Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 24 февруари 2022 година [1]

Дело C-669/20

Веридос ГмбХ (Veridos GmbH)
срещу
Министър на вътрешните работи на Република България,
Мюлбауер Ай Ди Сървисиз ГмбХ - С и Т (Mühlbauer ID Services GmbH — S&T)

(Преюдициално запитване, отправено от Върховен административен съд, България)

„Преюдициален въпрос — Процедури за възлагане на някои поръчки за строителство, доставки и услуги — Директива 2014/24/ЕС — Директива 2009/81/ЕО — Определяне на критерий за оценка на оферта с необичайно ниска стойност — Наличие на най-малко три оферти“

1. Правото на Съюза позволява, когато някои обществени поръчки трябва да се възложат в полза на икономически най-изгодното предложение или предложението с най-ниска цена, възлагащият орган да отхвърли „офертите с необичайно ниска стойност“, които не са достатъчно обосновани.

2. В настоящото преюдициално запитване се поставят няколко въпроса относно проведена обществена поръчка за проектиране, изграждане и управление на система за издаване на български лични документи. Накратко, запитващата юрисдикция иска да се установи:

– при какви условия и в какъв обхват възлагащият орган е длъжен да извърши проверка за наличие на оферти с необичайно ниска стойност по смисъла на Директива 2009/81/ЕО [2] и на Директива 2014/24/ЕС [3],

– в кой момент трябва да се осъществи съдебният контрол върху оценката на възлагащия орган, която изключва наличието на оферта с необичайно ниска стойност и дали тази оценка следва да бъде мотивирана.

[1] Език на оригиналния текст: испански.

[2] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно координирането на процедурите за възлагане на някои поръчки за строителство, доставки и услуги от възлагащи органи или възложители в областта на отбраната и сигурността и за изменение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО (ОВ L 216, 2009 г., стр. 76).

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

A. Правото на Съюза

1. Директива 2014/24

3. В съображение 90 се посочва:

„Поръчките следва да се възлагат въз основа на обективни критерии, които гарантират съобразяване с принципите за прозрачност, недискриминация и равнопоставеност, за да се осигури обективно сравняване на относителната стойност на офертите, с цел в условията на реална конкуренция да се определи коя оферта е икономически най-изгодна. […]

За да се насърчи по-голям стремеж към качество при обществените поръчки, държавите членки следва да имат право да забранят или ограничат използването само на цената или само на разходите при оценяването на икономически най-изгодната оферта, когато сметнат това за целесъобразно.

За да се гарантира спазването на принципа за равнопоставеност при възлагането на поръчки, възлагащите органи следва да са задължени да осигурят необходимата прозрачност, за да могат всички оференти да разполагат с достатъчно информация за критериите и условията, които ще се прилагат при решението за възлагане на поръчката. Във връзка с това възлагащите органи следва да са задължени да посочат критериите за възлагане на поръчката и относителната тежест на всеки от тези критерии […]“.

4. Съображение 92 гласи:

„При оценяването на най-доброто съотношение качество/цена възлагащите органи следва да определят икономическите и качествените критерии, свързани с предмета на поръчката, които ще използват за тази цел. Тези критерии следва съответно да позволяват извършването на сравнителна оценка на нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, предвид предмета на поръчката, както е определен в техническите спецификации. Във връзка с най-доброто съотношение качество/цена в настоящата директива се съдържа неизчерпателен списък на възможни критерии за възлагане, в които са включени екологични и социални аспекти. Възлагащите органи следва да се насърчават да избират критерии за възлагане, които им позволяват да получат висококачествено строителство, доставки и услуги, които в най-голяма степен отговарят на техните потребности.

Избраните критерии за възлагане не следва да дават неограничена свобода на избор на възлагащия орган; те следва да осигуряват възможност за реална и лоялна конкуренция и да бъдат съпътствани от механизми, които позволяват ефективна проверка на информацията, предоставена от оферентите.

[…]“.

5. Член 56 („Общи принципи“) предвижда:

„1. Поръчките се възлагат въз основа на критериите, определени в съответствие с членове 67—69, при условие че възлагащият орган се е уверил в съответствие с членове 59—61, че са изпълнени всички условия по-долу:

[…]“.

6. Член 69 („Необичайно ниски оферти“) предвижда:

„1. Възлагащите органи изискват от икономическите оператори да обяснят предложената в офертата цена или разходи, когато офертите изглеждат необичайно ниски спрямо строителството, доставките или услугите.

[…]

3. Възлагащият орган прави оценка на предоставената информация, като се консултира с оферента. Той може да отхвърли офертата само когато представените доказателства не съставляват достатъчно основание за предложените ниски цена или разходи […]“.

2. Директива 2009/81

7. В съображение 15 се посочва:

„Възлагането на поръчки в държави членки от възложителите, посочени в Директива 2004/17/ЕО […], и от възлагащите органи, посочени в Директива 2004/18/ЕО […], подлежи на съобразяване с принципите на Договора, и по-специално на свободното движение на стоки, свободата на установяване и свободата на предоставяне на услуги, както и на принципите, произтичащи от тях, като принципа за равнопоставеност, за недискриминация, принципа за взаимно признаване, принципа за пропорционалност и принципа за прозрачност.

[…]“.

8. Съображение 69 гласи:

„Поръчките следва да се възлагат въз основа на обективни критерии, които гарантират спазване на принципите за прозрачност, недискриминация и равнопоставеност, както и че офертите са оценени по прозрачен и обективен начин в условия на ефективна конкуренция. Следователно е подходящо да се допусне прилагането само на два критерия за възлагане: „най-ниска цена“ и „икономически най-изгодна оферта“.

9. Съгласно член 38 („Проверка доколко са подходящи и избор на кандидатите и възлагане на поръчки“):

„1. Поръчките се възлагат въз основа на критериите, предвидени в членове 47 и 49, като се вземе предвид член 19, след като бъде проверено от възлагащите органи/възложителите дали икономическите оператори, които не са отхвърлени съгласно членове 39 или 40 са подходящи в съответствие с критериите за икономическо и финансово състояние, професионална и техническа квалификация и възможности, предвидени в членове 41—46 и, когато е приложимо, с недискриминационните правила и критерии, посочени в параграф 3.

[…]“.

10. В член 49 („Необичайно ниска цена на оферта“) се посочва:

„1. Ако за дадена поръчка офертите изглеждат необичайно ниски по отношение на стоки, строителство или услуги, възлагащият орган/възложителят, преди да може да отхвърли тези оферти, изисква писмени уточнения за съставните елементи на офертата, които той счита за важни.

[…]

2. Възлагащият орган/възложителят проверява съставните елементи като провежда консултации с оферента, като взема предвид представените доказателства.

[…]“.

11. Член 55 („Приложно поле и наличност на процедури за преразглеждане“), параграф 2 предвижда:

„Държавите членки предприемат необходимите мерки, с които да се гарантира възможност за ефективно преразглеждане на решенията, взети от възлагащите органи/възложителите, и по-специално, възможно най-бързо в съответствие с условията, определени в членове 56—62, на основание, че такива решения нарушават правото на [Съюза] в областта на възлагането на поръчки или националните правила, които транспонират това право“.

Б. Българското право

12. Член 72 от Закона за обществените поръчки, озаглавен „Необичайно благоприятни оферти“, предвижда:

„1. Когато предложение в офертата на участник, свързано с цена или разходи, което подлежи на оценяване, е с повече от 20 на сто по-благоприятно от средната стойност на предложенията на останалите участници по същия показател за оценка, възложителят изисква подробна писмена обосновка за начина на неговото образуване, която се представя в 5-дневен срок от получаване на искането“.

II. Фактите, спорът и преюдициалните въпроси

13. Министерството на вътрешните работи на Република България в качеството на възлагащ орган открива процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Проектиране, изграждане и управление на система за издаване на български лични документи поколение 2019“ [4].

14. След съответния предварителен подбор дружество Веридос ГмбХ (Veridos GmbH, наричано по-нататък „Veridos“) и консорциум Мюлбауер Ай Ди Сървисиз ГмбХ - С и Т (Mühlbauer ID Services GmbH-S&T, наричан по-нататък „Mühlbauer“) са поканени да представят своите оферти.

[4] Публикувано обявление с решение № 5785 мпр-58 от 15 август 2018 г.

15. Поръчката е възложена окончателно на Mühlbauer [5].

16. Veridos оспорва възлагането на поръчката пред Комисията за защита на конкуренцията, като твърди, че спечелилата оферта е с необичайно ниска стойност [6].

17. С решение от 25 юни 2020 г. Комисията за защита на конкуренцията оставя без уважение жалбата на Veridos. Според тази комисия член 72 от Закона за обществените поръчки е неприложим, доколкото има подадени само две оферти и няма как да бъде изчислена разписаната в посочената разпоредба средна стойност, за да се прецени дали една от тях е необичайно благоприятна.

18. Veridos обжалва решението от 25 юни 2020 г. пред Върховен административен съд, който отправя до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Следва ли нормата на член 56 във връзка с член 69 от Директива [2014/24], съответно нормата на член 38 във връзка с член 49 от Директива [2009/81], да се тълкуват в смисъл, че при обективна невъзможност да се приложи възприетият в национален закон критерий за оценка на оферта с необичайно ниска стойност и липса на друг, избран и предварително обявен от възложителя критерий, възложителят не е длъжен да извършва проверка за наличието на оферта с необичайно ниска стойност?

2) Следва ли разпоредбата на член 56 във връзка с член 69 от Директива 2014/24/ЕС, съответно нормата на член 38 във връзка с член 49 от Директива 2009/81/ЕО, да се тълкуват в смисъл, че възложителят е длъжен да осъществи проверка за наличие на оферти с необичайно ниска стойност само когато е налице съмнение по отношение на някоя оферта или напротив — възложителят е длъжен винаги да се убеди в сериозността на получените оферти, като изложи съответните мотиви за това?

3) Приложимо ли е подобно изискване по отношение на възложителя, когато постъпилите офертите в процедурата по възлагане на обществена поръчка са само две?

4) Следва ли разпоредбата на член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз [наричана по-нататък „Хартата“] да се тълкува в смисъл, че преценката на възложителя за липса на съмнение относно наличието на необичайно ниска оферта, респ. неговата увереност в наличието на сериозна оферта по отношение на класирания на първо място участник, подлежи на съдебен контрол?

5) При положителен отговор на предходния въпрос, следва ли разпоредбата на член 47 от [Хартата] да се тълкува в смисъл, че възложителят в процедура по обществена поръчка, който не е осъществил проверка за наличието на оферта с необичайно ниска цена, е длъжен да обоснове и мотивира липсата на съмнение за наличието на оферта с необичайно ниска цена, т.е. наличието на сериозна оферта, по отношение на класираната на първо място оферта?“.

III. Производството пред Съда

19. Преюдициалното запитване е заведено в Съда на 8 декември 2020 г.

[5] Решение № 5785-мпр-35 от 29 април 2020 г.

[6] Определение за отправяне на преюдициално запитване, точка 41 in fine.

20. На 1 февруари 2021 г. председателят на Съда отхвърля искането за разглеждане на делото по реда на бързото производство.

21. Становища са представили Veridos, Mühlbauer, австрийското, българското, чешкото и френското правителство, както и Европейската комисия.

22. Не е счетено за необходимо провеждането на открито съдебно заседание.

IV. Анализ

A. Предварителни бележки

23. В случая е приложима Директива 2009/81, тъй като става въпрос за обществена поръчка за издаване на лични документи в „областта на отбраната и сигурността“ [7]. Именно по реда на тази директива, както е посочено в акта за преюдициално запитване, възложителят е обявил единната поръчка [8].

24. Запитващата юрисдикция обаче поставя въпросите си с оглед на релевантните членове от Директива 2009/81 и Директива 2014/24. Тя обосновава подхода си с „идентичното съдържание и аналогичната функция на относимите разпоредби от двете директиви“ [9]. Няма пречка да подходи по този начин, тъй като разпоредбите на двете директиви, чието тълкуване се иска, съвпадат по същество, така че отговорът на Съда е приложим в еднаква степен за всички тях [10].

[7] Българското правителство твърди (в т. 9 от своето становище), че използваните за личните документи технология и материали изискват или съдържат класифицирана информация, поради което представляват „чувствително оборудване“ по член 2, букви б) и в) от Директива 2009/81.

[8] Съгласно акта за преюдициално запитване (т. 22) възложителят „е взел решение и е обявил единна поръчка по реда на Директива 2009/81/ЕО“ съобразно съображение 24 от нея и наместо възможността по съображение 13 от Директива 2014/24. Съгласно член 16, параграф 2, буква б) от последната при смесени поръчки, „когато част от дадена поръчка попада в обхвата на Директива 2009/81/ЕО, поръчката може да бъде възложена в съответствие с посочената директива, при условие че възлагането с една поръчка е обосновано по обективни причини“.

[9] Точка 22 от акта за преюдициално запитване.

[10] Нормативните позовавания на офертите с необичайно ниска стойност са постоянна величина в правото на Съюза в областта на обществените поръчки от приемането на Директива 71/305/ЕИО на Съвета от 26 юли 1971 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 185, 1971 г., стр. 1), член 29, параграф 5. Те присъстват в Директива 77/62/ЕИО на Съвета от 21 декември 1976 година за съгласуване на процедурите за възлагане на обществени поръчки за доставки (ОВ L 13, 1977 г., стр. 1), член 25, параграф 5; в Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, 1992 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50), член 37; в Директива 93/36/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година за съгласуване на процедурите за възлагане на обществени поръчки за доставки (ОВ L 199, 1993 г., стр. 12), член 27; в Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, 1993 г., стр. 54), член 30, параграф 4; и в Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки във водния, енергийния, транспортния сектор и сектора на далекосъобщенията (ОВ L 199, 1993 г., стр. 84), член 34. Посочените формулировки се повтарят в последващите поколения законодателство в тази област като Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във 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), член 57; Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116), член 55; и Директива 2014/25/ЕС 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), член 84.

25. В същия смисъл практиката на Съда в тази област — дори когато се отнася до аналогични правила от други директиви относно възлагането на обществени поръчки, различни от двете посочени по-горе — може да бъде приложена към настоящото дело, както ще обясня по-долу.

26. Поради съдържанието им въпросите на запитващата юрисдикция могат да бъдат групирани в два блока:

– с първите три въпроса се иска да се установи дали възлагащият орган е длъжен да извърши проверка за наличие на оферти с необичайно ниска стойност и когато е приложимо, при какви условия и в какъв обхват,

– четвъртият и петият въпрос се отнасят до мотивирането от страна на възложителя на липсата на оферта с необичайно ниска стойност и до съдебния контрол върху такава оценка.

Б. Задължение за извършване на проверка за наличие на оферти с необичайно ниска стойност (първи, втори и трети преюдициален въпрос)

27. Според запитващата юрисдикция спорът се свежда единствено до упражнена от националния законодател компетентност да уреди в член 72, алинея 1 от Закона за обществените поръчки критерия за оценка на необичайно благоприятно предложение [11].

28. Ако добре разбирам доводите на запитващата юрисдикция, от нейното тълкуване на националната разпоредба, изглежда, следва, че *единственият* критерий за определянето на дадена оферта като „необичайно благоприятна“ е тя да е с 20 на сто по-благоприятна от средната стойност на офертите на останалите участници. Ако този критерий се окаже неприложим, тъй като са подадени само две оферти, възложителят не би могъл да направи преценка за наличие на оферта с необичайно ниска стойност [12].

29. Преди да разгледам въпроса дали така тълкуваната национална разпоредба [13] е в съответствие с Директива 2009/81 и Директива 2014/24 (по-специално с член 49 от първата и с член 69 от втората), ще припомня, че:

– Член 49 от Директива 2009/81 налага на възложителя задължението да следи и да извършва проверка относно сериозността на офертите. Ако дадена оферта изглежда необичайно ниска по отношение на стоки, строителство или услуги, той изисква писмени уточнения за съставните елементи на офертата, които счита за важни.

[11] Точка 23 от акта за преюдициално запитване. След като възпроизвежда посочената разпоредба, запитващата юрисдикция поддържа, че критерият, съгласно който за необичайно благоприятно се приема предложение с 20 на сто по-благоприятно от средната стойност на предложенията на останалите участници, „имплицитно изисква наличие на минимум три оферти, като преценката на едно предложение се прави на осредняната стойност на другите две“.

[12] Българското правителство (в т. 34 от своето становище) е на същото мнение: при подадени само две оферти липсва обективен критерий за идентифициране на оферта с необичайно ниска стойност, което води до невъзможност за формиране на съмнение у възложителя за наличието на такава оферта.

[13] Въпреки че е логично националното право да следва да се тълкува от запитващата юрисдикция, би могло да се постави въпросът дали в действителност българската правна уредба предвижда само като индиция, но не единствена, за наличието на необичайно ниска стойност сравнението на цената на дадена оферта с осредняната стойност на останалите. От тази гледна точка възложителят би могъл да използва допълнителни критерии, позволяващи му — дори когато не са изрично предвидени в правната уредба — да установи наличието на оферта с необичайно ниска стойност сама по себе си.

– Съгласно член 69 от Директива 2014/24 възлагащите органи „изискват от икономическите оператори да обяснят предложената в офертата цена или разходи, когато офертите изглеждат необичайно ниски спрямо строителството, доставките или услугите“.

30. Прочитът на посочените разпоредби трябва да бъде извършен с оглед на практиката на Съда, както вече посочих, тъй като в тях законодателят на Съюза не е дал определение на понятието „оферта с необичайно ниска стойност“, нито е посочил конкретен метод за изчисляването на *ценови аномалии*[14]. Оттам и значението, нека повторя, на съдържащото се в съдебната практика тълкуване, което показва с течение на времето забележителна приемственост в тази област[15].

31. Съдът е постановил:

– относно Директива 92/50, че „държавите членки, и в частност възлагащите органи, трябва да определят начина на изчисление на праг на необичайност, който съставлява „оферта с необичайно ниска стойност“ […]“[16],

– относно Директива 93/37, че възложителят не може да заобиколи задължението да „идентифицира подозрителните оферти“ и при наличието на такива да проведе съответната (състезателна) процедура за проверка[17],

– относно Директива 2004/18[18], че „[…] волята на законодателя на Съюза е *да изиска от възлагащия орган да проверява* съставните елементи на офертите с необичайно ниски цени, като за целта му възлага задължението да изисква от кандидатите да представят доказателства, че тези оферти са сериозни“[19].

32. Що се отнася до член 69 от Директива 2014/24, Съдът е потвърдил, че:

– когато дадена оферта изглежда необичайно ниска, възлагащите органи *изискват* от оферента да обясни предложената в офертата цена или разходи, като тези обяснения могат да се отнасят по-специално до елементите, посочени в параграф 2 от този член[20],

– възлагащият орган трябва да направи оценка на представената информация, като се консултира с оферента, и може да отхвърли офертата само когато представените доказателства не съставляват достатъчно основание за предложените ниска цена или разходи[21].

[14] Това изтъква Комисията в издаденото от нея *Ръководство за участието на оференти и стоки от трети държави на пазара на ЕС за обществени поръчки*, Съобщение от 24 юли 2019 година, C(2019) 5494 final, точка 2.1.

[15] Тази приемственост се наблюдава по-специално в решения от 22 юни 1989 г., Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, наричано по-нататък „решение Fratelli Costanzo“), от 27 ноември 2001 г., Lombardini и Mantovani (C-285/99 и C-286/99, EU:C:2001:640, наричано по-нататък „решение Lombardini и Matovani“), от 29 март 2012 г., SAG ELV Slovensko и др. (C-599/10, EU:C:2012:191), от 18 декември 2014 г., Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), от 19 октомври 2017 г., Agriconsulting Europe/Комисия (C-198/16 P, EU:C:2017:784), и от 10 септември 2020 г., Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685; наричано по-нататък „решение Tax-Fin-Lex“).

[16] Решение от 18 декември 2014 г., Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, т. 49).

[17] Решение Lombardini и Mantovani, точка 55.

[18] Член 55, параграф 1 от нея съответства на член 49, параграф 1 от Директива 2009/81.

[19] Решение от 29 март 2012 г., SAG ELV Slovensko и др. (C-599/10, EU:C:2012:191, т. 28). Курсивът е мой.

[20] Решение Tax-Fin-Lex, точка 32.

[21] Пак там, точка 33.

33. Накратко, правната уредба на Съюза налага във всички случаи на възлагащите органи задължението да проверят дали някоя от подадените оферти изглежда prima facie с необичайно ниска стойност.

34. За тази цел е без значение невъзможността „да се приложи възприетият в национален закон критерий за оценка на оферта с необичайно ниска стойност“ и липсата на друг, избран и предварително обявен от възложителя критерий. Възложителят, нека повторя, не може да не провери дали офертата (всички оферти) е подозрителна с необичайно ниската си стойност.

35. Без значение е и обстоятелството, че в процедурата за възлагане участват само двама кандидати: всяка една от подадените две оферти трябва да бъде подложена на проверка и преценка от възлагащия орган за евентуална подозрителност.

36. По принцип, както вече посочих, държавите членки и възлагащите органи трябва да определят начина на изчисление на праг на необичайност, който съставлява „оферта с необичайно ниска стойност“. Правото на Съюза предоставя във всички случаи правила за определяне на предмета на изискваните уточнения от всеки, който подаде подозрителна оферта [22].

37. Българското правителство твърди, че идентифицирането на оферти с необичайно ниска стойност може да се базира само на аритметични изчисления, както е предвидено в националната правна уредба. Според него такова решение гарантира обективност, каквато не може да се осигури, ако идентифицирането на подозрителни оферти почива на субективната преценка на възложителя [23].

38. Не споделям този довод. Възложителят трябва да идентифицира офертите, които изглеждат подозрителни (подлежащи поради тази причина на състезателна процедура за проверка), с оглед на съвкупността от характеристиките на предмета на поръчката. Сравнението с останалите подадени оферти, колкото и да е полезно в някои случаи за откриването на необичайност, не може да бъде издигнато в *единствен* критерий, който да бъде използван от възложителя. Проверката на всички елементи, разглеждани сами по себе си, ще му позволи да установи дали, макар да изглежда подозрителна и да се отдалечава от цените на други участници [24], офертата е достатъчно сериозна

39. Освен това Съдът вече е постановил, че използването на чисто математически критерий може да накърни разгръщането на ефективна конкуренция в областта на обществените поръчки. Такъв е случаят с делата, по които са постановени решенията Fratelli Costanzo и Lombardini и Mantovani:

– По първото дело италианската норма приема за оферти с необичайно ниска стойност и изключва от процедурата за възлагане на поръчка „офертите, чиято стойност е по-ниска с

[22] Съгласно член 49 от Директива 2009/81 тези уточнения може да се отнасят до: 1) ефективността на производствения процес, на предоставените услуги или на метода за строителство; 2) избраните технически решения и/или наличието на изключително благоприятни условия за оферента за изпълнение на строителството или за доставката на стоки или предоставянето на услуги; 3) оригиналното решение, предложено от оферента относно строителството, доставките или услугите; 4) съответствието с разпоредбите, свързани със закрилата на заетостта и условията на труд, които са в сила на мястото, където се изпълнява поръчката; 5) възможността оферентът да получи държавна помощ. Идентичен по същество е текстът на член 69 от Директива 2014/24.

[23] Точка 18 от писменото становище на българското правителство.

[24] В решение Tax-Fin-Lex Съдът не отхвърля възможността при определени обстоятелства дори оферта с нулева цена да бъде допустима (т.е. да не е с необичайно ниска стойност), колкото и голяма да е разликата ѝ спрямо останалите подадени оферти.

по-голям процент от средния процент на допуснатите оферти, увеличен с процент, който следва да бъде посочен в обявлението за поръчка“. Съгласно посоченото обявление автоматично се изключват оферти, които не надвишават с най-малко 9,48 на сто прогнозния размер [25].

– По второто дело процентът, определящ задължението на възложителя да подложи на процедура за проверка необичайно ниската оферта, е в „размер, равен на средноаритметичната стойност на процентните намаления на всички допуснати оферти, увеличен със средноаритметичната разлика между процентните намаления, надвишаващи средната стойност“ [26].

40. Съдът е постановил, че „математически критерий, съгласно който оферти, чиято стойност е с 10 на сто по-ниска от средното увеличение на всички допуснати оферти спрямо прогнозния размер на проекта, се считат за оферти с необичайно ниска стойност и поради това се изключват от процедурата за възлагане на поръчка, лишава участниците, представили особено ниски оферти, от възможността да докажат тяхната сериозност, поради което прилагането на подобен критерий противоречи на целта на Директива 71/305 да благоприятства разгръщането на ефективна конкуренция в областта на обществените поръчки“ [27].

41. Въз основа на тези схващания може да се направи изводът, че национална разпоредба, съгласно която *единственият* критерий за преценка дали дадена оферта е необичайно ниска, е стойността ѝ да бъде с 20 на сто по-ниска от средната стойност на офертите на останалите участници, не е в съответствие с правото на Съюза.

42. Задължението за извършване на проверка относно сериозността на *всички* подадени оферти цели да се гарантира спазването на принципите на прозрачност, недопускане на дискриминация и равнопоставеност, въз основа на които следва да се възлагат обществените поръчки [28].

43. Тази цел би била накърнена, ако националните правни уредби ограничават до чисто процентни параметри (спрямо останалите подадени оферти) хипотезите, в които дадена оферта може да бъде определена като такава с „необичайно ниска стойност“, отклонявайки се по този начин от разпоредбите на член 49 от Директива 2009/81 и член 69 от Директива 2014/24.

[25] Решение Fratelli Costanzo, точки 6—10.

[26] Решение Lombardini и Mantovani, точка 8.

[27] Решение Lombardini и Mantovani, точка 47, с цитат от решение Fratelli Costanzo, точка 18. В последното се твърди, че разпоредбите на Съюза в областта на обществените поръчки като тези в случая пораждат непосредствено действие поради тяхното съдържание, безусловност и прецизност.

[28] Що се отнася до Директива 2009/81, съображение 69.

B. Мотивиране и съдебен контрол върху преценката на възлагащия орган за евентуално наличие на оферта с необичайно ниска стойност (четвърти и пети преюдициален въпрос)

44. Член 55, параграф 2 от Директива 2009/81 прогласява правото на обжалване на решенията, взети от възлагащия орган [29]. Разпоредбата е в съответствие с условията, определени в Директива 89/665/ЕО [30], и както подчертава Комисията, гарантира зачитането на правата по член 47 от Хартата [31].

45. Най-общо и съгласно член 55, параграф 4 от Директива 2009/81 държавите членки гарантират „наличие на процедури за преразглеждане […] най-малко за всяко лице, имащо или имало интерес от получаването на конкретна поръчка, което е претърпяло или има опасност да претърпи вреда вследствие на предполагаемо нарушение“.

46. Във връзка с необичайно ниските оферти, на втория блок от въпроси трябва да се отговори от две гледни точки:

– първо, в зависимост от изричния или имплицитния характер на решението на възлагащия орган относно сериозността на някоя от подадените оферти,

– второ, в зависимост от съдебния контрол върху преценката на възлагащия орган.

1. Характер (и евентуално мотивиране) на решението на възлагащия орган

47. С уредбата на офертите с необичайно ниска стойност член 49 от Директива 2009/81 не налага на възлагащия орган недиференцираното задължение *да се произнесе изрично* по това качество на съответната оферта.

48. Обратно, такова задължение се предвижда, ако „за дадена поръчка“ възлагащият орган счита, че „офертите“ изглеждат „необичайно ниски по отношение на стоки, строителство или услуги“.

49. Както вече посочих, задължение „на възлагащия орган е първо да идентифицира подозрителните оферти“ [32] с оглед на съвкупността от характеристики на предмета на поръчката и когато е приложимо, с оглед на връзката на всяка една от тях с останалите.

[29] „Държавите членки предприемат необходимите мерки, с които да се гарантира възможност за ефективно преразглеждане на решенията, взети от възлагащите органи/възложителите, и по-специално, възможно най-бързо […] на основание, че такива решения нарушават правото на [Съюза] в областта на възлагането на поръчки или националните правила, които транспонират това право“.

[30] Директива на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, 1989 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237). Член 55, параграф 2 от Директива 2009/81 възпроизвежда текста на член 1, параграф 1, четвърта алинея от Директива 89/665, като позволява прилагането по аналогия на решенията на Съда относно последната.

[31] Комисията се позовава на съображение 36 от Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 година за изменение на директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО на Съвета с оглед повишаване на ефективността на процедурите за преразглеждане при възлагане на обществени поръчки (ОВ L 335, 2007 г., стр. 31). Съгласно посоченото съображение тя „има за цел да осигури пълно зачитане на правото на ефективни средства за правна защита и правото на справедлив съдебен процес, в съответствие с член 47, първа и втора алинея от Хартата“.

[32] Решение Lombardini и Mantovani, точка 55.

50. Ако възлагащият орган сметне, че нито една от преценените по този начин оферти не е с необичайно ниска стойност, той не е длъжен да се произнесе ad hoc по този въпрос. В това отношение споделям разбирането на Mühlbauer и на френското правителство: самото приемане на дадена оферта от възлагащия орган разкрива имплицитно неговата убеденост, че тя не е необичайно ниска.

51. Произнасяне ad hoc е необходимо само когато възлагащият орган е установил, че дадена оферта може да се окаже с необичайно ниска стойност и е предоставил на оферента (съгласно член 49, параграф 1 от Директива 2009/81) възможността да докаже нейната сериозност, изисквайки уточненията, които той счита за важни.

52. След приключване на посочената състезателна процедура, съгласно практиката на Съда възлагащият орган трябва да прецени „релевантността на обясненията на заинтересованите лица“, за да приеме „решение за допускане или за отхвърляне на […] офертите“, които първоначално са изглеждали подозрителни [33]. Решение, което логично трябва да бъде достатъчно мотивирано.

53. Следователно при наличието на подозрение за необичайно ниска стойност на дадена оферта и след провеждане на съответната състезателна процедура за проверка, възлагащият орган трябва *да вземе решение* за допускане или за отхвърляне на такава оферта. При това негово действие, с оглед зачитане на правата на засегнатото лице, решението трябва да бъде отразено в мотивиран акт [34].

54. Горното следва от член 35 от Директива 2009/81, съгласно който възлагащият орган трябва да информира „възможно най-рано кандидатите и оферентите за взетите решения във връзка с възлагането на поръчката“.

55. Обратно, ако възложителят прецени prima facie, че нито една от офертите не изглежда с необичайно ниска стойност, той не провежда състезателната процедура за проверка и не се произнася с изрично решение по този въпрос.

56. При тези обстоятелства актът, с който приключва процедурата за възлагане, имплицитно включва решението нито една от подадените оферти да не бъде определена като такава с необичайно ниска стойност. Решение, мотивирано единствено от липсата на индиции, които биха наложили конкретна проверка на подозрителна оферта.

2. Съдебен контрол върху решението относно необичайно ниската стойност на дадена оферта

57. За да се установи как се осъществява неизменният съдебен контрол върху решението на възлагащия орган, трябва да се направи разграничение между посочените по-горе две хипотези: възлагащият орган се е произнесъл с изрично решение относно възникнали

[33] Решение Lombardini и Mantovani, точка 55.

[34] Както припомня Съдът в определение от 14 февруари 2019 г., Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118, т. 33), съгласно постоянната съдебна практика „ефективността на съдебния контрол, гарантиран в член 47 от Хартата, изисква заинтересованото лице да може да се запознае с мотивите за взетото по отношение на него решение посредством прочита на самото решение или чрез изпращането на мотивите му по искане на това лице, за да може то да защити правата си при възможно най-добрите условия и да реши, разполагайки с цялата необходима информация, дали е необходимо да сезира компетентния съд, както и за да се предостави на този съд пълна възможност за упражняване на контрол за законосъобразността на разглежданото национално решение“.

подозрения във връзка с дадена оферта или се е произнесъл имплицитно, като е постановил окончателно решение по процедурата за възлагане на поръчка, без да изразява каквото и да било съмнение относно сериозността на тази или други оферти.

58. Въпреки че Директива 2009/81 е пряко приложима, ще се позова на практиката на Съда във връзка с Директива 89/665 [35], тъй като, както вече посочих, първата съдържа условия, сходни на тези във втората, що се отнася до реда на обжалване.

59. Контролът, споменат в общата разпоредба на член 1, параграф 1, последна алинея от Директива 89/665, обхваща всички решения на възлагащия орган по прилагане на правото на Съюза в тази област [36].

60. Сред подлежащите на контрол решения на възлагащия орган логично присъстват тези, с които се избира една от офертите и се възлага поръчката, но сред тях са и други решения с различен характер, оказващи влияние на правното положение на съответните лица [37].

61. Директива 89/665 „не е уточнила изрично момента, от който е възможно предвиденото в член 1, параграф 1 оспорване [38]“. Съдът приема, че трябва да се гарантира, че решенията на възлагащите органи ще могат да бъдат оспорвани по ефективен начин и възможно най-бързо [39].

62. Законодателят на Съюза е поверил на държавите членки функцията да установят „подробните разпоредби“ относно процедурите по оспорване на решенията на възлагащите органи (член 1, параграф 3 от Директива 89/665) [40].

63. Така държавите членки по принцип могат да уредят оспорването на решенията на възлагащия орган, като предвидят то да става както заедно, така и отделно (от главното обжалване). Директива 89/665 нито налага, нито изключва който и да е от двата механизъма.

[35] Следващите съображения (в т. 59—64) включват тези, които излагам в заключението по дело Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295).

[36] Решение от 5 април 2017 г., Marina del Mediterráneo и др. (C-391/15, EU:C:2017:268; наричано по-нататък „решение Marina del Mediterráneo“), точка 26: „видно от използвания в него израз „по отношение на процедурите“, от текста на член 1, параграф 1 от тази директива следва, че всяко решение на възлагащия орган, за което се прилагат правните норми на Съюза в областта на обществените поръчки и което може да ги наруши, подлежи на съдебния контрол, предвиден в член 2, параграф 1, букви а) и б) от същата директива“.

[37] Пак там, точка 27. Съдът приема „широко разбиране на понятието „решение“ на възлагащия орган, [което] се потвърждава от факта, че разпоредбата на член 1, параграф 1 от Директива 89/665 изобщо не предвижда ограничения относно естеството и съдържанието на посочените в нея решения“.

[38] Пак там, точка 31.

[39] Решение от 12 декември 2002 г., Universale-Bau и др. (C-470/99, EU:C:2002:746, т. 74).

[40] Решение Marina del Mediterráneo, точка 32: „При липсата на правна уредба на Съюза, определяща момента, от който следва да е възможно преразглеждането, съгласно трайно установената съдебна практика националното право трябва да уреди процесуалните правила за съдебното производство, предназначено да гарантира защитата на правата, които субектите на правото черпят от правото на Съюза“, с ограниченията, присъщи на принципите на ефективност и на равностойност.

64. Ако, възползвайки се от процесуалната си автономия, държавите членки предпочетат оспорването да става заедно с главното обжалване, то ще трябва да се извършва, без да се накърняват целите на Директива 89/665, що се отнася до необходимите ефективност и бързина. Освен това те ще трябва да вземе предвид, че:

– директивата „не разрешава на държавите членки да предвиждат, че правото на оспорване може да бъде упражнено само при условие че съответната процедура за възлагане на обществена поръчка формално е достигнала определен етап“ [41],

– в зависимост от характеристиките си национална правна уредба, която „изисква при всички случаи оферентът да чака решението за възлагане на съответната поръчка, преди да може да обжалва допускането на друг оферент, нарушава разпоредбите на Директива 89/665“ [42].

65. Не трябва да се забравя обаче, че спазването на принципа на правна сигурност „не би било възможно, ако на кандидатите и оферентите бъде позволено да изтъкват във всеки момент от процедурата по възлагане нарушения на правилата за възлагане на поръчките, като по този начин задължават възложителя да поднови изцяло процедурата, за да поправи тези нарушения“ [43].

66. Съдържащата се в последното решение доктрина е свързана с практиката на Съда в контекста на жалбата за отмяна, предвидена в член 263 ДФЕС.

67. Както припомня френското правителство, подлежащи на обжалване актове или решения са само мерките, пораждащи задължителни правни последици, които могат да засегнат интересите на жалбоподателя, като изменят съществено правното му положение [44].

68. При актове или решения, които се изготвят на няколко етапа, обжалваеми са мерките, които определят окончателно становището на вземащия решение орган „в края на дадена административна процедура и целят да произведат задължителни правни последици […], с изключение на междинните мерки, чиято цел е да подготвят окончателното решение […]“ [45].

69. Според Съда за целите на член 1, параграф 1, четвърта алинея от Директива 89/665, понятието „решения […], взети от възлагащите органи“ трябва да се тълкува широко, тъй като текстът на посочената разпоредба — който „се отнася общо до решенията на възлагащия орган, без да провежда разграничение между тях в зависимост от съдържанието им или момента на приемането им, и не предвижда никакво ограничение, що се отнася до естеството или съдържанието на посочените решения“ — „предполага, че всяко решение на възлагащия орган, за което се прилагат правните норми на Съюза в областта на обществените поръчки и което може да наруши тези норми, подлежи на съдеб[ен] контрол“ [46].

41 Пак там, точка 31.

42 Пак там, точка 34.

43 Решение от 12 март 2015 г., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, т. 51) с цитирана съдебна практика. Принципът на сигурност обаче не може да бъде отделен от изискването за ефективност на директивите в областта на обществените поръчки.

44 Решение от 26 януари 2010 г., Internationaler Hilfsfonds/Комисия (C-362/08 P, EU:C:2010:40, т. 51).

45 Решение от 17 юли 2008 г., Athinaïki Techniki/Комисия (C-521/06 P, EU:C:2008:422, т. 42).

46 Решение от 7 септември 2021 г., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, т. 105).

70. Въз основа на посоченото тълкуване на подлежащите на обжалване решения Съдът е приел за обжалваемо решението за допускане на икономически оператор до участие в процедура за възлагане на обществена поръчка [47].

71. *Широтата* на такова тълкуване обаче [48] във всички случаи се ограничава до положителни решения, *действително приети* от възлагащия орган. С други думи, решения, предполагащи волеизявление, с което възлагащият орган изразява позиция, когато правна норма го задължава да вземе решение.

72. Необходимо е да се направи разграничение, както вече посочих, между:

– решения, с които възлагащият орган се произнася изрично относно възникнали подозрения във връзка с дадена оферта и с които приключва състезателна процедура за проверка, проведена с цел да се установи дали офертата е, или не е с необичайно ниска стойност. Според мен и в двата възможни случая решението засяга интересите на оферентите, и по-конкретно на онзи, чиято оферта е отхвърлена поради необичайно ниската ѝ стойност. Изменението на неговото положение в конкурса наред със самостоятелността на процедурата, в рамките на която възлагащият орган се е произнесъл с решение, дава основание решението да бъде определено като окончателно и подлежащо на съдебен контрол от момента на неговото приемане,

– имплицитни решения на възлагащия орган, които, при липсата на съмнения относно сериозността на офертите, съставляват част от решението за възлагане на поръчката. Оспорването им по съдебен ред следва да се извърши чрез подаване на съответната жалба срещу окончателното решение.

73. Доколкото има значение в случая, от наличната информация е видно, че възлагащият орган не е имал съмнения, въз основа на които да подозира наличие на оферта с необичайно ниска стойност. Поради тази причина не се е наложило той да започне съответната процедура за проверка.

74. По този начин възлагащият орган не е приел никакво *решение*, което да може да бъде обжалвано съгласно Директива 2009/81 отделно и в тогавашния момент. Член 49 от директивата, нека повторя, не налага на възлагащия орган задължение да се произнесе изрично относно наличието на необичайно ниска стойност при всички оферти, а само да следва определена процедура, преди да отхвърли офертата, която „изглежда“ необичайно ниска.

[47] Пак там, точка 106, с цитиране на решение Marina del Mediterráneo, точка 28. На обжалване подлежи и „[…] решението, с което възлагащият орган отказва да предостави на икономически оператор считаната за поверителна информация, представена от кандидат или оферент“.

[48] Въпреки че на пръв поглед може да изглежда обратното, не смятам, че това толкова широко тълкуване не е в съответствие със съдебната практика, която в интерес на правната сигурност изключва възможността оферентите да изтъкват във всеки един момент нарушения на правилата за възлагане на обществените поръчки. И при двете линии в съдебната практика се прави преценка относно правната сигурност, от една страна, и съдебния контрол за законосъобразност, от друга. Целта е да се постигне точка на равновесие с критерия за относителна самостоятелност, що се отнася до съдържанието, на последователните решения на възложителя. Отхвърлена е например възможността да се обжалват „действия, съставляващи само предварително пазарно проучване, или действия, които са чисто подготвителни и са част от вътрешните размишления на възложителя с оглед на провеждането на обществена поръчка“, съгласно решение от 11 януари 2005 г., Stadt Halle и RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, т. 35). Всички актове в рамките на процедурата са *подготвителни* за окончателното решение за възлагане на поръчката, но не всички предлагат една и съща *плътност* на съдържанието, като обжалваемостта е запазена за актовете, предполагащи достатъчна степен на произнасяне с решение, за да им се придаде известна самостоятелност.

75. Посоченият член и успоредно с него член 69 от Директива 2014/24 във връзка с член 47 от Хартата предполагат само, както твърди френското правителство, че когато обжалва по съдебен ред решението за възлагане на поръчката, отстраненият оферент може да се позове на необичайно ниската стойност на избраната оферта [49].

V. Заключение

76. С оглед на изложените съображения предлагам на Съда да отговори на Върховен административен съд, България, по следния начин:

„1) Членове 38 и 49 от Директива 2009/81/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно координирането на процедурите за възлагане на някои поръчки за строителство, доставки и услуги от възлагащи органи или възложители в областта на отбраната и сигурността и за изменение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО, трябва да се тълкуват в смисъл, че възлагащите органи са длъжни във всички случаи да извършат проверка за евентуално наличие на оферти с необичайно ниска стойност. За целта е без значение броят на подадените оферти или невъзможността да се приложат възприетите в националното законодателство критерии в тази връзка, като възлагащите органи трябва да спазват, поради директния му ефект, член 49 от Директива 2009/81/ЕО.

2) Член 55, параграф 2 от Директива 2009/81/ЕО във връзка с член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз трябва да се тълкува в смисъл, че когато възлагащият орган няма основание да започне процедура за проверка относно сериозността на дадена оферта, преценката му може да бъде предмет на съдебен контрол в рамките на обжалването на окончателното решение за възлагане на поръчката“.

[49] Съгласно акта за преюдициално запитване настоящият случай е именно такъв, тъй като Veridos е могло да обжалва решението за възлагане на поръчката, позовавайки се на необичайно ниската стойност на офертата на Mühlbauer.