Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
E. SHARPSTON
представено на 1 декември 2016 година[1]

Дело C-298/15

UAB „Borta“

(Преюдициално запитване, отправено от Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Върховен съд, Литва)

„Обществени поръчки — Критерии за качествен подбор — Изискване определеният за изпълнител оферент да извърши сам „основното строителство“ — Доказване на професионален капацитет — Оферта, подадена от група от икономически оператори — Изискване участието на всеки от партньорите да бъде пропорционално на доказаната от него част от професионалния капацитет — Процедура за възлагане на обществена поръчка — Изменение на спецификациите на обществената поръчка в хода на процедурата по възлагане — Принципи на равно третиране и прозрачност“

1. Преюдициалното запитване по настоящото дело, отправено от Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Върховен съд, Литва), се отнася до спецификация за възлагане на обществена поръчка за строителство за изграждането на кей на пристанището в Клайпеда (Литва). Разглежданата спецификация съдържа разпоредби относно подаването на оферти от партньори при съвместна дейност. Те изискват всеки партньор да *изпълни* част от поръчката, съответстваща на доказаната от него част от професионалния опит на партньорите, на етапа на *възлагане* на обществената поръчка. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали подобно изискване съответства на предвидените в правото на Съюза в областта на обществените поръчки правила за обединяване на професионален капацитет. Тъй като спорната спецификация е оповестена едва няколко седмици след обявяването на процедурата за възлагане на обществена поръчка, запитващата юрисдикция иска да се установи също дали (и ако е така, при какви обстоятелства) възлагащите органи могат да променят спецификациите на обществените поръчки в хода на процедурата по възлагане на обществена поръчка. Тя също така повдига служебно въпроса дали правото на Съюза в областта на обществените поръчки допуска разпоредба от литовското право, с която се забранява възлагането на подизпълнители на „основното строителство“ в контекста на обществени поръчки за строителство.

2. Възниква първоначално затруднение, свързано с компетентността на Съда да отговори на тези въпроси. Запитващата юрисдикция изразява опасенията си, що се отнася до Директива 2004/17/ЕО[2]. Безспорно е обаче, че прогнозната стойност на разглежданата поръчка не превишава съответния праг и че следователно тази директива е неприложима към спора по главното производство. Станала ли е тази директива пряко и безусловно приложима към поръчката по силата на литовското право? Ако е така, съгласно постоянната съдебна практика

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 169). Релевантната редакция на тази директива е изменената с Регламент (ЕС) № 1336/2013 на Комисията от 13 декември 2013 г. (ОВ L 335, 2013 г., стр. 17).

Съдът е компетентен да тълкува съответните разпоредби от тази директива. При условията на евентуалност, ако разглежданата поръчка предизвиква ясен трансграничен интерес, за възлагането ѝ ще се прилагат основните правила и общи принципи на ДФЕС (по-специално принципите за свободно движение по членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС) и в такъв случай Съдът е длъжен да даде полезни насоки на запитващата юрисдикция в тази област.

Правна уредба

Правото на Съюза

3. Съображение 9 от Директива 2004/17 гласи:

„За да се гарантира конкуренция при възлагане за обществени поръчки от възложители, които извършват дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, е желателно да се създадат разпоредби за общностно координиране на поръчки над определена стойност. Такова координиране се основава на изискванията, които произтичат от членове 14, 28 и 49 от Договора за ЕО и от член 97 на Договора за Евратом, по-конкретно принципа за равнопоставеност, по отношение на който принципът на недискриминация не е нещо повече от специфичен израз, принципа на взаимното признаване, принципа на пропорционалност, а също така и принципа на прозрачност. С оглед на естеството на секторите, които са засегнати от такова координиране, координирането следва да създаде рамка за лоялна търговска практика и да позволява гъвкавост във възможно най-голяма степен, като същевременно защитава прилагането на тези принципи.

[…]“.

4. В съображение 43 се посочва, че е препоръчително да се предвидят разпоредби за участие на подизпълнители, за да се насърчи участието на малки и средни предприятия на пазара на обществените поръчки.

5. Член 10 предвижда, че „[в]ъзложителите третират икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин“.

6. Член 11, параграф 2 гласи:

„Групи от икономически оператори могат да представят оферти или да бъдат кандидати. Възложителите не могат да изискват от тези групи да имат определена правна форма, за да могат да представят оферта или заявление за участие; въпреки това, може да бъде поставено изискването избраната група да има определена правна форма, след като ѝ бъде възложена поръчката, доколкото тази промяна е необходима за задоволителното изпълнение на поръчката“.

7. Член 37 („Подизпълнители“) предвижда:

„В документацията за поръчката възложителят може да постави изискване или може да бъде задължен от държава членка да постави такова, оферентът да посочи в своята оферта дела от поръчката, който възнамерява да възложи на подизпълнители[, и] […] предложени[те] подизпълнители. Това посочване не засяга въпроса за отговорността на основния икономически оператор“.

8. Съгласно член 38 („Условия за изпълнение на поръчките“):

„Възложителите могат да предвидят специални условия, свързани с изпълнението на поръчката, при положение че те са съвместими с […] право[то] [на Съюза] и са посочени в обявлението за поръчката или в спецификациите. Условията за изпълнение на поръчката могат, по-специално, да са насочени към социалната сфера и опазването на околната среда“.

9. Член 53 („Квалификационни системи“) предвижда по-специално:

„1. Възложителите, които искат, могат да създадат и да използват квалификационна система за икономически оператори.

[…]

2. Системата по параграф 1 може да обхваща различни етапи на квалифициране.

Тя работи въз основа на обективни критерии и правила за квалифициране, които се създават от възложителя.

[…]

5. Когато критериите и правилата за квалифициране, посочени в параграф 2, обхващат изисквания, свързани с техническия и/или професионален капацитет на икономическия оператор, последният може при необходимост да използва капацитета на други образувания, независимо от правното естество на връзката между него и тези образувания. В този случай икономическият оператор трябва да докаже на възложителя, че тези ресурси ще са на негово разположение за периода на действие на квалификационната система, например чрез представяне на доказателство за ангажимента, поет от тези образувания, да предоставят необходимите ресурси на икономическия оператор.

При същите условия група от икономически оператори, посочена в член 11, може да използва капацитета на участниците в групата или на други образувания.

[…]“.

Литовското право

10. В член 2, параграф 29 от Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Закон за обществените поръчки на Република Литва, наричан по-нататък „Законът за обществените поръчки“) изпълнителят се определя най-общо като икономически оператор, независимо дали е физическо лице, юридическо лице на частното право, юридическо лице на публичното право, други организации или техни клонове или група от такива лица, който може да предлага или предлага стоки, услуги или извършва строителство.

11. Съгласно член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки документите във връзка с обществена поръчка изискват кандидатът или оферентът да посочи в офертата си всички предложени подизпълнители и може да изискват кандидатът или оферентът да посочи дела от поръчката, който възнамерява да възложи на тези подизпълнители. Когато обаче подизпълнители са поканени да изпълнят поръчка за строителни работи, основното строителство, както е определено от възлагащия орган, трябва да бъде изпълнено от изпълнителя.

12. Съгласно член 27, параграф 4 от Закона за обществените поръчки възлагащият орган може служебно по всяко време преди крайния срок за подаване на оферти да уточни документите във връзка с поръчката.

13. Член 32, параграф 3 от Закона за обществените поръчки предвижда, че при необходимост и за конкретна обществена поръчка изпълнителят може да използва капацитета на други икономически оператори, независимо от естеството на правоотношението му с тях. В такъв случай изпълнителят трябва да докаже на възлагащия орган, че ще разполага с тези ресурси за изпълнението на поръчката. При същите условия група от икономически оператори може да използва капацитета на участниците в групата или на други икономически оператори.

Фактическа обстановка, производство и преюдициални въпроси

14. На 2 април 2014 г. литовското държавно предприятие VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (държавен пристанищен орган на Клайпеда, наричан по-нататък „пристанищният орган“) обявява открита процедура за възлагане на обществена поръчка за строителни и монтажни работи, свързани с „Реконструкция на кейове № 67 и № 68. Етап I“. На 5 април 2014 г. обявлението за поръчката е публикувано и в *Официален вестник на Европейския съюз*[3].

15. В точка 3.2.1 от спецификацията на обществената поръчка е включено следното изискване: „Средногодишният обем на строителството на изпълнителите на доставки, свързан с основните строителни и монтажни работи (строителство или реконструкция на пристанищен кей) през последните пет години или през периода от датата на регистрация на изпълнителя на доставки (когато изпълнителят на доставки е извършвал дейност в продължение на по-малко от пет години), трябва да съответства на стойност, не по-малка от 5 000 000 LTL [(литовски литаси)] (1 448 100,09 EUR) без ДДС“.

16. В точка 4.2.3 от спецификацията на обществената поръчка се изисква за всяка поръчка „да се определят ангажиментите на партньорите, извършващи дейност по силата на споразумение за съвместна дейност, във връзка с изпълнението на поръчката, заедно с процентния дял от тези ангажименти, и да се посочи, че това разделение на обема на услугите се прилага единствено за партньорите и не поражда задължения за клиента (възлагащия орган)“.

17. Първоначалната редакция на точка 4.3 от спецификацията на обществената поръчка гласи следното:

„Когато офертата се подава от изпълнители на доставки, извършващи дейност по силата на споразумение за съвместна дейност, изискванията по [точка 3.2.1] трябва да бъдат изпълнени поне от един партньор, участващ в съвместната дейност, или от всички партньори, извършващи дейност по силата на споразумение за съвместна дейност, взети заедно. […] Съгласно член 24, параграф 5 от [Закона за обществените поръчки] [пристанищният орган] определя, че основното строителство се състои в посоченото в точка 1.2.8 от раздел „Строителни работи“ на количествената сметка и следователно това строителство трябва да се извърши от самия изпълнител на доставки[4]“.

3 — ОВ 2014/S 68-117458.

4 — Запитващата юрисдикция обяснява, че това основно строителство по-специално е изграждането на стена от оребрена стомана, поддържана от укрепващи греди.

18. На 24 април 2014 г. пристанищният орган служебно прави първо изменение на точка 4.3 от спецификациите. Тази нова редакция, която е публикувана в *Официален вестник на Европейския съюз*, предвижда по-специално, че когато офертата се подава от изпълнители на доставки, извършващи дейност по силата на споразумение за съвместна дейност, всеки партньор, участващ в съвместната дейност, трябва да изпълни поне 50 % от изискването по точка 3.2.1. Вследствие на тази промяна пристанищният орган удължава крайния срок за подаване на оферти.

19. На 3 май 2014 г. UAB Borta, учредено по литовското право дружество с ограничена отговорност, оспорва това преформулиране пред пристанищния орган. Вследствие на това с решение от 9 май 2014 г. пристанищният орган изменя за втори път текста на точка 4.3 от спецификациите на поръчката[5]. Новата (и окончателна) редакция на тази точка гласи следното:

„Когато офертата се подава от изпълнители на доставки, извършващи дейност по силата на споразумение за съвместна дейност, изискванията по точк[а] 3.2.1 […] трябва да бъдат изпълнени от поне един партньор, участващ в съвместната дейност, или от всички партньори, извършващи дейност по силата на споразумение за съвместна дейност, взети заедно. Участието на партньор (обем извършено строителство) съгласно споразумението за съвместна дейност трябва да бъде пропорционално на участието му в изпълнението на изискването по точка 3.2.1 […] и на обема строителство, което той действително ще извърши, ако офертата бъде избрана (изпълнение на поръчката)[6]. […] Съгласно член 24, параграф 5 от [Закона за обществените поръчки] [пристанищният орган] заявява, че основното строителство се състои в посоченото в точка 1.2.8 от раздел „Строителни работи“ на количествената сметка и следователно това строителство трябва да се извърши от самия изпълнител на доставки“.

20. В резултат от това последно изменение, което е публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз*, срокът за подаване на оферти е удължен за втори път и определената крайна дата е 12 юни 2014 г.

21. На 12 юни 2014 г. Borta подава оферта, в която предлага да извърши строителството за равностойността в литаси на приблизително 4 761 460 EUR. Това е офертата с най-висока цена[7].

22. Въпреки това Borta оспорва окончателната редакция на точка 4.3 от спецификациите на поръчката първо пред пристанищния орган, а след отхвърлянето на тази жалба — пред Klaipėdos apygardos teismas (Окръжен съд Клайпеда). На 18 август 2014 г. Окръжен съд Клайпеда отхвърля жалбата. Borta обжалва това решение пред Lietuvos apeliacinis teismas (Апелативен съд, Литва), който отхвърля въззивната жалба на 13 ноември 2014 г. И двете съдилища приемат по същество, че спорната спецификация на поръчката е обоснована от характера на предмета на поръчката и значимостта ѝ за обществения интерес и че солидарната отговорност на партньорите, извършващи съвместна дейност, по отношение на пристанищния орган сама по себе си не гарантира успешното изпълнение на обществената поръчка. Те отхвърлят също така твърдението, че последващите изменения на спецификациите на поръчката са незаконосъобразни, тъй като по силата на член 27, параграф 4 от Закона за обществените поръчки пристанищният орган е изрично оправомощен да уточнява тези спецификации.

5 — Същевременно възлагащият орган служебно преформулира леко текста на точка 4.2.3 от спецификацията на обществената поръчка. Тази промяна в спецификацията на поръчката обаче не се разглежда в главното производство.

6 — Ще наричам това последно изискване „изискването за съответствие“. „Обемът строителство“ вероятно се измерва в паричен израз.

7 — Офертата на определения за изпълнител оферент възлиза на равностойността в литаси на приблизително 3 168 400 EUR.

23. Borta подава касационна жалба срещу решението на Lietuvos apeliacinis teismas (Апелативен съд, Литва) пред Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Върховен съд, Литва), който спира производството и поставя следните преюдициални въпроси:

„1. Трябва ли разпоредбите на членове 37, 38, 53 и 54 от Директива 2004/17, разглеждани заедно или поотделно (но без ограничаване до тези разпоредби), да се разбират и тълкуват в смисъл, че:

а) не допускат норма на националното право, съгласно която, в случай че подизпълнители са поканени да изпълнят поръчка за строителство, основното строителство, както е определено от възлагащия орган, трябва да се извърши от изпълнителя на доставки?[8]

б) не допускат схема, предвидена в документите във връзка с обществената поръчка, за съчетаване на професионалния капацитет на изпълнителите на доставки като определената от възлагащия орган в спорната спецификация на обществената поръчка, която изисква частта, представляваща професионалния капацитет на съответния икономически оператор (партньор при съвместна дейност), да съответства на частта от конкретното строителство, която той действително ще извърши съгласно обществената поръчка?

2. Трябва ли разпоредбите на членове 10, 46 и 47 от Директива 2004/17, разглеждани заедно или поотделно (но без ограничаване до тези разпоредби), да се разбират и тълкуват в смисъл, че:

а) принципът на равно третиране на изпълнителите на доставки и принципът на прозрачност не са нарушени, в случай че възлагащият орган:

— предвижда предварително в документите във връзка с обществената поръчка обща възможност за съчетаване на професионалния капацитет на изпълнителите на доставки, но не определя схемата за прилагането на тази възможност,

— впоследствие, в хода на процедурата за възлагане на обществената поръчка, определя по-подробно изискванията за преценка на квалификацията на изпълнителите на доставки, като предвижда някои ограничения относно съчетаването на професионалния капацитет на изпълнителите на доставки,

— поради по-подробното определяне на съдържанието на изискванията за квалификация той удължава крайния срок за подаване на оферти и съобщава това в *Официален вестник [на Европейския съюз]*?

б) ограничение на съчетаването на капацитета на изпълнителите на доставки не следва да се посочва ясно предварително, ако с оглед на специфичния характер на дейностите на възлагащия орган и особеностите на обществената поръчка такова ограничение е предвидимо и обосновано?“.

24. Пристанищният орган, литовското правителство и Европейската комисия представят писмени становища. Те, както и Borta, са изслушани и в хода на съдебното заседание, проведено на 1 юни 2016 г.

8 — В акта за преюдициално запитване се посочва, че запитващата юрисдикция е повдигнала „служебно“ този въпрос с оглед на защитата на обществения интерес.

Анализ

Предварителни бележки

25. Литовското правителство твърди в съдебното заседание, че с член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки е транспонирано новото правило за възлагането на подизпълнители по член 79, параграф 3 от Директива 2014/25/ЕС[9], преди да е изтекъл срокът за транспониране на Директивата, и поради това Съдът следва да разгледа преюдициалното запитване по настоящото дело само от гледна точка на тази директива[10]. Пристанищният орган заема сходна позиция. Обратно на това, Комисията твърди, че Директива 2014/25 не може да бъде взета предвид. Първо, член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки бил въведен преди приемането на тази директива. Второ, Литва не уведомила Комисията за приетите мерки за транспониране на Директива 2014/25 в литовското право.

26. Съгласно постоянната съдебна практика приложима по принцип е директивата, която е в сила към момента, в който възлагащият орган избира вида на процедурата, която ще следва, и решава окончателно дали съществува задължение за предварително обявяване на процедура за конкурентно възлагане на обществена поръчка. За сметка на това *неприложими* са разпоредбите на директива, срокът за транспониране на която е изтекъл след този момент[11].

27. Директива 2014/25 отменя Директива 2004/17, считано от 18 април 2016 г. Следователно тя е неприложима за главното производство, по което обявлението за процедурата за възлагане на обществена поръчка е публикувано на 2 април 2014 г. Както Съдът неотдавна е постановил във връзка с Директива 2014/24, ако тази директива бъде приложена, преди да е изтекъл срокът за транспонирането ѝ, държавите членки, както и възлагащите органи и икономическите оператори не биха разполагали с достатъчно време за приспособяване към въведените с нея нови разпоредби[12]. Според мен това не би било и в съответствие с принципа на правната сигурност[13]. Същото важи по аналогия и за Директива 2014/25.

28. На следващо място е безспорно, че стойността на разглежданата поръчка (която вероятно може бъде определена въз основа на подадената оферта с най-висока цена, тоест равностойността в литаси на 4 761 459,72 EUR) е под прага от 5 186 000 EUR, който към момента на настъпване на фактите е установен в член 16, буква б) от Директива 2004/17 във връзка с поръчките за строителство. Както отбелязва запитващата юрисдикция, поради това разглежданата обществена поръчка не попада в приложното поле на Директива 2004/17.

29. Запитващата юрисдикция все пак твърди, че Съдът е компетентен да отговори на поставените въпроси. Първо, като е публикувал в *Официален вестник на Европейския съюз* обявлението за процедурата за възлагане на обществена поръчка и последващите изменения на спецификацията на поръчката, пристанищният орган ясно е изразил намерението си да третира

9 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 243). Съгласно тази разпоредба „при поръчки за строителство, поръчки за услуги и операции, свързани с проучване на терена или инсталиране в контекста на поръчка за доставки, възложителите могат да изискат определени операции от критично значение да бъдат извършвани пряко от самия оферент или, когато офертата е подадена от група от икономически оператори по член 37, параграф 2 — от участник в тази група“. Подобно правило се съдържа и в член 63, параграф 2 от 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 (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

10 — От писмените изявления на литовското правителство е видно, че към момента на настъпване на фактите Директива 2014/25 все още не е била напълно транспонирана в литовското право.

11 — Решения от 10 юли 2014 г., Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, т. 31 и цитираната съдебна практика) и от 7 април 2016 г., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, т. 83).

12 — Решение от 7 април 2016 г., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, т. 86).

13 — Вж. по аналогия решение от 15 октомври 2009 г., Hochtief и Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, т. 29 и цитираната съдебна практика). Вж. също решение от 5 октомври 2000 г., Комисия/Франция (C-337/98, EU:C:2000:543, т. 40).

посочената процедура като такава с международен обхват. Това се потвърждава от обстоятелството, че две чуждестранни дружества са подали оферти. Запитващата юрисдикция посочва още по същество, че при транспонирането на Директива 2004/17 в Закона за обществените поръчки литовският законодател е решил някои правила от тази директива да се прилагат за обществени поръчки, които не попадат в приложното ѝ поле.

30. В съдебното заседание литовското правителство добавя, че съгласно литовското законодателство, когато организират възлагането на обществени поръчки с прогнозна стойност под съответния праг, възлагащите органи трябва да изберат процедура. Те могат да решат да приложат или опростената процедура за такива поръчки по националното законодателство, или процедурата, приложима за обществените поръчки над съответния праг. В последния случай и при прилагане на действащото към момента на настъпване на фактите законодателство на Съюза разпоредбите на Директива 2004/17, съответно на Директива 2004/18/ЕО [14] (в зависимост от предмета на обществената поръчка), ще са станали задължителни за възлагащия орган. За националните съдилища също ще е възникнало задължението да ги прилагат.

31. При някои обстоятелства изцяло вътрешният характер на дадено положение не е пречка Съдът да отговори на въпрос, поставен по реда на член 267 ДФЕС [15]. Такава е по-специално хипотезата, когато националното право задължава запитващата юрисдикция да даде възможност на гражданин на държавата членка, на която принадлежи юрисдикцията, да се ползва от същите права като тези, които гражданин на друга държава членка, намиращ се в същото положение, би могъл да получи въз основа на правото на Съюза, или когато преюдициалното запитване се отнася до разпоредби от правото на Съюза, към които националното право на държава членка препраща за определяне на нормите, приложими към изцяло вътрешно за съответната държава членка положение [16].

32. Що се отнася до последното положение, Съдът е компетентен да отговаря на въпроси относно разпоредби от правото на Съюза, когато фактите по главното производство не попадат в приложното поле на правото на Съюза, но вътрешното право е направило тези разпоредби *пряко* и *безусловно* приложими, за да се осигури еднакво третиране на посочените положения и на положенията, попадащи в приложното поле на правото на Съюза [17]. Наистина, за да се избегнат бъдещи различия в тълкуването, е налице несъмнен интерес за Съюза възприетите от правото на Съюза разпоредби или понятия да се тълкуват еднакво, когато, за да гарантира еднакво третиране на вътрешни положения и на положения, попадащи в обхвата на правото на Съюза, национално законодателство съобразява уредбата на положения, които не попадат в приложното поле на съответния акт от правото на Съюза, със съдържащата се в същия акт уредба, независимо от условията, при които е предвидено прилагането на възприетите от правото на Съюза разпоредби или понятия [18].

14 — Директива 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 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282).

15 — Вж. по-специално определение от 3 юли 2014 г., Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, т. 38).

16 — Вж. по-специално определения от 3 юли 2014 г., Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, т. 39 и цитираната съдебна практика) и от 12 май 2016 г., Security Service и др. (C-692/15—C-694/15, EU:C:2016:344, т. 27).

17 — Решения от 22 декември 2008 г., Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, т. 21 и цитираната съдебна практика) и от 18 декември 2014 г., Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, т. 23).

18 — Решение от 7 ноември 2013 г., Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, т. 22 и цитираната съдебна практика).

33. В настоящия случай обаче няма достатъчно точни данни, позволяващи да се приеме, че „вътрешното право е направило [цитираните разпоредби от правото на Съюза] пряко и безусловно приложими“, за да се осигури еднакво третиране на посочените положения и на положенията, попадащи в приложното поле на правото на Съюза [19]. По-специално нито запитващата юрисдикция, нито литовското правителство са посочили пред Съда конкретна разпоредба от литовското право, която да прави Директива 2004/17 пряко и безусловно приложима за обществените поръчки, чиято стойност е под съответния праг, предвиден в член 16 от тази директива [20]. Поради това стигам до извода, че Съдът не е компетентен да тълкува Директива 2004/17 в контекста на настоящото производство.

34. С преюдициалните въпроси се иска тълкуване само на разпоредбите на Директива 2004/17. Въпреки това, за да бъде полезен с отговора си на националния съд, отправил запитване до него, Съдът може да намери за необходимо да разгледа норми от правото на Съюза, на които националният съд не се е позовал в своето запитване [21].

35. Следователно е необходимо да се установи дали Съдът е компетентен да отговори на поставените въпроси въз основа на общите принципи на ДФЕС, в частност принципите на равно третиране и недопускане на дискриминация на основание на гражданството, както и произтичащото от тях задължение за прозрачност. Съгласно постоянната съдебна практика това предполага, че разглежданата поръчка е свързана с ясен трансграничен интерес предвид по-специално стойността ѝ и мястото на изпълнението ѝ [22]. Наличието на такъв трансграничен интерес трябва да се преценява въз основа на всички релевантни критерии, каквито са стойността на поръчката, мястото ѝ на изпълнение или техническите ѝ аспекти, и като се имат предвид конкретните характеристики на съответната поръчка [23].

36. Съдът вече е постановил, че наличието на трансграничен интерес може да се установи по-специално от факта на значителната стойност на съответната поръчка в съчетание с мястото на изпълнение на строителните работи или още техническите характеристики на поръчката [24]. Така обществена поръчка за строителство може да представлява определен трансграничен интерес поради прогнозната ѝ стойност, заедно с техническия ѝ характер или локализиране на строителството на място, което е благоприятно за привличане на интереса на чуждестранни оператори [25].

19 — Вж. по-специално решение от 18 октомври 2012 г., Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, т. 51). В решение от 14 януари 2016 г., Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, т. 19—21) Съдът приема да тълкува Директива 2004/18, като взема предвид по-специално твърдението на латвийското правителство, че латвийският Закон за обществените поръчки се прилага за поръчки за строителство на стойност под прага, определен в Директива 2004/18. Съдът обаче приема, че е компетентен да отговори на поставения въпрос, но „без да се засяга резултатът от проверките, които следва да направи запитващата юрисдикция“.

20 — Вж. по аналогия решение от 18 декември 2014 г., Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, т. 25).

21 — Вж. по-специално решения от 10 октомври 2013 г., Swm Costruzioni 2 и Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, т. 24 и цитираната съдебна практика) и от 16 април 2015 г., Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, т. 17 и цитираната съдебна практика).

22 — Вж. по-специално решения от 19 декември 2012 г., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce и др. (C-159/11, EU:C:2012:817, т. 23), от 10 юли 2014 г., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, т. 24) и от 18 декември 2014 г., Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, т. 27).

23 — Вж. постановеното неотдавна решение от 14 юли 2016 г., Promoimpresa и др. (C-458/14 и C-67/15, EU:C:2016:558, т. 66 и цитираната съдебна практика). Вж. също заключението ми по дело Комисия/Финландия (C-195/04, EU:C:2007:28, т. 55).

24 — Решение от 16 април 2015 г., Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, т. 20).

25 — Вж. решения от 15 май 2008 г., SECAP и Santorso (C-147/06 и C-148/06, EU:C:2008:277, т. 24) и от 17 ноември 2015 г., RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, т. 51).

37. Съдът понякога оставя на националната юрисдикция задачата да провери дали е налице трансграничен интерес [26]. В настоящия случай обаче Съдът разполага с достатъчно данни, за да заключи, че разглежданата обществена поръчка действително представлява трансграничен интерес. Първо, прогнозната стойност на поръчката е значителна [27]. Освен това Клайпеда е едно от основните пристанища в Балтийско море. В допълнение, строителството на пристанищен кей като предвиденото в разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка изисква високи технически умения, каквито се предполага, че притежават само ограничен брой предприятия. На последно място, привлекателността на тази обществена поръчка за чуждестранни оператори се потвърждава от обстоятелството, че са подали оферти две чуждестранни предприятия [28], на едно от които в крайна сметка е възложена поръчката.

38. Следователно преюдициалните въпроси трябва да бъдат разгледани в контекста на общите принципи на прозрачност и равно третиране по членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, които трябва да се спазват при възлагане на обществени поръчки [29]. Тъй като членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС се прилагат за поръчка като разглежданата в главното производство, пристанищният орган е длъжен да спазва забраната за дискриминация на основание на гражданството и да изпълнява предвиденото в тези разпоредби задължение за прозрачност [30].

Ограничението за възлагане на подизпълнители по член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки (първи въпрос, буква а)

39. С първи въпрос, буква а) запитващата юрисдикция иска да се установи дали правото на Съюза допуска разпоредба като член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки, съгласно която в случай на обществена поръчка за строителство оферентът трябва да извърши сам „основното строителство“, както е определено от възлагащия орган.

40. Borta не оспорва законосъобразността на ограничението за възлагане на подизпълнители в касационната си жалба пред запитващата юрисдикция. Последната повдига въпроса „служебно“ в обществен интерес. Действително на пръв поглед не става ясно дали обстоятелствата по главното производство включват участие на подизпълнители. Подаването на оферта от партньори по споразумение за съвместна дейност може да предполага, че когато офертата бъде избрана, всички партньори стават самостоятелни страни по договора за обществена поръчка с възлагащия орган. Такова положение не включва участието на подизпълнители, което е налице само когато (цялата или част от) поръчката се изпълнява от трети за договора лица [31]. Обратно, споразумение за съвместна дейност би включвало участието на подизпълнители, ако само един от партньорите действа официално в качеството на оферент, но всички изпълняват поръчката,

26 — Вж. по-специално решения от 23 декември 2009 г., Serrantoni и Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, т. 25) и от 14 ноември 2013 г., Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, т. 30 и цитираната съдебна практика).

27 — Вж. по аналогия решение от 16 април 2015 г., Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, т. 20).

28 — Вж. решения от 15 май 2008 г., SECAP и Santorso (C-147/06 и C-148/06, EU:C:2008:277, т. 24) и от 17 ноември 2015 г., RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, т. 51).

29 — Вж. по-специално решения от 13 ноември 2007 г., Комисия/Ирландия (C-507/03, EU:C:2007:676, т. 26) и от 10 юли 2014 г., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, т. 27). Съдът многократно е постановявал, че целта на координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки на равнището на Съюза е именно да се премахнат пречките пред свободното движение на стоки и услуги и следователно да се защитят интересите на установените в дадена държава членка търговци, които възнамеряват да предлагат стоки или услуги на възлагащи органи от друга държава членка (вж. например решения от 3 октомври 2000 г., University of Cambridge C-380/98, EU:C:2000:529, т. 16, от 18 октомври 2001 г., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, т. 32 и от 24 януари 2008 г., Lianakis и др., C-532/06, EU:C:2008:40, т. 39).

30 — Вж. по аналогия решение от 18 декември 2014 г., Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, т. 32 и цитираната съдебна практика).

31 — Вж. по отношение на това разграничение заключението на генералния адвокат Jääskinen по дело Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, т. 22).

или ако партньорите учредят съвместно предприятие, което става страна по договора вместо самите партньори. Налице е твърде ограничена информация за подадената от Borta оферта и не е задача на Съда да проверява дали офертата действително или евентуално предвижда участието на подизпълнители.

41. Съгласно постоянната съдебна практика Съдът не може да се произнесе по въпрос, поставен от национална юрисдикция, ако е явно, че тълкуването или преценката на валидността на правило от правото на Съюза, поискано/поискана от националната юрисдикция, няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора по главното производство [32]. В случая обаче не е така. В точка 4.3 от спецификациите на поръчката, която е в основата на спора по главното производство, изрично е посочен член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки. С оглед на това не е явно, че първи въпрос, буква а) няма никаква връзка с действителността и с предмета на посочения спор, и следователно този въпрос е допустим [33].

42. Сега преминавам към същността на въпроса.

43. От постоянната съдебна практика следва, че членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС не допускат национална мярка, която, макар и да се прилага без дискриминация с оглед на гражданството, може да попречи, да затрудни или да направи по-малко привлекателно упражняването от гражданите на Съюза на свободата на установяване и на свободата на предоставяне на услуги, гарантирани от посочените разпоредби [34].

44. Що се отнася до обществените поръчки и до свободата на установяване и свободата на предоставяне на услуги, в интерес на Съюза е да се осигурява възможно най-широко участие на оференти в процедурите за възлагане на обществени поръчки, дори и когато директивите в областта на обществените поръчки не са приложими [35]. Това е в интерес на самия възлагащ орган, който по този начин ще разполага с по-голям избор, що се отнася до икономически най-изгодната и най-подходящата с оглед на нуждите му оферта [36]. Следователно една от основните функции на принципа на равно третиране на оферентите и на произтичащото от него задължение за прозрачност е да се осигури свободното движение на услуги и ненарушаването на конкуренцията във всички държави членки [37].

45. Възлагането на подизпълнители спомага за постигането на тези цели, тъй като може да насърчи участието на малки и средни предприятия на пазара на обществените поръчки и по този начин да увеличи броя на потенциалните кандидати за възлагане на обществени поръчки [38].

46. В настоящия случай разпоредба като член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки видимо ограничава възможността установени в други държави членки предприятия да упражняват правата си по членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, доколкото не допуска, в случай че участват в процедурата по възлагане на обществена поръчка, да възлагат на подизпълнители

32 — Вж. по-специално решение от 12 май 2011 г., Runevič-Vardyn и Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, т. 33).

33 — Вж. по аналогия решение от 12 май 2011 г., Runevič-Vardyn и Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, т. 34).

34 — Решения от 23 декември 2009 г., Serrantoni и Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, т. 41) и от 10 юли 2014 г., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, т. 28 и цитираната съдебна практика).

35 — Вж. решения от 23 декември 2009 г., CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, т. 37), от 10 юли 2014 г., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, т. 29) и от 11 декември 2014 г., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ и др. (C-113/13, EU:C:2014:2440, т. 51 и цитираната съдебна практика).

36 — Решение от 23 декември 2009 г., CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, т. 37 и цитираната съдебна практика).

37 — Решение от 10 октомври 2013 г., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, т. 28).

38 — Вж. по аналогия решения от 10 октомври 2013 г., Swm Costruzioni 2 и Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, т. 34) и от 14 януари 2016 г., Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, т. 24). Вж. също моето заключение по дело Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, т. 30).

цялото или част от „основното строителство“, както е определено от възлагащия орган, или да предлагат собствените си услуги като подизпълнители за тази част от поръчката. Следователно, както Комисията основателно изтъква, член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки ограничава свободата на предоставяне на услуги и свободата на установяване.

47. Подобно ограничение обаче може да бъде обосновано, доколкото отговаря на императивни съображения от общ интерес и доколкото е съобразено с принципа на пропорционалност, а именно е в състояние да гарантира осъществяването на преследваната цел и не надхвърля необходимото за постигането ѝ [39].

48. Литовското правителство обяснява, че разглежданото ограничение за възлагане на подизпълнители е въведено, за да се позволи на възлагащите органи да защитят интересите си и за да се осигури точното изпълнение на строителството, възложено на подизпълнители. Това ограничение цели по-специално справянето с често срещаното положение, при което икономическите оператори участват в процедури за възлагане на обществени поръчки с намерението, ако бъдат избрани за изпълнители, да възложат на подизпълнители съществена част от поръчката. Често това води до строителство с по-ниско качество или до трудности при извършването му. Литовското правителство добавя, че член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки съответства на общата позиция, която е възприета от Съвета по сходни въпроси и е довела по-специално до правилото, съдържащо се понастоящем в член 79, параграф 3 от Директива 2014/25 [40]. В съдебното заседание пристанищният орган твърди по същество, че има законен интерес да се увери в точното изпълнение на разглежданото в главното производство строителство, което е от стратегическо значение за националната сигурност.

49. Възлагащите органи имат законен интерес да се уверят, че обществената поръчка за строителство ще бъде действително и точно изпълнена [41]. Това се отнася по-специално до случаите, когато разглежданото строителство се счита за необходимо за опазване на националната сигурност, което съгласно член 4, параграф 2 ДЕС е сред съществените функции на държавата, които Европейският съюз трябва да зачита [42]. Така от даден оферент може да се изисква да представи доказателства, че действително ще разполага с ресурсите на образуванията, на които ще разчита — ресурси, които не му принадлежат и са необходими за изпълнението на поръчката [43]. При това положение възлагащият орган има право, що се отнася до изпълнението на съществените части от поръчката, да забрани използването на подизпълнители, чиито възможности не е могъл да провери на етапа на разглеждане на офертите и подбор на изпълнител на поръчката [44].

50. Произтичащото от член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки ограничение на свободата на предоставяне на услуги и свободата на установяване обаче изглежда не е пропорционално на тази цел.

39 — Вж. по-специално решения от 27 октомври 2005 г., Contse и др. (C-234/03, EU:C:2005:644, т. 25) и от 10 юли 2014 г., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, т. 31). Вж. също по отношение на принципа на пропорционалност, който се прилага като общ принцип на правото на Съюза в контекста на процедурите за възлагане на обществени поръчки, които не попадат в приложното поле на Директива 2004/17 или Директива 2004/18, решение от 22 октомври 2015 г., Impresa Edilux и SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, т. 29).

40 — Директива 2004/17 не съдържа сходно на това правило.

41 — Вж. по аналогия решение от 14 юли 2016 г., Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, т. 34 и цитираната съдебна практика). Вж. също заключението ми по това дело (C-406/14, EU:C:2015:761, т. 32 и цитираната съдебна практика).

42 — Дали съображенията, свързани с националната сигурност, могат да обосноват ограничение на принципите на Договора от значение за настоящото производство, е различен въпрос, който не следва да се разглежда в настоящото изложение.

43 — Вж. по аналогия решение от 7 април 2016 г., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, т. 37 и цитираната съдебна практика).

44 — Вж. по аналогия решения от 18 март 2004 г., Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, т. 45) и от 14 юли 2016 г., Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, т. 34).

51. Първо, това ограничение се прилага дори и когато възлагащият орган реално е в състояние да провери техническите и икономически възможности на подизпълнителите в хода на процедурата по възлагане на поръчката. Като алтернатива на това ограничение би могло (например) да се постави изискване основният изпълнител да определи подизпълнителите при подаване на офертата си и да докаже както че действително ще разполага с необходимите за изпълнение на поръчката ресурси на тези подизпълнители, така и че въпросните подизпълнители са подходящи за изпълнение на задачите, които той възнамерява да им възложи.

52. Второ, разпоредбата на член 24, параграф 5 също така е едновременно *твърде строга* и *твърде неясна*, за да отговори на критерия за пропорционалност. Въпреки че възлагащите органи изглежда се ползват с по-голяма гъвкавост при определяне на „основното строителство“ за всяка отделна поръчка, произтичащото от тази разпоредба ограничение на участието на подизпълнители е формулирано твърде широко. То се прилага независимо от предмета на обществената поръчка за строителство и обвързва възлагащите органи при сключване на всякакъв вид договори по обществени поръчки за строителство, дори и когато те считат, че изобщо няма очевидна причина за налагането на такова ограничение.

53. Както твърди Комисията, ограничението за участие на подизпълнители по член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки в това отношение се различава от член 79, параграф 3 от Директива 2014/25. Тази разпоредба само *дава право* на възлагащите органи да изискват по-специално определени операции от *критично* значение да бъдат извършвани пряко от самия оферент. Така възлагащите органи могат да преценят дали такова ограничение е подходящо в зависимост от обстоятелствата. От това следва, че дори да се приеме, както твърди литовското правителство, че член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки транспонира в литовското право член 79, параграф 3 от Директива 2014/25[45], тази разпоредба е транспонирана неправилно.

54. По тези причини считам, че в контекста на обществена поръчка, за която не се прилага Директива 2004/17 или Директива 2004/18, но която предизвиква ясен трансграничен интерес, забраната за дискриминация на основание на гражданството и задължението за прозрачност, произтичащи от членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, не допускат разпоредба на националното право като член 24, параграф 5 от Закона за обществените поръчки, съгласно която оферентът трябва да извърши сам „основното строителство“, както е определено от възлагащия орган, без да може да възлага на подизпълнители тази част от поръчката.

Законосъобразност на точка 4.3 от спецификацията на обществената поръчка (първи въпрос, буква б)

55. В първи въпрос, буква б) се пита дали правото на Съюза допуска спецификации на обществена поръчка, съгласно които, когато партньори предлагат да съчетаят професионалния си капацитет чрез подаване на съвместна оферта, се изисква аритметично съответствие между частта от поръчката, която ще изпълнява всеки от партньорите по съвместната дейност, и участието му в изпълнението на изискването за професионален опит.

56. По делото пред националния съд точка 4.3 от спецификациите на поръчката се отнася до възлагането на обществената поръчка. Тази спецификация трябва да се тълкува във връзка с точка 4.2.3 от спецификациите на поръчката, съгласно която в офертите, подадени от партньори по съвместна дейност, трябва да се определят ангажиментите (строителни работи или услуги) на всеки от партньорите, както и процентният дял от тези ангажименти. Така

45 — Вж. точка 25 по-горе.

възлагащият орган е в състояние да се увери, на етапа на разглеждане на офертите и подбора на изпълнител на поръчката, че всеки от партньорите ще бъде отговорен за част от строителството или услугите, съответстваща на участието му в изпълнението на изискването за професионален опит по точка 3.2.1 от спецификациите на поръчката.

57. Принципите, които посочих по-горе относно участието на подизпълнители, се прилагат също и за обединяването на капацитета на партньори по съвместна дейност [46].

58. Според мен изискване като предвиденото в точка 4.3 от спецификациите на поръчката може да доведе до ограничаване на гъвкавостта на партньорите по съвместната дейност. То засяга не само начина, по който те се договарят да разпределят отговорностите си към момента на подаване на съвместната оферта, но не допуска също да се правят изменения на по-късен етап по отношение на участието на всеки партньор в изпълнението на поръчката за строителство, в случай че им бъде възложена.

59. Така изискването по точка 4.3 от спецификациите на поръчката може да има възпиращо действие върху икономическите оператори, установени в други държави членки. То ще засегне операторите, които желаят да се установят в съответната държава членка чрез създаване на постоянно обединение, учредено евентуално от национални и чуждестранни предприятия. То ще засегне също операторите, които желаят да предоставят услугите си чрез присъединяване към такива вече създадени обединения, за да могат по-лесно да участват в процедури за обществени поръчки, обявени от възлагащите органи на тази държава членка [47]. Следователно такава спецификация представлява ограничение по смисъла на членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС.

60. Пристанищният орган и литовското правителство твърдят по същество, че точка 4.3 от спецификациите на поръчката цели единствено да гарантира, че всеки партньор по съвместната дейност има професионален капацитет да изпълни частта от обществената поръчка за строителство, за която ще бъде отговорен.

61. Вече отбелязах, че целта за осигуряване на точното изпълнение на обществена поръчка може да обоснове (недискриминационно) ограничение на свободата на предоставяне на услуги и на свободата на установяване [48]. Към момента на подаване на офертата партньорите, извършващи дейност по силата на споразумение за съвместна дейност, може, *взети заедно*, да изпълнят предвиденото(те) от възлагащия орган условие(я), свързано(и) с професионалния капацитет (включително професионалния опит). Това обаче не означава, че на всички партньори впоследствие действително ще бъдат възложени точно тези конкретни задачи, по отношение на които професионалният им капацитет е бил проверен преди възлагането на поръчката. Следователно членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС по принцип допускат възможността възлагащият орган да поставя изискване в офертите, подавани по силата на споразумение за съвместна дейност, да се определя как различните задачи ще бъдат разпределени между партньорите, да проверява капацитета на всеки от партньорите за изпълнение на задачите, за които ще отговаря, и да следи за това дали след възлагането на поръчката всеки от партньорите изпълнява надлежно задачите, по отношение на които е доказал професионален капацитет [49].

62. Точка 4.3 от разглежданите в случая спецификации на поръчката обаче не е подходяща за гарантиране на постигането на тази цел.

46 — Вж. точки 43—45, 47 и 49 от настоящото заключение.

47 — Вж. по аналогия решение от 23 декември 2009 г., Serrantoni и Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, т. 42).

48 — Вж. точка 49 от настоящото заключение.

49 — Логиката е същата както в контекста на участието на подизпълнители. Вж. точка 49 от настоящото заключение и цитираната по аналогия съдебна практика в бележки под линия 43 и 44.

63. Тази точка изисква наличието на аритметично съответствие между участието на всеки от партньорите в изпълнението на изискването за професионален опит по точка 3.2.1 и „обема“ (или паричната стойност) на задачите, които съответният партньор действително извършва при изпълнението на поръчката.

64. Както Комисията основателно изтъква, тази спецификация *не е свързана с конкретните строителни работи или услуги*, необходими за точното изпълнение на разглежданата обществена поръчка. Например всеки партньор по споразумение за съвместна дейност може да е в състояние да докаже, че е придобил опит в областта на строителството или реконструкцията на пристанищни кейове през последните пет години. Така партньорите, взети заедно, ще изпълняват изискването за професионален опит по точка 3.2.1 от спецификациите на поръчката. Всеки от тях обаче може да е специализиран в различна сфера от строителството на пристанищни кейове, като например драгиране на пристанищни басейни, строителни и монтажни работи по фундиране, изграждане на стени от оребрена стомана или доставка и монтаж на оборудване за пристанищни кейове. Предвиденото в точка 4.3 изискване не е пречка отделен партньор да извършва конкретни задачи, за които в действителност няма необходимия опит (въпреки че от чисто аритметична гледна точка тези задачи могат да съответстват на участието му в изпълнението на изискването по точка 3.2.1 от спецификациите на поръчката и по този начин да се постигне съответствие с точка 4.3 от същите).

65. Поради това считам, че в случай като разглеждания в главното производство целта за осигуряване на точното изпълнение на обществената поръчка не може да обоснове произтичащото от точка 4.3 от спецификациите на поръчката ограничение на свободата на предоставяне на услуги и на свободата на установяване. Това важи с още по-голяма сила, тъй като дори задачи, които представляват малка част от общата стойност на поръчката, могат да са от критично значение за точното ѝ изпълнение [50].

66. Пристанищният орган твърди, че съобразно принципите на равно третиране на оферентите и на прозрачност при проверката на професионалния капацитет на отделните партньори по съвместната дейност можело да се взема предвид само професионалният капацитет, който действително ще бъде използван за изпълнение на обществената поръчка.

67. Въпреки че тези цели са легитимни [51], горният довод не може да се приеме. В отговор на въпрос на Съда по време на съдебното заседание пристанищният орган обяснява, че спецификациите на поръчката не изключват възможността партньорите, подаващи оферта по споразумение за съвместна дейност, също както и останалите оференти, да възлагат на подизпълнители изпълнението на обществените поръчки за строителство (с изключение на „основното строителство“) и че в такъв случай *не* е необходимо при подаване на съвместната оферта да бъде деклариран професионалният опит на подизпълнителите. Следователно, противно на твърденията на пристанищния орган, спецификациите на поръчката в главното производство всъщност не дават гаранция, че професионалният капацитет, деклариран от партньорите при подаване на съвместна оферта и проверен от възлагащия орган, действително ще бъде използван за изпълнение на разглежданата обществена поръчка за строителство.

68. Поради това стигам до извода, че в контекста на обществена поръчка, която е на стойност под предвидения в Директива 2004/17 или Директива 2004/18 праг, но е свързана с ясен трансграничен интерес, забраната за дискриминация на основание на гражданството и задължението за прозрачност, произтичащи от членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, не допускат спецификация на обществена поръчка като тази в точка 4.3, съгласно която, когато партньори

50 — Например хидроизолация на инфраструктурата.

51 — Вж. в този смисъл решения от 23 декември 2009 г., Serrantoni и Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, т. 31 и 32 и цитираната съдебна практика) и от 22 октомври 2015 г., Impresa Edilux и SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, т. 36).

предлагат да съчетаят професионалния си капацитет чрез подаване на съвместна оферта, се изисква аритметично съответствие между частта от поръчката, която изпълнява всеки от партньорите по съвместната дейност, и участието му в изпълнението на условието относно професионалния опит.

Законосъобразност на измененията на точка 4.3 от спецификациите на обществената поръчка в хода на процедурата за възлагане (втори въпрос)

69. Принципите на равно третиране и недопускане на дискриминация на основание на гражданството, установени в членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, както и произтичащото от тях задължение за прозрачност, изключват ли възможността пристанищният орган да измени клауза 4.3 от спецификациите на поръчката, както е направил?

70. Практиката на Съда по тълкуването на член 2 от Директива 2004/18 дава полезни насоки за отговора на този въпрос. Съгласно тази разпоредба „[в]ъзлагащите органи третират икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин“. Следователно тази разпоредба се основава на принципите на равно третиране и недопускане на дискриминация, както и на задължението за прозрачност, произтичащи от ДФЕС[52].

71. Така Съдът е постановил, че както принципът на равно третиране, така и задължението за прозрачност, което следва от него, изискват предметът и критериите за възлагане на обществените поръчки да бъдат ясно определени още от самото начало на процедурата за възлагане[53]. Равното третиране налага оферентите да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си. Това включва изискването спрямо офертите на всички оференти да се прилагат едни и същи условия[54]. От друга страна, задължението за прозрачност има за цел да гарантира, че не съществува риск от фаворизиране и произвол от страна на възлагащия орган. То изисква условията и редът за провеждане на процедурата за възлагане да са определени ясно, точно и еднозначно в обявлението за поръчка или в тръжните спецификации, така че, първо, да позволят на всички оференти в разумни граници осведомени и полагащи обичайната грижа да схванат тяхното точно съдържание и да ги тълкуват по един и същ начин, и второ, да дадат възможност на възлагащия орган да провери действително дали офертите на оферентите съответстват на критериите на разглежданата поръчка[55].

72. Следователно възлагащият орган не може да променя, дори посредством нанасянето на поправки, обхвата на съществените условия на поръчката, които са били посочени в тръжната спецификация и въз основа на които заинтересованите икономически оператори правомерно са взели решение да подготвят подаването на оферта, или обратно — да се откажат от участие в процедурата за възлагане на поръчката[56].

73. Същите принципи се прилагат и когато поръчка, за която не се прилага Директива 2004/18, предизвиква ясен трансграничен интерес. По дело Enterprise Focused Solutions[57] Съдът е постановил, че възлагащият орган не би могъл след публикуването на обявлението за поръчка да прави промени в техническата спецификация, която се отнася до елемент от поръчката, в нарушение на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, както и на

52 — Решение от 7 септември 2016 г., Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, т. 34).

53 — Решения от 10 декември 2009 г., Комисия/Франция (C-299/08, EU:C:2009:769, т. 41) и от 10 май 2012 г., Комисия/Нидерландия (C-368/10, EU:C:2012:284, т. 56).

54 — Решение от 6 ноември 2014 г., Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, т. 44).

55 — Вж. по-специално решение от 6 ноември 2014 г., Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, т. 44 и цитираната съдебна практика); вж. също решение от 10 май 2012 г., Комисия/Нидерландия (C-368/10, EU:C:2012:284, т. 88).

56 — Решение от 10 май 2012 г., Комисия/Нидерландия (C-368/10, EU:C:2012:284, т. 55).

57 — Решение от 16 април 2015 г., Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

задължението за прозрачност[58]. Това съответства на други решения, в които Съдът ясно е посочил, че принципът на равно третиране и задължението за прозрачност по начало не допускат след подаването им офертите да бъдат променяни както по инициатива на възлагащия орган, така и по инициатива на оферента, освен ако с промяната не се отстраняват явни технически грешки или се пояснява подробности по самата поръчка[59].

74. В настоящия случай пристанищният орган е действал в нарушение на тези принципи, като два пъти е изменил точка 4.3 от спецификациите на поръчката.

75. Първо, както твърди Комисията, тези изменения не могат да се разглеждат като незначителни пояснения на въпросната точка или като отстраняване на техническа грешка. Първоначалната редакция на точка 4.3 очевидно допуска изискването за професионален капацитет, съдържащо се в точка 3.2.1 от спецификациите на поръчката, да бъде изпълнено поне от един партньор, участващ в съвместната дейност, *или* от всички партньори, взети заедно. И двете изменения (от 24 април и от 9 май 2014 г.) въвеждат ограничения във връзка с доказването на професионален капацитет в случай на партньорство по съвместна дейност. Тези ограничения очевидно не са били посочени в първоначалната редакция на въпросната точка. Напротив, те променят същността на точка 4.3 от спецификациите на поръчката, въз основа на която заинтересованите оператори вече правомерно са взели решение да подготвят подаването на офертата или да се откажат от участие в процедурата за възлагане на поръчката. Поради това не съм съгласна с твърдението на пристанищния орган, че осведомените в разумни граници оференти биха могли да предвидят разглежданите изменения.

76. Освен това пристанищният орган не е представил обективна обосновка, за да обясни защо на два пъти е направил съществени изменения в точка 4.3 от спецификациите на обществената поръчка след публикуването на първоначалното обявление за поръчката. Така, макар в крайна сметка това да трябва да се провери от запитващата юрисдикция, която единствено може да се произнася по фактите, нищо в представените пред Съда материали не навежда на извода, че тези изменения са станали необходими поради съществена промяна, настъпила след публикуването на поръчката, в обстоятелствата, при които последната е следвало да бъде възложена или изпълнена.

77. Можем да си представим обстоятелства, при които е възможно да настъпи такава съществена промяна и при които възлагащият орган ще бъде изправен пред дилемата или да започне отново процедурата по възлагане ab initio, или да промени спецификациите на поръчката. И двете решения си имат своите недостатъци, свързани с направените разходи от участващите в първоначалната процедура за възлагане на обществена поръчка; ще възникнат и очевидни въпроси, по-специално що се отнася до опасността от злоупотреба или манипулация, нуждата от прозрачност и равно третиране на (потенциалните) оференти и (възможното) възстановяване на (някаква част от) направените разходи. За щастие нито един от тези деликатни въпроси не изисква разрешаване от Съда по настоящото дело и предлагам да не ги разглеждаме по-нататък.

78. Ето защо при обстоятелствата по настоящия случай стигам до извода, че забраната за дискриминация на основание на гражданството и задължението за прозрачност, произтичащи от членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, не допускат изменения в спецификациите на обществената поръчка като разглежданите в главното производство, с които се въвеждат ограничения във връзка с доказването на професионален капацитет от партньори по съвместна дейност и които очевидно не са били включени в първоначалната редакция на спецификациите.

58 — Решение от 16 април 2015 г., Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, т. 29).

59 — Вж. по-специално решение от 10 октомври 2013 г., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, т. 31 и 32).

79. Този извод не се поставя под съмнение от факта, че измененията са били въведени, преди да са били подадени офертите, или от факта, че пристанищният орган е публикувал измененията в *Официален вестник на Европейския съюз* и е удължил крайния срок за подаване на офертите. Както вече обясних, последващите изменения от страна на пристанищния орган на точка 4.3 от спецификациите на поръчката водят до съществена промяна, без обективна обосновка, на условията, при които партньори по съвместна дейност могат да подават оферти [60].

80. Накрая, бих искала да подчертая, че представеният от мен анализ следва от обстоятелствата по конкретния случай в главното производство. Ето защо той по никакъв начин не предопределя как следва да се прилагат при други обстоятелства принципите на равно третиране и недопускане на дискриминация, както и задължението за прозрачност, произтичащи от ДФЕС.

Заключение

81. С оглед на всички изложени по-горе съображения считам, че Съдът трябва да отговори на поставените от Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Върховен съд, Литва) преюдициални въпроси по следния начин:

„1. В контекста на обществена поръчка, за която не се прилага Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, или 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, но която предизвиква ясен трансграничен интерес, забраната за дискриминация на основание на гражданството и задължението за прозрачност, произтичащи от членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат разпоредба на националното право като член 24, параграф 5 от Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Закон за обществените поръчки), съгласно която оферентът трябва да извърши съм „основното строителство“, както е определено от възлагащия орган, без да може да възлага на подизпълнители тази част от поръчката.

2. В същия контекст забраната за дискриминация на основание на гражданството и задължението за прозрачност, произтичащи от членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, не допускат спецификация на обществена поръчка като тази в точка 4.3, съгласно която, когато партньори предлагат да съчетаят професионалния си капацитет чрез подаване на съвместна оферта, се изисква аритметично съответствие между частта от поръчката, която изпълнява всеки от партньорите по съвместната дейност, и участието му в изпълнението на условието относно професионалния опит.

3. Забраната за дискриминация на основание на гражданството и задължението за прозрачност, произтичащи от членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, не допускат изменения в спецификациите на обществената поръчка като разглежданите в главното производство, с които без обективна обосновка се въвеждат ограничения във връзка с доказването на професионален капацитет от партньори по съвместна дейност и които очевидно не са били включени в първоначалната редакция на спецификациите“.

60 — Вж. точки 75 и 76 по-горе.