Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
P. MENGOZZI
представено на 10 март 2016 година[1]

Дело C-6/15

TNS Dimarso NV
срещу
Vlaams Gewest

(Преюдициално запитване, отправено от Raad van State van België (Държавен съвет на Белгия)

„Преюдициално запитване — Директива 2004/18/ЕО — Член 53 — Критерии за възлагане на обществени поръчки — Оференти — Равно третиране — Икономически най-изгодна оферта — Оценка на офертите“

I – **Въведение**

1. С настоящото преюдициално запитване Raad van State van België (Държавен съвет на Белгия) иска по същество да се установи дали член 53, параграф 2 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], разглеждан в светлината на принципите на равно третиране и на прозрачност, изисква възлагащият орган винаги, или при определени обстоятелства, да е задължен да посочи предварително в обявлението за обществената поръчка или в спецификацията метода за оценяване или правилата за претегляне на критериите, използвани за оценяване на офертите на оферентите.

2. Запитването е отправено във връзка със спор между TNS Dimarso NV (наричано по-нататък „Dimarso“) и Vlaams Gewest (фламандска публична агенция за жилищно дело, наричана по-нататък „Агенция за жилищно дело“) относно законосъобразността на метода за оценяване на офертите на оферентите в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги, организирана от последното образувание.

3. Накратко, от акта за преюдициално запитване става ясно, че с покана за представяне на оферти, публикувана в *Официален вестник на Европейския съюз* от 31 януари 2012 г., Агенцията за жилищно дело открива процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги за провеждане на мащабно проучване на жилищното дело и жилищното потребление във Фландрия. Прогнозната стойност на поръчката е в размер на 1 400 000 EUR, включително данъка върху добавената стойност (ДДС).

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 Директивата е изменена с Регламент (ЕС) № 1251/2011 на Комисията от 30 ноември 2011 година за изменение на директиви 2004/17/ЕО, 2004/18/ЕО и 2009/81/ЕО на Европейския парламент и на Съвета по отношение на прилаганите от тях прагове за процедурите за възлагане на обществени поръчки (ОВ L 319, стр. 43, наричана по-нататък „Директива 2004/18“).

4. В спецификацията за тази поръчка са предвидени следните два критерия за възлагане:

„1 Качество на офертата (50/100)

Качество на подготовката, организацията и изпълнението на работата на място, въвеждането на данни и първата обработка на данните. Предлаганите услуги трябва да бъдат описани възможно най-подробно. От офертата трябва да бъде ясно дали оферентът е в състояние да поеме изпълнението на цялата поръчка (минимум 7 000 извадкови единици/максимум 10 000 извадкови единици) за предвидения срок на изпълнение от 12 месеца.

2 Цена (50/100)

Цена за изпълнение на поръчката за основната извадка (7 000 извадкови единици) и цена за провеждането на всеки транш от предоставени допълнителни 500 интервюта (суми с включен ДДС)“.

5. Четирима оференти представят оферти, които съгласно доклада относно качествения подбор на комисията за оценка отговарят на минималните изисквания за технически възможности. Начинът за оценяване на офертите е определен в доклада за възлагане на комисията за оценка от 23 март 2012 г. по следния начин:

„След това комисията извърши оценка на офертите.

Четирите оферти са оценени и сравнени една с друга въз основа на посочените критерии. Най-напред офертите са разгледани и оценени въз основа на критерия „качество“. В това отношение всяка оферта получава единодушно определена оценка (висока — средна — слаба). След това се прилага критерият „цена“.

Въз основа на тези оценки се формира окончателно класиране“.

6. От доклада за възлагане става ясно, че що се отнася до първия критерий, а именно качеството на офертите, Dimarso и двама други оференти са получили „висока“ оценка, а четвъртият оферент е получил „слаба“ оценка. По отношение на втория критерий — цената, докато четвъртият оферент е представил оферта с най-ниска цена, Dimarso е предложил най-скъпата оферта.

7. На 11 април 2012 г. поръчката е възложена окончателно на един от оферентите, който е получил „висока“ оценка и чиято оферта е била с по-ниска цена от офертата на Dimarso.

8. В подкрепа на жалбата си за отмяна срещу решението за възлагане на поръчката Dimarso изтъква пред запитващата юрисдикция, че комисията за оценка изглежда е оценила офертите във връзка с критерия качество въз основа на скала за оценяване с „висока — средна — слаба“ оценка, която скала не е посочена в спецификацията, докато според Dimarso от спецификацията ставало ясно, че оценка от 0 до 50 точки е трябвало да бъде присъдена на всяка оферта. Що се отнася до критерия „цена“, комисията за оценка не е извършила съответните анализ, сравнение и окончателна оценка на офертите с оглед на посочените в спецификацията критерии за възлагане, включително посоченото в поканата за представяне на оферти претегляне на всеки от критериите за възлагане в съотношение на 50/100.

9. Най-напред, като отхвърля първата част на жалбата, подадена пред нея от Dimarso, запитващата юрисдикция отбелязва, че разбирането на посоченото в спецификацията съотношение „50/100“ във връзка с всеки от критериите за възлагане не надхвърля пределите на разумната преценка в смисъл, че то посочва само че всеки от двата критерия следва да се приеме за равностоен и следователно за определящ в половината от оценката за класирането на офертите.

10. По-нататък запитващата юрисдикция отбелязва, че както в съображение 46, така и в член 53, параграф 2 от Директива 2004/18 става въпрос само за „критерии“ и за тяхната „относителна тежест“, като никъде не са посочени изрично методът за оценяване и правилата за претегляне. Запитващата юрисдикция подчертава, че методът за оценяване не е неутрален, а напротив, може да бъде от решаващо значение за резултатите от оценяването на офертите въз основа на критериите за възлагане. Тя посочва като пример критерия за възлагане „цена“, по отношение на който възлагащият орган може по-специално да избере прилагането на правилото за пропорционалност, присъждане на максимален брой точки на най-евтината оферта или на нула точки на най-скъпата оферта и прилагането на линейна интерполация за офертите между най-скъпата и най-евтината или предпочитане на офертата със средна цена.

11. Накрая запитващата юрисдикция подчертава, че нито решение Lianakis и др. (C-532/06, EU:C:2008:40, т. 38, 44 и 45), което се отнася до тълкуването на член 36, параграф 2 от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги[3], който има по същество същото съдържание като това на член 53, параграф 2 от Директива 2004/18, нито решение Evropaïki Dynamiki/ЕАМБ (C-252/10 P, EU:C:2011:512), не дават отговор, или най-малкото не дават еднозначен отговор на въпроса, който се поставя в делото по главното производство, а именно дали методът за оценяване, т.е. конкретният метод, който възлагащият орган ще използва за оценяване на офертите, трябва предварително да бъде доведен до знанието на оферентите подобно на критериите и подкритериите за възлагане, както и на „коефициентите за претегляне“.

12. С оглед на тези съображения Raad van State van België (Държавен съвет на Белгия) решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Следва ли член 53, параграф 2 от Директива 2004/18[…] сам по себе си и във връзка с принципите на европейското право на равно третиране и прозрачност в областта на възлагане на обществени поръчки да се тълкува в смисъл, че възлагащият орган, когато възлага поръчката на оферента с икономически най-изгодната оферта от гледна точка на органа, винаги е длъжен да определи предварително и да посочи в обявлението за обществената поръчки или в спецификацията метода за оценяване или правилата за претегляне — независимо от тяхната предвидимост, обичаен характер или обхват — с помощта на които офертата следва да бъде оценена съгласно критериите или подкритериите за възлагане,

или

в смисъл, че макар да не е налице подобно общо задължение, има обстоятелства като например обхватът, липсата на предвидимост или необичайният характер на тези правила за претегляне, при които възниква такова задължение?“.

13. Писмени становища по този въпрос са представили Dimarso, белгийското и италианското правителство, както и Европейската комисия. Тези страни, с изключение на италианското правителство, което не е изпратило свой представител, са изслушани и в съдебното заседание на 13 януари 2016 г.

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

II – **Анализ**

14. С поставения по настоящото дело въпрос от Съда е поискано да уточни обхвата на член 53, параграф 2 от Директива 2004/18. По-конкретно Съдът е сезиран с въпроса дали с оглед на принципите на равно третиране и на прозрачност тази разпоредба изисква възлагащият орган, когато възлага поръчка за услуги въз основа на икономически най-изгодната оферта, да уведомява оферентите в обявлението за поръчката или в спецификацията за метода за оценяване, използван за оценяване на офертите на оферентите.

15. Най-напред, следва да се отбележи, че е безспорно, че обществената поръчка за услуги, предмет на делото в главното производство, определено попада в приложното поле на Директива 2004/18 и че по-специално член 53 от същата е изцяло приложим по отношение на поръчката.

16. Всъщност, от една страна, съгласно член 20 от Директива 2004/18 поръчките за услуги, включени в приложение II A към тази директива, сред които в категория 10 са поръчките, отнасящи се до „Услуги по проучване на пазара и изследване на общественото мнение“, се възлагат в съответствие с членове 23—55 от тази директива. От друга страна, разглежданата в главното производство обществена поръчка за услуги значително надхвърля прага от 200 000 EUR, посочен в член 7, буква б) от Директива 2004/18 в редакцията му, приложима към момента на публикуване на обявлението за поръчка от Агенцията за жилищно дело.

17. Съгласно член 53 от Директива 2004/18, озаглавен „Критерии за възлагане на обществена поръчка“, обществените поръчки се възлагат на оферента, предложил оферта с „най-ниската цена“, или на оферента с „най-изгодната оферта от гледна точка на възлагащия орган“, тоест както се посочва в съображение 46, трета алинея от тази директива и както Съдът е припомнил — на оферента, представил оферта, която „предлага най-добро съотношение качество/цена“ от гледна точка на възлагащия орган [4].

18. В последната хипотеза, която съответства на обществената поръчка за услуги, предмет на делото в главното производство, член 53, параграф 1, буква а) от Директива 2004/18 установява неизчерпателен списък с критерии, свързани с обекта на конкретната обществена поръчка, които възлагащият орган има право да вземе предвид [5]. Сред тези критерии са качеството и цената, които, както е посочено в спецификацията в главното производство, са единствените два критерия, които Агенцията за жилищното дело е взела предвид при възлагането на спорната в главното производство поръчка.

19. Отново в хипотезата на възлагане на обществена поръчка на икономически най-изгодната оферта, член 53, параграф 2, първа алинея от Директива 2004/18 предвижда, че възлагащият орган посочва в обявлението за поръчката или в спецификациите „относителната тежест, която той дава на всеки от критериите, избрани да определят [тази] оферта“. Съгласно втора алинея от същия параграф тези тежести могат да бъдат изразени, като се определи диапазон с подходящ максимален размер. Съгласно трета алинея на тази разпоредба, когато по мнение на възлагащия орган определянето на тежестите е невъзможно по очевидни причини, той посочва в обявлението за поръчката или в спецификациите критериите, подредени по важност в низходящ ред.

4 — Вж. решение Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, т. 29).

5 — Съдът редовно припомня неизчерпателния характер на тези критерии: вж. постановените наскоро решения eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, т. 61) и Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, т. 30).

20. Следва отсега да се отбележи, че предвиденото в член 53, параграф 2 от тази директива задължение за посочване както на критериите за възлагане, така и — след приемането на Директива 2004/18, освен ако това е невъзможно поради надлежно обосновани причини — на относителната тежест на всеки от тези критерии на етапа на публикуване на обявлението за поръчката или спецификацията отговаря на изискването да се гарантира спазването на принципа на равно третиране и на произтичащото от него задължение за прозрачност [6].

21. Що се отнася до оповестяването на тежестта на критериите за възлагане, необходимо е да се подчертае, че член 53, параграф 2 от Директива 2004/18 бележи значително развитие в сравнение с предишния правен режим, приложим за възлагане на обществени поръчки за услуги.

22. Всъщност в рамките на правния режим, който преобладава преди влизането в сила на този акт, член 36, параграф 2 от Директива 92/50/ЕИО изисква единствено възлагащите органи да посочват в спецификацията или в обявлението за поръчката критериите за възлагане, които възнамеряват да прилагат, „ако е възможно — в низходящ ред по значимост“ [неофициален превод].

23. Напротив, понастоящем възлагащите органи имат задължение да посочват тежестта на критериите за възлагане в обявлението за поръчката или в спецификацията. Само в случай, когато това се окаже невъзможно по очевидни причини, тези органи могат да изберат йерархизация на критериите, която при всички положения трябва да бъде оповестявана по подходящ начин в обявлението за поръчката или в спецификацията.

24. Както ще изясня по-нататък, това развитие има определено значение за решаването на спора в главното производство.

25. На този етап следва да се отбележи, че в главното производство е безспорно, че в спецификацията е посочено претегляне на всеки от двата критерия, възприети от възлагащия орган, в съотношение „50/100“. По отношение на това упоменаване запитващата юрисдикция приема, че то може разумно да се разбира в смисъл, че всеки от двата критерия следва да се приеме за равностоен и следователно за определящ в половината от оценката за класирането на офертите.

26. Важно е да се отбележи, че това оценяване е окончателно. От акта за преюдициално запитване всъщност недвусмислено става ясно, а и както потвърждава Dimarso по време на заседанието пред Съда, че запитващата юрисдикция отхвърля първата част на жалбата, подадена пред нея от Dimarso, според която по същество съотношението „50/100“ е трябвало да се тълкува като означаващо, че критерият „качество“ е трябвало да бъде оценен с присъждане на точки от 0 до 50 на всяка оферта. Следователно запитващата юрисдикция приема по същество, че посочената в спецификацията относителната стойност на всеки от двата критерия за възлагане на поръчката е идентична, т.е. 50 %, което разумно информирани и полагащи обичайна грижа оференти са в състояние да тълкуват по един и същ начин [7].

6 — В този смисъл вж. решение Комисия/Ирландия (C-226/09, EU:C:2010:697, т. 43). Напомням все пак, че съгласно постоянната съдебна практика принципът на равно третиране на оферентите, който има за цел да насърчи развитието на здравословна и ефективна конкуренция между участващите в обществена поръчка предприятия, налага всички оференти да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си и следователно включва изискването спрямо офертите на всички конкуренти да се прилагат едни и същи условия (вж. в този смисъл по-специално решения Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, т. 44) и eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, т. 33). Съдът е пояснил и че задължението за прозрачност има главно за цел да гарантира, че не съществува риск от фаворизиране и произвол от страна на възлагащия орган по отношение на някои оференти или някои оферти (вж. в този смисъл решения Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, т. 44) и eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, т. 34).

7 — Стандартът за разумно информирания и полагащ обичайна грижа оферент следва от практиката на Съда: в това отношение вж. решения SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, т. 42) и eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, т. 54).

27. Следователно безспорно е, че критериите за възлагане на въпросната обществена поръчка, както и относителната тежест на всеки от тях, са били съобщени на оферентите в спецификацията, а следователно преди възлагането на поръчката, на пръв поглед при спазване на член 53, параграф 2 от Директива 2004/18.

28. Запитващата юрисдикция иска обаче да се установи дали последната разпоредба, разглеждана в светлината на принципа на равно третиране и на задължението за прозрачност, изисква възлагащият орган да съобщи предварително на оферентите, или системно или най-малкото при определени обстоятелства, метода за оценяване на офертите с оглед на критериите за възлагане — и по-специално, що се отнася до главното производство — възприетия метод, а именно ординална скала на три оценки или резултати („слаба — средна — висока“), за да прецени степента на изпълнение на критерия „качество“, публикуван от Агенцията за жилищно дело.

29. Този въпрос може да се разбере с оглед на довода на Dimarso, че по същество възприетият метод за оценяване — („слаба — средна — висока“) оценка — бил толкова неясен, че е накарал възлагащия орган да изравни преценката на критерия „качество“ в полза на тази на критерия „цена“, тъй като единствено с този втори критерий в действителност е могло да се разграничат три от четирите подадени оферти. Следователно критерият „цена“ според Dimarso имал по-висока относителна тежест, отколкото обявената преди това в спецификацията тежест от 50 %. С други думи, Dimarso твърди, че ако методът за оценяване е бил предварително съобщен на оферентите в спецификацията, той неизменно би оказал влияние върху изготвянето на офертите.

30. Не съм безразличен към този довод. Следва обаче да се разсъждава поетапно.

31. Най-напред, както вече отбелязах, член 53, параграф 2 от Директива 2004/18 изисква възлагащият орган да доведе до знанието на оферентите или в обявлението за поръчката, или в спецификацията критериите за възлагане, които възнамерява да възприеме, както и относителната им тежест.

32. Би било обаче напразно да се търси в текста на член 53, параграф 2 от Директива 2004/18 общо задължение за възлагащия орган да посочи в обявлението за поръчката или в спецификацията метода за оценяване на офертите с оглед на критериите за възлагане и на относителната им тежест, т.е. всички правила и методи, по които възлагащ орган или негова структура като комисия за оценка предоставя определен брой точки или оценка на различните оферти в зависимост от степента на изпълнение на един от критериите (и/или евентуално на подкритериите) за възлагане на обществена поръчка.

33. Следователно член 53, параграф 2 от Директива 2004/18 не изисква такъв метод за анализ на офертите, използван от комисия за оценка с оглед на критериите за възлагане на обществена поръчка и на тяхната относителна тежест, да бъде по принцип предварително съобщен на оферентите в обявлението за поръчка или в спецификацията.

34. Практиката на Съда също потвърждава този принцип.

35. От една страна, следва да се припомни, че в практиката на Съда нееднократно се признава законосъобразността на поведението на възлагащ орган, който е претеглил подточките на критерий за възлагане *след* представянето на офертите, но *преди* тяхното отваряне, което непременно предполага, че възлагащият орган не е системно задължен да осигури предварително оповестяване на тази тежест на подкритериите за възлагане в обявлението за

поръчката или в спецификацията [8].

36. На още по-силно основание тази преценка може да се разшири по отношение на приемането на метод за оценяване на офертите с оглед на критериите за възлагане и тяхната относителна тежест.

37. От друга страна, в решение Evropaïki Dynamiki/ЕАМБ (C-252/10 P, EU:C:2011:512, т. 35) Съдът е допуснал — в контекста на прилагането на правилата за възлагане на обществени поръчки от институциите на Европейския съюз [9], по същество аналогичен на този на прилагането на разпоредбите от Директива 2004/18, и по съображения относно обстоятелствата, които не е необходимо да бъдат предварително съобщени от възлагащия орган на оферентите — че комисията за оценка трябва да може да разполага с известна свобода при изпълнението на своята задача и да организира работата си по разглеждане и анализ на представените оферти [10].

38. По всички тези дела Съдът обаче посочва, че свободата, от която се ползва възлагащият орган, е подчинена на спазването на определени условия.

39. Тези условия обаче не са напълно еднакви.

40. Така, от една страна, що се отнася до определянето от възлагащ орган на коефициентите за претегляне на подкритериите за възлагане след представянето на офертите, Съдът е уточнил, както правилно отбелязва запитващата юрисдикция, че това определяне ex post е законосъобразно, ако са изпълнени три условия, а именно:

— да не изменя критериите за възлагане на обществената поръчка, определени в спецификацията или в обявлението за нея,

— да не съдържа елементи, които, в случай че са били известни към момента на изготвянето на офертите, биха могли да окажат влияние върху изготвянето им, и

— да не се основава на елементи, които могат да имат дискриминационни последици по отношение на някой от оферентите [11].

41. Ако едно от тези условия не е изпълнено, от тази съдебна практика може да се направи извод, че определянето на тежестта на подкритериите след публикуването на обявлението за поръчката или на спецификацията води до незаконосъобразност на процедурата за възлагане на обществената поръчка. С други думи, възлагащият орган е трябвало предварително да определи тежестта на подкритериите към критериите за възлагане на поръчката и да гарантира, че тази тежест е била съобщена на оферентите в обявлението за поръчката или в спецификацията.

8 — Вж. решения ATI EAC e Viaggi di Maio и др. (C-331/04, EU:C:2005:718, т. 32), Lianakis и др. (C-532/06, EU:C:2008:40, т. 43) и Evropaïki Dynamiki/ЕАМБ (C-252/10 P, EU:C:2011:512, т. 32 и 33).

9 — В случая става въпрос за тълкуването на член 97 от Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 на Съвета от 25 юни 2002 година относно Финансовия регламент, приложим за общия бюджет на Европейските общности (ОВ L 248, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 3, стр. 198), и на член 138 от Регламент (ЕО, Евратом) № 2342/2002 на Комисията от 23 декември 2002 година относно определянето на подробни правила за прилагането на Финансовия регламент (ОВ L 357, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 4, стр. 3).

10 — Вж. в същия правен контекст и решение bpost/Комисия (T-514/09, EU:T:2011:689, т. 86).

11 — Вж. решения ATI EAC e Viaggi di Maio и др. (C-331/04, EU:C:2005:718, т. 32), Lianakis и др. (C-532/06, EU:C:2008:40, т. 43) и Evropaïki Dynamiki/ЕАМБ (C-252/10 P, EU:C:2011:512, т. 33).

42. От друга страна, що се отнася до свободата на комисията за оценка да организира работата си по анализа и разглеждането на представените оферти, в точка 35 от решение Evropaïki Dynamiki/ЕАМБ (C-252/10 P, EU:C:2011:512) Съдът е уточнил, че тази свобода не трябва да води възлагащия орган до „изменение на критериите за възлагане на обществената поръчка, определени в спецификацията или в обявлението за нея“.

43. Доколкото споменава само спазването на едното (първото) от трите условия, изброени в точка 40 от настоящото заключение, Съдът изглежда иска да предостави по-широка свобода на преценка на възлагащия орган, когато той определя ex post метод за анализиране или за оценяване на офертите, отколкото когато решава да определи коефициенти за претегляне на подкритериите, съответстващи на критериите за възлагане, които предварително са доведени до знанието на оферентите.

44. Ако в главното производство следва стриктно да се приложи уточнението, направено в точка 35 от решение Evropaïki Dynamiki/ЕАМБ (C-252/10 P, EU:C:2011:512), нищо от предоставената на този етап от запитващата юрисдикция информация не навежда на мисълта, че методът за оценяване, възприет от комисията за оценка за преценяване на критерия „качество“, е могъл да измени този критерий и a fortiori да промени втория критерий за възлагане — и двата предварително доведени до знанието на оферентите в спецификацията.

45. Все пак се съмнявам, че направеното от Съда уточнение в точка 35 от решение Evropaïki Dynamiki/ЕАМБ (C-252/10 P, EU:C:2011:512), още повече под формата на съждения obiter dictum, е имало за цел само да ограничи свободата на възлагащия орган да определя метод за оценяване на подадените оферти. Всъщност, с изключение евентуално на особено тежки грешки, трудно ми е да си представя как такъв метод за оценяване би могъл да измени самите критерии за възлагане на обществена поръчка и как отстранен оферент ще бъде в състояние да докаже — било то и само чрез съвкупност от косвени доказателства — подобен ефект върху критериите за възлагане.

46. Именно затова по-скоро съм склонен да се съглася с тезата на заинтересованите страни, които поддържат по-специално в съдебното заседание, че не е изключено метод за оценяване да може да повлияе не толкова върху самите критерии за възлагане, колкото върху тежестта на тези критерии, и в този смисъл да съдържа елементи, които биха могли да окажат влияние върху изготвянето на офертите, ако този метод е бил предварително доведен до знанието на оферентите по смисъла на второто условие съгласно съдебната практика, възпроизведена в точка 40 от настоящото заключение. В подобна хипотеза определянето ex post от възлагащ орган на такъв метод за оценяване на офертите би било незаконосъобразно и следователно е трябвало да бъде предварително оповестено в обявлението за поръчката или в спецификацията.

47. Следователно съгласен съм по същество с доводите, развити по-специално от Комисията, че законосъобразността на метод за оценяване на офертите, определен ex post от възлагащ орган, зависи от това дали са изпълнени трите условия, установени в практиката на Съда и възпроизведени по-горе в точка 40. Тогава би било достатъчно запитващата юрисдикция да провери дали тези условия са изпълнени в главното производство.

48. Според мен обаче настоящото дело дава повод на Съда и да усъвършенства тази съдебна практика по-специално по отношение на обхвата на първото условие.

49. Всъщност, както подчертах по-горе, след влизането в сила на член 53, параграф 2 от Директива 2004/18 както критериите за възлагане, така и тяхната относителна тежест (или, ако това не е възможно, тяхната йерархизация) трябва да бъдат оповестени по подходящ начин в обявлението за поръчката или в спецификацията.

50. Следователно според мен изменението ex post на критериите за възлагане или на относителната им тежест, независимо от начина, по който това е направено, трябва да се санкционира по същия начин.

51. Както не е обосновано да се приеме, че метод за оценяване на офертите може да измени a posteriori предварително съобщените на оферентите критерии за възлагане, не е приемливо да се допуска, че такъв метод променя тежестта на същите тези критерии. Ако това е последица от определянето ex post на метод за оценяване на офертите, той е трябвало да бъде предварително съобщен на оферентите, а спорната процедура по възлагане на обществена поръчка е незаконосъобразна.

52. Поради това според мен първото условие, посочено в точка 40 от настоящото заключение, което произтича от практиката на Съда относно правния режим на възлагане на обществени поръчки преди приемането на Директива 2004/18, следва да бъде формулирано така, че да включва и тежестта на критериите за възлагане, за да се вземе предвид развитието на този правен режим след влизането в сила на член 53, параграф 2 от Директива 2004/18.

53. Тогава запитващата юрисдикция следва да провери дали в главното производство методът за оценяване на офертите с оглед на критерия „качество“, посочен в спецификацията на спорната поръчка, е изменил ex post тежестта на критериите за възлагане на посочената поръчка, в който случай следователно методът за оценяване е трябвало да бъде доведен до знанието на потенциалните оференти в обявлението за поръчката или в спецификацията.

54. С оглед на обстоятелствата и предвид предоставените от запитващата юрисдикция сведения се съмнявам обаче дали случаят е бил такъв.

55. Всъщност, тъй като три от четирите оферти, включително тази на Dimarso, са получили „висока“ оценка за изпълнението на критерия „качество“, без да е извършено оценяване, позволяващо офертите да бъдат разграничени и класирани съгласно присъщите си качества, критерият „цена“ следователно е бил решаващ за възлагането на спорната поръчка, както приемат всички заинтересовани страни в съдебното заседание. Доколкото възприетият от комисията за оценка метод води до изравняване на преценката на критерия „качество“ в полза на критерия „цена“, последният критерий следователно има по-висока относителна тежест при избора на изпълнител, отколкото може разумно да се предположи от обявената в спецификацията тежест от 50 %. Следователно е възможно да се приеме, ако оферентите са били предварително информирани за избора на този метод за оценяване на офертите, що се отнася до изпълнението на критерия „качество“, че са щели да положат повече усилия за цената на своите услуги.

56. За да онагледя по-конкретно думите си, нека си представим, че сред подадените оферти една е превъзхождала по качество останалите три, включително тези, които са получили „висока“ оценка. С други думи, при преценката на критерия „качество“ една от тези оферти би трябвало да бъде класирана като „отлична“. Предложената от този оферент цена би отразявала отличното качеството на предлаганите от него услуги и по всяка вероятност е щяла да бъде с по-висока цена, отколкото предложените от останалите оференти цени. Доколкото обаче „отлична“ оценка не е била включена във възприетата от комисията за оценка скала за оценяване („слаба — средна — висока“), тази оферта с отлично качество е трябвало най-много непременно да получи „висока“ оценка във връзка с критерия „качество“. Тъй като цената, предложена от оферента на тази оферта, е била по-висока от цените на останалите оференти, вероятно дори и с няколко десетки или стотици евро, тази оферта следователно е трябвало да бъде отхвърлена.

57. На последно място, в тази хипотеза, която не е непременно тази на Dimarso, но която със същия успех би могла да бъде, възлагащият орган евентуално би се лишил от офертата, предлагаща най-доброто съотношение качество/цена, в противоречие със същността на подбора на изпълнители по критерия на икономически най-изгодната оферта [12].

58. В този смисъл считам, че методът за оценяване, възприет ex post от възлагащия орган, може да промени тежестта на критериите за възлагане, като отдава предимство на тежестта на даден критерий спрямо друг, докато информацията, с която са разполагали оферентите при представянето на своите оферти, ясно дава да се разбере, че тези критерии е трябвало да се преценяват при същата относителна тежест, а именно по 50 % за всеки от тях.

59. Ето защо считам, че макар метод за оценяване, възприет след представянето на офертите, да може да доведе до такъв резултат, този метод е трябвало да бъде доведен до знанието на оферентите към момента на публикуването на обявлението за обществената поръчката или на съобщаване на спецификацията от възлагащия орган.

60. При всички случаи, ако Съдът приеме, че първото изведено от съдебната практика условие, което е посочено в точка 40 от настоящото заключение, не следва да се разшири по отношение на тежестта на критериите за възлагане, според мен е вероятно, че ако методът за оценяване на офертите с оглед на критерия „качество“, определен от възлагащия орган, е бил известен предварително на потенциалните оференти, той би могъл да повлияе на изготвянето на техните оферти по смисъла на второто условие, посочено в точка 40 от настоящото заключение.

61. Всъщност, както вече беше посочено, ако оферентите бяха разбрали, преди да предадат офертите си, че вторият критерий за възлагане, а именно критерият „цена“, може да има решаващо значение — както приемат всички заинтересовани страни в съдебното заседание — за избора на икономически най-изгодната оферта, техните оферти безспорно са щели да бъдат изготвени по различен начин, за да отговарят по-добре на това разбиране на възлагащия орган.

62. Вярно е, че по принцип подобно ограничаване на свободата на възлагащия орган да определя метод за оценяване след представянето на офертите при всички случаи в крайна сметка го принуждава да определи много рано метода или методите за оценяване на критериите за възлагане, на които възнамерява да се спре, за да гарантира превантивно, че те няма да могат да окажат влияние върху изготвянето на офертите на потенциалните оференти, като в противен случай той трябва да направи извод, че е необходимо тези методи да бъдат публикувани в обявлението за поръчката или в спецификацията.

63. Следователно в крайна сметка това изискване вероятно кара възлагащия орган (който ще трябва да гарантира най-добре правната сигурност на процедурата за възлагане и да се предпази от жалби за нейната отмяна) да определи най-рано метода или методите за оценяване на офертите с оглед на критериите за възлагане. Ако такъв е случаят, то може да се предположи, че няма императивно съображение, което да обосновава отказа на възлагащия орган да доведе до знанието на потенциалните оференти въпросните методи за оценяване, които той при всички положения е трябвало вече да определи преди откриване на процедурата за възлагане на обществена поръчка.

12 — В решение Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, т. 29) Съдът по същество напомня, че възлагането на обществена поръчка по критерия на икономически най-изгодната оферта, което кара възлагащият орган да търси офертата с най-доброто съотношение качество/цена, придава по-голяма тежест на качеството в критериите за възлагане на обществените поръчки.

64. На практика подобен подход изглежда оборва теоретичното правило „принципи и изключения“, което произтича от практиката на Съда, съгласно която възлагащият орган по принцип не е длъжен да съобщава предварително метода за оценяване на офертите на потенциалните оференти, освен ако този метод съдържа елементи, които ако са били известни предварително, биха могли да окажат влияние върху изготвянето на офертите.

65. Струва ми се обаче, че този риск до голяма степен може да бъде премахнат, ако възлагащите органи изберат да оповестяват не само критериите за възлагане и тяхната относителна тежест, както изисква Директива 2004/18, но и подкритериите към тези критерии и относителната им тежест, както в практиката си Съдът определено насърчава този подход.

66. С други думи, колкото повече оферентите разполагат с ясна, разбираема и подробна информация в обявлението за поръчката или в спецификацията относно всички тези елементи, толкова по-малък според мен е рискът методът за анализ на офертите, възприет от комисията за оценка, да промени критериите или подкритериите за възлагане, както и тяхната тежест, или да доведе до неравно третиране на оферентите. Смятам, че избягването на този риск е част от „активната роля“, възложена от Директива 2004/18 — съгласно даденото ѝ от Съда тълкувание — на възлагащите органи при прилагането на основните принципи, които уреждат възлагането на обществени поръчки, каквито са спазването на прозрачност при провеждането на процедурата за възлагане на обществена поръчка и равното третиране на оферентите [13].

67. И в този случай всички оференти ще бъдат в състояние да узнаят предварително относителната тежест на всички елементи, взети предвид от възлагащия орган, което по принцип позволява да се изключи вероятността възприетият от възлагащия орган конкретен метод за анализ на офертите да съдържа елементи, които, в случай че са били известни към момента на изготвянето на офертите, биха могли да окажат влияние върху изготвянето им.

68. Когато обаче, както в случая по главното производство, критериите за възлагане са претеглени еднакво в спецификацията, евентуалните подкритерии, изброени в последния документ, не подлежат на такова определяне на тежестта и възприетият след представянето на офертите метод за оценяване, за да се прецени степента на изпълнение на един от двата критерия за възлагане, е много общ, без да позволява достатъчно точно разграничаване на качеството на представените оферти, рискът методът за оценяване да съдържа елементи, които ако са били доведени до знанието на оферентите в обявлението за поръчката или в спецификацията, са можели да окажат влияние върху изготвянето на офертите им, е значително по-висок.

69. Вярно е, че второто условие, посочено в точка 40 от настоящото заключение, по своя характер е особено гъвкаво или лесно за изпълнение, тъй като винаги изглежда възможно да се твърди, че всеки взет предвид от възлагащия орган елемент би *могъл* да окаже влияние или да има отражение върху изготвянето на офертите, ако е бил предварително съобщен на оферентите.

70. Може би, тъй като е наясно с тази гъвкавост, в решение Комисия/Ирландия (C-226/09, EU:C:2010:697, т. 48) Съдът е приел, че това влияние върху изготвянето на офертите зависи от неговия „значителен“ характер, което му позволява да отхвърли частично иска за установяване на неизпълнение на задължения, предявен от Комисията.

13 — Вж. в този смисъл, макар и в друг контекст, решение eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, т. 42).

71. Въпреки че точка 48 от решение Комисия/Ирландия (C-226/09, EU:C:2010:697) се позовава на предходната практика на Съда, посочвайки изрично точка 32 от решение ATI EAC e Viaggi di Maio и др. (C-331/04, EU:C:2005:718), това решение, както и другите вече цитирани последващи решения не съдържат уточнение, че влиянието върху изготвянето на офертите е трябвало да има „значителен“ характер. При това положение ми се струва, че въведеният от Съда критерий в точка 48 от решение Комисия/Ирландия (C-226/09, EU:C:2010:697) може обаче да се дължи на обстоятелството, че съответната обществена поръчка за услуги не се урежда изцяло от разпоредбите на Директива 2004/18, в частност от разпоредбите на член 53, параграф 2.

72. Ако това е правилното значение, което следва да се даде на точка 48 от решение Комисия/Ирландия (C-226/09, EU:C:2010:697), според мен по настоящото дело липсва специфично съображение да се приеме посоченият в тази точка от решението критерий за „значителния“ характер на влиянието върху изготвянето на офертите и следователно да се промени обхватът на второто условие, произтичащо от практиката на Съда, което е посочено в точка 40 от настоящото заключение.

73. Независимо от всичко считам, че гъвкавостта, която характеризира това второ условие, може до голяма степен да бъде компенсирана със задължението на отстранения оферент, който трябва да докаже in concreto в жалбата си по съдебен ред материалноправното, а не само формалното естество на различията, които неговата оферта е щяла да съдържа, ако възлагащият орган не се беше въздържал да съобщи предварително елементите на въпросния метод за оценяване или самия метод и ако те са били оповестени по подходящ начин преди изготвянето на офертите.

74. Преди да завърша, бих искал да добавя, че всички изложени дотук съображения се основават на постулата, който произтича имплицитно от акта за преюдициално запитване, че методът за оценяване на офертите във връзка с критерия „качество“, възприет от комисията за оценка в случая по главното производство, е бил определен *след* изтичането на срока за представяне на офертите, но *преди* отварянето им.

75. В цитираната по-горе съдебна практика относно определянето на тежестта на подкритерии към критериите за възлагане Съдът приема по същество, че такова определяне *след отварянето на офертите* или на съобщенията за изразяване на интерес, според случая, противоречи по-специално на принципа на равно третиране и на задължението за прозрачност [14]. Освен това Съдът осъжда направеното от комисия за оценка изменение на относителната стойност на критериите за възлагане след първоначално разглеждане на офертите в случай, когато член 53, параграф 2 от Директива 2004/18 не се прилага към възлагането на съответната обществена поръчка за услуги, нещо повече, без да се изисква да се доказват дискриминационните последици от тази практика по отношение на някой от оферентите, като Съдът добавя, че в това отношение е достатъчно към момента на извършване на посоченото изменение да не може да се изключи възможността то да е имало такива последици [15].

76. Всъщност, ако на възлагащия орган, когато изменя тежестта на критериите за възлагане и/или на подкритериите, са станали известни самоличността на оферентите и съдържанието на офертите, съвсем реален е рискът от създаване на впечатление, че това изменение е насочено към фаворизиране на някой от оферентите и следователно към нарушаване на равното им третиране.

14 — Вж. по-специално решение Lianakis и др. (C-532/06, EU:C:2008:40, т. 44).

15 — Решение Комисия/Ирландия (C-226/09, EU:C:2010:697, т. 57—63).

77. В подобен случай така направеното изменение се оказва чисто и просто незаконосъобразно, по-специално по презумпция за фаворизиране. Изглежда очевидно, че действително приложената тежест, довела до незаконосъобразността на процедурата за възлагане на обществена поръчка, е трябвало да бъде доведена до знанието на оферентите в тръжната документация. Тази констатация обаче не е необходима за решаването на спора.

78. Становището на белгийското правителство е, че съществуват случаи, без обаче да уточни от какво естество, при които методът за оценяване на офертите може да бъде определен само след отварянето им. Ето защо това правителство по същество твърди, че практиката на Съда, в която се осъжда определянето ex post на тежестта на критериите за възлагане и на тази на подкритериите към критериите за възлагане *след* отварянето на офертите, не следва да обхваща хипотезата на приемането на метод за оценяване на офертите от комисия за оценка след отварянето им.

79. Въпросът на запитващата юрисдикция не се отнася stricto sensu до тази хипотеза.

80. Предоставените от запитващата юрисдикция данни не позволяват обаче изцяло да се изключи възможността разглежданият в главното производство метод за оценяване да е бил потвърден след отварянето на офертите.

81. Според мен в този случай обаче възниква допълнителният въпрос дали винаги е необходимо запитващата юрисдикция да проверява изпълнени ли са трите условия, установени в съдебната практика и изброени в точка 40 от настоящото заключение, което да ѝ позволи да прецени дали възлагащият орган е трябвало да доведе до знанието на оферентите този метод за оценяване на офертите или дали тя би могла само да констатира, че подобна практика в определена степен предполага да е налице презумпция за фаворизиране в полза на един или няколко оференти, което прави процедурата за възлагане на обществена поръчка незаконосъобразна.

82. Въпреки че като цяло не вземам становище по въпроса за посочените, но неуточнени от белгийското правителство случаи, съмнявам се, че по делото в главното производство методът за оценяване на критерия „качество“, тъй като е основен и изключително общ, дори неточен, може да бъде определен само след отварянето на представените оферти.

83. Всъщност не виждам никаква пречка, по-специално от техническо или финансово естество, възлагащият орган да доведе до знанието на оферентите метод, в който само се посочва, че „качеството“ на офертите ще бъде преценено по ординална скала, съдържаща „слаба — средна — висока“ оценки, или да потвърди изцяло този метод най-късно преди отварянето на офертите, при условие че са спазени условията, които вече разгледах, т.е. по-специално без да се променят критериите за възлагане на обществената поръчка, нито тяхната тежест.

84. Поради това считам, че във връзка със спорния в главното производство метод за оценяване, макар и приет след отварянето на офертите — което запитващата юрисдикция би трябвало да провери — следва да се презумира, че е бил определен, вземайки предвид елементи, които могат да имат дискриминационни последици по отношение на един или няколко отстранени оференти, която презумпция възлагащият орган следва евентуално да обори.

III – **Заключение**

85. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори по следния начин на поставения от Raad van State van België (Държавен съвет на Белгия) въпрос:

„Член 53, параграф 2 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, разглеждан в светлината на принципа на равно третиране и на задължението за прозрачност, трябва да се тълкува в смисъл, че възлагащият орган не е длъжен да доведе до знанието на потенциалните оференти в обявлението за поръчката или в спецификацията метода за оценяване на офертите, за да прецени степента на изпълнение на критериите за възлагане, предварително публикувани в обявлението за поръчката или в спецификацията, при условие че такъв метод, приет след изтичането на срока за представяне на офертите, но преди отварянето им: а) не изменя критериите за възлагане на обществената поръчка и относителната им тежест, изложени в обявлението за поръчката или в спецификацията, б) не съдържа елементи, които, в случай че са били известни към момента на изготвянето на офертите, биха могли да окажат влияние върху изготвянето им, и в) не е приет въз основа на елементи, които могат да имат дискриминационни последици по отношение на някой от оферентите. Запитващата юрисдикция следва да провери дали тези условия са изпълнени в случая по главното производство“.