебната практика, установена с решение Falk Pharma, като същевременно посочва, че в разглеждания случай системата не е постоянно отворена за включването на нови оференти. Според него обстоятелството, че възлагащият орган „налага на доставчиците редица конкретни условия, които не произтичат от закона“⁸, означава, че тази система се доближава до обществените поръчки. Прилагането на законодателството относно обществените поръчки било обосновано от необходимостта да се гарантира, че критериите за подбор не се определят по дискриминационен начин.

28. Финландското правителство твърди също, че от получените 163 оферти, допуснатите под условие са 140, а окончателно приетите — 138. Този факт доказвал селективния характер на процедурата и намерението на възлагащия орган да избере само най-добрите оферти, както и възпиращия ефект на условията, на които оферентите е следвало да отговорят.

29. На последно място, според финландското правителство шестгодишният период на действие на системата предполага, че в рамките на този срок не се допуска включването на нови консултанти, което разграничавало спорната процедура от един обикновен разрешителен режим.

30. Комисията счита, че посочените в обявлението специфични изисквания относно годността на оферентите и относно услугата, както същите са описани от запитващата юрисдикция, не представляват критерий за възлагане, а обикновен критерий за подбор.

31. Според Комисията процедурата не съдържа критерии за възлагане, а Агенцията не е можела да изключи или отхвърли даден компетентен консултант, избран от съответния земеделски стопанин. Като цяло в процедурата били използвани единствено критерии за подбор.

32. Комисията твърди, че при тези обстоятелства случаят е сходен на този, по който е постановено решение Falk Pharma, а установената с това решение практика е потвърдена с Директива 2014/24/ЕС⁹. Спорен нея обстоятелството, че системата не е постоянно отворена за заинтересованите лица, не е от съществено значение, тъй като липсата на подбор била достатъчно основание да се отхвърли определянето ѝ като обществена поръчка.

V. Анализ

33. Според запитващата юрисдикция финландската администрация е въвела програма, основана на Регламент № 1305/2013, член 15, параграф 3 от който предвижда, че процедурата за подбор на доставчиците на консултантски услуги се регламентира от правото за обществените поръчки. Ето защо на преюдициалния въпрос следва да се отговори, като се изходи от законодателството за обществените поръчки.

34. Считаю, че това позоваване на правото за обществените поръчки трябва да се тълкува в смисъл, че процедурата за подбор на консултантите в селското стопанство следва да бъде съобразена с принципите (на недискриминация, на равно третиране и на прозрачност), от които тази правна област се ръководи. Според мен не става въпрос за изискване да се прилагат всички разпоредби на директивите на Съюза относно възлаганите от публичните образувания поръчки.

⁸ Точка 22 от писменото становище.

⁹ 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).

35. По-конкретно запитващата юрисдикция иска да разбере дали система като разглежданата в главното производство „попада в приложното поле на Директива 2004/18/ЕО“. Ще припомня, че целта на тази система е да се наберат неопределен брой лица, които да предоставят консултантски услуги в селското стопанство на земеделските стопани, избрани чрез процедура, съобразена с условията, посочени в рамково споразумение, което се сключва с тези от тях, които отговарят на посочените в документацията за процедурата изисквания и са издържали съответния изпит. Действието на системата е ограничено за определен период от време, в рамките на който не се допуска включването на нови консултанти.

36. Както отбелязва Комисията¹⁰, от предоставените от запитващата юрисдикция данни се установява, че на пръв поглед изглеждат налице отличителните характеристики на поръчките, включени в определението по член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18. На практика става въпрос за поръчка, основана на рамков договор, сключен в писмена форма между икономически оператор (консултант) и възлагащ орган (Агенцията), чийто предмет е доставката на услуги срещу заплащане. Този последен елемент е налице, доколкото според запитващата юрисдикция¹¹ от консултантските услуги несъмнено се ползва земеделският стопанин, на когото те се предоставят, но също така и Агенцията, която ги заплаща и от чието име тези услуги се предоставят в рамките на нейните административни правомощия.

37. Не трябва да се забравя, че според Съда „изборът на оферта, а следователно и на спечелил оферент, се явява обстоятелство, неразривно свързано с уредбата на обществените поръчки в [...] [Директива 2004/18], а следователно и с понятието за обществена поръчка по смисъла на член 1, параграф 2, буква а) от нея“¹².

38. Не считам, че този подход, възприет с решение Falk Pharma, е твърде ограничителен. Чрез него в крайна сметка се цели да се покаже, че при обществените поръчки, обхванати от Директива 2004/18, следва да е налице избран оферент, който е предпочетен пред останалите негови конкуренти в резултат на показателите на неговата оферта. Този ключов елемент се отнася „за всяка обществена поръчка, рамково споразумение и всяко въвеждане на динамична система за покупки“, за които „възлагащите органи изготвят писмен доклад, който включва името на спечелилия оферент и мотивите за избора на неговата оферта“ (член 43, първа алинея, буква е) от Директива 2004/18; курсивът е мой)¹³.

39. Според мен в разглежданата система не може да се установи наличието на *критерии за възлагане* на обществена поръчка за консултантски услуги, а единствено на *критерии за подбор* на икономическите оператори, имащи необходимата квалификация да предлагат тези услуги.

40. Както припомня генералният адвокат Wathelet в заключението си по дело Ambisig¹⁴, Съдът се е погрижил да разграничи два вида критерии. Налице е разлика между „проверката на годността на оферентите да изпълняват поръчките, чието възлагане предстои“, от една страна, и „възлагането на тези поръчки“ само по себе си, от друга. „Докато подборът на оферента е свързан с неговото лично положение и с годността му да осъществява съответната професионална дейност, то поръчката се възлага на онзи оферент, който представи икономически най-изгодната от гледна точка на възлагащия орган оферта (член 53, параграф 1, буква а) от Директива 2004/18) или който предложи най-ниската цена (параграф 1, буква б) от същия член)“.

¹⁰ Точки 27 и 28 от писменото становище на Комисията.

¹¹ Точка 56 от акта за преюдициално запитване: „може да се приеме, че свързаната с предоставянето на въпросните услуги престация е извършена в прекия икономически интерес на [Агенцията]“.

¹² Решение Falk Pharma, точка 38.

¹³ Пак там, точка 39.

¹⁴ Дело C-601/13, EU:C:2014:2474, точки 17 и 19.

41. С други думи, ако с критериите за *подбор* се цели оценяване на *оферентите* в зависимост от тяхната годност, то с критериите за *възлагане* се цели да бъде намерена и избрана най-подходящата *оферта* измежду представените от различни оференти. Доколкото целта е „поставянето на обществените поръчки на конкурентна основа“¹⁵, за да им бъде възложено предоставянето на съответните услуги, икономическите оператори трябва да се конкурират помежду си като съперници.

42. Считаю, че от тази гледна точка от решаващо значение е твърдението на запитващата юрисдикция, че „[в] поканата не са посочени критерии за възлагане, въз основа на които офертите да бъдат сравнени помежду им, и [Агенцията] не оценява офертите с точки, нито ги сравнява, а „[в]сички оференти, отговарящи на изискванията съгласно поканата, в частност относно образованието и опита, са включени в рамковото споразумение при условието да издържат описания в поканата изпит“¹⁶.

43. Финландското правителство твърди, че критериите за допускане придавали на процедурата реален селективен характер. От една страна, предварителното им обявяване е можело да накара заинтересованите лица, които преценят, че не отговарят на тях, да се въздържат от подаването на оферта. От друга страна, условията били толкова ограничителни, че не всеки е можел да отговори на тях, поради което процедурата на практика била ограничена до една „подбрана група“¹⁷. По този начин според финландското правителство селективният характер на процедурата неминуемо водел до това, че определянето на критериите, придаващи това й качество, не се извършва по дискриминационен начин, което предполагало прилагането на нормативната уредба относно обществените поръчки.

44. Няма спор, че поставянето на конкретни изисквания за квалификация и опит като условие за допускане до разглежданата система предполага определен механизъм за подбор. Що се отнася до поръчките, обхванати от Директива 2004/18, от определящо значение обаче е не установяването на годността на оферентите да предоставят консултантските услуги (критерий за подбор), а разликите в офертите на тези оференти — след установяване на годността на последните — с цел в крайна сметка да бъде решено на кой или на кои от тях да бъде възложено това предоставяне (критерий за възлагане).

45. Несъмнено условията за достъп до системата за консултации в селското стопанство, основани на техническата възможност (сред които е включено условието да бъде издържан изпит), позволяват кандидатите да бъдат подбрани, като се изхожда от предварително определени минимални изисквания. От значение за целите на понятието за обществени поръчки по смисъла на Директива 2004/18 обаче е подборът, който се осъществява с оглед на различията в способностите и предимствата на офертите на отделните оференти. Тоест, от определящо значение е крайното *възлагане* на база сравнение или контраст на най-добрата оферта, а не първоначалният *подбор*, извършен на база определени минимални изисквания, чието изпълнение не предполага каквато и да било конкуренция между кандидатите.

46. Запитващата юрисдикция се позовава на решение *Ambisig*¹⁸, в което Съдът постановява, че квалификацията и опитът на членовете на екип, който желае да изпълнява обществена поръчка с предмет обучителни и консултантски услуги, „са определящи за оценката на професионалните умения на този екип“, както и че „[т]ова качество може да бъде присъща характеристика на

¹⁵ Съображение 2 от Директива 2004/18.

¹⁶ Точка 59 от акта за преюдициално запитване.

¹⁷ Точка 38 от писменото становище на финландското правителство. Там се посочва, че от общо 163 оферти, първоначално са допуснати 140, а окончателно са одобрени 138, което означавало 85 % от кандидататурите.

¹⁸ Решение от 26 март 2015 г., C-601/13, EU:C:2015:204.

офертата и свързано с предмета на обществената поръчка съгласно член 53, параграф 1, буква а) от Директива 2004/18¹⁹, поради което „посоченото качество може да бъде включено като критерий за възлагане в обявлението за възлагане на обществена поръчка или в съответната техническа спецификация“²⁰.

47. До този извод обаче Съдът достига в контекст, в който възлагащият орган е избрал един и е изключил друг от конкуриращите се оференти, използвайки като критерий именно качеството на техните съответни екипи.

48. Обратно, в разглеждания случай запитващата юрисдикция твърди, че Агенцията не е ограничила *ab initio* броя на евентуалните доставчици на услугата²¹, нито е сравнила офертите помежду им, нито е извършила окончателен избор на една или повече оферти, основан на сравнителна оценка на съответното съдържание на същите, изключвайки останалите²².

49. Следователно сме изправени пред случай, в който намира приложение съдебната практика, установена по дело *Falk Pharma*, съгласно която, „когато обществено образувание иска да сключи договори за доставка с всички икономически оператори, които желаят да доставят съответните стоки при условия, указани от това образувание, непосочването на икономически оператор, на когото биха били предоставени изключителните права по поръчката, има за последица, че не е необходимо да се урежда дейността на този възлагащ орган с точните правила на Директива 2004/18, така че да се възпрепятства възможността той да предостави обществена поръчка, като постави в по-благоприятно положение националните оператори“²³.

50. Както финландското правителство²⁴, така и запитващата юрисдикция споделят становището за релевантността на току-що цитираната съдебна практика за настоящото дело. Тяхното единствено съмнение — което в случая на *Korkein hallinto-oikeus* (Върховен административен съд, Финландия), изглежда, е послужило като мотив да отпрати преюдициалното запитване²⁵ — се изразява в това, че за разлика от случая по дело *Falk Pharma* установената от Агенцията система не е отворена постоянно за всички заинтересовани икономически оператори през целия срок на действие на същата.

19 Пак там, точка 33.

20 Пак там, точка 34.

21 Според запитващата юрисдикция Агенцията е посочила, че „била необходима възможно най-голяма група от доставчици на услуги, за да се гарантира, че потребителите ще получат нужните им услуги“ (т. 50 от акта за преюдициално запитване).

22 Нещо повече, *крайният* избор на доставчика на услугата във всеки отделен случай дори не е в правомощията на Агенцията, а на земеделските стопани, които се възползват от системата за консултиране. Последните могат да изберат този консултант, който в най-голяма степен отговаря на техните потребности, независимо от това, че изборът първо трябва да бъде направен измежду консултантите, намиращи се най-близо, тъй като в надлежно обосновани случаи може да се прибере и до други лица. Вж. в този смисъл точка 14 от акта за преюдициално запитване.

23 Както Съдът припомня в точка 35 от посоченото решение, „целта на Директива 2004/18 е да изключи вероятността да се предпочетат оферентите или националните кандидати в хода на която и да процедура за възлагане на обществена поръчка, осъществена от възлагащите органи“. Вероятност, която, продължава Съдът (т. 36), „е изначално свързана с подбора, който възлагащият орган възнамерява да направи сред допустимите оферти, и с изключителните права, които ще последват от възлагането на съответната поръчка на оператора, чиято оферта ще бъде приета, или на икономическите оператори, чиито оферти ще бъдат приети в хипотезата на рамков договор, което представлява целта на процедура за възлагане на обществена поръчка“.

24 Според финландското правителство описаният критерий разграничавал разглежданата процедура от обикновен разрешителен режим и я приближавал към понятието „обществена поръчка“ по смисъла на Директива 2004/18.

25 Според запитващата юрисдикция, съмнението произтича от необходимостта да се прецени „дали от [...] нейна[та] характеристика, че не е отворена за други икономически оператори, следва извод за наличие на обществена поръчка по смисъла на член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18“ (т. 63 от акта за преюдициално запитване).

51. Вярно е, че строго погледнато, с ограничаването на системата за подбор — за срока на нейното действие — до първоначално допуснатите от Агенцията икономически оператори (което възпрепятства последващия достъп на нови консултанти) се налага определено количествено ограничение. Това обаче е в резултат единствено на ясното и строго ограничение във времето на самата система за подпомагане на консултирането в селското стопанство, съответстващо на предвиденото в Програмата за развитие на селските райони в континентална Финландия 2014—2020 г.

52. Освен това позоваването от страна на Съда в решение Falk Pharma на постоянната отвореност на системата на обществени поръчки към нови оператори според мен не представлява *ratio decidendi* на това решение, а довод, изложен за пълнота. В случая от определящо значение е било обстоятелството, че възлагащият орган не е възложил поръчката изключително само на един от офертите²⁶.

53. В разглеждания случай, също както по дело Falk Pharma, не е съществувал нито един елемент на реална конкуренция между кандидатите, позволяваща да се оцени най-добрата от представените оферти и едновременно с това — да се изключат останалите.

54. Освен това, както Съдът припомня в решението по посоченото дело²⁷, този ключов елемент понастоящем е включен изрично в понятието „обществена поръчка“ на Директива 2014/24, чиято неприложимост *ratione temporis* към разглеждания случай не лишава от смисъл нейното споменаване дори и само като израз на волята на законодателя изрично да придаде на обществените поръчки характеристика, която според Съда, е присъща на тяхната природа²⁸.

55. Значението — позитивно или негативно — на тази елемент, се установява и от посоченото в съображение 4 от Директива 2014/24, че случаите, при които всички оператори, отговарящи на определени условия, имат право да изпълняват дадена дейност без никакъв подбор, „не следва да се разглеждат като възлагане на обществени поръчки“.

VI. Заключение

56. С оглед на изложеното по-горе предлагам на Съда да отговори на Korkein hallinto-oikeus (Върховен административен съд, Финландия) по следния начин:

„Член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги трябва да се тълкува в смисъл, че не представлява обществена поръчка по смисъла на тази директива система за подбор на доставчици на консултантски услуги като разглежданата в главното производство, чрез която публичноправен субект допуска всички икономически оператори, които отговарят на изискванията за годност и са издържали съответния изпит, без да възлага извършването на услугата изключително на един или на няколко от тези доставчици при условията на конкуренция. В това отношение обстоятелството, че системата е с определен период на действие, по време на който не се допускат нови включвания, е без значение“.

²⁶ Решение Falk Pharma, точка 38.

²⁷ Пак там, точка 40.

²⁸ Съгласно член 1, параграф 2 от Директива 2014/24 „обществена поръчка“ е придобиването от страна на един или няколко възлагащи органа посредством договор за обществена поръчка на строителство, доставки или услуги от икономически оператори, *избрани* от тях, без значение дали строителството, доставките или услугите са предназначени за обществени цели“. Курсивът е мой.