

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н Р. MENGOZZI

представено на 20 октомври 2009 година<sup>1</sup>

1. Темата за ролята и значението на концесиите в общностното право е общоизвестна като деликатна, а правната им уредба към настоящия момент — доста оскъдна. Концесиите за строителство, които са предмет на настоящото дело, са били обаче предмет на изрична намеса от страна на общностния законодател<sup>2</sup>, който в неотдавнашната Директива 2004/18/ЕО<sup>3</sup> им е посветил цял дял<sup>4</sup>.

случай, не трябва обаче да се разглежда въз основа на правната рамка, създадена с тази директива. Всъщност от гледна точка на прилагането във времето разглежданите факти попадат в приложното поле на Директива 93/37/ЕИО<sup>5</sup>. В този законодателен текст концесиите за строителство са уредени по много по-ограничен и съществен начин, отколкото понастоящем.

2. Ситуацията, по повод на която Съдът трябва да се произнесе в конкретния

3. По-конкретно, в настоящия иск за установяване на неизпълнение на задължения Комисията упреква Кралство Испания, че е нарушила общностната правна уредба в областта на концесиите за строителство при предоставянето на концесия за строителство и поддръжка по-специално на две нови разклонения на автомагистрала А-6, която свързва Мадрид и Ла Коруня.

1 — Език на оригиналния текст: италиански.

2 — Обратно, концесиите за услуги все още не са предмет на специална уредба, с изключение на няколко важни принципа, потвърдени от практиката на Съда. По-специално, съдебната практика постоянно утвърждава, че макар да не са изрично подчинени на специална законодателна уредба, концесиите за услуги трябва да зачитат основните принципи на Договора, и в частност принципа на недопускане на дискриминация, основана на националност. Вж. по отношение на услугите, обхванати от Директива 93/38/ЕИО, Решение от 7 декември 2000 г. по дело *Telaustria и Telefonadresscausa* (С-324/98, *Rescueil*, стр. I-10745, точка 60). Що се отнася до услугите, обхванати от Директива 92/50/ЕИО, вж. Решение от 13 октомври 2005 г. по дело *Parking Brixen* (С-458/03, *Rescueil*, стр. I-8585, точка 46 и цитираната съдебна практика).

3 — 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; поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282).

4 — Става въпрос за дял III, който включва членове 56—65.

5 — Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, стр. 54).

## I — Правна уредба

4. Както вече припомних, релевантните в конкретния случай общностни разпоредби са тези на Директива 93/37 (наричана по-нататък „Директивата“). По-специално в пето съображение от нея е отбелязано, че „[...] с оглед на нарастващото значение на договорите за концесии в областта на общественото строителство и на техния специфичен характер, в настоящата директива следва да се включат правила [относно обявяването]“. Следователно намерението на общностния законодател е да се определят някои основни въпроси в областта на концесиите за строителство, като за останалото на публичните власти е оставена по-широка свобода на преценка от тази, която те имат в областта на обществените поръчки.

[...]

г) „концесия за строителство“ е поръчка от същия вид като посочения в буква а), с изключение на факта, че възнаграждението за [строителните работи], които трябва да се извършат, се състои или единствено от правото да се експлоатира обектът, или от това право и от заплащане. [неофициален превод]

5. Член 1 от Директивата предвижда:

[...]“.

„По смисъла на настоящата директива:

а) „обществени поръчки за строителство“ са възмездни договори, сключени в писмена форма между, от една страна, предприемач, и от друга страна, възлагащ орган, както е определен съгласно буква б) от същия член, които имат за предмет изпълнение или проектиране и изпълнение на строителни работи, свързани с една от дейностите, посочени в приложение II, или на строеж,

6. Член 3 от Директивата гласи:

„В случаите, когато възлагащите органи сключват концесионен договор за строителство, правилата за обявяване по член 11, параграфи 3, 6, 7 и параграфи 9 до 13 и по член 15, са приложими спрямо този договор, когато той е на стойност не по-малка от 5 000 000 [EUR]

[...]“: [неофициален превод]

членове 26 и 27, когато искат информацията относно икономическите и техническите условия за предприемачите с оглед на тяхното избиране (точка 11 от приложение IV Б, точка 10 от приложение IV В и точка 9 от приложение IV Г).

7. Частите от член 11 от Директивата, за които в член 3 е посочено, че са приложими за концесиите за строителство, са:

[...]

7. Възлагащите органи изпращат обявленията по параграфи от 1 до 5 възможно най-бързо и по най-подходящите канали на Службата за официални публикации на Европейските общности. В случая на ускорената процедура по член 14 обявленията се изпращат по телекс, с телеграма или по факс.

„3. Възлагащите органи, които желаят да възложат концесия за строителство, оповестяват намерението си чрез обявление.

[...]

[...]

6. Обявленията, посочени в параграфи от 1 до 5, се изготвят съобразно образците в приложения IV, V и VI и конкретизират информацията, която се изисква в тези приложения.

9. Обявленията, посочени в параграфи 2, 3 и 4, се публикуват в пълния им текст в *Официален вестник на Европейските общности* и в базата данни TED на оригиналните езици. Резюме от основните елементи на всяко обявление се публикува на официалните езици на Общността, като автентичен е единствено текстът на оригиналния език.

Възлагащите органи не могат да поставят условия, различни от предвидените в

10. Службата за официални публикации на Европейските общности публикува обявленията не по-късно от 12 дни след изпращането им. В случай на ускорената процедура по член 14 този срок е намален на 5 дни.

11. Обявленията не се публикуват в официалните вестници или в пресата в страната на възлагащия орган преди датата на изпращането им в Службата за официални публикации на Европейските общности; в обявленията се посочва тази дата. Те не трябва да съдържат информация, различна от публикуваната в *Официален вестник на Европейските общности*.

12. Възлагащите органи трябва да са в състояние да предоставят доказателство за датата на изпращане.

13. Разходите за публикуване на обявленията за обществени поръчки в *Официален вестник на Европейските общности* се поемат от Общностите. Обявлението не трябва да надвишава една страница от вестника или приблизително 650 думи. Във всеки брой на вестника, който съдържа едно или повече обявления, се публикуват образецът или образците, на които се основават публикуваното обявление или публикуваните обявления“. [неофициален превод]

## II — Приложимо национално право и обстоятелства в основата на спора

### A — Национално право

8. Закон № 8 от 10 май 1972 г. относно изграждането, поддръжката и експлоатацията на автомагистрала на концесия (наричан по-нататък „Ley de Autopistas“), в неговата редакция в сила от 1996 г., предвижда по-специално в член 8, параграф 2, втора алинея:

„[...] в обхвата на социалните цели на дружеството концесионер, в допълнение към дейностите, посочени в предходния параграф, попада извършването на пътностроителни работи, различни от включените в поръчката, но които имат въздействие върху тях и се осъществяват в района на влияние на автомагистралата или са необходими за организацията на движението, чието проектиране и изпълнение или само изпълнението се възлагат като насрещна престация на концесионера [...]“.

9. Кралско постановление № 597 от 16 април 1999 г. определя, че дължината на района на влияние на автомагистралата е 20 km.

Б — *Обстоятелства*

10. Обстоятелствата в основата на спора се отнасят до участък от автомагистрала А-6 между градовете Villalba на юг и Adanero на север. Това е платен участък от автомагистрала с първостепенно значение, който винаги се характеризира с особено интензивно пътно движение. Участъкът от автомагистрала А-6, разположен непосредствено на юг от този между Мадрид и Villalba, е безплатен и се експлоатира от държавата.

11. От 1968 г. участъкът Villalba—Adanero от автомагистралата се управлява на концесия от дружество Ibérica de Autopistas S.A. (наричано по-нататък „Iberpistas“). Към момента на настъпване на разглежданите факти тази концесия е трябвало да изтече през 2018 г.

12. Обстоятелството в основата на разглеждания спор е решението на испанското правителство за изграждане на два нови участъка от автомагистралата, които да свързват автомагистрала А-6 с градовете Ávila и Сеговия, съответно на запад и на изток от участъка Villalba—Adanero.

13. С министерско постановление от 4 юни 1999 г., обнародвано на 8 юни в Boletín Oficial del Estado (испански официален вестник, наричан по-нататък

„ВОЕ“), са публикувани тържни спецификации (наричани по-нататък „първите тържни спецификации“) за предоставяне на концесия, която включва:

- изграждане на две разклонения между градовете Ávila и Сеговия и автомагистрала А-6, както и поддръжката на тези участъци за период 25—40 години,
- експлоатация на участъка Villalba—Adanero от автомагистрала А-6, считано от 2018 г., т.е. от датата, на която изтича срокът на текущата концесия, предоставена на Iberpistas, и за период от време, който ще бъде определен въз основа на средноаритметичния брой превозни средства, които преминават през посочения участък,
- изграждане на околоръстен път при Guadarrama в участъка Villalba—Adanero от автомагистрала А-6 (приблизително на половината път между двата града),
- разширяване (изграждане на четвърта пътна лента във всяко пътно платно) в участъка от автомагистралата между Мадрид и Villalba: както вече посочих,

става дума за безплатен участък, експлоатиран от държавата.

първите тържни спецификации, с тази разлика, че срокът на концесията вече е определен на 22—37 години,

14. Съответното обявление е публикувано на 16 юни 1999 г. в *Официален вестник на Европейския съюз*.

15. На 7 юли 1999 г. обаче са утвърдени нови тържни спецификации (наричани по-нататък „вторите тържни спецификации“), публикувани в ВОЕ два дни по-късно. Тези тържни спецификации заместват предходните.

16. По-конкретно, в министерското постановление за одобряване на вторите тържни спецификации е уточнено, че „по причини от технически характер следва да се променят [първите] тържни спецификации, с цел да се определи наново предметът на поканата за представяне на оферти и да се внесат няколко промени относно определянето срока на концесията“.

17. Вторите тържни спецификации имат конкретно за предмет:

— изграждането на участъците от автомагистралата, свързващи Ávila и Сеговия с А-6, както е предвидено в „[...]“

— експлоатацията на участъка Villalba—Adanero от А-6, считано от 2018 г., както е предвидено в първите тържни спецификации, и тук с някои незначителни промени, свързани със срока на концесията.

18. Видно е, че във вторите тържни спецификации вече не е посочено задължението за изграждане на околоръстния път при Guadarrama и на четвъртата пътна лента в участъка Мадрид—Villalba.

19. Както в първите, така и във вторите спецификации в клауза № 5 са включени следните точки:

13. Оферентите посочват изрично в своите оферти мерките, които смятат да предприемат по отношение на влиянието на концесията върху цялостната пътна мрежа, върху интереса към туризма в региона и валоризацията на историческите и художествени паметници, както и върху защитата и опазването на ландшафта и природата, без да се засяга спазването на действащото в тези области законодателство.

един от тези критерии е този за оценката на „предложените мерки за управление на пътното движение и околната среда“. Тежестта на този критерий е определена максимално на 150 точки от общо 1250 възможни.

[...]

16. Оферентите излагат пред администрацията мерките, които предвиждат да предприемат, за адекватно управление на междуградското движение в района, засегнат от изграждането на участъците, предмет на концесията, и уточняват тези, които се ангажират да изпълнят за своя сметка. Изобретателността и осъществимостта на тези идеи се оценява позитивно при възлагането на поръчката, предвид завишената степен на претоварване в районите, върху пътното движение в които биха оказали влияние пътищата, предмет на поръчката“.

21. Клауза № 29, която също е еднаква в първите и вторите тръжни спецификации, гласи:

„Що се отнася до участъците, споменати в клауза № 2, точки 1 и 2 от настоящите тръжни спецификации, концесионерът е длъжен да се погрижи в никоя част от автомагистралата да не се надвишава степента на натоварване [на пътното движение] D [...] и е длъжен да направи за своя сметка, без право на възражение и достатъчно рано, необходимите за тази цел разширения“.

20. Критериите за предоставяне на концесията са уточнени в клауза № 10 от вторите тръжни спецификации, която впрочем е идентична с клауза № 10 от първите тръжни спецификации. По-конкретно,

22. Участъците, посочени в клауза № 29, т.е. тези по клауза № 2, точки 1 и 2 от тръжните спецификации, са участъците, свързващи Ávila и Сеговия с А-6.

23. Трима оференти представят оферти, включително Iberpistas, което към момента на настъпване на фактите, както

видяхме, е вече концесионер на участъка от А-6 между Villalba и Adanero. Нито един от оферентите не предлага едно-единствено решение: всички те представят по няколко варианта. По-специално Iberpistas представя девет различни варианта.

който Iberpistas вече е концесионер до 2018 г.),

24. С Кралски декрет № 1724/1999 от 5 ноември 1999 г. концесията е предоставена на Iberpistas при условията, съдържащи се във вариант „VT-B, TGE“ от неговата оферта.

- изграждане на допълнителна пътна лента във всяко пътно платно на А-6, в участъка Villalba—Valle de los Caídos (следователно и в този случай в участъка на А-6, на който Iberpistas вече е концесионер до 2018 г.).

25. Спечелилата оферта, предложена от Iberpistas, включва по-конкретно редица допълнителни строителни работи в сравнение с това, което се изисква изрично във вторите тръжни спецификации:

26. Постановлението за предоставяне на концесия е било предмет на две отделни жалби по съдебен ред в Испания — едната подадена от група членове на Парламента, а другата — от профсъюз и от екологично сдружение. През 2003 г. Tribunal Supremo постановява две решения, като с първото обявява за недопустима първата жалба, а с второто отхвърля втория иск по същество.

- изграждане на допълнителна пътна лента във всяко пътно платно в участъка от А-6 между Мадрид и Villalba (следователно в безплатния участък от А-6, който е от компетентността на държавата),

### III — Досъдебна процедура

- изграждане на допълнителна пътна лента и на нов тунел на А-6, в участъка Valle de los Caídos—San Rafael, северно от Villalba (т.е. в участъка от А-6, на

27. Досъдебната фаза на настоящото производство е доста сложна. В първото официално уведомително писмо, изпратено на 30 април 2001 г. до испанските власти, Комисията приема, че част от описаните обстоятелства, а именно разширяването

на безплатния участък от А-6 между Мадрид и Villalba, експлоатиран от държавата, представлява не концесия, а обществена поръчка за строителство, поради липсата на риск, поеман от изпълнителя. Поради това формулираните от Комисията твърдения за нарушения се отнасят както до правната уредба за концесиите, така и до тази за обществените поръчки за строителство; и в двата случая упреците на Комисията са свързани с неспазване на правилата за обявяване, предвидени в член 11 от Директива 93/37.

28. Кралство Испания отговаря с писмо от 27 юни 2001 г., като оспорва всички твърдения на Комисията и наред с другото поддържа, че като част от концесията трябва да се разглеждат всички строителни работи, включително и тези в безплатния участък от А-6.

29. Въпреки среща с испанските органи и предоставянето на допълнителна документация от тяхна страна, на 18 юли 2002 г. Комисията издава мотивирано становище. В това мотивирано становище Комисията приема становището на Кралство Испания относно необходимостта да се прилага само правната уредба за концесиите, а не тази за обществените поръчки за строителство; що се отнася до останалото обаче, Комисията потвърждава твърденията за нарушения на предвидените в Директивата правила за обявяване.

30. Испанските органи отговарят на мотивираното становище с писма от 20 септември 2002 г. и от 13 март 2003 г.

31. На 25 юли 2003 г. Комисията изпраща на Кралство Испания допълнително официално уведомително писмо относно твърдяното неспазване на основните принципи на Договора, в частност принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация.

32. Испанските органи отговарят на новото официално уведомително писмо на 28 октомври 2003 г. Тъй като не е удовлетворена от този отговор, на 24 декември 2004 г. Комисията издава допълнително мотивирано становище, на което Кралство Испания отговаря с писмо от 3 март 2005 г.

#### **IV — Производство пред Съда и искания на страните**

33. Тъй като счита, че неизпълнението на задължения продължава, на 13 септември 2007 г. Комисията подава настоящия иск в секретариата на Съда.

34. След размяната на писмени становища страните са изслушани в съдебното заседание от 9 септември 2009 г.

36. Кралство Испания иска от Съда:

— да отхвърли жалбата като недопустима или при условията на евентуалност като неоснователна,

35. Комисията иска от Съда:

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

— да установи, че като не е включило сред представляващите предмет на концесия строителни работи в обявлението и в тръжните спецификации относно възлагането на административна концесия за изграждането, поддръжката и експлоатацията на разклоненията на автомагистрала А-6 към Сеговия и Ávila, както и за поддръжката и експлоатацията на участъка Villalba—Adanego от същата автомагистрала, считано от 2018 г., тези строителни работи, които са били възложени впоследствие в рамките на концесията, сред които и свързаните с безплатния участък от А-6, който не е платен, Кралство Испания не е изпълнило задълженията си по член 3 и член 11, параграфи 3, 6, 7, 11 и 12 от Директива 93/37/ЕИО и е нарушило принципите на Договора за ЕО, по-специално принципа на равно третиране и на недопускане на дискриминация,

#### V — По допустимостта на жалбата

37. Кралство Испания изтъква недопустимостта на жалбата в два различни аспекта. На първо място, Комисията не била доказала представителната власт на адвоката, който заедно с представителя на Комисията е изготвил жалбата. На второ място, предметът на жалбата бил неопределен, доколкото не уточнява правилата, нарушени от държавата членка, срещу която е предявен искът.

— да осъди Кралство Испания да заплати съдебните разноски.

38. Двете възражения, повдигнати от Кралство Испания, са неоснователни. Що се отнася до първото, достатъчно е да се отбележи, че Комисията е приложила към жалбата копие от адвокатската

карта за вписване в колегията. В Указанията към процесуалните представители на страните, публикувани от секретариата на Съда, е посочено изрично, че този документ отговаря на изискването по член 38, параграф 3 от Процедурния правилник. Впрочем следва да се отбележи, че Комисията е представлявана и от своя представител. Що се отнася до второто възражение, Комисията ясно и изрично е посочила правилата, които смята, че са нарушени. Освен това Кралство Испания ги е разгледало едно по едно в своята защита. Следователно не възниква никакъв проблем по допустимостта, а само във връзка с проверка на основателността на твърденията за нарушения, повдигнати от Комисията.

39. Следователно жалбата е допустима.

## VI — По неизпълнението на задължения

### A — Позиции на страните

40. Комисията счита, че Испания не е изпълнила в два аспекта задълженията си, произтичащи от общостното право. От една страна, налице е нарушение на член 3 и на член 11, параграфи 3, 6, 7, 11

и 12 от Директива 93/37. От друга страна, предоставянето на концесията в полза на Iberpistas противоречи на основните принципи на Договора, по-специално на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация.

### 1. Доводи на Комисията

41. Основният довод, повдигнат от Комисията за доказване на нарушението на Директива 93/37, се основава на наличието, в спечелилата оферта, на строителни работи, непредвидени в тръжните спецификации: по-конкретно, тези строителни работи са на обща стойност, малко по-ниска от тази на строителните работи, чието изпълнение е изрично поискано.

42. Освен това Комисията отбелязва, че текстът на тръжните спецификации, с който по общ начин се изисква от оферентите да посочат възможните решения за разрешаване на проблема с пътното движение, не е от естество да създаде у оферентите убеждението, че е възможно да предложат допълнително строителство, чието значение и място на изпълнение са сравними с предложените от Iberpistas. Имайки предвид в частност че единствените изрично посочени във вторите тръжни спецификации строителни работи са двете разклонения, свързващи Сеговия и Ávila с A-6, дори мерките, които оферентите са могли да предложат за намаляване

на движението, са само мерки, пряко свързани с тези два участъка. Следователно не е възможно да се приемат оферти, които като спечелилата оферта предлагат строителни работи на друго място — като разширяването на участъка Villalba—Adanero от А-6, предложено от Iberpistas.

## 2. Позиция на испанското правителство

45. Кралство Испания оспорва решително твърденията за нарушения; по-конкретно, не само че Комисията не е доказала наличието на неизпълнение на задължения, но и е изопачила фактите.

43. Комисията отхвърля доводите на испанското правителство, според които решението за отмяна на първите тържни спецификации и тяхната замяна с втори такива, в които вече не са изрично посочени определени строителни работи, които трябва да бъдат извършени, прави очевиден факта, че участниците е трябвало да предложат алтернативни решения, в сравнение с предвидените в първоначалните тържни спецификации, а впоследствие изоставени. Според Комисията нищо в текста на вторите тържни спецификации не позволява те да се тълкуват по този начин. Освен това другите оференти предлагали само варианти, ограничени до двете разклонения, които свързват А-6 с градовете Ávila и Сеговия.

46. Испанското правителство подчертава, първо, сериозните проблеми, свързани със съществуващото към момента на публикуването на обявлението за концесия пътно движение по автомагистрала А-6. Сериозността на тези проблеми, освен че е общоизвестна, тъй като е била постоянно предмет на статии в пресата, е посочена и описана ясно и в официални документи на испанските администрации, сред които и самата документация, която е в основата на разглежданата процедура за възлагане на поръчка.

44. Накрая, според Комисията поведението на Кралство Испания нарушава и основните принципи на Договора за ЕО, по-специално принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация.

47. Основната теза на испанското правителство се състои в това да твърди, че съществуването на общоизвестните проблеми с пътното движение е направило напълно очевиден фактът, че макар в тържните спецификации да е посочено изрично само изграждането на участъците, свързващи градовете Ávila и Сеговия с А-6, оферентите са могли да предложат мерки за намаляване на движението, физически отнасящи се както до участъка Villalba—Adanero от А-6, предназначен да

бъде предоставен на концесия на спечелилия участник, считано от 2018 г., и в участъка от А-6 между Мадрид и Villalba. Що се отнася по-специално до последния участък, който, както вече видяхме, е безплатен и е експлоатиран от държавата, испанското правителство поддържа, че възможността за извършване на работи по него е гарантирана от националното законодателство. По-конкретно, Ley de Autopistas позволява да се предприемат мерки за намаляване на движението, включително извън „района на влияние“ на автомагистралите. Във всеки случай този район на влияние понастоящем е определен на 20 km, така че участъкът от А-6, южно от Villalba, попада все пак в района на влияние на участъка от А-6 Villalba—Adanero, който е изрично включен в предмета на концесията.

48. Според Кралство Испания по-конкретно възможността за оферентите да предложат такива мерки за контрол на пътното движение произтича и от клауза № 5, точки 13 и 16 от тръжните спецификации.

49. Решението за отмяна на първите тръжни спецификации и тяхната замяна с вторите е резултат от желанието да се предостави на оферентите повече пространство за изобретателност, що се отнася до решенията на проблема с пътното движение. Обстоятелството, че в постановлението за одобряване на новите тръжни спецификации е посочено само че нейната нова редакция се налага поради общи причини от техническо естество, без оглед на необходимостта оферентите да заменят отменените от първите тръжни спецификации строителни работи с техните

собствени решения, което се обяснява с обичайно краткия характер на всички министерски постановления за одобряване на тръжни спецификации.

50. Испанското правителство подчертава обстоятелството, че доводите, които представя на Съда, са били приети от националните юрисдикции, и по-специално от Tribunal Supremo. Тъй като става дума за фактическа, а не за правна преценка, по-конкретно що се отнася до тълкуването на тръжните спецификации, Съдът следва да се довери на това, което е установено по този въпрос от националната юрисдикция — макар испанското правителство да признава в своята писмена дуплика, че изводите на Tribunal Supremo не обвързват Съда.

51. Освен това Кралство Испания отбелязва, че Iberpistas не е извършило пряко предвидените строителни работи, а за целта е започнало процедура за възлагане на обществена поръчка — по този начин изискванията, свързани с обявяването и спазването на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, също са спазени, най-малкото в тази по-късна фаза на извършването на строителните работи. По този повод испанското

правителство се позовава по-специално на Решение по дело *Ordine degli architetti*<sup>6</sup>, в което Съдът е приел, че съответства на общностната правна уредба в областта на обществените поръчки положение, при което процедурата за възлагане на обществена поръчка не е започната от публичните власти, а от частно лице, на което те са възложили извършването на строителните работи.

## Б— Съображения

### 1. Предварителни бележки

52. От правна гледна точка обстоятелствата, които са предмет на настоящия иск, представляват концесия за строителство. Както вече видяхме, общностната правна уредба определя концесията за строителство като договор със същите характеристики като обществената поръчка за строителство, с основната разлика, че насрещната престация за извършената работа се състои в правото да се експлоатира реализираният строеж. Освен това правото на експлоатация може да бъде съпроводено от заплащане в полза на концесионера — заплащането обаче не може да бъде основният елемент на насрещната престация, тъй като в този случай вече би ставало въпрос не за концесия, а за обществена поръчка<sup>7</sup>.

6 — Решение от 12 юли 2001 г. по дело *Ordine degli Architetti* и др. (С-399/98, Recueil, стр. I-5409).

7 — В някои единични случаи разграничението между обществена поръчка и концесия може да бъде доста трудно. В крайна сметка става въпрос за компетентност на националната юрисдикция: вж. Решение от 13 октомври 2005 г. по дело *Parking Brixen*, посочено по-горе в бележка под линия 2 (точка 32).

53. В областта на концесиите общностното право налага ограничения и изисквания, които са по-ограничени от наложените в областта на обществените поръчки. По-конкретно, както видяхме в изложението за правната уредба, от всички правила, приложими за обществените поръчки, само тези, свързани с обявяването, се прилагат за концесиите.

54. Както в случая е сигурно, че данните от фактическа страна следва да се квалифицират като концесия за строителство, а не като обществена поръчка, също толкова очевидно е, че разглежданите строителни работи трябва да се предхождат от специфично обявление за обществена поръчка, тъй като не могат да се разглеждат като обикновено естествено „развитие“ на вече съществуващата концесия в полза на *Iberpistas* за участъка от автомагистралата А-6 между *Villalba* и *Adanero*<sup>8</sup>. Впрочем тази предпоставка не е оспорена от нито една от страните.

### 2. Ирелевантни данни

55. Преди да разгледам правните въпроси, които са в основата на настоящото дело, според мен е необходимо да се отстранят

8 — Вж. в това отношение Решение от 27 октомври 2005 г. по дело *Комисия/Италия* (С-187/04 и С-188/04, точка 23).

някои данни, подробно разисквани от страните, но на практика ирелевантни за разрешаване на спора.

а) Решения на Tribunal Supremo

56. Най-напред, позоваването на Кралство Испания на решенията на Tribunal Supremo, с които са отхвърлени две жалби, подадени на национално равнище срещу предоставянето на концесията, е ирелевантно. Всъщност, както защитата на испанското правителство приема в писмената дублика и в съдебното заседание, практиката на Съда, която признава, че единствено националната юрисдикция е компетентна да прецени фактите, и ограничава намесата на общностните юрисдикции до правните въпроси, се отнася само за производствата от вида на преюдициалното запитване, при които крайният изход от националното дело е резултат от сътрудничество между националните съдебни органи и общностните юрисдикции. Обратно, в производство по твърдяно неизпълнение на общностното право от държава членка, Съдът може да прецени всички данни, предоставени на неговото внимание, които могат да бъдат релевантни, за да се произнесе по спора.

57. Освен това за да се произнесе по твърдяно неизпълнение на задължения, държавата е единствената отправна точка за Съда

и се разглежда като отговорна за всички нарушения на общностното право, които могат да й бъдат вменени, дори в действителност те се дължат например на конституционно независими образувания. От тази гледна точка дори съдебната практика на най-висшата юрисдикция на държава членка се приема от Съда като представляваща нарушение на общностното право<sup>9</sup>. Следователно е ясно, че моделът, центриран върху идеята за сътрудничество между националната юрисдикция и общностна юрисдикция, които си сътрудничат за решаване на спора, не е приложим при решаване на спор относно неизпълнение на задължения. Трябва да се отбележи, че това в никакъв случай не означава липса на уважение или непризнаване на ролята на националните юрисдикции; те просто нямат активна роля в производство по член 226 ЕО.

58. Впрочем следва да се добави, че във всички случаи със сигурност не е лесно да се прокара рязка разграничителна линия между преценката на фактите и правните съображения в конкретния случай. Всъщност като припомня констатациите на Tribunal Supremo за съответствието на обявленията за обществени поръчки с общностното право, Кралство Испания се позовава повече на същинските правни изводи, направени от тази юрисдикция, отколкото на преценката на фактите.

<sup>9</sup> — Решение от 9 декември 2003 г. по дело Комисия/Италия (С-129/00, Recueil, стр. I-14637, точки 29—32).

б) Самоличност на субектите в основата на производството на иск за установяване на неизпълнение на задължения, са ирелевантни<sup>10</sup>.

59. По същия начин и самоличността на лицата, които според Кралство Испания с оплакването си са в основата на иска, заведен от Комисията, е ирелевантна. В частност става въпрос за същите лица, които са подали и жалбите, отхвърлени на национално равнище от Tribunal Supremo. Дори да приемем, че става въпрос за едни и същи субекти, ясно е, че това не може да се отрази на производството пред Съда.

60. Обстоятелството, че не става въпрос за участници в процедурата за предоставяне на концесията, а за някои членове на Парламента, за профсъюз и за екологично сдружение, може наистина да показва, че мотивите за решението да бъде подадена на жалба и/или оплакване са били не икономически, а по-скоро политически или идеологически. Факт е, че единствената цел на производството за установяване на нарушение е да се определи дали от обективна гледна точка държава членка е нарушила задълженията, наложени ѝ от общностното право. Съдът не следва да разглежда личните мотиви на жалбоподателите, които са в основата на производството, особено като се има предвид, че решението за предявяване на иск за установяване на неизпълнение на задължения се взема само от Комисията, по напълно свободен и независим начин. В това отношение постоянната съдебна практика потвърждава не само че Комисията не е длъжна да доказва наличието на правен интерес, но и че съображенията, които са в основата на решението за предявяване

в) Организиране на процедура за поръчка от страна на Iberpistas

61. Също така ирелевантно е и обстоятелството, на което се позовава Кралство Испания в защитата си, че след като получава концесията, Iberpistas решава да не извършва допълнителното строителство, а по-скоро да използва процедура за възлагане на обществена поръчка, както впрочем се изисква от клауза № 20 от тръжните спецификации.

62. Съображенията в основата на тези доводи, в действителност много по-ясно формуирани от Кралство Испания в досъдебната фаза на производството, отколкото в писменото становище, представено пред Съда, се основава на възможността да се приложи принципът, потвърден в посоченото по-горе Решение по дело Ordine degli Architetti<sup>11</sup>.

10 — Вж. например Решение от 8 декември 2005 г. по дело Комисия/Люксембург (C-33/04, Recueil, стр. I-10629, точки 65—67 и цитираната съдебна практика).

11 — Вж. бележка под линия 6.

63. В това решение Съдът утвърждава по-конкретно, че при извършване на градоустройствени строителни работи от страна на строител, сключил договор за строеж с общинска администрация, полезното действие на Директива 93/37 е гарантирано и когато предвидените в Директивата процедури се прилагат не от общинската администрация, а от строителя<sup>12</sup>.

по право компенсация за него, Съдът приема, че Директива 93/37 е приложима, като същевременно уточнява, както вече видяхме, че полезното действие на същата може да се постигне и ако тя се прилага не от общинската администрация, а от строителя, който извършва градоустройствените строителни работи.

64. Следва обаче да се отбележи, че обстоятелствата, разгледани от Съда по дело *Ordine degli Architetti*, са напълно различни от тези, които са предмет на настоящото производство. Всъщност в цитираното съдебно решение се поставя въпросът за тълкуването на някои разпоредби на италианското право, които допускат при определени условия възможност за намаляване или отмяна на вноските за градоустройствени такси, които се дължат при издаването на разрешение за строеж. Тази възможност е призната в частност на субектите, които се задължават да извършат пряко градоустройствените строителни работи.

66. Видно е, че определящият фактор в основата на Решение по дело *Ordine degli Architetti* се състои в това, че общинската администрация *е нямала възможност да избере своя съдоговорител*, тъй като по силата на обстоятелствата този съдоговорител е непременно субектът, поискал разрешението за строеж. Поради това да се признае, че строителят прилага Директива 93/37, действително е единственият начин за постигане на целите, преследвани от общностния законодател в областта на обществените поръчки.

65. Тъй като счита, че намаляването на дължимата сума, предоставена в замяна на прякото извършване на градоустройствените строителни работи, съставлява

67. В конкретния случай обаче *Iberpistas*, което далеч не е задължителен съдоговорител на испанското правителство, е избрано и концесията му е предоставена, тъй като то е спечелило процедурата за поръчка. Следователно в настоящия случай е ясно, че общностната правна уредба относно избора на договаряща страна е могла да бъде приложена още от първата фаза на процедурата, а именно при избора на концесионер. Поради това положението

12 — Пак там, точка 100.

не е сравнимо с разгледаното в Решение по дело *Ordine degli Architetti* и следователно не може да се прилага към настоящия случай, дори по аналогия<sup>13</sup>.

г) Стойността на допълнителното строителство

68. Между Кралство Испания и Комисията има подчертано несъгласие относно стойността на допълнителното строителство в сравнение с общата стойност на концесията.

69. В жалбата си Комисията изчислява по-конкретно, че стойността на допълнителното строителство възлиза на 87% от стойността на основните строителни работи, т.е. на тези, които изрично са посочени в обявлението за поръчка. Кралство Испания от своя страна оспорва това изчисление и подчертава по-специално необходимостта в стойността на основните строителни работи да се включи и стойността на експлоатацията на участъка от A-6 Villalba—Adanero, считано от 2018 г. Според Кралство Испания размерът на допълнителното строителство, предложено от Iberpistas в спечелилата оферта, е малко над 27% от стойността на основните строителни работи.

13 — Вж. относно спецификите на съдебната практика по дело *Ordine degli Architetti*, както и по отношение на нейната неприложимост към положение, в което съговорителят може да бъде избран, Решение от 20 октомври 2005 г. по дело Комисия/Франция (C-264/03, Recueil, стр. I-8831, точка 57).

70. Въпреки това смятам, че точното определяне на стойността на допълнителното строителство спрямо основния предмет на концесията не е необходимо за разрешаване на спора.

71. Всъщност, от една страна, позоваванията на страните на член 61 от новата общностна директива в областта на обществените поръчки, а именно Директива 2004/18, не са релевантни. Тази разпоредба предвижда, че в рамките на 50% от стойността на първоначалните строителни работи, предмет на концесията, и при определени условия разпоредбите относно обявяването, предвидени за концесиите за строителство, не се прилагат „за допълнително строителство, което не е включено в първоначално разглеждания концесионен проект или в първоначалния договор, но което, поради непредвидени обстоятелства, е станало необходимо за изпълнение на строителството, описано там, което възлагащият орган е възложил на концесионера [...]“.

72. Най-напред, както вече бе отбелязано, Директива 2004/18 не е приложима *ratione temporis* към настоящия случай. От друга страна, дори ако желаем да разгледаме тази разпоредба като обикновено потвърждение на вече съществуващ правен принцип (тълкуване, чието основание, между другото, ми се струва по-скоро слабо), това не променя факта, че член 61 от тази директива се отнася за строителство, „което, поради непредвидени

обстоятелства, е станало необходимо за изпълнение на строителството, описано там“. При това положение е очевидно, че става въпрос за положение, което не е налице в случая. Разпоредбата на член 61 се отнася за непредвидени ситуации, възникнали след възлагането на поръчката, а не до обстоятелства, съществували преди самото възлагане.

нарушение на Договора, и в нарушение на член 3, както и по-общо на член 11, параграфи 3, 6, 7, 11 и 12 от Директива 93/37.

73. От друга страна, освен различията по отношение на точното определяне на стойността на допълнителното строителство, ми се струва, че може да се приеме, че Комисията и Кралство Испания са съгласно относно едно неизбежно фактическо обстоятелство: в общата структура на фактите, подлежащи на разглеждане от Съда, допълнителното строителство има голямо значение и със сигурност не е странично или второстепенно по отношение на основния предмет на концесията.

75. Предвид възраженията, представени от Кралство Испания в писмената му защита, в своята писмена реплика Комисията посочва, че следва да се приеме по-конкретно, че жалбата се отнася до член 3, параграф 1 и следователно до разпоредбите на член 11, на които то се позовава.

3. Искът на Комисията: предварителни бележки

74. Макар да не е недопустим, както отбелязах по-горе, искът на Комисията е доста неточен, по-конкретно когато посочва разпоредбите, за които се твърди, че са нарушени. По-специално, в иска си Комисията упреква Кралство Испания освен в

76. В частност, при положение че Комисията не оспорва нито факта, че обявлението е публикувано, нито момента и условията на неговото публикуване, следва да се приеме, че разпоредбите на Директивата, които са нарушени, са основно член 11, параграфи 3 и 6. По-конкретно, нарушението се състои в значителното разминаване между предмета на публикуваното обявление за поръчка и предмета на концесията, която действително е предоставена на Iberpistas. С други думи, Кралство Испания е упрекувано, че е публикувало непълно обявление или че не е публикувало обявление за всички строителни работи, включени в концесията,

предоставена на Iberpistas, но не в публикуваното обявление.

следва да се разгледа дали в настоящия случай тези изисквания са изпълнени.

77. Следва да се отбележи също, че в контекста на обществените поръчки и на концесиите за строителство разпоредбите на Директивата трябва да се разглеждат като практическо приложение на принципите от Договора, по-специално на забраната за дискриминация и на задължението за равно третиране<sup>14</sup>. Поради това упреците на Комисията, отправени към Кралство Испания, за нарушение на Директивата и за нарушение на Договора, могат да се обсъждат заедно.

4. Относно изискванията за обявление в областта на концесиите

79. Следователно първият въпрос, който подлежи на изясняване, се отнася до изискванията, на които по принцип трябва да отговаря обявление за концесия за строителство.

78. След тези предварителни бележки мога да се съсредоточа върху основния проблем, а именно твърдяната непълнота на тръжните спецификации, публикувани от испанските органи. За тази цел ще бъде необходимо да се определи, първо, какви точно са изискванията за публикуване на обявление за концесия за строителство. След като този въпрос бъде изяснен,

80. Несъмнено е, че обявление за обществена поръчка за строителство трябва да съдържа пълно описание на всички строителни работи, които трябва да се извършат. Това е естествена последица както от факта, че конкурентите трябва да бъдат в състояние да предложат цена за изпълнение на строителните работи — което, разбира се, предполага точното им познаване, — така и на по-общия принцип, който току-що посочих, и според който разпоредбите на Директивата представяват конкретното реализиране на принципите на Договора в областта на равното третиране и на забраната на всякаква дискриминация. Освен това Съдът потвърждава, че именно с цел спазването на принципа на равно третиране на оферентите, всички

14 — Вж. Решение от 22 юни 1993 г. по дело Комисия/Дания, известно като „Storebaelt“ (C-243/89, Recueil, стр. I-3353, точка 33) и Решение от 18 октомври 2001 г. по дело SIAC Construction (C-19/00, Recueil, стр. I-7725, точка 33). Тези решения се отнасят за преходната Директива 71/305, но основанието на разпоредбите очевидно остава същото. Вж. например и Решение от 25 април 1996 г. по дело Комисия/Белгия, известно като „валонски автобуси“ (C-87/94, Recueil, стр. I-2043, точки 51 и 52), както и, по-общо, Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе в бележка под линия 2 (точка 48).

оферти трябва да съответстват на предписанията в тръжните спецификации<sup>15</sup>.

действие на приложимата за концесиите правна рамка.

81. Според мен този основен принцип относно обявяването трябва да се прилага и по отношение на концесиите, обявленията за които следователно трябва да посочват точно всички строителни работи, предмет на концесията. Има няколко съображения, които обосновават това.

82. На първо място, има очевидни причини, свързани с прозрачността и равното третиране. Тези два принципа, както вече видяхме, произтичат пряко от Договора и Съдът е обявил, че като цяло те се прилагат за всички концесии, включително и за тези, които не са предмет на специфична правна уредба<sup>16</sup>.

83. На второ място, в Директивата е предвидено, че наред с правилата, приложими за обществените поръчки, само тези, свързани с обявяването — или поне част от тях — са приложими за концесиите. Да се приеме, че дори малкото правила, приложими за концесиите, трябва да се тълкуват различно и по-ограничително от тълкуването на правилата за обществените поръчки, според мен би довело до значително намаляване на полезното

84. Фактът, че образецът за обявление, предвиден за концесиите (приложение VI към Директивата), е значително по-кратък от предвидения за обществените поръчки (приложение V към Директивата), не означава, че описанието на строителните работи, които трябва да се извършат, може да е направено по съществено различен начин. Освен това двата образца за обявление са почти еднакви в частта относно описанието на предмета на обществената поръчка и на този на концесията (вж. раздел II от всеки от двата образца).

85. От друга страна, в съдебната практика са налице потвърждения, които, без да споменават каквато и да било разлика, приравняват правилата за обявяване, приложими за обществените поръчки, с тези, които са приложими за концесиите<sup>17</sup>.

86. Изискването обявлението за поръчка да описва точно строителните работи, които трябва да се извършат, естествено не означава, че е изключена всякаква

15 — Решение по дело Комисия/Дания, посочено по-горе в бележка под линия 14 (точка 37).

16 — Вж. бележка под линия 2.

17 — Решение от 27 октомври 2005 г. по дело Комисия/Италия, посочено по-горе в бележка под линия 8 (точка 19).

форма на изобретателност или на свобода в офертите, които могат да се представят. Въпреки това спазването на принципа на равно третиране налага в този случай потенциалните оференти да бъдат запознати както със съществуването на такава свобода, така и с нейните граници. По този повод е уместно да се цитира откъс от Тълкувателно съобщение на Комисията относно концесиите в общественото право<sup>18</sup> (наричано по-нататък „Тълкувателно съобщение“), който ми се струва напълно правилен и основателен:

„Освен това когато в определени случаи концедентът няма възможност да определи достатъчно точно своите нужди в техническо отношение, той търси алтернативни оферти, които биха довели до различни решения на общо определен проблем. В тези хипотези обаче, с цел да се гарантира здравословна и ефективна конкуренция, тръжните спецификации трябва винаги да предоставят по недискриминационен и обективен начин изискванията към кандидатите и преди всичко особеностите на подхода, който те трябва да следват при изготвяне на офертите си. По този начин всеки оферент знае предварително, че може да предложи различни технически решения. Като цяло тръжните спецификации не трябва да съдържат елементи, противоречащи на посочените по-горе правила и принципи на Договора. Нуждите на концедента могат да се определят и в сътрудничество с предприятия от сектора, доколкото това не

води до ограничаване на конкуренцията“ (точка 3.1.1, параграф 9). [неофициален превод]

87. Освен това в областта на обществените поръчки член 19 от Директивата изрично предвижда, посредством механизма на вариантите, възможността да се предостави на оферентите известна свобода при представяне на техните оферти. Същевременно в Решение по дело Traunfellner Съдът дава много стриктно тълкуване на посочената разпоредба, с цел спазване на принципа на равно третиране на оферентите, като изключва например, че за да изпълни условието по член 19, втора алинея от Директивата — което налага на възлагащите органи да посочат в тръжните спецификации минималните условия, на които трябва да отговорят вариантите, — може да е достатъчно тръжните спецификации да съдържат препращане към разпоредба от националната уредба<sup>19</sup>.

88. Доводът на Кралство Испания, според който Решение по дело Traunfellner, посочено по-горе, не е приложимо в настоящия случай, доколкото се отнася до варианти, а не до допълнително строителство, ми се струва неубедителен. Всъщност, на първо място, дори да приемем, че има основание за разграничение между вариантите и допълнителното строителство, това не променя факта, че Решение по дело Traunfellner се основава на

18 — ОВ С 121, 2000 г., стр. 2.

19 — Решение от 16 октомври 2003 г. по дело Traunfellner (C-421/01, Recueil, стр. I-11941, точки 27—29).

първостепенната цел да гарантира равно третиране на оферентите и че тази цел не може да се счита за по-малко релевантна, когато става въпрос за допълнителни строителни работи, отколкото когато става въпрос за варианти. Във всеки случай, доколкото се позовава на член 19 от Директивата, т.е. на разпоредба, която не е приложима за концесиите за строителство, това решение не е пряко приложимо в настоящия случай и по-скоро следва да се разглежда като указание и насока, впрочем изключително убедителна.

89. Друго полезно указание, приложимо главно по аналогия, също може да бъде изведено от практиката на Съда, който — отново при прилагане на принципа на равно третиране на оферентите — подчертава необходимостта, че след като веднъж са посочени критериите за възлагане на обществена поръчка, те трябва да останат същите в хода на цялата процедура<sup>20</sup>.

90. В заключение, обявлението за предоставяне на концесия за строителство трябва да посочва точно строителните работи, предмет на самата концесия. Евентуални варианти и допълнително строителство са допустими, ако тази възможност, както и границите, в които може да бъде упражнена, са посочени в самото обявление.

20 — Решение по дело Комисия/Белгия, посочено по-горе в бележка под линия 14 (точки 88 и 89) и Решение по дело SIAC, посочено по-горе в бележка под линия 14 (точки 41—43).

5. По тълкуването на вторите тръжни спецификации

91. След като са изяснени изискванията, на които трябва да отговаря обявлението за възлагане на концесия за строителни работи, за да отговаря на изискванията за обявяване, наложени от общностното право, е необходимо да се провери дали в конкретния случай тръжните спецификации за разглежданата концесия отговарят на тези изисквания.

92. Смятам, че отговорът трябва да бъде отрицателен, и че не съществува достатъчна степен на съответствие между посоченото във вторите тръжни спецификации и възложените строителни работи в рамките на концесията, предоставена в полза на Iberpistas.

93. На първо място, както вече видяхме, испанското правителство поддържа, че решението за замяна на първите тръжни спецификации с вторите е мотивирано от желанието да се осигури повече възможност за свободна инициатива на оферентите, с цел да се намерят адекватни решения на проблема с пътното движение. Освен това правителството поддържа, че потенциалните участници в процедурата

лесно са могли да разберат това. Въпреки това тези доводи не могат да бъдат приети.

94. Всъщност следва да се отбележи, че в уводната част на вторите тържни спецификации е посочено само, че „поради причини от технически характер е необходимо да се променят посочените тържни спецификации, с цел да се определи наново предметът на поканата за представяне на оферти и да се внесат няколко промени относно определянето срока на концесията“. Става въпрос за доста неясна формулировка, която е много далеч от посочване на точната причина, довела до преформулиране на тържните спецификации (с изключение на изменението на срока на концесията). Най-малкото, ако решението за отмяна на предходните спецификации се е основавало на желанието да се предостави по-голяма възможност за свободна инициатива на оферентите за разрешаване на проблемите с пътното движение, това е могло и е трябвало да бъде посочено изрично. В случая обаче не е направено.

95. По същия начин не могат да се приемат доводите на испанското правителство, според които възможността за предлагане на допълнително строителство като предложеното от Iberpistas произтича от някои разпоредби на тържните спецификации. По-специално става въпрос за клауза № 5, точки 13 и 16, както и за клауза № 29 от обявлението за концесия.

96. Що се отнася до клауза № 29 обаче, достатъчно е да се отбележи, че тя се отнася изрично само до двете разклонения, свързващи Ávila и Сеговия с А-6<sup>21</sup>.

97. Подобен коментар може да се направи и по отношение на клауза № 5, точка 16 от тържните спецификации, в която изрично е посочено, че мерките, свързани с пътното движение, които биха могли да бъдат предложени на администрацията, се отнасят до „района, засегнат от изграждането на участъците, предмет на концесията“. Следователно позоваването на „изграждането“ на посочените участъци ограничава ясно района, за който се отнася тази разпоредба, до участъците, свързващи Ávila и Сеговия с А-6.

98. По-нататък, що се отнася до точка 13 от същата клауза от тържните спецификации, следва да се отбележи, че тя се отнася общо до мерките, които оферентите биха могли да предложат във връзка с редица фактори, които обикновено трябва да се вземат предвид при строителство на пътна инфраструктура: не само пътното движение, но и възможното въздействие върху ландшафта, околната среда, туризма и др.

21 — Вж. точки 21—22 от настоящото заключение.

Ясно е, че подобна обща разпоредба, която се отнася *само* до *допълнително* строителство, като се имат предвид строителните работи, изрично посочени в тръжните спецификации, не може да се счита за достатъчно подробно обявяване, в което са посочени като предмет на тръжните спецификации *строителни* работи от голямо значение, включително и от икономическа гледна точка, намиращи се обаче извън районите на строителство, изрично посочени в обявлението.

99. Освен това посочената точка 13 се отнася до „последниците“ от концесията върху цялостния проблем на пътното движение, а не до мястото на изпълнение на мерките, които трябва да се предприемат за ограничаване на този проблем. Не може обаче да се пренебрегне доводът на Комисията, според който съгласно съдържанието на тръжните спецификации тези мерки биха могли да се разбират от оферентите само като намиращи се в района на строителните работи, чието изпълнение е изрично предвидено.

100. Накрая, не бива да се забравя, че току-що припомнените разпоредби са запазени еднакви в първите и във вторите тръжни спецификации. Поради това не е възможно да се твърди, че в съответствие с тях потенциален оферент би могъл да смята, че решението на испанските органи да отменят първото обявление, като заличат от него някои строителни работи, е било мотивирано от желанието да се

получат алтернативни предложения, свързани с тези „отменени“ строителни работи.

101. По-нататък, що се отнася до допълнителните доводи, изтъкнати от Кралство Испания по отношение на възможността за тълкуване на вторите тръжни спецификации в светлината на останалите релевантни разпоредби на испанското право, които признават широка свобода и изобретателност на оферентите, ще отбележа следното.

102. От една страна, поради вече посочените причини, смятам, че принципите, които съдебната практика е разработила във връзка с обявяването на обществените поръчки, се прилагат и за концесиите. Както вече видяхме, Съдът изключва и законосъобразността на обявление, което, що се отнася до допустимостта на вариантите, съдържа *изрично* препращане към националното законодателство<sup>22</sup>.

103. От друга страна, дори като абсурд да се приеме възможността — която напълно противоречи на съдебната практика, за

<sup>22</sup> — Решение по дело Traunfellner, посочено по-горе, в бележка под линия 19.

имилицитно допълнение на обявлението въз основа на националното право, това според мен не променя факта, че член 8 от Ley de Autoristas не подкрепя позицията на Кралство Испания. Всъщност тази разпоредба, която далеч не признава голяма свобода на потенциалните оференти при представянето на офертите, споменава строителни работи, които макар и да не са предвидени в първоначалния предмет на концесията, са „наложен[и] на концесионера като насрещна престация“. Иначе казано, изглежда става дума за строителни работи, които във всеки случай са изрично изисквани от концесионерите, а не свободно предложени и извършени от тях. Поради това изглежда безполезно да се проверява дали по смисъла на националното законодателство всяко допълнително строителство, предложено от Iberpistas, попада в района на влияние на строителните работи, изрично посочени като предмет на концесията.

105. Освен това въпреки насрещните доводи на Кралство Испания, Комисията по-скоро убедително показва, че другите оференти не са тълкували клаузите, свързани с необходимостта от предлагане на мерки за намаляване на движението по същия начин като Iberpistas. По-специално, всички други оференти предлагат решения, фокусирани върху извършването на допълнително строителство, тясно свързано със строителните работи, чието изпълнение е било изрично поискано в тръжните спецификации. Очевидно става дума за факт, който сам по себе си не е определящ, доколкото преценката на тръжните спецификации от другите оференти със сигурност не обвързва Съда. Освен това не може да се изключи, че другите оференти са изтъквали погрешно тръжните спецификации. Но това е елемент, който във всеки случай може да се вземе предвид за пълното описание на обстоятелствата по случая.

104. Тълкувателното съобщение също не може да предостави доводи в подкрепа на позицията на испанското правителство. По-специално, както вече видяхме, въпреки че в този документ Комисията допуска възможността оферентите да се ползват с широка свобода и изобретателност в офертите си, тя припомня изрично и необходимостта от „представяне по недискриминационен и обективен начин на изискванията към кандидатите“<sup>23</sup>.

106. Накрая, един последен коментар се отнася до практическите въпроси, произтичащи от тълкуването на тръжните спецификации, направено от Iberpistas и подкрепено от Кралство Испания. Въз основа на спечелилата оферта, дружество Iberpistas изгражда, освен разклоненията, свързващи градовете Ávila и Сеговия с автомагистрала А-6, допълнително строителство в участъка Villalba—Adanero от същата автомагистрала, който участък по време на процедурата предмет на настоящото дело вече е предоставен на концесия

23 — Вж. точка 86 от настоящото заключение.

на Iberpistas до 2018 г. Струва ми се обаче трудно да си представя, че оферент, различен от Iberpistas, би могъл действително да предложи по собствена инициатива, без

никакви указания за това в тържните спецификации, извършването на строителни работи в участък от автомагистралата, експлоатиран от това дружество.

## VII — Заключение

107. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да се произнесе по следния начин:

- „1) Като не е включило сред строителните работи, предмет на концесията в тържните спецификации относно възлагането на административна концесия за изграждането, поддръжката и експлоатацията на разклоненията на автомагистрала А-6 към Сеговия и Ávila, както и за поддръжката и експлоатацията на участъка Villalba—Adanero от същата автомагистрала, считано от 2018 г., някои строителни работи, които впоследствие са били възложени в рамките на концесията, Кралство Испания не е изпълнило задълженията си по Директива 93/37/ЕИО относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, както и съгласно принципите на Договора в областта на равното третиране и на недопускане на дискриминация.
- 2) Осъжда Кралство Испания да заплати съдебните разноски.“