Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. WATHELET
представено на 3 март 2016 година[1]

Дело C-46/15

Ambisig — Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
срещу
AICP — Associação de Industriais do Concelho de Pombal
(Преюдициално запитване, отправено от
Tribunal Central Administrativo Sul

(Централен административен съд Юг, Португалия)

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Директива 2004/18/ЕО — Член 48, параграф 2, буква а), подточка ii) — Директен ефект — Процедури за възлагане — Икономически оператори — Технически възможности и/или професионална квалификация — Доказване“

I – Въведение

1. Преюдициалното запитване е отправено в рамките на спор между Ambisig — Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA (наричано по-нататък „Ambisig“) и AICP — Associação de Industriais do Concelho de Pombal (наричано по-нататък „AICP“).

2. Запитването се отнася до тълкуването на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире 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[2].

3. Тази разпоредба се отнася до доказването на техническите възможности и/или професионалната квалификация на операторите, които проявяват интерес към възлагането на въпросната обществена поръчка. С преюдициалните си въпроси Tribunal Central Administrativo Sul (Централен административен съд Юг, Португалия) пита Съда, от една страна, относно евентуалния директен ефект на тази разпоредба и от друга страна, относно организацията на предвидените в нея начини на доказване.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, стр. 282.

II – Правна уредба

А – *Правото на Съюза*

4. Дял II от Директива 2004/18 определя приложимите правила за обществените поръчки. Критериите за качествен подбор са разгледани в раздел 2 от глава VII, който обхваща по-специално членове 45 и 48.

5. Член 45, параграф 2, буква ж) от Директива 2004/18 предвижда, че всеки икономически оператор, който „е виновен за сериозно по своя характер даване на невярна информация, изисквана по настоящия раздел, или не е предоставил изискваната информация“, може да бъде изключен от участие в съответната процедура за възлагане на обществена поръчка.

6. Член 48 от Директива 2004/18, озаглавен „Технически възможности и/или професионална квалификация“, има следния текст:

„1. Техническите възможности и/или професионалната квалификация на икономическите оператори се оценява и проучва съгласно параграфи 2 и 3.

2. Техническите възможности на икономическите оператори могат да бъдат доказани по един или няколко от следните начини в зависимост от характера, количеството и значимостта на поръчката, както и предназначението на строителството, доставките или услугите:

[…]

ii) списък на основните осъществени доставки или предоставени услуги през последните три години, включително сумите, датите и получателите, независимо дали публични или частни. Доказателство за осъществената доставка и предоставената услуга се представя:

— когато получателят е бил възлагащ орган, под формата на удостоверения, издадени или заверени от компетентния орган,

— когато получателят е частен купувач, с удостоверение от купувача, или, ако това не е възможно, само с декларация от икономическия оператор;

[…]“.

Б – *Португалското право*

1. Кодекс на обществените поръчки

7. Директива 2004/18 е транспонирана в португалския правен ред с Кодекса на обществените поръчки (Código dos Contratos Públicos), одобрен с Декрет-закон № 18/2008 от 29 януари 2008 г., изменен и публикуван наново в приложението към Декрет-закон № 278/2009 от 2 октомври 2009 г. (Diário da República, серия 1, № 192 от 2 октомври 2009 г., наричан по-нататък „Кодекс на обществените поръчки“).

8. Член 165 от Кодекса на обществените поръчки има следния текст:

„1 – Минималните изисквания за техническите възможности, посочени в буква h) на параграф 1 от предходния член, трябва да бъдат адаптирани към естеството на услугите и доставките, предмет на възлаганата обществена поръчка, и да описват положения, качества, характеристики или други фактически обстоятелства, отнасящи се по-специално до:

a) професионален опит на кандидатите;

b) човешки ресурси и ресурси в областта на технологиите и оборудването или други ресурси, използвани на каквото и да било основание от кандидатите;

c) организационен модел и капацитет на кандидатите, по-конкретно що се отнася до управление и интегриране на специализирани умения, информационни системи за поддръжка и системи за контрол на качеството;

d) способност на кандидатите да въвеждат мерки за управление на околната среда при изпълнението на възлаганата обществена поръчка;

e) информация относно изпълнителите, съдържаща се в базата данни на Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., когато става въпрос за възлагане на обществена поръчка за строителство или за концесия за строителство.

[…]

5 – Минималните изисквания за технически възможности, посочени в параграф 1, и факторът „f“, посочен в буква i) на параграф 1 от предходния член, не могат да се определят по дискриминационен начин“.

2. Обявлението за обществената поръчка

9. Член 12 от обявлението за поръчка предвижда:

„За да бъдат допуснати, участниците трябва да представят следните документи:

[…]

c) декларация от възложител на официална бланка с подпис и печат за доказване на въвеждането на системата за управление на околната среда и/или на качеството [изисквана по член 8 от обявлението за поръчка] от страна на участника, съгласно декларация по образец, съдържаща се в приложение VIII към настоящото обявление за поръчка. Декларацията трябва да съдържа заверка на подписа и удостоверяване на качеството на подписалото лице от нотариус, адвокат или друг компетентен орган;

[…]

f) декларация от възложител на официална бланка с подпис и печат за доказване на въвеждането на системата за управление, разработване и въвеждане на технологична платформа в мрежа, софтуер за системи за управление и дейности по координация [изисквана по член 8 от обявлението за поръчка] от страна на участника с посочване на съответната стойност, съгласно декларация по образец, съдържаща се в приложение IX към

настоящото обявление за поръчка. Декларацията трябва да съдържа заверка на подписа и удостоверяване на качеството на подписалото лице от нотариус, адвокат или друг компетентен орган; […]“.

III – Фактите в главното производство

10. Съгласно акта за преюдициално запитване на 23 април 2013 г. AICP решава да обяви процедура за възлагане на обществена поръчка с ограничено участие след предварителен подбор за сключване на договор за обществена поръчка за предоставяне на услуги за въвеждане на системи за управление на околната среда, качеството и на технологична платформа.

11. Съгласно член 8, параграф 1, букви a)—c) от обявлението за поръчка участниците трябва да отговарят едновременно на няколко изисквания за технически възможности.

12. Член 12, параграф 1, букви c) и f) от същото обявление за поръчка предвижда, че за да бъдат допуснати до участие след предварителен подбор, кандидатите трябва да удостоверят тези изисквания с декларации от възложители на официална бланка с подпис и печат. Декларациите трябва да съдържат и заверка на подписа и удостоверяване на качеството на подписалото лице от нотариус, адвокат или друг компетентен орган.

13. В рамките на тази процедура за възлагане на обществена поръчка на 30 август 2013 г. AICP одобрява окончателния доклад за допускане до участие, изготвен от конкурсната комисия. Докладът допуска до участие дружество Índice ICT & Management, Lda. и изключва останалите двама кандидати, включително Ambisig.

14. По съображения, които не са споменати в акта за преюдициално запитване, на 14 ноември 2013 г. това решение е отменено с решение на Tribunal Central Administrativo Sul (Централен административен съд Юг). Освен това този съд осъжда AICP да приеме в 20-дневен срок ново решение за избор на процедурата и да публикува ново обявление за поръчка, което да не съдържа установените нередности, както и да предприеме всички действия и мерки във връзка с това.

15. В съответствие с това решение на 10 декември 2013 г. AICP решава да обяви нова процедура за възлагане на обществена поръчка с ограничено участие след предварителен подбор за сключване на договор за обществена поръчка за предоставяне на услуги за въвеждане на системи за управление на околната среда, качеството и на технологична платформа в 13 предприятия.

16. В края на тази нова процедура за предварителен подбор на 27 март 2014 г. ръководството на AICP решава да одобри окончателния доклад за допускане до участие, изготвен от конкурсната комисия, която допуска кандидата Índice ICT & Management, Lda. и изключва кандидата Ambisig.

17. Ambisig обжалва това решение пред Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (съд по административни и данъчни спорове на Лейрия, Португалия), който го отменя на 11 юни 2014 г. Ambisig оспорва обаче решението пред колегиален състав на същия съд, поради това че той неправилно е отхвърлил основанията на жалбата, изведени по-специално от несъвместимост на член 12, параграф 1, букви c) и f) от обявлението за поръчка с изискванията за доказване, посочени в член 48 от Директива 2004/18, както и с принципите на конкуренция, безпристрастност и пропорционалност, произтичащи от Кодекса на обществените поръчки.

18. С решение от 6 август 2014 г. Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (съд по административни и данъчни спорове на Лейрия) отхвърля административната жалба на Ambisig и следователно потвърждава решението си от 11 юни 2014 г. Ambisig решава да обжалва това решение пред Tribunal Administrativo Central Sul (Централен административен съд Юг).

19. Именно в рамките на това производство по обжалване е отправено настоящото преюдициално запитване. Всъщност Tribunal Central Administrativo Sul (Централен административен съд Юг) има някои съмнения относно обхвата на изискванията за доказване, предвидени в член 48 от Директива 2004/18, и относно съответствието с този член на изискванията от обявлението за поръчка.

IV – Преюдициалното запитване и производството пред Съда

20. С акт от 29 януари 2015 г., постъпил в Съда на 5 февруари 2015 г., Tribunal Central Administrativo Sul (Централен административен съд Юг) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Доколкото португалското законодателство не урежда въпросите, съдържащи се в член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 […], намира ли посочената разпоредба пряко приложение в португалския правен ред, така че да предоставя на частноправните субекти право, което те могат да противопоставят на възлагащите органи?

2) Разпоредбата на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18/ЕО трябва ли да се тълкува в смисъл, че не допуска прилагането на установени от възлагащия орган правила, които не позволяват на икономическия оператор да докаже предоставянето на услуги с декларация, съставена от самия него, освен ако не установи невъзможност или сериозно затруднение да получи такава декларация от частния купувач?

3) Разпоредбата на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18/ЕО трябва ли да се тълкува в смисъл, че не допуска прилагането на установени от възлагащия орган разпоредби, които изискват удостоверение от частния купувач със заверка на подписа от нотариус, адвокат или друг компетентен орган, чието непредставяне води до отстраняване?“.

21. Писмени становища представят Ambisig, португалското правителство и Европейската комисия. Освен това португалското правителство и Комисията са изразили становищата си в съдебното заседание, проведено на 28 януари 2016 г.

V – Анализ

A – *По първия преюдициален въпрос*

22. С първия си въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 трябва да се тълкува в смисъл, че при липсата на транспониране във вътрешното право тази разпоредба може да предоставя на частноправните субекти права, които те могат да противопоставят на възлагащите органи в рамките на спорове пред националните юрисдикции. Следователно трябва да се изясни въпросът дали тази разпоредба е с директен ефект.

1. Определянето на директния ефект на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18

23. Условията и ограниченията на признаването на директния ефект на разпоредбите на дадена директива са известни. Съгласно постоянната практика на Съда във всички случаи, когато разпоредбите на дадена директива се явяват безусловни и достатъчно точни по съдържанието си, частноправните субекти имат основание да се позоват на тях пред националните юрисдикции срещу държавата, когато тя не е транспонирала в срок Директивата в националния правен ред или когато я е транспонирала неточно [3].

24. Дадена разпоредба на правото на Съюза се приема за безусловна, когато създава задължение, което не е съпроводено от никакво условие и не зависи в изпълнението или действието си от приемането на никакъв акт било на институциите на Европейския съюз, било на държавите членки [4].

25. Според мен член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 отговаря на горепосочените изисквания за безусловност и точност. Всъщност тази разпоредба не изисква никакви допълнителни мерки за своето прилагане, доколкото предвижда, от една страна, че техническите възможности на икономическите оператори могат да бъдат доказани със списък на основните доставки или основните услуги, извършени през последните три години, в който фигурират сумите, датите и съответните получатели, независимо дали са публични или частни, и доколкото уточнява, от друга страна, че когато получателят е бил частен купувач, предоставянето на услугата се доказва с удостоверение от купувача или, при липса на такова, само с декларация от икономическия оператор.

26. Освен това Съдът вече е имал повод да постанови, че частноправен субект може да се позове пред националните юрисдикции на член 26 от Директива 71/305/ЕИО на Съвета от 26 юли 1971 година за съгласуване на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство [5], тъй като „никаква по-специална мярка за прилагане не е необходима за спазването на [установените в него] изисквания“ [6]. Макар обаче този член от Директива 71/305 да се отнася само до поръчки за строителство, а не до поръчки за услуги, с оглед на това, че правилата за доказване на техническите възможности, предвидени в тази разпоредба, са безусловни и точни, те могат да се считат за аналогични на тези на член 48 от Директива 2004/18.

27. Отбелязвам накрая, че наред с това Съдът приема като цяло, че частноправен субект може да се позове пред националните юрисдикции на разпоредбите на дял VI от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги [7], „доколкото от индивидуалното разглеждане на техния текст следва, че те са безусловни и достатъчно ясни и точни“ [8]. Сред тези разпоредби обаче е член 32, в параграф 2 от който се предвижда, че техническите възможности на доставчиците на услуги могат да се доказват чрез „представяне на списък на основните услуги, извършени през последните три години, включително сумите, датите и получателите,

3 — Вж. в този смисъл, наред с много други, решение Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, т. 18 и цитираната съдебна практика).

4 — Вж. в този смисъл решения Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, т. 32) и Larentia + Minerva и Marenave Schiffahrt (C-108/14 и C-109/14, EU:C:2015:496, т. 49).

5 — ОВ L 185, стр. 5.

6 — Решение Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, т. 43).

7 — ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50.

8 — Решение Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, т. 47).

независимо дали са публични или частни, [и че] когато услугите се предоставят на частни купувачи, предоставените услуги трябва да бъдат удостоверени от купувача или, при липса на такова удостоверение, само с декларация, че са извършени от доставчика на услугите“ [неофициален превод].

28. Трябва обаче да се констатира, че член 48, параграф 2 от Директива 2004/18 възпроизвежда по почти идентичен начин текста на тази разпоредба. Следователно според мен последната разпоредба е безусловна и достатъчно точна, за да може да се направи позоваване на нея пред националните юрисдикции.

2. Необходимостта от квалифициране на възлагащия орган като „държава“

29. При все това, за да може Ambisig да се позове пред националния съд на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18, запитващата юрисдикция следва да се увери, че възлагащият орган в главното производство не е „частноправен субект“.

30. Всъщност съгласно постоянната съдебна практика дадена директива не може сама по себе си да поражда задължения за частноправен субект. Поради това позоваването на самата директива пред национална юрисдикция не е възможно срещу такъв субект [9].

31. Следователно, макар обаче да е възможно позоваване на разпоредбите на директива с директен ефект само срещу държава, качеството, в което държавата действа, е без значение [10].

32. В този смисъл съгласно постоянната съдебна практика „организация, на която независимо от правната форма е възложено предоставянето на услуги в обществен интерес по силата на акт на публичен орган и под неговия надзор и която поради тази причина разполага с изключителни правомощия в сравнение с тези, които произтичат от правните норми, приложими към отношенията между частни лица, спада към правните субекти, на които могат да бъдат противопоставени разпоредбите на директива с директен ефект“ [11].

33. Ако се съди по името на възлагащия орган в главното производство, става въпрос за изцяло частно сдружение на предприятия, което не предоставя услуга в обществен интерес и при всички положения не разполага с изключителни правомощия за постигане на целите си.

34. В съдебното заседание на 28 януари 2016 г. в отговор на поставените от Съда въпроси представителят на португалското правителство потвърди, че AICP е частноправно сдружение, което не осъществява и на което не са били поверени задачи, свързани с обществен интерес. Според неговите разяснения единствено финансирането на дейностите на AICP, което в по-голямата си част е публично, би могло да доведе до прилагането на законодателството в областта на обществените поръчки [12].

35. Като се има предвид това, именно задача на Tribunal Central Administrativo Sul (Централен административен съд Юг) е да провери дали към момента на настъпване на фактите, разглеждани в главното производство, AICP е организация, на която е възложено да извършва услуга в обществен интерес под надзора на публичен орган, и дали поради тази причина сдружението на предприятия е разполагало с изключителни правомощия [13].

9 — Вж. в този смисъл решения Marshall (152/84, EU:C:1986:84, т. 48), Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, т. 20) и Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, т. 22).

10 — Вж. в този смисъл решение Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, т. 23).

11 — Решение Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, т. 24 и цитираната съдебна практика).

12 — Съгласно член 1, параграф 9 от Директива 2004/18.

13 — Вж. в този смисъл решение Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, т. 31).

36. Ако това не е така, член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 не може да му бъде противопоставен. В тази хипотеза така или иначе запитващата юрисдикция би следвало да приложи принципа за съответстващо тълкуване и да тълкува съответните национални разпоредби, доколкото е възможно в светлината на текста и целите на Директива 2004/18, за да постигне предвидения от последната резултат и следователно да спази член 288, трета алинея ДФЕС[14].

Б – *По втория преюдициален въпрос*

37. С втория си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 не допуска прилагането на установени от възлагащия орган правила, които не позволяват на икономическия оператор да докаже техническите си възможности с декларация, съставена от самия него, освен ако не установи невъзможност или сериозно затруднение да получи такава декларация от частния купувач.

38. Следователно запитващата юрисдикция пита Съда относно евентуалната йерархия на начините на доказване, допуснати с член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18.

39. Член 48, параграф 2, буква а), подточка ii) от Директива 2004/18 предвижда, че техническите възможности на икономическите оператори могат да се доказват чрез представяне на списък на основните доставки или основните услуги, извършени през последните три години. Ако получателят е бил частен купувач, два начина на доказване са предвидени във второто тире на тази разпоредба, за да се докаже действителното извършване на посочените сделки (доставки или услуги). Това може да стане „с удостоверение от купувача[или, *при липса на такова*], само с декларация от икономическия оператор“[15].

40. Съгласно постоянната практика на Съда при тълкуването на разпоредба на правото на Съюза трябва да се взема предвид не само нейният текст, но и контекстът ѝ и целите на правната уредба, от която тя е част[16].

14 — Вж. в този смисъл решение Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, т. 24 и цитираната съдебна практика). Съдът потвърждава изрично подреждането в приоритетен ред на приложимите разрешения в спор между частноправни субекти по повод на делото, по което е произнесено решение Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200, като постановява, че: „ако националното право не позволява тълкуване в съответствие със [съответната] директива — което запитващата юрисдикция трябва да провери — не е възможно позоваване на [съответния] член от същата директива в спор между частноправни субекти […], с цел да се гарантира пълното действие [на] [установеното в него] право […] и противоречащите национални разпоредби да се оставят без приложение. Същевременно в подобно положение страната, която е увредена от несъответствието на националното право с правото на Съюза, може да се позове на съдебната практика [относно извъндоговорната отговорност на държавите членки за нарушение на правото на Съюза], произтичаща от решение Francovich и др. (C-6/90 и C-9/90, EU:C:1991:428), за да получи евентуално обезщетение за претърпените вреди (вж. решение Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, т. 43)“ (точка 48). С други думи, ако в спор между частноправни субекти националният съд не тълкува националното право в съответствие с приложимата директива, той не може да прилага тази директива, но и не може да не прилага националното право, което противоречи на Директивата. В този случай единственото временно решение за засегнатия частноправен субект е да ангажира отговорността на държавата членка за нарушение на правото на Съюза.

15 — Курсивът е мой.

16 — Вж. по-специално решения Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, т. 24), Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, т. 13), Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, т. 34) и Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, т. 35).

41. Предвид казаното, както отбелязва генералният адвокат Trstenjak в точка 37 от заключението си по дело Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), „текстът на дадена разпоредба представлява винаги *отправната точка* и в същото време очертава пределите на тълкуване“ [17]. Освен това съм съгласен с пояснението на генералния адвокат Léger, че начините на тълкуване, различни от този, свързан с текста на дадена разпоредба, не са необходими, когато въпросният текст е напълно ясен и недвусмислен. „Всъщност в този случай разпоредбите на правото [на Съюза] са достатъчни сами по себе си“ [18].

42. В настоящия случай се налага да се отбележи, че член 48, параграф 2, буква а), подточка ii) от Директива 2004/18 е формулиран по изисквания ясен и недвусмислен начин, при това във всички текстове на различните езици.

43. Всъщност изразът „при липса на […]“, използван в тази разпоредба, означава „в отсъствие на“ [19], „вместо“ или пък „поради липса на нещо“ [20]. При това положение той може да се тълкува само в смисъл на йерархизация на понятия. По-конкретно начинът на доказване след думите „при липса на […]“ — т.е. декларацията от икономическия оператор — несъмнено е второстепенен спрямо начина на доказване, който ги предхожда, т.е. удостоверението от купувача.

44. Текстовете на някои езици са още по-категорични, доколкото в тях не само се използва израз, аналогичен на „при липса“, но те допускат такава декларация от оператора само като изрично посочват липсата на споменатото по-горе удостоверение от купувача [21].

45. Освен това, ако икономическият оператор можеше да избира свободно начина на доказване сред допуснатите с член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18, изразът „при липса на […]“ нямаше да има смисъл. Всъщност за икономическия оператор винаги е по-лесно самият той да изготви декларация, отколкото да поиска удостоверение от трето лице.

46. Следователно декларацията от икономическия оператор представлява допълнителен начин на доказване, когато не е възможно да се получи удостоверението от купувача. В този случай икономическият оператор трябва да докаже, че не е било възможно да получи удостоверението.

47. Всъщност, тъй като член 45, параграф 2, буква ж) от Директива 2004/18 допуска изключването от обществена поръчка на всеки икономически оператор, който „е виновен за сериозно по своя характер даване на невярна информация, изисквана по настоящия раздел, или не е предоставил изискваната информация“, възлагащият орган трябва да е в състояние да провери истинността на тази информация или причината за нейната липса.

17 — Курсивът е мой.

18 — Заключение на генералния адвокат Léger по дело Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, т. 88). Вж. също относно тълкуване a contrario решение Tecom Mican и Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, т. 35).

19 — Съгласно определението в речника Le Petit Robert, 2014 г.

20 — Съгласно определенията в Larousse.fr.

21 — Вж. по-специално текста на испански език, в който член 48, параграф 2, буква а), точка ii) от Директива 2004/18 гласи: „cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [при липса на такова удостоверение], simplemente mediante una declaración del operador económico“ (курсивът е мой). В текста на италиански език също се използва „in mancaza di tale attestazione“. Накрая, в германската версия законодателят на Съюза има предвид положение, при което „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist“. Текстът на гръцки език е още по-ясен, доколкото се отнася до „невъзможност“ да се получи удостоверение от купувача: „εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [ако това не е възможно], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα“ (курсивът е мой).

48. Тази възможност за проверка на възлагащия орган се налага, още повече че Съдът вече е постановил, че по силата на принципа на равно третиране и на произтичащото от него задължение за прозрачност, с които са обвързани възлагащите органи съгласно член 2 от Директива 2004/18, те трябва „строго да спазват определените от сам[ите тях] критерии, поради което т[е] би[ха били] длъж[ни] да изключ[ат] от поръчката икономически оператор, който не е предал документи или информация, чието представяне се изисква в документите за тази поръчка, а в противен случай води до отстраняване“ [22].

49. Както обаче посочва Комисията в писменото си становище, това допълнително изискване трябва да е съобразено с принципа на пропорционалност.

50. Това означава, от една страна, че използването на декларация от икономическия оператор не може да бъде ограничено само до абсолютната невъзможност да се получи удостоверението от купувача (като например в случай на обявяване в несъстоятелност). Пречка за получаването на това удостоверение, като например неоснователен отказ от страна на купувача или искане на насрещна парична престация, може да е достатъчна. От друга страна, доказването на тази невъзможност трябва да се преценява конкретно. В този смисъл, ако представянето на официален документ може да се изисква в случай на обявяване в несъстоятелност, обикновена размяна на писма или липса на отговор (което следва да се докаже например с едно или няколко напомняния) могат да бъдат достатъчни за доказване на нежеланието на купувача да окаже съдействие.

51. В заключение, считам, че член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 допуска прилагането на установени от възлагащия орган правила, които не позволяват на икономическия оператор да докаже техническите си възможности с декларация, съставена от самия него, освен ако не установи невъзможност или сериозно затруднение да получи такава декларация от частния купувач.

B – *По третия преюдициален въпрос*

52. С третия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 не допуска прилагането на установени от възлагащия орган правила, които изискват удостоверение от частния купувач със заверка на подписа от нотариус, адвокат или друг компетентен орган, чието непредставяне води до отстраняване.

53. Съмнението на запитващата юрисдикция се корени в текста на португалски език на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18. Всъщност в него се споменава „declaração *reconhecida* do adquirente“ [23], тоест „удостоверена“ или „заверена“ декларация. В текстовете на други езици това прилагателно не фигурира в текста на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от посочената директива.

22 — Решение Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, т. 42). Вж. също точка 43 от същото решение относно препратката към принципите на равно третиране и на прозрачност, както и член 2 от Директива 2004/18.

23 — Курсивът е мой.

54. Съгласно постоянната практика на Съда формулировката, използвана в текста на правна разпоредба на Съюза на един от езиците, не може да служи като единствена основа за тълкуването на разпоредбата или да ѝ се отдава предимство пред текстовете на останалите езици. Всъщност разпоредбите от правото на Съюза трябва да се тълкуват и прилагат еднакво с оглед на текста им на всички езици на Съюза. В случай на несъответствия между текстовете на различните езици на разпоредба от правото на Съюза тя трябва да се тълкува в зависимост от общата структура и целта на правната уредба, от която е част [24].

55. Този принцип на равностойност или на езикова равнопоставеност не пречи обаче на Съда въз основа на систематичното и/или телеологическото тълкуване на текст на някой от другите езици, който противоречи на общия смисъл в текстовете на другите езици, да остави този текст без приложение [25].

56. В настоящия случай общият смисъл на термина, използван в текстовете на другите езици, несъмнено сам по себе си не позволява да се отговори категорично на поставения преюдициален въпрос. Контекстът, в който обаче се вписва член 48 от Директива 2004/18, и промените в него, както и телеологическото тълкуване на въпросната разпоредба, ме карат да възприема тълкуване, че член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 не изисква представеното удостоверение от частния купувач да е със заверка на подписа от нотариус, адвокат или друг компетентен орган.

1. Текстът на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18

57. Когато се сравняват текстовете на различните езици на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18, става ясно, че макар прилагателното „reconhecida“ („удостоверена“ или „заверена“) да се съдържа само в текста на португалски език, това е и единственият текст, който използва този термин за двата предвидени начина на доказване.

58. Всъщност в текстовете на другите езици думата „декларация“ се отнася до втората хипотеза (декларацията от икономическия оператор), докато първата хипотеза се отнася до „удостоверение“ за извършените от купувача доставки или услуги. Така по-специално в текстовете на испански, немски, английски или френски език се съдържат термините „certificado“ и „declaración“, „Bescheinigung“ и „Erklärung“, „certification“ и „declaration“, както и „certification“ и „déclaration“ [26].

59. Използването на различна дума за всяка от двете хипотези, посочени в член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18, може да отразява волята на законодателя на Съюза да разграничи свързаната с тях доказателствена тежест. При това положение противопоставянето между термините „удостоверение“ и „декларация“ извиква представа за прекален формализъм в първата хипотеза. Това тълкуване се потвърждава от текста на разпоредбата на португалски език, в който е използван терминът „декларация“ и в двата случая, но само в първия случай към него се добавя прилагателното „удостоверена“ или „заверена“.

24 — Вж. в този смисъл решение Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, т. 35 и цитираната съдебна практика).

25 — Вж. в този смисъл *Lenaerts*, K. et *Guttiérrez-Fons*, J. A. To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice. — Columbia Journal of European Law, 2014, 20th Anniversary Issue, стр. 3—61, по-специално стр. 14 и авторите, посочени в бележка под линия 78.

26 — Отбелязвам, че в словашкия текст са използвани думите „potvrdením“, която може да се преведе по-скоро като „потвърждение“, отколкото като „удостоверение“, и „vyhlásením“.

60. Не мога обаче да се абстрахирам напълно от факта, че член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 допуска доказване на предоставените услуги, на които се позовава икономическият оператор, с удостоверение *от купувача*, без да се прави позоваване нито на какъвто и да е официален документ, нито на действия от страна на трето лице. След като обаче такова уточнение липсва, общият смисъл на думата „удостоверение“ не означава нищо друго освен писмено удостоверяване на информация [27].

61. При това положение трябва да констатирам, че буквалният анализ на въпросната разпоредба сам по себе си не позволява тя да се тълкува с необходимата степен на сигурност.

2. Систематичното тълкуване на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18

62. Най-напред, от постоянната практика на Съда следва, че член 48 от Директива 2004/18 установява затворена система, ограничаваща методите за оценяване и проверяване, с които разполагат възлагащите органи, и следователно *възможностите им да формулират изисквания* [28].

63. Освен това Съдът изяснява, че дори в рамките на отворена система (като предвидената в член 47, параграф 4 от Директива 2004/18 по отношение на икономическото и финансово състояние на кандидатите) свободата на възлагащите органи не е неограничена и избраните показатели трябва „действително да дава[т] сведения за състоянието […], без все пак да нахвърля[т] необходимото за постигането на тази цел“ [29].

64. A fortiori не би и могло да бъде различно за изискванията, предвидени в затворената система на начините на доказване в член 48 от Директива 2004/18. Налагането обаче на изискване за заверка на подписа на частния купувач, който удостоверява извършването на доставката или услугата от икономическия оператор, кандидат за участие в обществена поръчка, според мен надхвърля необходимото за доказването на техническите възможности на съответния оператор и е прекалено формалистично в сравнение с обикновена декларация от икономическия оператор — допълнителен начин на доказване, допуснат с член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18.

65. Ако възлагащият орган има съмнения относно истинността на представения документ, според мен той може също да поиска допълнителна информация, която да докаже истинността на представеното удостоверение. Всъщност в рамките на контекстуалния анализ не следва да се забравя, че член 45, параграф 2, буква ж) от Директива 2004/18 допуска изключването от обществената поръчка на оператора, който е „виновен за сериозно по своя характер [посочване] на нев[ерни данни при предоставянето на необходимата] информация“.

66. По-нататък, развитието на приложимата правна уредба също е в подкрепа на неформалистичното тълкуване на необходимото удостоверение.

27 — Според речника Le Petit Robert, 2014 г., удостоверяването е, на първо място, правен термин, който означава „писмено удостоверяване“. Според електронния речник на Real Academia Española на испански език думата „certificado“ се отнася до понятието „certificación“, което може да бъде определено като документ, в който се потвърждава истинността на даден факт.

28 — Вж. в този смисъл решение Édukövízig и Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, т. 28).

29 — Решение Édukövízig и Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, т. 29).

67. Схващането, което е в основата на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18, е налице още в Директива 92/50, но с леко променена формулировка. Всъщност съгласно член 32, параграф 2, буква б), второ тире от Директива 92/50 предоставянето на услуги, на което се позовава икономическият оператор, за да докаже техническите си възможности, трябва „да бъде удостоверено *от купувача*“ [неофициален превод] [30].

68. Макар понятието „удостоверение“ да се открива в глагола „удостоверявам“, за сметка на това липсата на каквито и да са действия от страна на трето институционално лице е още по-ясна, понеже акцентът е ясно поставен върху действие на купувача, след като предоставянето на услугите трябва да бъде удостоверено *от* него.

69. Освен това може също да се констатира, че текстът на португалски език на Директива 92/50 използва вече термина „declaração“ за двете хипотези на доказване, но в първия случай той не е съпроводен от никакво прилагателно.

70. Първоначално обаче текстът на член 32, параграф 2 от Директива 92/50 не е претърпял никакво изменение в предложението за директива на Европейския парламент и на Съвета относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за доставки, услуги и строителство (COM(2000) 0275 окончателен) [31], довело до приемането на член 48, параграф 2 от Директива 2004/18.

71. Едва след включването на измененията на Европейския парламент, отнасящи се, от една страна, до участието на икономическите оператори в обединение, и от друга, до проблемите на околната среда и здравето, както и до безопасността на работниците, текстът на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 е формулиран в настоящата си редакция [32].

72. Следователно изменението на текста на спорната разпоредба не може да бъде основание, тъй като съображенията, довели до това изменение, са чужди на всякакво желание на законодателя да засили формализма при доказване, свързан с удостоверяването от страна на купувача на предоставянето на услуги от икономическия оператор.

73. Обратно, 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 [33] дори отива дори по-далече в посока на намаляване на формализма при доказване, като премахва всяко позоваване на каквото и да било удостоверение от купувача.

74. Занапред член 60, параграф 4 от тази директива, който заменя член 48, параграф 2 от Директива 2004/18, предвижда само, че „[д]оказателство за техническите способности на икономическите оператори може да бъде представено по един или няколко от начините, изброени в част II от приложение XII, според естеството, количеството или значението и използването на строителството, доставките или услугите“.

30 — Курсивът е мой.

31 — ОВ C 29 E, 2001 г., стр. 11. Вж. член 49, параграф 3 от посоченото предложение за директива.

32 — Вж. изменено предложение за директива на Европейския парламент и на Съвета относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за доставки, услуги и строителство (COM(2002) 236 окончателен, ОВ C 203 E, 2002 г., стр. 210, по-специално стр. 223 и 224).

33 — ОВ L 94, стр. 65.

75. Съгласно част II, буква а), подточка ii) от приложение XII към Директива 2014/24 средствата за доказване на техническата способност на икономическия оператор са „списък на основните доставки или основните услуги, извършени максимум през последните три години, включително сумите, датите и получателите, независимо дали са публични или частни. Когато е необходимо за осигуряване на достатъчна степен на конкуренция, възлагащите органи може да посочат, че ще се вземат предвид доказателства за подобни доставки или услуги, осъществени преди повече от три години“. Следователно е премахната необходимостта посоченият списък да бъде придружен от удостоверение от купувача.

76. Макар Директива 2014/24 да не е приложима към главното производство, новата директива, която отменя Директива 2004/18, е полезна, доколкото тя отразява сегашната воля на законодателя на Съюза. Следователно тя може да бъде от помощ да се даде съвременен смисъл на предходна подобна разпоредба, при условие обаче, че не е противоправна.

77. В настоящия случай ми се струва, че в съответствие с текста на приложимата разпоредба Директива 92/50 и Директива 2014/24 потвърждават постоянната воля на законодателя на Съюза да не придружава доказването на техническите възможности на икономическия оператор от особен формализъм.

78. С други думи, поставен в неговия контекст и разглеждан в исторически план, член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 не изисква нищо друго освен удостоверение или потвърждение от купувача, че предоставянето на услуги, на което се позовава икономическият оператор с оглед получаването на обществената поръчка, съответства на действителността.

3. Телеологическото тълкуване на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18

79. Накрая, това тълкуване съответства и на целта на Директива 2004/18 за улесняване на свободното движение на стоки, свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги, както и по-общо, създаването на ефективна конкуренция между обществените поръчки [34].

80. Струва ми се, че ако приемането на удостоверение от купувача бъде поставено в зависимост от удостоверяването от нотариус, адвокат или друг компетентен орган, може да противоречи на тази цел.

81. Всъщност такова изискване би могло да разубеди някои потенциални кандидати, които, изправени пред практически трудности (например поради сроковете, определени в обявлението за обществена поръчка) да изпълнят това допълнително условие, се отказват от възможността да подават оферти.

4. Заключение по третия преюдициален въпрос

82. В заключение, считам, че контекстуалното и телеологическото тълкуване на член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 потвърждават общия смисъл, придаван на думата „удостоверение“, която фигурира в него, и че въз основа на добавянето на думата „reconhecida“ в текста на португалски език не могат да се правят изводи.

34 — Вж. съображение 2 от Директива 2004/18.

83. Контекстът, в който се вписва член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18, и промените в него, както и телеологическото тълкуване на въпросната разпоредба, водят до възприемането на тълкуването, че думата „удостоверение“ или изразът „заверена декларация“, използвани в текста на португалски език, не изискват никакъв особен формализъм.

84. Ето защо смятам, че член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 не допуска прилагането на установени от възлагащия орган правила, които изискват удостоверение от частния купувач със заверка на подписа от нотариус, адвокат или друг компетентен орган, чието непредставяне води до отстраняване.

VI – Заключение

85. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Tribunal Central Administrativo Sul (Централен административен съд Юг) преюдициални въпроси по следния начин:

„1. Член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире 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 на строителство, доставки и услуги трябва да се тълкува в смисъл, че при липсата на транспониране във вътрешното право тази разпоредба може да предоставя на частноправните субекти права, които те могат да противопоставят на възлагащите органи в рамките на спорове пред националните юрисдикции, при условие че съответният възлагащ орган отговаря на понятието „държава“ по смисъла на практиката на Съда.

2. Член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 допуска прилагането на установени от възлагащия орган правила, които не позволяват на икономическия оператор да докаже техническите си възможности с декларация, съставена от самия него, освен ако не установи невъзможност или сериозно затруднение да получи такава декларация от частния купувач.

3. Член 48, параграф 2, буква а), подточка ii), второ тире от Директива 2004/18 не допуска прилагането на установени от възлагащия орган правила, които изискват удостоверение от частния купувач със заверка на подписа от нотариус, адвокат или друг компетентен орган, чието непредставяне води до отстраняване“.