

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-ЖА ELEANOR SHARPSTON

представено на 7 юни 2007 година<sup>1</sup>

1. С настоящото преюдициално запитване, отправено от Hanseatisches Oberlandesgericht (Ханзейски висш регионален съд) Бремен, Германия по същество се иска от Съда да установи дали съгласно общностното право не се допуска оферент да бъде лишен от предоставяното от Директива 89/665/ЕИО<sup>2</sup> право на обжалване на решения на възложителя с мотива, че в предвидените в националното право срокове първият не е оспорил решение, което неправилно изключва процедурата за възлагане на обществената поръчка от приложното поле на посочената директива.

2. Жалбоподателят в главното производство е представил безуспешно оферта за обществена поръчка, свързана със софтуер, която е била предмет на национална процедура за възлагане на обществена поръчка. Впоследствие той подава жалба за това, че първо, е следвало да бъде проведена общностна процедура за възлагане на обществена поръчка, тъй като е надхвърлен релевантният праг, и второ,

че последвалото решение за възлагане на обществената поръчка е неправомерно. Тези твърдения за нарушения са обявени за недопустими с мотива, че предвиденият срок за обжалване на избора на процедурата е изтекъл, поради което не може да бъде приложена процедурата по обжалване в областта на обществените поръчки, които попадат в приложното поле на общностното право.

3. С преюдициалното запитване от Съда се иска да продължи своя анализ на обстоятелствата, при които определянето на срокове за обжалване на решения в областта на обществените поръчки може да накърни принципа на ефективност, който е основен за Директива 89/665.

### Приложимата правна уредба

<sup>1</sup> — Език на оригиналния текст: английски.

<sup>2</sup> — 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, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), изменена с 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, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50).

### *Директива 89/665*

4. Целта на Директива 89/665 е да гарантира ефективното прилагане на

процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги, предвидени в съответните директиви на Общността. Тя прави това, като предвижда система от правни способности за обжалване и коригиращи мерки в случаи на нарушения.

5. Относими са следните съображения от Директива 89/665:

„[1] [...] Директивите на Общността относно обществените поръчки и по-специално [...] Директива 77/62/ЕИО на Съвета от 21 декември 1976 г. относно координирането на процедурите за възлагането на обществени поръчки за доставки<sup>[3]</sup> [...] не съдържат специални разпоредби, които да гарантират ефективното им прилагане;

[2] [...] [С]ъществуващите механизми както на национално, така и на общностно ниво за гарантиране тяхното прилагане не винаги позволяват да се гарантира спазването на съответните разпоредби на Общността, по-специално на етап,

когато нарушенията все още могат да бъдат поправени;

[3] [...] [О]тварянето на обществените поръчки за конкуренцията в Общността изисква значително увеличаване на гаранциите за прозрачност и недискриминация; като има предвид, че за да има то конкретни резултати, ефективни и бързи правни средства за защита трябва да бъдат на разположение в случай на нарушения на правото на Общността в областта на обществените поръчки, или на национални норми, транспониращи това право;

[4] [...]

[5] [...] [К]раткосрочността на процедурите означава, че посочените по-горе нарушения е необходимо да бъдат спешно разгледани;

[...]“

3 — (ОВ L 13, 1977 г., стр. 1) Тази директива е отменена и заменена с Директива 93/36/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагането на обществени поръчки за доставки (ОВ L 199, стр. 1), изменена с Директива 97/52/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 октомври 1997 година (ОВ L 328, стр. 1) и с Директива 2001/78/ЕО на Комисията от 13 септември 2001 година (ОВ L 285, стр. 1). Директива 93/36 на свой ред е една от директивите, отменени и заменени с 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, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116).

6. Член 1 от Директива 89/665 предвижда:

„1. Държавите-членки предприемат необходимите мерки, за да гарантират, че по отношение на процедурите за възлагане

на обществени поръчки, попадащи в приложното поле на директиви [...] 77/62/ЕИО и 92/50/ЕИО<sup>4</sup>, решенията, взети от възложителите, могат да бъдат ефективно обжалвани и по-специално възможно най-бързо в съответствие с условията, посочени в следващите членове, и по-специално в член 2, параграф 7, с мотива, че тези решения са нарушили правото на Общността в областта на обществените поръчки или националните норми, транспониращи това право.

2. [...]

3. Държавите-членки гарантират, че производствата по обжалване са достъпни, съгласно подробни правила, които държавите-членки могат да установят, поне за всяко лице, което има или което е имало интерес от спечелването на процедурата за възлагане на поръчка за доставки [...] и което е било или би могло да претърпи вреди от твърдяно нарушение. По-специално, държавите-членки могат да изискат лицето, което е поискало преразглеждането, да уведоми предварително възложителя за твърдяното

4 — Вж. бележка под линия 2. Директива 92/50 е изменена с директиви 93/36, 97/52 и 2001/78 и отменена, с изключение на член 41 от нея (който изменя член 1, параграф 1 от Директива 89/665), с Директива 2004/18 (вж. бележка под линия 3 по-горе). Съгласно член 2 от Директива 92/50 (и впоследствие съгласно член 1, параграф 2, буква г), втора алинея от Директива 2004/18) обществена поръчка с предмет доставка на стоки и услуги се разглежда като „обществена поръчка за услуги“, ако стойността на услугите надвишава тази на стоките съгласно поръчката. Обществената поръчка, която е предмет на настоящото дело, включва както доставка на стоки (лицензи за софтуер), така и услуги (обучение и поддръжка), съответната стойност на които не е ясна от преписката по делото. Следователно има неяснота по това дали тя следва да се разглежда като обществена поръчка за доставка на стоки или за услуги. Но и в двата случая праговата стойност, която поставя поръчката в приложното поле на Директива 89/665, е една и съща.

нарушение и за намерението си да поиска обжалване.“

7. Член 2 от Директива 89/665 се отнася до мерките, които трябва да бъдат на разположение в рамките на производствата по обжалване. Съгласно член 2, параграф 7 „[Д]ържавите-членки гарантират, че решенията, взети от органи, отговорни за производствата по обжалване, могат да бъдат ефективно изпълнени“.

*Директива 93/36*<sup>5</sup>

8. Член 10 от Директива 93/36 по-специално предвижда минимални срокове при откритите процедури за получаване на оферти, чиято стойност надвишава прага за прилагане на общностните норми. Член 10, параграф 1 гласи, че при такива процедури срокът за получаване на оферти не може да бъде по-кратък от 52 дни от датата, на която е било изпратено обявлението за обществената поръчка. Като правило този срок може да бъде намален на най-малко 36 дни, но при никакви обстоятелства на може да бъде

5 — Вж. бележка под линия 3. Разпоредби, сходни на разпоредбите на член 10, параграф 1 и параграф 1, буква а) от Директива 93/36 се съдържат в член 18, параграфи 1 и 2 от Директива 92/50 по отношение на обществените поръчки за доставка на услуги. Тези две поредици от разпоредби впоследствие са заменени с член 38, параграфи 2 и 4 от Директива 2004/18.

по-малък от 22 дни от датата, на която обявлението за обществената поръчка е било публикувано по реда, определен в член 10, параграф 1, буква а).

по обществените поръчки срещу твърдяните нарушения на правилата в областта на възлагане на обществените поръчки и гласи:

### Германското законодателство<sup>6</sup>

9. Част четвърта от германския Закон срещу ограниченията на конкуренцията (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, наричан по-нататък „GWB“) се отнася до възлагането на обществени поръчки<sup>7</sup>. § 100, алинея 1 гласи, че „[н]астоящата част [от GWB] се прилага само за поръчките, чиято стойност достига или надхвърля размерите, определени в регламентите, които са предвидени в § 127 (прагове)“<sup>8</sup>.

10. § 107 от GWB урежда жалбите пред Комисията по обществените поръчки. § 107, алинея 3 от GWB определя сроковете за подаване на жалби пред Комисията

„Искането е недопустимо, когато подалят е установил нарушението на правилата за възлагане на поръчките по време на процедурата и не го е съобщил незабавно на възложителя. Искането е недопустимо и когато нарушенията на правилата за възлагане на поръчки, които са могли да бъдат открити<sup>9</sup> въз основа на обявлението за обществена поръчка, не са били съобщени на възложителя най-късно до изтичането на посочения в обявлението за поръчка срок за представяне на заявления или за подаване на оферти.“

11. Vergabeverordnung (Правилник за обществените поръчки) (наричан по-нататък „VgV“)<sup>10</sup> съдържа по-специално праговите стойности, посочени в § 127, алинея първа от GWB<sup>11</sup>. Към съответната дата § 2 от VgV гласи:

„Прагът е:

[...]

6 — Бел.прев.: В оригиналния текст на английския език генералният адвокат г-жа Sharpston уточнява в бележка под линия под този номер, че преводите на цитираните германски законодателни актове са нейни. В настоящия превод на български език на заключението на г-жа Sharpston преводът на цитираните германски актове е свободен и е направен от английския текст.

7 — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Закон срещу ограниченията на конкуренцията) от 26 август 1998 г. (BGBl I 1998, стр. 2521) Четвъртата част включва § 97—129. Тя се подразделя на три раздела, предмет на втория от които са процедурите за обжалване (§ 102—124).

8 — § 127, точка 1 от GWB оправомощава федералното правителство със съгласието на Bundesrat (горната камара на Федералния парламент) да транспонира в германското право чрез правилник праговете, определени в директивите на Общността относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки.

9 — В оригиналния текст на немския език е използван терминът „[E]rkennbar“.

10 — Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, 9 януари 2001 г., BGBl I 2001, стр. 110.

11 — Вж. бележка под линия 8 по-горе.

3. 200 000 евро за всички останали поръчки за доставки или за услуги.“

12. Част А от *Verdingungsordnung für Leistungen* (Правила за провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки за доставки и услуги чрез представяне на оферти, наричани по-нататък „VOL/A“) <sup>12</sup> съдържа подробни правила за възлагане на обществени поръчки за доставки и услуги чрез представяне на оферти. § 17 урежда по-специално съдържанието на обявлението за обществената поръчка. § 17, точка 1, алинея 2 гласи:

„Обявлението за обществена поръчка съдържа най-малко следните елементи:

[...]

в) Естеството и размерът на подлежащите на доставяне стоки или услуги [...]" <sup>13</sup>

12 — В тяхната редакция от 17 септември 2002 г., *Bundesanzeiger* № 216а. Предмет на раздели 1 и 2 е съответно възлагането на обществени поръчки на стойност под и над прага, определен в общностното право. Във всеки от разделите съответните параграфи са с една и съща номерация. Във всеки от разделите текстът на § 17, точка 1, алинея 2, буква в) е еднакъв.

13 — Оригиналният текст на немски език е следният: „Diese Bekanntmachung soll mindestens folgende Angaben enthalten: [...] Art und Umfang der Leistung“.

**Главното производство и преюдициалното запитване**

13. На 21 март 2005 г. или преди тази дата ответникът в главното производство, Свободният ханзейски град Бремен (наричан по-нататък „община Бремен“), публикува „национална покана за представяне на оферти по реда на VOL/A“ за възлагане на обществена поръчка, свързана със софтуер <sup>14</sup>. Крайният срок за представяне на офертите е 12 април 2005 г. Обявлението за обществената поръчка не съдържа каквото и да било цифрово изражение на обхвата или на стойността на поръчката. В графата „Menge und Umfang“ (количество и обхват) се посочва:

„От името на Сенатора на Бремен, отговарящ за заетостта, положението на жените, здравеопазването, младежта и социалните въпроси, се търси стандартен софтуер за компютърна обработка на преписки за нуждите на SGB XII [Sozialdienst Erwachsene und Wirtschaftliche Hilfen] (Социална служба — Подпомагане на възрастни хора и икономическо подпомагане), отговарящ на изискванията, уточнени в документацията за представяне на офертите. Документацията може да бъде изтеглена безплатно на адрес [www.vergabe.bremen.de](http://www.vergabe.bremen.de). [...]"

14 — Бел. прев.: В оригиналния текст на английски език генералният адвокат г-жа Sharpston уточнява в бележка под линия под този номер, че преводите на цитираните от нея покани за представяне на оферти и на документацията, свързана с обществената поръчка, са нейни. В настоящия превод на български език на заключението на г-жа Sharpston преводът на цитираните германски текстове е свободен и е направен от английския текст.

14. Lämmerzahl GmbH (наричано по-нататък „Lämmerzahl“), жалбоподател в главно производство, е дружество с ограничена отговорност, специализирано в предназначен за публичните власти софтуер. То се снабдява надлежно с документацията относно представянето на офертите, която включва следните три документа:

16. Второ, в документа, описващ предмета на поканата за представяне на оферти (наричан по-нататък „документът за предмета на поръчката“), е посочено, че със софтуера биха работили приблизително 200 служители в областта на икономическото подпомагане, 45 в социалните служби и 65 в централните служби.

17. Трето, „Таблицата за стоки и услуги“ посочва „минимален или предвиден обем“ за брой. Тук отново не се посочва общият брой на исканите лицензии.

15. Първо, чрез документа, наречен „Ценова листа/Разбивка на цената 1“ (наричан по-нататък „документът за цената“), от оферентите се иска да посочат в графата „Договор за лицензии“ цената за брой за пълните лицензии, в зависимост от различните количествени групи, които биха били доставени (11—50, 51—100, 101—200, 201—500 лицензии). Има и алтернативно изискване да се посочат цените за брой за лицензиите само за четене (1—5, 6—10, 11—50, 51—100 лицензии). Като допълнително алтернативно изискване трябва да се посочи цена за „Landeslizenz“ (цена за провинцията)<sup>15</sup>. Разделът, озаглавен „Договор за услуга“, иска от оферентите да посочат цената на обучението на приблизително 300 служители и на 10 администратора. Никъде в документа не се посочва общият брой на исканите лицензии.

18. Lämmerzahl поставя четири въпроса, свързани с документацията на обществената поръчка, на които община Бремен отговаря с писмо от 24 март 2005 г. На този етап Lämmerzahl не поставя въпроса за броя на лицензиите, за обема и за стойността на поръчката.

19. Впоследствие Lämmerzahl изпраща на община Бремен по електронен път писмо от 4 април 2005 г., в което иска допълнителни разяснения, свързани с документацията на обществената поръчка. Неговият първи въпрос се отнася до това дали общата цена, която следва да се посочи в офертата и в таблицата за стоките и услугите, се отнася до „сбора от цените от ценовата листа за договора за лицензия въз основа на 310 лицензии (310-те служители, посочени в [документа за предмета

15 — В писмото си от 6 април 2005 г. (вж. точка 20 по-долу) община Бремен посочва, че лицензията за провинцията се отнася за неограничен брой лицензии, предназначени за използване в Бремен и в Бремерхафен.

на поръчката])“ или дали следва да бъдат включени и други цени (например цената на поддръжката и на сервиза). Три от останалите въпроси в електронното писмо на Lämmerzahl се отнасят до „горе-посочените 310 лицензи“.

20. Община Бремен отговаря с писмо от 6 април 2005 г. В отговора си на първия въпрос тя сочи, че в офертата трябва да фигурира общата цена на офертата (общата цена на лицензиите, цената на поддръжката и сервиза). В никой от своите отговори община Бремен не посочва или не коментира изрично цифрата от 310 лицензи, която Lämmerzahl е включило в своите въпроси.

21. Впоследствие Lämmerzahl представя оферта, основана на 310 лицензи, включваща обучението и поддръжката, за сумата от 603 500 EUR нето. То е избрано за етапа на теста заедно с конкурентния си оферент, дружеството PROSOZ Hertен GmbH (наричано по-нататък „PROSOZ“).

22. На 6 юли 2005 г. община Бремен уведомява писмено Lämmerzahl, че не е избрано, тъй като неговата оферта не е най-изгодната от икономическа гледна точка.

23. На 14 юли 2005 г. Lämmerzahl изпраща писмено оплакване до община Бремен и на 21 юли 2005 г. подава жалба във връзка с обществената поръчка. Дружеството посочва, че след юридическа консултация на 14 юли 2005 г. е разбрало, че община Бремен е трябвало да отправи европейска, а не национална покана за представяне на оферти, тъй като стойността на поръчката надхвърля прага от 200 000 EUR. Освен това то твърди, че тестовете на неговия софтуер не са проведени правилно.

24. На 2 август 2005 г. трети състав на Комисията по обществените поръчки на община Бремен (наричана по-нататък „комисията по обществените поръчки“) отхвърля жалбата. Този състав приема, че макар и прагът да е бил надхвърлен и че следователно е приложена неправилна процедура за възлагане на поръчка, тази нередност е можело да бъде установена от поканата за представяне на оферти. Следователно жалбата на Lämmerzahl била просрочена на основание § 107, алинея 3, второ изречение от GWB.

25. Lämmerzahl подава жалба пред препрещащата юрисдикция. Първо, дружеството изтъква, че нередността в избора на процедурата не е можело да бъде установена от поканата за представяне на оферти. Второ, то повтаря своето твърдение за нарушение относно процедурата на провеждане на тестовете и на избора, като поддържа, че офертата на PROSOZ е явно непълна и съдържа незаконосъобразна разбивка на цената, което е трябвало да доведе до неговото изключване (наричани по-нататък „твърдения за нарушения по същество“).

26. С временно решение от 7 ноември 2005 г. препрращащата юрисдикция отказва да удължи суспензивното действие на жалбата, защото преценява, че следната няма никакъв шанс за успех. Тя изразява съгласие с комисията по обществените поръчки, че по силата на срока по § 107, алинея 3, второ изречение от GWB, Lämmerzahl е пропуснало срока за обжалване на избора на националната процедура и на направената от община Бремен оценка на стойността на поръчката. В резултат на това се преклутира възможността на дружеството за подаване на жалба по реда на GWB, която е на разположение само за процедурите за възлагане на поръчки, надхвърлящи праговата стойност.

27. Впоследствие община Бремен възлага поръчката на PROSOZ.

28. В определението за препрощане националната юрисдикция изглежда приема, че стойността на поръчката надхвърля прага от 200 000 EUR<sup>16</sup>. Въпреки това тя счита, че за Lämmerzahl е преклутирана възможността за обжалване по реда на GWB съгласно § 107, алинея 3, второ изречение от GWB.

16 — Изглежда, че община Бремен е приложила национална процедура за възлагане на обществена поръчка в резултат на оценката на стойността на 150 000 EUR (направена през 2004 г.) въз основа на 150, а не на 310 лицензии.

29. Като стига до този извод, националната юрисдикция не се произнася окончателно по това дали по силата на националното право изразът „е можело да се установи от поканата за представяне на оферти“ означава, че едно нарушение трябва да може да се установи единствено от поканата за представяне на оферти. Тя счита, че ако и тази фраза да може да включва и други документи, Lämmerzahl е трябвало да установи от документацията на поканата за представяне на оферти, че прагът би бил надхвърлен. При всяко положение дружеството е трябвало да установи това от собствените си изчисления. Ако, от друга страна, нередността е трябвало да бъде установена единствено от поканата за представяне на оферти, самото отсъствие на каквото и да било указание за размера на поръчката само по себе си представлявало нередовност, която може да бъде установена, тъй като подобен пропуск би бил в противоречие с § 17, точка 1, алинея 2, буква в) от VOL/A<sup>17</sup>. Освен това този пропуск би възпрял оферента да провери избора на процедурата и евентуално — да я оспори.

30. Въпреки това националната юрисдикция изразява резерви по отношение на това дали нейното решение от 7 ноември 2005 г. може да лиши оферентите от правото да разполагат с ефикасни правни способности за обжалване срещу твърдяните нарушения на общностното право,

17 — Lämmerzahl счита, че тази разпоредба от VOL/A „не е със задължителен характер“. Препрращащата юрисдикция приема обаче, че думата „soll“ („трябва“) сочи по принцип задължение за спазване на нормата, ако не са налице императивни съображения в обратен смисъл. Вж. точка 12 по-горе и бележката под линия към нея. Препрращащата юрисдикция извежда своето тълкуване на думата „soll“ от Раздел „Общи коментари“, който се съдържа в края на VOL/A.



в нарушение на член 1 от Директива 89/665. Тя преценява, че от гледна точка на практиката на Съда<sup>18</sup> срокът по § 107, алинея 3, второ изречение от GWB по принцип е в съответствие с директивата. Същевременно обаче, щом като стойността на поръчката е изчислена неправилно като такава под прага, липсата на възможност за обжалване в сроковете лишава оферента от съдебен контрол не само относно това нарушение, но и от неговите възражения по същество. Щом като възложител може да лиши неинформирания оферент от закрила по същество, извършвайки видимо нарушение, което може да бъде открито, това крие потенциална опасност от злоупотребни.

31. Националната юрисдикция си задава въпроса и за това дали драстичните последици от погасяването не следва да настъпват само когато оферентът може да установи по недвусмислен начин от обявлението за обществена поръчка, че според възложителя поръчката ще бъде под праговата стойност.

32. В светлината на тези съображения, препращащата юрисдикция решава да спре производството и да отнесе към Съда два преюдициални въпроса:

„1) Съвместимо ли е с Директива 89/665, и по-конкретно с член 1, параграфи 1 и 3 от нея, на даден оферент да бъде отказан по общ начин достъпът до преразглеждане на решението на възложителя с довода, че оферентът виновно е пропуснал да посочи в предписаните от националното право срокове нарушение на правната уредба относно обществените поръчки, отнасящо се до:

а) избраната форма на поканата за представяне на оферти

или

б) точността на изчислението на стойността на поръчката (явно погрешна оценка или недостатъчна прозрачност на изчислението),

и че въз основа на стойност на поръчката, която е или следва да бъде правилно изчислена, ще бъде възможно да се извърши преразглеждане на други нарушения на правните норми относно обществените поръчки, за които — разгледани отделно — не е погасено правото на обжалване?

2) Следва ли в обявлението за обществена поръчка евентуално да се предвиждат други изисквания във връзка с относимите елементи за изчисление на стойността на поръчката, за да може от нарушенията, свързани с оценката на поръчката, да се направи

18 — Съдът е приел, че определянето на разумни срокове за обжалване е съвместимо с член 1 от Директива 89/665: Решение от 12 декември 2002 г. по дело *Universale-Bau* и др. (C-470/99, Recueil, стр. I-11617, точки 75—79).

извод за общо изключване на правото на обжалване дори ако стойността на поръчката, която е или следва да бъде изчислена правилно, надвишава референтния праг?“

33. Lämmerzahl, община Бремен, Република Австрия, Република Литва и Комисията на Европейските общности представят писмени становища. В съдебното заседание от 28 март 2007 г. Lämmerzahl, община Бремен и Комисията представят допълнителни становища.

36. Относно втория въпрос, поставен от препращащата юрисдикция, напълно ясно е, че Съдът не може да предложи списък на това, което трябва точно да се съдържа в обявленията за обществени поръчки<sup>19</sup>. Той обаче е компетентен да тълкува релевантните принципи и разпоредби от общностното право, за да подпомогне националните юрисдикции да определят дали те са нарушени в конкретен случай.

37. Следователно преюдициалното запитване е допустимо.

## Допустимост

34. Община Бремен поддържа, че не са налице условията за преюдициално запитване на основание член 234 ЕО. Спорът се отнасял до особено прилагане на разпоредба от националното право, чието съответствие с общностното право било безспорно.

35. Не приемам този довод. Първият поставен от препращащата юрисдикция въпрос е свързан с това дали член 1 от Директива 89/665 представлява пречка за възможността от общо изключване на правото на обжалване при обстоятелства като тези в главното производство.

## Въпросите

### *Предварителни бележки*

38. Двата въпроса, поставени от препращащата юрисдикция, могат да бъдат преформулирани, както следва:

1. Когато оферентът не е оспорил в предвидения от националното право

19 — Общностният законодател е наложил определени хармонизирани изисквания относно обществените поръчки, стойността на които надхвърля релевантния праг: вж. бележка под линия 3 по-горе.

срок решение, поставило по неправилен начин публична покана за представяне на оферти извън полето на общностната закрила, дали Директива 89/665 представлява пречка за това оферентът да бъде лишен от предоставеното му с посочената директива право да обжалва всички останали решения, взети в процеса на възлагане на обществената поръчка?

2. Кои елементи трябва да се съдържат в обявлението за обществена поръчка, за да може да се направи извод, че стойността на поръчката е изчислена неправилно като попадаща извън прага, определен за ползване от защита, предоставяна от Директива 89/665?

39. Вторият въпрос, поставен от препращащата юрисдикция се отнася до това дали разглежданото нарушение може да бъде установено. Посоченият въпрос е основен за определянето на това дали срокът за оспорване на въпросното нарушение, е съвместим с общностното право. Затова ще разгледаме заедно двата преюдициални въпроса. Всъщност повечето от страните, представили становища, възприемат в голяма степен този подход.

#### *Становища*

40. Lämmerzahl твърди, че когато срок като посочения в § 107, алинея 3,

второ изречение от GWB по принцип е съвместим с Директива 89/665, той действа като дерогация от правото на обжалване. Следователно изразът „които могат да се установят от обявлението за обществена поръчка“ трябва да се тълкува стеснително. Той не може да се разпростре по отношение на установяването на пропуск, чието оспорване може на свой ред да доведе до установяване на грешка от страна на община Бремен в оценката на стойността на поръчката. Тази грешка — а оттам и неправилният избор на процедурата — не може да бъде установена от обявлението за обществена поръчка. Следователно за Lämmerzahl е било невъзможно или прекомерно трудно да упражни правата си, произтичащи от общностното право.

41. Според Република Литва, когато срокът започва да тече от деня на публикуването на обявлението за обществена поръчка, правата на оферентите, произтичащи от общностното право, се ползват с ефективна закрила единствено ако те към онзи момент са разполагали с пълна и обективна информация за обема на поръчката. Ако случаят не е такъв, срокът следва да започне да тече чак от момента, в който те са узнали или в който те са могли да установят грешка в разглежданата процедура.

42. Община Бремен счита, че § 107, алинея 3, второ изречение от GWB е съвместим с Директива 89/665. Критерият за установяемост гарантира, че упражняването на правата на оферента, произтичащи от общностното право, не

е невъзможно или прекомерно трудно. Посочването на предвидената стойност на поръчката в обявлението за обществена поръчка можело да наруши конкуренцията. Достатъчно било един средно опитен оператор да може да изчисли стойността на поръчката на базата на предоставената информация. В съдебното заседание община Бремен подчертава, че дори ако не е налице правото на обжалване по силата на Директива 89/665, националното право предлага общи правни способности за защита. Същевременно обаче тя признава, че те са по-малко ефикасни от процедурата, предвидена от GWB.

43. Република Австрия счита за съвместимо с Директива 89/665 общото изключване на общественото производство по обжалване, произтичащо от обстоятелството, че разглежданото нарушение не е обжалвано в сроковете, ако това особено прилагане на срока не нарушава принципа за ефективната закрила.

44. Комисията възприема сходна позиция. Тя отбелязва, че санкцията „погасяване“ гарантира, че нарушенията ще се оспорват по възможно най-бързия начин. Това е желателно с оглед на потенциалните последици от необходимостта процедурата за възлагане на обществената поръчка да бъде открита отново. В съдебното заседание Комисията заявява, че обстоятелството, че едно нарушение не е оспорено в срок, би трябвало да доведе до погасяване само когато оферентът е могъл да установи нарушението или е трябвало

да направи това, ако е действал с грижата, която може да се очаква от един опитен и внимателен оператор.

45. Комисията счита също така, че основните принципи на договора, като тези на равенство и на прозрачност, се прилагат и към процедури по обществени поръчки на стойност, попадаща под общностния праг<sup>20</sup>.

#### *Съображения*

46. Общностният принцип на ефективност се намира в основата на закрилата, предоставяна от Директива 89/665. Както Съдът отдавна е приел, този принцип изисква упражняването на правата, предоставяни от общностното право, да не се оказва практически невъзможно или прекомерно трудно<sup>21</sup>.

47. Първите три съображения от Директива 89/665 всъщност подчертават, че целта на тази директива е да гарантира

20 — Този довод беше обстойно обсъден в моето заключение по дело Комисия/Финландия (Решение от 26 април 2007 г., С-195/04, Сборник, стр. I-03351).

21 — Вж. например Решение от 14 декември 1995 г. по дело Peterbroeck (С-312/93, Recueil, стр. I-4599, точка 12 и цитираната съдебна практика) и Решение от 13 март 2007 г. по дело Unibet (С-432/05, Сборник, стр. I-02271, точка 43 и цитираната съдебна практика).

ефективното прилагане на хармонизираните директиви относно обществените поръчки, като предлага система от правни способи срещу „нарушения на правото на Общността в областта на обществените поръчки, или на национални норми, транспониращи това право“. Член 1, параграф 1 предвижда изискването за съществуване на възможност за ефективно обжалване на решенията, взети от възложителите. Член 2, параграф 7 изисква решенията, взети от органите, отговорни за производствата по обжалване, да могат да бъдат ефективно изпълнени.

48. Второто и петото съображение подчертават обаче, че процедурите за възлагане на обществени поръчки се характеризират със своята краткосрочност. Следователно е необходимо нарушенията да бъдат спешно разглеждани на етап, когато могат да бъдат поправени. Поради това бързината на обжалването се счита за аспект на ефективността и е изрично посочена в третото съображение и в член 1, параграф 1.

49. Вследствие на това Директива 89/665 предвижда възможността за обжалване на решение, преди още то да е причинило реална вреда. Съгласно член 1, параграф 3 се предоставя защита за „всяко лице, което има или което е имало интерес от спечелването на процедурата за възлагане на поръчка за доставки [...] и което е било или *би могло* да претърпи вреди от твърдяно нарушение“ (курсивът е мой). В същия дух член 1, параграф 3 допуска възможността за държавите-членки да

изискват лицето, което е поискало преразглеждането, да уведоми предварително възложителя за намерението си да поиска обжалване, като подчертава необходимостта от възможно най-бързото уреждане на споровете.

50. Директивата не разрешава изрично прилагането на преклузивните срокове по отношение на обжалването на решенията на възложителите. Определянето на преклузивни срокове в транспониращото национално законодателство обаче е съвместимо по принцип с изискването за бързо обжалване, тъй като обжалването на такива решения може веднага да доведе до практически проблеми. Нещо повече, Съдът отдавна е приел, че определянето на разумни преклузивни срокове представлява прилагане на основния принцип на правната сигурност<sup>22</sup>.

51. В решението по дело *Universale-Bau* и др.<sup>23</sup> Съдът приема, че Директива 89/665 допуска определянето в националното право на разумен преклузивен срок за подаване на жалба срещу решение на възложителя. Преклузивният срок е разумен, когато е в съответствие както с

22 — Вж. Решение от 16 май 2000 г. по дело *Preston* и др. (C-78/98, *Recueil*, стр. I-32001, точка 33 и цитираната съдебна практика).

23 — Посочено в бележка под линия 18 по-горе.

принципа на ефективност, така както е определен в директивата, така и с принципа на правната сигурност<sup>24</sup>.

52. Необходимостта от установяване на баланс между тези два принципа разграничава преклузивните срокове от дерогиращите разпоредби, към които Lämmerzahl се стреми да ги приравни. В общностното право съществуват различни видове дерогации, които са оправдани по различни съображения. Често тези дерогации представляват изключения от правата, предоставяни от Договора за ЕО или от други основни принципи. Като общо правило те са разрешени, когато са необходими за защита на конкретни интереси. За да се придаде действие на основните принципи, дерогациите обикновено се тълкуват стеснително. В замяна на това преклузивните срокове постигат равновесие между личните права и по-широкия обществен интерес. При това обаче, щом като те ограничават някои права, те трябва да бъдат разглеждани внимателно, за да се определи дали тяхното прилагане действително накърнява принципа на ефективната закрила.

53. Съдът е направил такъв анализ в решението си по делото Santex<sup>25</sup>. В него той развива посочените в Решението по дело Universale-Bau и др. принципи и

24 — Вж. бележка под линия 18, точки 76 и 77.

25 — Решение от 27 февруари 2003 г. (C-327/00, Recueil, стр. I-1877, точки 49—66).

прилага установените в предходната съдебна практика критерии<sup>26</sup> към въпроса за разумния характер на преклузивните срокове в контекста на Директива 89/665. Той приема, че дадена норма за погасяване на право трябва да се анализира „по-конкретно предвид мястото на тази разпоредба в цялото производство, неговото развитие и особеностите му като цяло“. В резултат от това, макар един преклузивен срок да не противоречи сам по себе си на принципа на ефективност, неговото прилагане може да противоречи на този принцип в зависимост от конкретните обстоятелства по делото<sup>27</sup>.

54. В решението по дело Grossmann Air Service Съдът посочва, че целите за бързина и ефективност на Директива 89/665 изискват засегнатата страна, която е узнала нередовност, да я оспори<sup>28</sup> и не е благосклонен към жалбоподател, който е изчакал приемането на решението за възлагане на обществената поръчка, преди да оспори твърдяната нередовност в поканата за представяне на оферти<sup>29</sup>.

55. Критерият за знанието или за узнаването на нередовност от страна на оферента

26 — Вж. Решение по дело Peterbroeck (посочено по-горе в бележка под линия 21, точка 14).

27 — Вж. Решение по дело Santex (посочено по-горе, точки 56 и 57).

28 — Решение по дело от 12 февруари 2004 г. (C-230/02, Recueil, стр. I-1829, точка 37).

29 — Жалбоподателят по това дело счита, че спецификацията на поканата за представяне на оферти е дискриминационна спрямо него. Преди приемане на решението за възлагане на обществената поръчка, той не е нито оспорил тази спецификация, нито е представил оферта. Съдът приема, че при обстоятелствата по това дело отказът да се признае на един жалбоподател интерес от спечелване на съответната обществена поръчка не е накърнил ефективността на Директива 89/665.

се съдържа не само в Решение по дело Grossmann, но и в решенията по други дела. Ако срокът за оспорване на нередовност започва да тече преди оферентът да е узнал за нея или ако оферентът е санкциониран по друг начин за това, че не е оспорил нередовността, когато не е знаел и не е можел да знае за нея, това накърнява принципа на ефективност. В Решението по дело Santex оферентът не е знаел за тълкуването от страна на възложителя на спорната клауза преди изтичането на съответния преклузивен срок<sup>30</sup> и следователно не е можело да бъде лишен от правото на обжалване поради този преклузивен срок. В решението по дело GAT, което не се отнася до преклузивен срок, Съдът приема, че ищецът не може да бъде лишен от правото да търси обезщетение за причинената от едно решение вреда с мотива, че едно предходно решение е незаконосъобразно. По това дело предходното решение не е било оспорено и следователно ищецът не е знаел непременно за неговата нередовност<sup>31</sup>.

упражняване на предоставеното от Директива 89/665 право на обжалване е съвместимо с общностното право, при условие че този срок не прави практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на това право. За да се определи дали случаят е такъв, следва да се разгледа не само продължителността на преклузивния срок, но също така и аспектите на производството по обжалване, към което се прилага този срок. Узnavането на нередовността е ключов аспект. Ако целите на директивата за бързина и ефективност изискват засегнатата страна да оспори узнатата от нея нередовност, тази страна не може да бъде лишена от правото си да обжалва, когато преклузивният срок тече от настъпването на обстоятелство, което страната не е можела разумно да знае.

56. От изложената по-горе практика на Съда следва, че определянето в националното право на преклузивен срок за

57. Може ли преклузивен срок да бъде съвместим с общностното право, ако неоспорването в срок на една нередовност лишава оферента и от възможността да оспори други последващи нередовности на процедурата по възлагане на обществената поръчка? Тук определено става дума за драстична санкция. Но допустима ли е тя?

30 — Посоченото по-горе решение, точка 60.

31 — Решение от 19 юни 2003 г. (C-315-01, Recueil, стр. I-6351, точки 53 и 54; вж. също точка 46 от заключението на генералния адвокат Geelhoed).

58. Установено е, че по силата на общите принципи на правото неоспорването в срок на избора на национална процедура

води до налагане на тази процедура и впоследствие поканата за представяне на оферти попада извън приложното поле на директивата. Тази ситуация следва да бъде разграничавана от ситуацията по дело GAT, в решението по което Съдът е приел, че щом като всяко решение, взето от възложителя в хода на публично възлагане на обществена поръчка, може да бъде предмет на обжалване по силата на Директива 89/665, оферентът не може да бъде лишен от правото да търси обезщетение на основание на решение, чиято незаконосъобразност се твърди с мотива, че процедурата е опорочена от предходно решение (без обаче тя да бъде поставяна извън приложното поле на директивата)<sup>32</sup>.

59. Една от възможностите би била да се направи изключение от правилото, изведено в Решение по дело *Universale Bau* и др., и да се приеме, че възможността за оспорване на решение, което се оказва, че неправилно е извадило конкретна процедура за възлагане на обществена поръчка от приложното поле на общностната закрита, не може да бъде погасена поради изтичане на преклузивен срок. Това не ми изглежда разумно решение. Първо, това би разстроило баланса между ефективност и правна сигурност, който Директива 89/665 се стреми да постигне. Второ, оферентът може да се изкуши да не оспорва процедурата (която в крайна сметка може да се окаже в негова полза, ограничавайки конкуренцията), освен ако или докато той установи от решението за възлагане на обществената поръчка, че в

действителност неговото право на обжалване по силата на директива 89/665 е било от значение за него.

60. Според мен намерението, че щом като последиците от погасяването са драстични, е уместно да се наложи по-дълъг срок, поставяйки толкова въпроси, колкото отговори дава.

61. Ето защо правя заключението, че определянето на срок за обжалване на решенията, взети в рамките на една покана за представяне на оферти, е съвместимо с принципа на ефективност, свързан с необходимостта от бързина и правна сигурност, макар и от това да следва, че неоспорването в срок на нередовност лишава оферента от закрилата, предоставяна от предвидената в директива 89/665 процедура на обжалване.

62. Сега пристъпвам към разглеждане на срока, включително на неговите особени характеристики по настоящото дело.

63. Определеният в § 107, алинея 3, второ изречение от *GWB* срок тече от датата на

32 — Посоченото по-горе решение, точки 51—54.



публикуването на обявлението за обществената поръчка до крайния срок за представяне на офертите. По настоящото дело този срок изглежда е бил най-малко 23 дни<sup>33</sup>. С оглед на факта, че общностният законодател приема минимален период от 22 дни за достатъчен за подготовката и представянето на офертата<sup>34</sup>, би било трудно да се твърди, че 23 дни не са достатъчни за оспорване на твърдяната нередовност. Един такъв срок за обжалване всъщност не изглежда да нарушава принципа на ефективност, който е в основата на Директива 89/665, по-конкретно с оглед изтъкнатата от тази директива необходимост от процедура за бързо обжалване<sup>35</sup>.

64. Същевременно обаче особеното при срока, посочен в § 107, алинея 3, второ изречение от *GWB*, е, че той започва да тече, ако твърдяната нередовност може да бъде установена от обявлението за обществена поръчка.

33 — Вж. по-горе точка 13.

34 — Вж. по-горе точка 8.

35 — Проучванията, извършени от компетентните служби на Съда, сочат, че този срок за оспорване на поканиите за представяне на оферти се вписва в обсега на сроковете, приети от други държави-членки. В страните, обект на проучването, в които публичната покана за представяне на оферти се приема за обжалваем по съдебен път акт и производството по обжалване на такъв акт е предвидено или изрично, или като част от общата система на правните способности за обжалване, се прилагат следните срокове: 7 или 14 дни в зависимост от производството (Австрия, Полаша), 14 дни (Финландия), 15 дни (Унгария), един месец (Португалия), крайният срок за представяне на офертите (Словения), два месеца (Гърция, Испания), три месеца (Ирландия, Обединеното Кралство). Френската република и Великото херцогство Люксембург не предвиждат срок. В Дания, Нидерландия и в Швеция поканата за представяне на оферти може да бъде предмет на обжалване дори след подписването на договора за възлагане на обществената поръчка.

65. Следователно какви са степенята или естеството на знанието за нередовността, които могат да се припишат на оферент, без да се нарушава основният за Директива 89/665 принцип на ефективност?

66. Изглежда че това, от оферента да се изисква реално или субективно знание за нередовността, би било в противоречие с принципа на правната сигурност. Освен това при обстоятелства като тези по настоящото дело би било трудно да се установи дали оферентът е знаел реално за нередовността и да се изисква такова доказателство трудно би било съвместимо с необходимостта от бърза процедура по обжалване.

67. Следователно изглежда за предпочитане критерият да се формулира като предполагаемо или обективно познаване. Съдът прилага вече един обективен критерий по отношение на способността на оферента да тълкува критериите за възлагане на обществената поръчка от гледна точка на равното третиране в рамките на обществените поръчки, а именно — способността на един „информиран в разумна степен и нормално съобразителен оферент“<sup>36</sup>. Същата формулировка изглежда подходяща в контекста на това, какво знание за нередовност на

36 — Вж. Решение от 18 октомври 2001 г. по дело *SIAC Construction* (C-19/00, Recueil, стр. 17725, точка 42). В една алтернативна формулировка от областта на закрилата на оправданите правни очаквания се говори за „предпазлив и осведомен икономически оператор“; вж. например Решение от 22 юни 2006 г. по дело *Белгия и Forgem 187/Комисия* (C-182/03 и C-217/03, Recueil, стр. I-5479). Община Бремен и Комисията предлагат други възможни формулировки (вж. точки 42 и 44 по-горе).

процедурата по възлагане на обществената поръчка може разумно да се предполага, че притежава оферентът.

предвидената стойност на поръчките да бъде публикувана<sup>37</sup>.

68. Може да се предполага, че един „информиран в разумна степен и нормално съобразителен оферент“ е опитен в представянето на оферти в своята конкретна област. Може да се очаква и че той познава и има общо разбиране на ключовите правни съображения, свързани с пазарите, на които той осъществява своята дейност. В контекста на настоящото дело това би предполагало общо познаване на процедурите по възлагане на национални и общностни обществени поръчки и на съответните прагове, включително и на възможностите за обжалване на решенията на възложителите по реда на тези два вида процедури и на сроковете, свързани с подаването на тези жалби.

69. С каква информация трябва да разполага такъв оферент, за да има възможност, при условията като тези по настоящото дело, да установи, че изборът на приложената процедура е неправилен?

70. Не съм съгласна с община Бремен, че публикуването на предвидената стойност на поръчката би представлявало нарушение на конкуренцията. В крайна сметка общностното законодателство, свързано с обществените поръчки, една от важните цели на което е да насърчава конкуренцията, изисква в определени случаи

71. След като изборът на процедура се прави в зависимост от предвижданата обща стойност на поръчката, информацията трябва да позволява на оферента да определи тази стойност. Това би следвало да включва не само стоките, които следва да бъдат доставени, но и стойността на поддръжката, на обучението или на техническото обслужване, които влизат в предмета на поръчката. Съгласна съм по този въпрос с довода на Република Литва, а именно че една ясна и пълна информация за обхвата или обема на проекта може да позволи на оферента, въз основа на собствения му опит и познаването на пазарните условия, да изчисли предвидената обща стойност.

72. Съществуването на такова изискване за предоставяне на информация, заедно с прилагането на критерия за наличието на знание и за опита, които могат да се очакват от един информиран в разумна степен и нормално съобразителен оферент, трябва да разсея съмненията на препращащата юрисдикция по отношение на потенциални злоупотреби от гледна точка на способността на един

37 — Вж. приложение VII А от Директива 2004/18, която влиза в сила след настъпването на обстоятелствата, които са в основата на настоящото дело. В обявленията за обществени поръчки при рамковите споразумения трябва да се посочва приблизителната обща стойност на строителството, на доставките или на услугите. В предварителните обявления относно обществените поръчки за доставки трябва да се посочват или количеството или стойността на стоките, които подлежат на доставяне.

възложител да извлече изгода от факта, че оферентът не е информиран<sup>38</sup>.

73. Не считам, че тази информация трябва непременно да се съдържа в самото обявление за обществената поръчка. От един оферент може да се очаква в разумна степен, че действа с оглед на другите документи, на които се позовава обявлението за обществената поръчка, при условие че ясно е посочено къде могат да бъдат получени тези документи. В това отношение Съдът вече е приел, че критериите за възлагане на обществена поръчка са съвместими с принципа за равно третиране, ако те се съдържат в спецификацията или в обявлението за обществената поръчка<sup>39</sup>. Ако необходимата информация, очертаваща обхвата на поръчката, се съдържа в тези документи, срокът за оспорване на една нередовност започва да тече само след като оферентът е бил в състояние да получи тези документи или би бил в състояние да ги получи, ако е действал незабавно.

74. Не считам обаче, че единствено липсата на информация за определения обхват или предвиждания обем на поръчката в първоначалното обявление за обществена поръчка може да бъде достатъчна, за да наведе на мисълта един информиран в разумна степен и нормално съобразителен оферент, че възложителят е оценил неправилно стойността

на поръчката. Макар тази липса да съставлява сама по себе си нередовност, да се изисква от един оферент да оспори тази нередовност, за да открие дали тя крие в себе си друга, която може да засегне неговите права, според мен прави упражняването на тези права прекомерно трудно, особено от гледна точка на преклузивния срок. Такъв е а fortiori случаят, когато се спори за това дали разпоредбата, посочена в § 17, точка 1, алинея 2, буква в) от VOL/A относно публикуването на размера на поръчката е императивна или не<sup>40</sup>.

75. В крайна сметка задача на националната юрисдикция като единствена юрисдикция, която може да направи преценка на обстоятелствата, е да реши по същество дали и на кой етап един информиран в разумна степен и нормално съобразителен оферент би следвало да установи, че е приложена неправилната процедура. Следващите бележки могат да бъдат от полза при това.

76. В настоящото дело документацията на поканата за представяне на оферти е могла без затруднения да бъде изтеглена от страницата в Интернет на община Бремен. Същевременно обаче става ясно, че обхватът или обемът на проекта не се съдържат нито в самата покана за представяне на предложения, нито в документацията относно обществената поръчка.

77. Вярно е, че частта „поръчка за услуги“ от документа за цената уточнява обучение

38 — Вж. по-горе, точка 30.

39 — Вж. Решение по дело SIAC Construction (посочено по-горе в бележка под линия 36, точки 40 и 42).

40 — Вж. по-горе точка 29 in fine.

на около 300 служители и 10 администратори и че документът за предмета на поръчката посочва, че със софтуера биха работили около 310 служители. Изискването обаче, в частта „Договор за лицензии“ на документа, свързан с цената, да се посочи единичната цена за различните възможни категории от бройките на лицензиите би могло разумно да бъде тълкувано в смисъл, че това предполага възможността да бъде предвиден по-малък брой лицензии или че окончателният брой на лицензиите все още не е бил решен (без дори да се говори за броя на пълните лицензии за разлика от лицензиите само за четене)<sup>41</sup>.

78. Lämmerzahl установява контакт с община Бремен поне двукратно, за да получи повече уточнения във връзка с поканата за представяне на оферти. Във втората си серия от въпроси дружеството ясно посочва, че според него поръчката се отнася за 310 лицензии. Но това никога не се потвърждава изрично от община Бремен. Всичко, което може да се каже, е, че като в отговора си от 6 април 2005 г. не се противопоставя на тази цифра, община Бремен мълчаливо потвърждава предположението на Lämmerzahl, според което поръчката се отнася за около 310 лицензии.

41 — Несъответствието между различните количествени групи от лицензии и цифрата от 310 служители не може да се обясни напълно с възможностите за взаимно преминаване между пълните лицензии и лицензиите, предоставени само за четене. Максималният брой на лицензиите, предоставени само за четене, за които се иска изчисляване на цената, е бил 100; а първите три количествени групи, за които се изисква изчисляване на цената за пълни лицензии, са под баланса (210), който би бил необходим за постигане на общия брой от 310.

79. В резюме: видно е, че нито в обявлението за обществената поръчка и документацията, свързана с поканата за представяне на оферти, нито в информацията, предоставена впоследствие от община Бремен, не се уточнява изрично броят на лицензиите, за които се отнася поръчката. Независимо от това е ясно, че Lämmerzahl впоследствие представя оферта, чиято стойност е три пъти по-висока от прага на общностните процедури за представяне на оферти.

80. Именно в този контекст задача на националната юрисдикция е да реши дали при всяко положение прилагането на § 107, алинея 3, второ изречение от GWB предлага ефективна закрила. Такъв би бил случаят, ако информацията в обявлението за обществена поръчка или в документацията на поканата за представяне на оферти би позволила на един информиран в разумна степен и нормално съобразителен оферент да открие, че приложената процедура е неправилна. Ако тази разпоредба не може да се тълкува по начин, че да бъде съвместима с член 1, параграф 1 от Директива 89/665, първата разпоредба не трябва да се прилага<sup>42</sup>, а трябва да се приложи втората, която има пряко действие<sup>43</sup>.

42 — Вж. Решение по дело Santex (посочено по-горе в бележка под линия 25, точки 63—65 и цитираната съдебна практика).

43 — Вж. Решение от 2 юни 2005 г. по дело Koppensteiner (C-15/04, Recueil, стр. I-4855, точка 38).

## Заклучение

81. С оглед на гореизложеното предлагам на Съда да съедини двата поставени въпроса и да им даде следния отговор:

„Когато оферент не е оспорил в предвидения по националното право срок избора на процедура, поставяща неправилно публична покана за представяне на оферти извън приложното поле на общностната закрила, Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство, не представлява пречка за това един оферент да бъде лишен от правото, предоставяно от тази директива, да обжалва други решения, взети в хода на възложителния процес, ако прилагането на този срок не прави практически невъзможно или изключително трудно оспорването на избора на процедурата при разглежданите обстоятелства. Такъв би бил случаят, ако информацията, съдържаща се в обявлението за обществена поръчка или в документацията, свързана с поканата за представяне на оферти, е била недостатъчна, за да позволи на един информиран в разумна степен и нормално съобразителен оферент да установи, че е приложена неправилната процедура. Задача на националната юрисдикция е да проверява това във всеки конкретен случай.“