

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-ЖА CHRISTINE STIX-НАСКЛ

представено на 14 септември 2006 година <sup>1</sup>

### I — Уводни бележки

1. Настоящото производство за установяване на неизпълнение на задължения от държава-членка, както и друго такова производство, което е образувано и протича паралелно<sup>2</sup>, се отнася до това какви изисквания могат да се изведат от първичното право на ЕО във връзка с прозрачността на процедурите за възлагане на обществени поръчки. По-специално става дума за задълженията, които могат да се изведат от основните свободи и от общите принципи на правото по отношение на услугите, наречени „неприоритетни“, т.е. услугите, за които Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги<sup>3</sup> — временно заменена от т.нар. „законодателен пакет“ — предвижда специален, и по-точно опростен режим.

1 — Език на оригиналния текст: немски.

2 — Вж. заключението ми от днес по дело Комисия/Ирландия (C-532/03).

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

2. Освен това става дума за тълкуването и развитието на практиката на Съда по дело *Telaustria* и *Telefonadress*<sup>4</sup> и по дело *Coname*<sup>5</sup>.

### II — Правна уредба

3. В двадесет и първо съображение от Директива 92/50 се посочва:

„[...] прилагането на настоящата директива трябва да се ограничи, по време на преходен период, до обществени поръчки за такива услуги, за които прилагането на настоящите разпоредби ще спомогне за реализиране на всички възможности за увеличаване на трансграничната търговия; [...] обществените поръчки за другите услуги е необходимо да бъдат наблюдавани за определен период, преди да се

4 — Решение от 7 декември 2000 г. (C-324/98, Recueil, стр. I-10745).

5 — Решение от 21 юли 2005 г. (C-231/03, Recueil, стр. I-7287).

вземе решение за пълното прилагане на настоящата директива; [...] необходимо е да се определи механизъм за това наблюдение; [...] механизмът трябва същевременно да дава възможност на заинтересуваните страни да обменят съответна информация“ [неофициален превод].

4. Съгласно член 3, параграф 2 от Директива 92/50 възлагащите органи следят да няма дискриминация между доставчиците на услуги.

5. Директива 92/50 определя в дял II т.нар. „две нива“ на прилагане. Съгласно член 8 от нея поръчките, които имат за предмет услуги, включени в приложение I А, се възлагат в съответствие с разпоредбите на дялове от III до VI, т.е. на членове от 11 до 37. Съгласно член 9 обаче за поръчки, които имат за предмет неприоритетни услуги, т.е. включените в приложение I Б услуги, трябва да се спазват само членове 14 и 16.

6. Приложение I Б изброява поредица от категории услуги. Точка 27 се отнася до „Други услуги“.

7. Член 14 съдържа разпоредби във връзка с техническите спецификации, които се съдържат в общите или свързаните с договорите документи, съпътстващи всяка поръчка.

8. Член 16 между другото предвижда:

„1. Възлагащите органи, които са възложители обществена поръчка [...], изпращат съобщение за резултата от процедурата за възлагането на Службата за официални публикации на Европейските общности.

[...]

3. При обществени поръчки за услуги, изброени в приложение I Б, възлагащите органи посочват в съобщението дали приемат публикуването им.

4. При спазване на процедурата, предвидена в член 40, параграф 3, Комисията изготвя правилата за съставяне на периодичните отчети, въз основа на съобщенията, посочени в параграф 3, и за публикуването на тези отчети.

[...]“ [неофициален превод]

### III — Обстоятелства, досъдебна процедура и производство пред Съда

9. На 4 декември 1992 г. ирландският министър по социалните въпроси сключва без предварителна покана за представяне на оферти, договор с ирландската пощенска служба An Post. Съгласно този договор ползващите социални помощи могат да изтеглят в пощенските станции сумите, които им се полагат.

10. Този първоначален договор обхваща периода между 1 януари 1992 г. и 31 декември 1996 г. През май 1997 г. той е продължен до 31 декември 1999 г. Компетентният ирландски орган публикува в *Официален вестник на Европейските общности* от 16 февруари 1999 г. предварителна информация във връзка с предвиденото възлагане на обществена поръчка. Въпреки това през май 1999 г. се взема решение за продължаване на договора до 31 декември 2002 г. Впоследствие изпълнението на това решение е спряно.

11. По повод на подадена жалба, през октомври 1999 г. Комисията на Европейските общности започва кореспонденция с ирландските власти.

12. Поради намесата на Комисията Ирландия официално не продължава

договора. Въпреки това, за да не бъде прекъснато плащането на социалните помощи, An Post обаче продължава да предоставя услугите ad hoc.

13. В рамките на процедурата за установяване на неизпълнение на задължения от държава-членка, започната от Комисията съгласно член 226 ЕО, според Комисията Ирландия не предлага разрешение в отговор на поставения проблем. Предвид отговорите на Ирландия на официалното уведомително писмо от 26 юни 2002 г. и на мотивираното становище от 17 декември 2002 г. Комисията приема действията на Ирландия във връзка със сключването на нов договор за нарушение на разпоредбите на Договора за ЕО и поради това предявява иск пред Съда.

14. Комисията моли Съда:

1) да установи, че като поверява доставката на услуги на An Post без предварителна покана за представяне на оферти, Ирландия не е изпълнила произтичащите за нея задължения от Договора;

2) да осъди Ирландия да заплати съдебните разноски на Комисията.

15. Ирландия моли Съда:

- 1) да отхвърли иска на Комисията;
- 2) да осъди Комисията да заплати съдебните разноски на Ирландия.

параграф 2 от нея, който съдържа общо задължение възлагащите органи да не допускат дискриминация между доставчиците на услуги. Това задължение се вменявало на ирландските власти по отношение на услугите, посочени в приложение I Б, също както и по отношение на услугите, посочени в приложение I А.

#### **IV — Доводи на страните и на встъпилите страни**

##### *А — Комисията*

16. Според Комисията фактът, че разглежданият договор попада в приложното поле на Директива 92/50, не изключвал приложението на условията, разработени в съдебната практика на Съда, които се извличат от предвидените в Договора основни свободи и от приложението на общите принципи, които намирали конкретен израз в тези основни свободи.

17. Задължението на държавите-членки да спазват общите принципи се потвърждавало в самата директива, в член 3,

18. Тълкуването на Комисията било единственото съвместимо с „логиката на Договора относно вътрешния пазар“. Според ясната съдебна практика на Съда разпоредбите от Договора относно свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги налагали на държавите-членки задължения по отношение на възлагането на обществени поръчки извън приложното поле на директивите. Това се отнасяло както до тези видове поръчки (като концесиите за услуги), които не били специално уредени, така и до такива поръчки, които макар да са уредени, имат стойност под определения в различните директиви праг.

19. Следователно било в пряко противоречие с логиката на вътрешния пазар да се позволи на държавите-членки да не поставят пред обществените поръчки, чиято стойност е над финансовите прагове, никакво изискване за покана за представяне на оферти само поради това че съответните услуги попадат в обхвата на приложение I Б към Директива 92/50,

въпреки че общностното право изисква в подобни случаи подходяща покана за представяне на оферти, даже ако поръчките не попадали в приложното поле на споменатата директива поради тяхната структура или стойност.

20. Националните мерки трябвало да се преценяват в светлината на разпоредбите на определена директива, а не на разпоредбите на Договора само ако с директивата се извършва изчерпателна хармонизация.

21. По отношението на довода, според който преследваната от нея цел може да се постигне само чрез нормотворчество, Комисията твърди, че никоя директива не може да дерогира първичното право. Произтичащите от първичното право задължения обхващали тези по директивите. Вторичното право имало за цел да допълва първичното право и да способства за постигането на предвидените в него цели.

22. На последно място, Комисията подчертава, че първичното право съдържащо не толкова строги изисквания, колкото директивата. Обратно на разбирането на встъпилите страни, Комисията не изисква при всички обстоятелства покана за представяне на оферти. Също така Комисията не изисквала Ирландия да прилага спрямо неприоритетните услуги правилата, приложими спрямо приоритетните услуги.

23. По отношение на правната сигурност Комисията посочва, че спазването на ограниченията, наложени от първичното право, в областта на обществените поръчки не представлява нещо необичайно.

#### Б — Ирландия

24. Ирландия оспорва точността на доводите на Комисията. Тя счита, от една страна, че посочената от Комисията практика на Съда не била релевантна и доказва това, като коментира различните дела, както и представените от Комисията доводи по тях. Приетите от Ирландия мерки, от друга страна, с оглед на приложимостта на Директива 92/50 трябвало да се преценяват в светлината на тази директива, а не във връзка с основните свободи.

25. Освен това действията на Комисията нарушавали принципите на прозрачност, на защита на оправданите очаквания и на правната сигурност. Вместо да представи съответно предложение за изменение на директивата, което тя би била длъжна да стори съгласно член 43, Комисията преследва „мъгляви понятия“. Комисията освен това не възпроизвела съответно изменение в своето предложение, довело през 2004 г. до приемането на 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 (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка ОВ L 182, стр. 282).

26. Комисията искала да убеди Съда да се намеси и да действа като законодател вместо Съвета. Нейната цел била да наложи на Ирландия задължения, които Директива 92/50 изрично изключва. По този начин тя нарушавала институционалното равновесие. Ако Комисията можела да извлече от принципа на равно третиране задължението за възлагане чрез покана за представяне на оферти, това повдигало въпроса за релевантността на директивата.

#### В — Встъпилите страни

27. Кралство Дания, Република Финландия, Френската република и Кралство Нидерландия участват в производството като встъпили страни в подкрепа на Ирландия.

28. Според датското, финландското, френското и нидерландското правителство само членове 14 и 16 от Директива 92/50 се прилагат за спорните услуги. Други разпоредби във връзка с наказания за представяне на оферти следователно не се прилагат за неприоритетни услуги. Също така от практиката на Съда не можело да се извлече задължение за

публикуване на покана за представяне на оферти във всички случаи. Следвало също да се напомнят изискванията на принципа на правната сигурност, който се оказвал нарушен от застъпването от Комисията широко тълкуване. В този контекст също се напомня, че нарушението от страна на възлагащите органи на процесуални разпоредби водело до задължението тези органи да плащат обезщетение за вреди.

29. Според датското правителство нито от член 3 от Директива 92/50, нито от членове 12, 43 и 49 ЕО не можело да се извлече задължение за провеждане на определена процедура за възлагане на обществена поръчка. Нещо повече, подчиняването на неприоритетни услуги на подробни процесуални разпоредби нарушавало принципите на пропорционалност и субсидиарност.

30. Националните мерки трябвало да се преценяват само в светлината на хармонизиращите разпоредби, а не и с оглед на първичното право. Освен това според нейното правно становище Комисията трябвало логично да постави под съмнение действителността на директивата.

31. Встъпилите страни отбелязват, от една страна, генезиса и целите на Директива 92/50. Те напомнят, от друга страна — като отчасти препращат към задължението за преразглеждане съгласно Директива 92/50 — че в своето предложение

за изменение на директивите в областта на обществените поръчки, което между другото е довело до приемането на Директива 2004/18/ЕО, самата Комисия не е включила изменение на системата, съгласно която спрямо неприоритетните услуги продължава да се прилага опростен режим.

общностното право трябва допълнително да се използват като критерии за оценка. В рамките на пряк иск като този за установяване на неизпълнение на задължения на държава-членка критерият за оценка се определя съобразно исканията на ищеца, в случая Комисията.

## V — Съображения

*A — По предмета на настоящото производство за установяване на неизпълнение на задължения от държава-членка*

32. По отношение на предмета на настоящото производство за установяване на неизпълнение на задължения от държава-членка няколко точки не се оспорват между страните. Това се отнася, от една страна, до факта, че спорната поръчка спада към клас 913 от ЦКС (Централен класификатор на стоките). Тя принадлежи към категория 27 „други услуги“ от приложение I Б към Директива 92/50. Следователно трябва да се квалифицира като неприоритетна услуга. Също така неоспоримо е, че в разглежданото дело релевантният праг съгласно член 7, параграф 1, буква а) от Директива 92/50 е бил превишен.

33. Следователно, макар че е относително лесно да се отговори на въпроса дали спорната поръчка попада в приложното поле на Директива 92/50, или се подчинява на специален режим, следва да се изясни какви други разпоредби от

34. От исковата молба личи, че Комисията цели да се установи двойно неизпълнение на задължения. Тя изтъква, от една страна, нарушение на основните свободи, по-специално на членове 43 и 49 ЕО. От друга страна, изтъква нарушение на общите принципи на общностното право, по-специално на принципа на прозрачност и на принципа на равно третиране (недискриминация).

35. Нещо повече, направено е било позоваване на допълнителна разпоредба в рамките на производството пред Съда, а именно член 3, параграф 2 от Директива 92/50. Съгласно тази разпоредба възлагащите органи следят да няма дискриминация между доставчиците на услуги.

36. Комисията иска да изведе от тази разпоредба принцип, който се прилага спрямо всички видове услуги, включително и спрямо неприоритетните, предмет на настоящото производство.

37. Въпреки това Комисията не възпроизвежда в исковата молба нарушението на член 3, параграф 2 от Директива 92/50. Наистина, Комисията в своята искова молба<sup>6</sup> препраща към тази разпоредба от директивата, но това не е достатъчно. Чрез това препращане Комисията всъщност би искала само да докаже, че самата директива изрично предвижда забрана за дискриминация. Изглежда, че Комисията разглежда този факт като потвърждение на задължението на държавите-членки да спазват съответните принципи на правото. Трябва да се прибави и фактът, че в своето мотивирано становище Комисията сочи само нарушение на членове 43 ЕО и 49 ЕО.

38. По отношение на твърдяното нарушение на общите принципи на правото, Комисията разглежда този въпрос не само в рамките на правната преценка на фактите, но и в частта от исковата молба, където в заключение обобщава разпоредбите, които според нея са нарушени (точка 56). Това се отнася и до оплакването за нарушение на членове 43 ЕО и 49 ЕО.

39. Следователно не е необходимо допълнително по-подробно разглеждане на въпроса относно правните последици на член 3, параграф 2 от Директива 92/50 по отношение на т.нар. „неприоритетни“ услуги.

Б — *Допълват ли се директивите от първичното право?*

40. Настоящото производство няма отношение към един — поне по принцип — вече уреден въпрос, че първичното право трябва да се прилага извън обхвата на директивите в областта на обществените поръчки. Действително, съгласно практиката на Съда<sup>7</sup> разпоредбите на първичното право се прилагат, ако поръчката не попада в обхвата на нито една директива. Напротив, настоящото дело се отнася до въпроса дали изискванията на първичното право се прилагат и към обстоятелства, които попадат в обхвата на директивите.

41. Този правен проблем обаче не е съвсем нов. Да припомним практиката на Съда, съгласно която изискванията на първичното право, по-специално основните свободи, се прилагат и към поръчките, които попадат в обхвата на директивите в областта на обществените поръчки.

42. Така Съдът се е произнесъл в рамките на производство за установяване на неизпълнение на задължения, което се отнася и до Ирландия, „че като допуска в документацията във връзка с поканата за представяне на оферти при поръчка

6 — Точка 43.

7 — Решение по дело *Coname* (посочено в бележка под линия 5, точка 16) и Решение от 20 октомври 2005 г. по дело *Комисия/Франция (C-264/03, Resueil)*, стр. I-8831, точка 32).

за строителство включването на клауза [...], Ирландия не е изпълнила задълженията си по член 30 от Договора за ЕИО“<sup>8</sup>. Съдът се произнася по същия начин в друго производство за неизпълнение на задължения от държава-членка: той установява по делото относно Storebælt нарушение на членове 30, 48 и 59 от Договора за ЕИО (понастоящем след изменението членове 28, 40 и 49 ЕО)<sup>9</sup>.

43. Трябва да се добави и едно скорошно решение по производство за неизпълнение на задължения от държава-членка, в което Съдът установява нарушение на член 49 ЕО. Както по делото относно Storebælt, и по това дело става дума за съдържанието на спецификациите, и по-специално на подкритериите за възлагане<sup>10</sup>.

44. Принципът за изчерпателното или допълващо тълкуване на директивите от първичното право обаче се потвърждава от Съда и при други обстоятелства.

45. Решение по дело NI предоставя в тази връзка ценни насоки. Съдът се е произнесъл по това дело, че „макар да е вярно, че извън изискването за съобщаване на мотивите за оттегляне на покана за представяне на оферти, Директива 92/50 не съдържа конкретна разпоредба относно

материалните или формалните условия за това решение, остава в сила фактът, че това решение се подчинява на основните правила на общественото право, и по-конкретно на принципите, предвидени от Договора за ЕО в областта на правото на установяване и свободното предоставяне на услуги“<sup>11</sup>.

46. В точка 47 от същото решение Съдът твърде общо потвърждава: „въпреки че Директива 92/50 не урежда изрично подробните правила за оттеглянето на покана за представяне на оферти за дадена обществена поръчка за услуги [...]“.

47. Принципът за позоваване като допълнително средство на първичното право се потвърждава от Съда в друг акт<sup>12</sup>. Фактът, че Съдът е избрал да се произнесе с определение, показва, че той най-малкото смята за уреден този правен въпрос.

48. Съдът се произнася по подобен начин в Решение по дело Makedoniko Metro и Michaniki, че „дори при *отсъствието на конкретно приложими разпоредби* в обществените директиви в областта на обществените поръчки общите принципи

8 — Решение от 22 септември 1988 г. по дело Комисия/Ирландия (45/87, Recueil, стр. 4929, точка 27).

9 — Решение от 22 юни 1993 г. по дело Комисия/Дания (C-243/89, Recueil, стр. I-3353).

10 — Решение от 27 октомври 2005 г. по дело Комисия/Испания (C-158/03, ОВ С 330, стр. 1) и Решение по дело Contse и др. (C-234/03, Recueil, стр. I-9315).

11 — Решение от 18 юни 2002 г. (C-92/00, Recueil, стр. I-5553, точка 42).

12 — Определение от 16 октомври 2003 г. по дело Caupratolo Hansel (C-244/02, Recueil, стр. I-12139, точки 31 и 33).

на общностното право [...] уреждат и процедурите за възлагане на обществени поръчки“<sup>13</sup>.

49. Решение по дело Unitron Scandinavia и 3-S<sup>14</sup>, обсъдено в настоящото производство, навярно също се отнася до прозрачността, но това производство засяга забраната на дискриминацията, основана на гражданството, а не принципа на равно третиране като общ принцип на правото, т.е. принципа на равенство.

50. Следователно може да се посочи, че принципът, съгласно който първичното право се прилага и спрямо възлагането на обществени поръчки по директивите относно обществените поръчки, е бил потвърден от Съда. Трябва обаче да се разгледа обхватът на този принцип. Така според принципа, разкриващ съотношението между първичното и вторичното право, приложението на първичното право се изключва, ако фактите се уреждат изчерпателно от разпоредбите на вторичното право<sup>15</sup>. Следователно в общностното право съществуват ограничения спрямо допълващото приложение на първичното право.

13 — Решение от 23 януари 2003 г. (C-57/01, Recueil, стр. I-1091, точка 69, курсивът мой).

14 — Решение от 18 ноември 1999 г. (C-275/98, Recueil, стр. I-8291, точка 30 и следв.).

15 — Решение от 12 октомври 1993 г. по дело Vanacker и Lesage (C-37/92, Recueil, стр. I-4947, точка 9), Решение от 13 декември 2001 г. по дело DaimlerChrysler (C-324/99, Recueil, стр. I-9897, точка 32) и Решение от 11 декември 2003 г. по дело Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, стр. I-14887, точка 64).

51. Докато практиката на Съда между-временно изяснява, че съдържанието на факторите за възлагане и на правилата за отмяна не се урежда изчерпателно в директивите относно обществените поръчки, остава да се разгледа начинът, по който трябва да се прецени уредбата във връзка със задължението за прозрачност по отношение на неприоритетните услуги.

*В — Съдържа ли Директива 92/50 изчерпателна уредба на задължението за прозрачност по отношение на неприоритетните услуги?*

52. Характеристика на настоящото производство е обстоятелството, че то се отнася до приложимостта на първичното право във връзка с възлагане на обществена поръчка, което се подчинява на специалния режим, установен от директива относно обществените поръчки.

53. Категорията неприоритетни услуги също така не съставлява единствената категория поръчки, за които се предвижда специален режим в директивите относно обществените поръчки. В този смисъл Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство<sup>16</sup> (наричана по-нататък също „директива за координиране в строителството“)

16 — ОВ L 199, стр. 54.

предвижда опростен режим по отношение на концесиите за строителство. Подобно на член 9 от Директива 92/50, член 3, параграф 1 от тази директива предвижда кои нейни разпоредби следва да се прилагат. За разлика от уредбата в Директива 92/50 по отношение на неприоритетните услуги, директивата за координиране в строителството подчинява концесиите за строителство и на задължението за обявяване на покана за представяне на оферти с определено минимално съдържание (член 11 от Директива 93/37).

54. Следва за по-голяма яснота да се отбележи, че настоящото производство няма за предмет да определи дали задълженията, които Директива 92/50 налага за приоритетните услуги, важат и за неприоритетните услуги и следователно дали тези задължения трябва да се прилагат пряко или най-малкото по аналогия.

55. Освен това трябва да се отбележи, че въпросът не е в това дали цялата директива следва да се разглежда като изчерпателна хармонизираща мярка, а дали определящият аспект е уреден по този начин. Всъщност в общностното право е типично във връзка с определени аспекти директивите да съдържат изчерпателна уредба, а във връзка с други — не<sup>17</sup>. В този смисъл Съдът се произнася за една от директивите относно обществените поръчки, че тя не създава еднакво и изчерпателно

общностно право и че държавите-членки трябва да спазват всички релевантни разпоредби на общностното право<sup>18</sup>.

56. Изискванията на първичното право са приложими при възлагането на поръчки за неприоритетни услуги, доколкото в тази връзка не съществува изчерпателна хармонизация. Обстоятелството, че като цяло Директива 92/50 не установява изчерпателна хармонизация за неприоритетните услуги, обратното, не съставлява условие. В рамките на това производство трябва само да се разгледа дали уредбата на задължението за прозрачност в Директива 92/50 е изчерпателна, както твърдят Ирландия, Френската република и Кралство Нидерландия. В противен случай посочената по-горе практика на Съда може да се приложи по отношение на критериите за възлагане и за отмяна.

57. В този контекст следва да се цитира и решението, постановено по дело Contse и др., в което отправна точка на Съда е принципът, че основните свободи се прилагат за неприоритетните услуги. Тук може само бегло да се отбележи, че поради препращането към член 9 от Директива 92/50 дори правилата от Директива 92/50, които трябва да бъдат допълнени, не се прилагат за неприоритетните услуги.

17 — Вж. например Решение от 19 март 1998 г. по дело *Compassion in World Farming* (C-1/96, Recueil, стр. I-1251, точка 55 и сл.) и Решение от 14 декември 2004 г. по дело *Radlberger Getränkegesellschaft и Spitz* (C-309/02, Recueil, стр. I-11763, точка 53 и сл.).

18 — В този смисъл относно директивата за координиране в строителството от 1971 г.: Решение от 9 юли 1987 г. по дело *CEI и др.* (27/86—29/86, Recueil, стр. 3347, точка 15).

58. В настоящото дело обаче не става дума за организацията на критериите за възлагане или отмяна, а обратно — за точно определен аспект на прозрачността, а именно съобщаването *ex ante* на дадена обществена поръчка. Въпросът дали Директива 92/50 изчерпателно хармонизира понастоящем релевантния аспект на задължението за прозрачност според практиката на Съда трябва да се преценява в светлината на текста на разглежданата разпоредба, на нейния контекст и на целите, преследвани с уредбата, към която тя се числи<sup>19</sup>.

59. Както вече Съдът се е произнесъл, отпавна точка за тълкуването трябва да е двадесет и първо съображение, както и член 9 от Директива 92/50<sup>20</sup>.

60. В двадесет и първо съображение се посочва, че прилагането на директивата трябва да се ограничи, по време на преходен период, до поръчки за такива услуги, за които прилагането на тези разпоредби ще спомогне за реализиране на всички възможности за увеличаване на трансграничната търговия, докато през този период по отношение на поръчките за други услуги е създаден само един инструмент за наблюдение.

19 — Решение по дело *Compassion in World Farming* (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 49 и сл.) и Решение от 19 октомври 1995 г. по дело *Höfnig* (C-128/94, Recueil, стр. I-3389, точка 9).

20 — Решение от 14 ноември 2002 г. по дело *Felix Swoboda* (C-411/00, Recueil, стр. I-10567, точка 46 и сл.).

61. Текстът на централната разпоредба, т.е. член 9 от Директива 92/50, ясно сочи, че поръчките за неприоритетни услуги се възлагат в съответствие с изрично посочените разпоредби. Става дума за членове 14 и 16. Докато член 14 определя „Общи правила в техническата област“, член 16 урежда определени аспекти на прозрачността. Ето така по отношение на прозрачността във връзка с неприоритетните услуги общностният законодател не препраща към целия дял V от директивата, озаглавен „Общи правила за обявяване“, а само към една част от него.

62. Така общностният законодател съзнателно е избрал да предвиди за неприоритетните услуги само определени задължения за прозрачност. Член 16, параграф 1 предвижда задължението резултатите от процедурата по възлагане на обществена поръчка да се изпратят на Службата за публикации.

63. Решението на общностния законодател да не препраща към важната разпоредба на член 11 е с водещо значение в настоящото производство за изпълнение на задължения от държава-членка. Тази разпоредба между другото определя условията, съгласно които възлагащият орган може да избере процедура на договаряне без покана за представяне на оферти. Тя позволява възлагане на обществена поръчка, известна като „по взаимно съгласие“ или пряка процедура, т.е. възлагане без съобщаване. Тези условия следователно не са възпроизведени за неприоритетните услуги.

64. Съгласно член 16, параграф 2 разпоредбите на членове 17—20 се прилагат само за приоритетните услуги. Тези разпоредби по същество уреждат моделите, които трябва да се използват в поканите за представяне на оферти, както и сроковете, които трябва да се спазват.

65. Следователно становището на Комисията, според което членове 14 и 16 от Директива 92/50 не уреждат разглеждания в настоящото производство предмет, е правилно. Комисията при все това е направила прибързано заключение, че поради това първичното право влиза в действие. Първо би трябвало да се разгледа въпросът дали поради изричната уредба само на определени аспекти следва да се заключи, че липсва изчерпателна хармонизация.

66. Този въпрос предхожда въпроса дали за неприоритетните услуги, понеже е ненужно да се спазват строгите изисквания на Директива 92/50, следва да се спазват поне не чак толкова строгите изисквания на първичното право.

67. На този предварителен въпрос следва да се отговори в смисъл, че по отношение на прозрачността във връзка с възлагането на обществени поръчки за неприоритетни услуги Директива 92/50 не съдържа изчерпателна уредба и че следва да се прави позоваване на първичното право като допълнителен източник.

68. Обратният подход би довел в противен случай до това при възлагането на обществени поръчки, които попадат изцяло извън приложното поле на Директива 92/50, например концесиите за услуги, да се прилагат по-строги изисквания, а именно съгласно съдебната практика по дело *Telaustria* и *Telefonadress* и по дело *Coname*, отколкото за неприоритетните услуги. Едно алтернативно решение би било да се понижи стандартът за възлагане на обществени поръчки извън приложното поле, с други думи нивото на прозрачност, и по отношение на неприоритетните услуги да се прилага подобен занижен стандарт или пък малко по-висок в сравнение с него.

*Г — Конкретно съдържание на разпоредбата, чието нарушение се твърди*

69. За да може да установи нарушение на общностното право, Съдът преди всичко трябва да разгледа съдържанието на разпоредбата, чието нарушение се твърди. Възможно не е възможно да се прецени поведението на съответната държава-членка, без да се уточни критерият за преценка.

70. В рамките на пряк иск като в настоящото производство за неизпълнение на задължения от държава-членка, ищецът,

в случая Комисията, трябва да обясни по-точно в какво се изразява задължението на държавата-членка ответник.

71. В писмената фаза на производството Комисията несъмнено не се е задоволила да посочи съществуването на задължения, произтичащи от членове 43 и 49 ЕО, както и от определени принципи, а напротив най-малкото твърди, че съгласно съдебната практика по отношение на изискванията на първичното право следва да се осигури адекватно равнище на прозрачност. Комисията обаче по същество спира дотук.

72. В този контекст Комисията сочи решение<sup>21</sup> относно две производства за неизпълнение на задължения. Следва да се отбележи в това отношение, че по тези производства е съществувало ясно задължение, а именно по Директива 93/37. Тази директива изрично съдържа задължение за съобщаване при възлагане на обществена поръчка, чието минимално съдържание тя дори предписва в някои модели.

73. В настоящото производство липсват именно подобни изисквания на първичното право. Приложимата в случая директива не предвижда предварително съобщаване. Това важи и за съдебната практика във връзка с основните свободи и общите принципи на правото, на които се прави

често позоваване по време на производството. От най-скорошното водещо решение на Съда във връзка с разглеждания тук проблем, а именно Решение по дело *Sonape*, е възможно обаче да се изведат само твърде общо формулирани принципи, но не и конкретни задължения.

74. Ако настоящото производство за неизпълнение на задължения от държавачленка имаше за предмет съответствието на националното законодателство в областта на обществените поръчки, можеше да се отстоява един по-толерантен подход във връзка с доказателствената тежест върху ищеца. В настоящото производство обаче става въпрос за следване на конкретно поведение, т.е. за конкретна поръчка. Следователно твърденията на Комисията трябва да бъдат също така конкретни.

75. Настоящото производство за неизпълнение на задължения от държавачленка несъмнено *de jure* засяга отделен случай, но има отношение към правен проблем с общо практическо значение. Как различните възлагащи органи и концеденти в държавите-членки трябва да организират своята практика в областта на концесиите, при положение че правната уредба е толкова неясна и дори Комисията, която се изправя срещу държавите-членки в производствата за неизпълнение на задължения — включително в предварителната административна процедура — е в невъзможност или не желае да обясни конкретно какви специални изисквания трябва да се спазват. Обстоятелството,

21 — Решение от 27 октомври 2005 г. по дело Комисия/Италия (С-187/04 и С-188/04, ОВ С 36, 2005 г., стр. 11).

че при липсата допреди няколко седмици на тълкувателно съобщение не беше ясно по това дело каква именно е позицията, отстоявана от Комисията, не трябва да действа във вреда на държавите-членки. Би трябвало това обстоятелство да накара Комисията да предостави по-конкретни насоки относно съдържанието на задължението, за което твърди, че е било нарушено.

76. От тази гледна точка следната констатация на генералния адвокат Jacobs в друга процедура за възлагане на обществена поръчка се оказва също така точна: „Тя обаче не уточнява конкретните начини, по които могат да се изпълнят тези изисквания“<sup>22</sup>.

77. Принципът, съгласно който трябва да се спазва адекватно равнище на прозрачност, предполага следователно по правило публикуването на обявление за обществена поръчка (покана за представяне на оферти). Естествено съществуват редица изключения и оправдателни основания, които вече подробно съм разгледала в моето заключение по дело *Soname*<sup>23</sup> и в моето заключение, представено днес в паралелното на настоящото производство по дело C-532/03<sup>24</sup>. Следователно по-долу трябва да се разгледа дали в настоящото дело не се прилага някое от споменатите изключения или оправдателни основания. Тъй като Съдът не разглежда служебно

този въпрос, последващите бележки се ограничават до релевантните доводи, представени в рамките на производството.

78. Преди всичко трябва да се посочи, че държавата-членка ответник не е доказала съществуването в Договора на оправдателно основание, което се предвижда изрично или се признава от съдебната практика. Същото се отнася и до приложимостта в тази насока на някое от предвидените в директивите изключения<sup>25</sup>.

79. Всъщност не може да се изключи, че съществуват хипотези, при които е възможно дадена процедура за възлагане на обществена поръчка да се проведе без предварително обявление за обществена поръчка, т.е. без покана за представяне на оферти. Подобни обстоятелства обаче не са били налице в конкретния случай или най-малкото не са били доказани.

80. Дори фактът, че степента на прозрачност зависи от конкретните обстоятелства при възлагането на обществена поръчка като нейния предмет и стойност, не означава в случая, че е възможно да се пренебрегне задължението за осигуряване на някаква форма на съобщаване.

81. Освен това трябва да се разгледа доводът на Ирландия, според който действията на Комисията нарушавали

22 — Заключение на генералния адвокат Jacobs от 21 април 2005 г. по дело *Impresa Portuale di Cagliari* (Определение от 23 март 2006 г., C-174/03, точка 77).

23 — Заключение от 12 април 2005 г. по дело *Soname* (Решение, посочено по-горе в бележка под линия 3), точка 58 и сл.

24 — Точки 86 и сл.

25 — Напр. член 11, параграф 3 от Директива 92/50, както и член 31 от Директива 2004/18.

принципите на защита на оправданите правни очаквания и на правната сигурност. Трябва да се отбележи във връзка с това един аспект, който не е бил обсъден в хода на производството. Държавата-членка ответник е приела критикуваната от Комисията мярка през май 1999 г., докато Решение по дело *Telaustria* и *Telefonadress*, в което е установен принципът на прозрачност съгласно първичното право, е обявено едва през 2000 г.

82. Следва обаче да се напомни във връзка с това, че тълкувателните решения, които са обявени в рамките на производство по преюдициално запитване съгласно член 234 ЕО, по принцип имат обратно действие. Поне в Решение по дело *Telaustria* и *Telefonadress* или в Решение по дело *Soname* не се допуска никакво изключение от него. Подобна възможност обаче не се предвижда в производства за неизпълнение на задължения от държава-членка съгласно член 226 ЕО.

83. Правните въпроси относно преценката на решения на Съда, в които се установяват задължения за държавите-членки, които до момента не са били очаквани, биха могли евентуално да се уредят в рамките на второ производство за неизпълнение на задължения от държава-членка съгласно член 228 ЕО само в случай на неспазване на решението по настоящото производство за неизпълнение на задължения от държава-членка. Възможно е това обстоятелство да се вземе предвид в рамките на изчисляването на финансовата санкция.

84. Като цяло прегледът на критикуваните от Комисията обстоятелства следователно води до констатацията, че не са съществували обстоятелства, които да позволят доставката на спорните услуги без някаква форма на съобщаване.

## VI — Съдебни разноски

85. Съгласно член 69, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна трябва да заплати съдебните разноски. Тъй като Ирландия е загубила делото и Комисията е направила искане в този смисъл, Ирландия трябва да се осъди да заплати съдебните разноски на Комисията.

86. Кралство Дания, Република Финландия, Френската република и Кралство Нидерландия участват в производството като встъпили страни. Встъпилите страни понасят направените от тях съдебни разноски съгласно член 69, параграф 4, първа алинея от Процедурния правилник.

## VII — Заключение

87. Предвид посочените по-горе съображения предлагам на Съда:

- 1) да установи, че Ирландия не е изпълнила своите задължения съгласно Договора за ЕО, като е поверила доставката на услуги на An Post без предварително обявление за обществена поръчка, въпреки че няма обстоятелства, които да позволяват да не се осигури някаква форма на съобщаване;
- 2) да осъди Ирландия да заплати съдебните разноски на Комисията;
- 3) да установи, че Кралство Дания, Република Финландия, Френската република и Кралство Нидерландия ще понесат направените от тях съдебни разноски.