

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

15 октомври 2009 година *

По дело C-138/08

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 234 ЕО от Fővárosi Ítéltábla (Унгария) с акт от 13 февруари 2008 г., постъпил в Съда на 7 април 2008 г., в рамките на производство по дело

Hochtief AG,

Linde-Kca-Dresden GmbH

срещу

Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

* Език на производството: унгарски.

в присъствието на:

Budapest Főváros Önkormányzata,

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: г-н К. Lenaerts, председател на трети състав, изпълняващ функцията на председател на четвърти състав, г-жа R. Silva de Lapuerta (докладчик), г-н E. Juhász, г-н G. Arestis и г-н T. von Danwitz, съдии,

генерален адвокат: г-н P. Mengozzi,
секретар: г-н B. Fülöp, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 12 март 2009 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за Hochtief AG и Linde-Kca-Dresden GmbH, от адв. A. László и адв. E. Kiss, ügyvédek,

ПОСТАНОВИ НАСТОЯЩОТО

Решение

- ¹ Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 22 от 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), изменена с Директива 97/52/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 октомври 1997 година (ОВ L 328, стр. 1, наричана по-нататък „Директива 93/37“), както и до правните отношения, съществуващи като преходна мярка между тази директива и Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка ОВ L 182, 10.7.2008 г., стр. 282).
- ² Запитването е отправено в рамките на спор между Hochtief AG и Linde-Kca-Dresden GmbH, от една страна, и Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (Арбитражна комисия на Съвета за обществени поръчки, наричана по-нататък „КТКД“) по повод на процедура на договаряне за възлагане на обществена поръчка с публикуване на обявление за обществена поръчка.

Правна уредба

Общностно право

3 Член 1 от Директива 93/37 гласи:

„За целите на настоящата директива:

[...]

ж) „Процедури на договаряне“ са национални процедури, при които възлагащите органи се консултират с предприемачи по техен избор и договарят условията на поръчката с един или повече от тях,

з) „Оферент“ е предприемач, който е представил оферта. Този, който се стреми да получи покана за участие в ограничена процедура или процедура на договаряне, се обозначава като „кандидат“. [неофициален превод]“

4 Съгласно член 7, параграф 2 от Директива 93/37:

„Възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки за строителство чрез процедурата на договаряне след публикуване на обявление за обществена поръчка и след подбор на кандидати съгласно обществено известни критерии за качество в следните случаи:

- а) когато офертите, представени в отговор на открита или ограничена процедура, са невалидни или неприемливи съгласно националните разпоредби, съвместими с разпоредбите на дял IV, и когато първоначално обявените условия на поръчката не са съществено променени. Не е необходимо възлагащите органи да публикуват обявление за обществена поръчка, когато включват в процедурата на договаряне всички предприятия, които удовлетворяват критериите на членове 24—29 и които при предишното си участие в открита или ограничена процедура са представили оферти, отговарящи на формалните изисквания на процедурата за обществени поръчки,

- б) когато в областта на строителството се извършва изследователска, експериментална или развойна дейност, която не е с цел извличане на печалба или възстановяване на разходите за изследователска и развойна дейност,

- в) по изключение, когато естеството на строителството или свързаните с него рискове не позволяват предварително определяне на стойността.“ [неофициален превод]

5 Член 18, параграф 1 от Директива 93/37 посочва:

„Обществените поръчки се възлагат на базата на критериите, предвидени в глава 3 от настоящия дял, като се вземе предвид член 19, след като състоянието на предприемачите, които не са изключени по силата на член 24, бъде проверено от възлагащите органи в съответствие с критериите за икономическо, финансово и техническо състояние, предвидени в членове 26—29.“ [неофициален превод]

6 Съгласно член 22 от посочената директива:

„1. При ограничените процедури и процедурите на договаряне възлагащите органи, на базата на информацията, предоставена във връзка с личното състояние на предприемача, както и на информацията и формалностите, необходими за оценка на минималните условия от икономическо и техническо естество, на които той следва да отговаря, избират между кандидатите с квалификация, която се изисква по членове 24—29, тези, които ще бъдат поканени да представят оферта или да участват в преговорите.

2. Когато възлагащите органи възлагат поръчка чрез ограничената процедура, те могат да определят диапазона, в който трябва да попада броят на предприятията, които възнамеряват да поканят. В този случай диапазонът се посочва в обявлението за поръчката. Диапазонът се определя с оглед на естеството на строителството, което трябва да бъде извършено. Най-малкото число в диапазона не трябва да бъде под пет. Най-голямото число може да се определи на двадесет предприятия.

При всички случаи броят на поканените кандидати трябва да е достатъчен, за да се гарантира реална конкуренция.

3. Когато възлагащите органи възлагат поръчка чрез процедурата на договаряне, както е посочено в член 7, параграф 2, броят на кандидатите, допуснати да преговарят не може да бъде по-малък от три, при условие че има достатъчен брой подходящи кандидати.

4. Всяка държава членка гарантира, че възлагащите органи отправят покани без дискриминация спрямо предприемачите от други държави членки, които отговарят на необходимите изисквания и при същите условия, както към своите граждани.“ [неофициален превод]

7 Член 80, параграф 1 от Директива 2004/18 гласи:

„1. Държавите членки въвеждат в сила необходимите законови, подзаконови и административни разпоредби, за да се съобразят с настоящата директива най-късно до 31 януари 2006 г. Те незабавно информират Комисията за това.

[...]“

8 Член 82 от посочената директива, озаглавен „отмяна“, посочва:

„Директива 92/50/ЕИО, с изключение на член 41 от нея, и Директиви 93/36/ЕИО и 93/37 [...] се отменят, считано от датата, посочена в член 80, без да се засягат задълженията на държавите членки относно сроковете за транспониране и за прилагане, определени в приложение XI.

Позоваванията на отменените директиви се считат за позовавания на настоящата директива и се четат съгласно таблицата на съответствието в приложение XII.“

- 9 Директива 2004/18 е влязла в сила на 30 април 2004 г.

Национално право

- 10 Директива 93/37 е транспонирана в унгарското право със Закон CXXIX от 2003 г. за обществените поръчки (a közbeszerzésekről szóló 2003 évi CXXIX. törvény, *Magyar Közlöny* 2003/157, наричан по-нататък „Kbt“).
- 11 Член 130, параграфи 1, 2 и 7 от Kbt, който се прилага за процедурите на договаряне с публикуване на обявление за обществена поръчка, гласи:

„1) В тази процедура възлагащият орган определя броя на оферентите или един диапазон, така че след това да може да изпрати покана за участие на подходящи кандидати, представили валидни кандидатури, чиито брой може да достигне горната граница на предвидения диапазон, или да я изпрати поне на достатъчен брой такива кандидати.

2) Минималният брой участници или долната граница на диапазона не може да спада под три. Този брой или диапазон трябва да е съобразен с предмета на поръчката, като следва да се гарантира реална конкуренция при всички обстоятелства.

[...]

7) Възлагащият орган поканва лично, пряко и писмено избраните кандидати, чийто брой съответства — ако броят на кандидатите, приети за подходящи, позволява това — на определения брой или диапазон, като поканата за представяне на оферти е на базата на тяхното финансово и икономическо състояние, както и на техническите възможности или професионалната квалификация. Когато възлагащият орган не е определил брой или диапазон, всички подходящи кандидати трябва да бъдат поканени да представят оферти. Поканените да представят оферти кандидати не могат да представят обща оферта.“

- 12 Към момента на настъпване на фактите по главното производство Директива 2004/18 още не е била транспонирана в унгарското право.

Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

- 13 Спорът по главното производство се отнася до процедура на договаряне за възлагане на обществена поръчка за строителство на стойност, която надхвърля общностния праг. Спорът е между две търговски дружества, установени в Германия — Hochtief AG и Linde-Kca-Dresden GmbH, от една страна, и KTKD, от друга страна. Възлагащият орган по тази поръчка, а именно Budapest Főváros Önkormányzata (орган на местно самоуправление, Будапеща), встъпва в посочения спор в подкрепа на KTKD.

- 14 На 5 февруари 2005 г. Budapest Főváros Önkormányzata публикува в *Официален вестник на Европейския съюз* покана за изразяване на интерес за процедурата за възлагане на обществена поръчка, разглеждана по главното производство. Диапазонът на кандидатите, които е можело да бъдат поканени да представят оферти, е бил от три до пет.

- 15 След изтичане на срока за представяне на заявленията за участие се явяват петима кандидати, сред които консорциумът, съставен от жалбоподателите по главното производство. С оглед на получените по този начин заявления за участие Budapest Főváros Önkormányzata, от една страна, изключва заявлението на консорциума като недопустимо поради „несъвместимост“, и от друга страна, решава да продължи процедурата с двамата кандидати, квалифицирани като „подходящи“, като им изпраща покана за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка.
- 16 Жалбоподателите по главното производство подават жалба срещу решението на Budapest Főváros Önkormányzata пред КТКД, като изтъкват по-конкретно, че в съответствие с член 130 от Кbt, тъй като броят на подходящите кандидати не е достигнал предвидения минимум, процедурата не може да продължи. КТКД отхвърля тази жалба.
- 17 Впоследствие жалбоподателите по главното производство обжалват по съдебен ред решението на КТКД, като се основават по-специално на член 22, параграфи 2 и 3 от Директива 93/37. Тъй като и сезираният първоинстанционен съд също отхвърля жалбата им, жалбоподателите по главното производство подават въззивна жалба пред запитващата юрисдикция.
- 18 В този контекст Fővárosi Ítéltábla решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1) Приложим ли е член 44, параграф 3 от Директива 2004/18 [...], който е заменил член 22 от Директива 93/37 [...], ако процедура за обществена поръчка е започнала по време, когато, въпреки че Директива 2004/18 [...] вече е била в сила, определеният за нейното транспониране срок не е бил изтекъл, така че тя все още не е била инкорпорирана в националното право?
- 2) Ако отговорът на първия въпрос е утвърдителен: като се има предвид текстът на член 44, параграф 3 от Директива 2004/18 [...], според който „[п]ри всички

случаи броят на поканените кандидати трябва да е достатъчен, за да се гарантира реална конкуренция“, следва ли ограничението на броя на подходящите кандидати да се разбира в смисъл, че в случай на процедура на договаряне с публикуване на обявление за обществена поръчка при втория етап от възлагането на обществената поръчка задължително трябва да има минимален брой кандидати (трима)?

- 3) Ако отговорът на първия въпрос е отрицателен: следва ли условието да има „достатъчен брой подходящи кандидати“, предвидено в член 22, параграф 3 от Директива 93/37 [...], да се разбира в смисъл, че при липса на достатъчно кандидати за достигане на минималния брой (трима), процедурата не може да продължи с поканата за представяне на оферти?

- 4) Ако Съдът даде отрицателен отговор на третия въпрос: приложим ли е член 22, параграф 2, втора алинея от Директива 93/37 [...] — намиращ се сред разпоредбите, свързани с ограничената процедура — съгласно който „[п]ри всички случаи броят на поканените кандидати трябва да е достатъчен, за да се гарантира реална конкуренция“, към уредената от параграф 3 процедура на договаряне, която обхваща два етапа?“

По преюдициалните въпроси

Предварителни бележки

- 19 Според жалбоподателите по главното производство запитващата юрисдикция трябвало да добави към отправените въпроси един друг въпрос, засягащ неспазването от унгарското законодателство на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, както и на пропорционалност, тъй като това законодателство изключвало автоматично от процедурата за възлагане на обществени поръчки лицата или предприятията, които са участвали в подготовителните работи на дадена обществена поръчка, без да им се даде възможност да докажат липса на нарушение на конкуренцията. Според посочените

жалбоподатели аналогични мерки, фигуриращи в националното право на други държави членки, били сметени за несъвместими с общностното право с Решение от 3 март 2005 г. по дело *Fabricom* (C-21/03 и C-34/03, *Recueil*, стр. I-1559), както и с Решение от 16 декември 2008 г. по дело *Michaniki* (C-213/07, *Сборник*, стр. I-9999).

- 20 В това отношение следва да се припомни, че в рамките на предвиденото от член 234 ЕО сътрудничество между Съда и националните юрисдикции само националният съд, който е сезиран със спора и трябва да поеме отговорността за последващото му съдебно решаване, може да прецени — предвид особеностите на висящото пред него дело — както необходимостта от преюдициално заключение, за да може да постанови решението си, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда (вж. по-конкретно Решение от 7 януари 2003 г. по дело *BIAO*, C-306/99, *Recueil*, стр. I-1, точка 88, Решение от 14 декември 2006 г. по дело *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, *Recueil*, стр. I-11987, точка 16, както и Решение от 2 април 2009 г. по дело *Pedro IV Servicios*, C-260/07, *Сборник*, стр. I-2437, точка 28).
- 21 Следователно възможността за определяне на въпросите, които да се поставят на Съда, се полага единствено на националния съд и страните не биха могли да променят съдържанието им (вж. по-специално Решение от 9 декември 1965 г. по дело *Singer*, 44/65, *Recueil*, стр. 1191 и 1198, Решение от 17 септември 1998 г. по дело *Kainuun Liikenne и Pohjolan Liikenne*, C-412/96, *Recueil*, стр. I-5141, точка 23, както и Решение от 6 юли 2000 г. по дело *ATV и др.*, C-402/98, *Recueil*, стр. I-5501, точка 29).
- 22 Впрочем да се изменени същността на преюдициалните въпроси или да се отговори на допълнителните въпроси, споменати от жалбоподателите по главното производство в техните становища, би било несъвместимо с предоставената на Съда от член 234 ЕО роля, както и със задължението на Съда да гарантира на правителствата на държавите членки и на заинтересованите страни възможността да представят становища съгласно член 23 от Статута на Съда, предвид факта, че по силата на последната разпоредба само актовете за преюдициално запитване се съобщават на заинтересованите страни (вж. в този смисъл по-специално Решение от 1 април 1982 г. по дело *Holdijk и др.*, 141/81—143/81, *Recueil*, стр. 1299, точка 6, Решение от 30 януари 1997 г. по дело *Wiljo*, C-178/95, *Recueil*, стр. I-585, точка 30, Решение от 20 март 1997 г. по дело *Phytheron International*, C-352/95, *Recueil*, стр. I-1729, точка 14, както и Решение по дело *Kainuun Liikenne и Pohjolan Liikenne*, посочено по-горе, точка 24).

- 23 В конкретния случай запитващата юрисдикция не е счела за необходим, нито за относим въпросът за мотивите или обстоятелствата за изключването на жалбоподателите по главното производство от разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка, поради което Съдът няма да извършва анализ в това отношение.

По първия въпрос

- 24 С първия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали Директива 2004/18 се прилага за процедура за възлагане на обществена поръчка, започнала след влизането в сила на тази директива, но преди изтичането на срока за транспонирането ѝ, така че посочената директива още не е била включена в националното право.
- 25 Най-напред следва да се припомни, че преди изтичането на срока за транспониране на дадена директива държавите членки не могат да бъдат упрекувани, че още не са приели мерки по въвеждането ѝ в техния правов ред (вж. Решение от 18 декември 1997 г. по дело *Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Recueil*, стр. I-7411, точка 43, както и Решение от 4 юли 2006 г. по дело *Adeneler и др., C-212/04, Recueil*, стр. I-6057, точка 114).
- 26 Следователно в делото по главното производство при започването на разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка Директива 2004/18 не е била транспонирана в унгарския правов ред, тъй като срокът за транспонирането ѝ още не е бил изтекъл, така че на този етап на процедурата остава приложима Директива 93/37.
- 27 Доколкото процедурата, разглеждана в главното производство, все още е продължавала към датата на изтичането на срока за транспониране на Директива 2004/18, се поставя и въпросът за евентуалната приложимост на тази директива към делото по главното производство.

28 В това отношение от сведенията, представени в съдебното заседание от унгарското правителство, следва, че решението на възлагащия орган да отхвърли предложението на консорциума, съставен от жалбоподателите по главното производство, и да продължи процедурата с двамата кандидати, квалифицирани като подходящи, е взето преди датата на изтичане на срока за транспониране на Директива 2004/18.

29 При тези обстоятелства би противоречало на принципа на правна сигурност приложимото към делото по главното производство право да се определя в зависимост от датата на възлагане на обществената поръчка, докато решението, срещу което в случая се твърди нарушение на общностното право, е било взето преди датата, посочена в предходната точка от настоящото решение (вж. по аналогия Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Комисия/Франция, C-337/98, Recueil, стр. I-8377, точка 40).

30 Следователно на първия въпрос трябва да се отговори, че Директива 2004/18 не е приложима към решение, взето от възлагащ орган при възлагане на обществена поръчка за строителство преди изтичането на срока за транспониране на тази директива.

По втория въпрос

31 Предвид отговора на първия въпрос не е необходимо да се отговаря на втория въпрос.

По третия въпрос

- 32 С третия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 22, параграф 3 от Директива 93/37 трябва да се тълкува в смисъл, че една процедура на договаряне за възлагане на обществена поръчка не може да бъде продължена, ако липсват достатъчен брой кандидати, за да се достигне до минималния брой от трима кандидати, определен от тази разпоредба.
- 33 В това отношение следва да се припомни, че разпоредбите на Директива 93/37 съдържат правила относно провеждането на процедурата.
- 34 По този начин, що се отнася до провеждането на процедурата за възлагане на обществена поръчка за строителство, в член 18 от Директива 93/37 са предвидени поне два различни етапа, а именно, от една страна, евентуалното изключване на оференти или на кандидати по силата на член 24 от тази директива, както и проверката, в съответствие с критериите за икономическо, финансово и техническо състояние, предвидени в членове 26—29 от посочената директива и определени за съответната процедура, на състоянието на оферентите или на кандидатите, които не са били изключени, и от друга страна — възлагането на обществената поръчка въз основа на критериите, определени за посочената процедура сред предвидените в дял IV, глава 3 от същата директива, при отчитане на разпоредбите на член 19 от последната.
- 35 В процедурата на договаряне между горепосочения първи етап и етапа на възлагане на поръчката се провежда етапът на преговори между възлагачия орган и кандидатите, допуснати до преговори.
- 36 По силата на член 22, параграф 3 от Директива 93/37, когато дадена обществена поръчка се възлага чрез процедура на договаряне, броят на допуснатите до преговори кандидати не може да бъде по-малък от трима, при условие че има достатъчен брой подходящи кандидати.

- 37 Следователно от текста на тази разпоредба следва, че възлагащите органи са длъжни най-малкото да спазват, що се отнася до броя на допуснатите до преговори кандидати, определения от нея минимален брой, доколкото броят на подходящите кандидати позволява това.
- 38 В това отношение под „подходящ кандидат“ по смисъла на член 22, параграф 3 от Директива 93/37 трябва да се разбира всеки предприемач, стремящ се да получи покана за участие в съответната процедура, който между кандидатите с квалификация, която се изисква по членове 24—29 от тази директива, отговаря на условията от икономическо и техническо естество, определени за тази процедура.
- 39 Всъщност, от една страна, „кандидатът“ е определен в член 1, буква з) от Директива 93/37 като предприемач, който се стреми да получи покана за участие в ограничена процедура или процедура на договаряне.
- 40 От друга страна, в съответствие с член 22, параграф 1 от Директива 93/37 в процедурите на договаряне възлагащите органи на базата на информацията, предоставена във връзка с личното състояние на предприемача, както и на информацията и формалностите, необходими за оценка на условията от икономическо и техническо естество, на които той следва да отговаря, избират между кандидатите с квалификация, която се изисква по членове 24—29 от посочената директива, тези, които ще бъдат поканени да преговарят.
- 41 От това следва, че член 22, параграф 3 от Директива 93/37 трябва да се тълкува в смисъл, че когато дадена поръчка се възлага чрез процедурата на договаряне, броят на допуснатите до преговори кандидати не може да бъде по-малък от трима, при условие че има достатъчен брой предприемачи, стремящи се да получат покана за участие във въпросната процедура, които между кандидатите с квалификация, която се изисква по членове 24—29 от тази директива, отговарят на определените за тази процедура условия от икономическо и техническо естество.

- 42 По този начин, когато дадена поръчка се възлага чрез процедура на договаряне и броят подходящи кандидати не достига минималния брой кандидати, определен за посочената процедура, който не може да бъде по-малък от трима, възлагащият орган може все пак да продължи процедурата, като покани подходящия кандидат или подходящите кандидати да преговарят условията на поръчката.
- 43 Както правилно отбелязва Комисията, ако това не беше така, установената и дефинирана от възлагащия орган обществена потребност, която последният смята да удовлетвори чрез възлагане на съответната поръчка, не би могла да бъде удовлетворена не поради липса на подходящи кандидати, а защото броят им е по-малък от посочения минимален брой.
- 44 С оглед на гореизложеното на третия въпрос следва да се отговори, че член 22, параграф 3 от Директива 93/37 трябва да се тълкува в смисъл, че когато дадена поръчка се възлага чрез процедура на договаряне и броят на подходящите кандидати не достига минималния брой кандидати, определен за посочената процедура, възлагащият орган може все пак да продължи процедурата, като покани подходящия кандидат или подходящите кандидати да преговарят условията на посочената поръчка.

По четвъртия въпрос

- 45 С четвъртия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали член 22, параграф 2, втора алинея от Директива 93/37 се прилага към процедурата на договаряне за възлагане на обществени поръчки за строителство.
- 46 В това отношение трябва да се констатира, че от структурата на член 22 от Директива 93/37 следва, че параграф 2, втора алинея от този член се отнася само до поръчките, възлагани чрез ограничената процедура.

- 47 Следва да се припомни обаче, че както следва от десето съображение от Директива 93/37, тя цели развиването на ефективна конкуренция в областта на обществените поръчки (вж. Решение от 16 септември 1999 г. по дело Fracasso и Leitschutz, C-27/98, Recueil, стр. I-5697, точка 26, Решение от 27 ноември 2001 г. по дело Lombardini и Mantovani, C-285/99 и C-286/99, Recueil, стр. I-9233, точка 34, Решение от 12 декември 2002 г. по дело Universale-Bau и др., C-470/99, Recueil, стр. I-11617, точка 89, както и Решение от 7 октомври 2004 г. по дело Sintesi, C-247/02, Recueil, стр. I-9215, точка 35).
- 48 По този начин в изпълнение на целта за развиване на ефективна конкуренция Директива 93/37 цели да организира възлагането на поръчките по такъв начин, че възлагащият орган да бъде в състояние да сравни различните оферти и да избере най-изгодната на базата на обективни критерии (Решение по дело Fracasso и Leitschutz, точка 31, както и Решение по дело Sintesi, точка 37, посочени по-горе).
- 49 Следователно, макар член 22, параграф 2, втора алинея от Директива 93/37 да гласи, че когато възлагащите органи възлагат поръчка чрез ограничената процедура, броят на поканените кандидати трябва при всички случаи да е достатъчен, за да се гарантира реална конкуренция, тази разпоредба само споменава изрично една от основните цели на посочената директива (вж. в този смисъл Решение по дело Sintesi, посочено по-горе, точка 36).
- 50 От това следва, че макар Директива 93/37 да не съдържа разпоредба, аналогична на член 22, параграф 2, втора алинея от нея, що се отнася до процедурите на договаряне, възлагащият орган, който прибегва до такива процедури, както е посочено в член 7, параграф 2 от споменатата директива, трябва въпреки това да следи за гарантирането на реална конкуренция.
- 51 В това отношение най-напред следва да се подчертае, че в тези случаи прибегването до процедурата на договаряне изисква предварителното публикуване на обявление за обществена поръчка, предназначено да предизвика подаване на заявления за участие. Както бе посочено в точка 14 от настоящото решение, тази мярка е била изпълнена в делото по главното производство.

- 52 По-нататък, що се отнася до етапа на договаряне на поръчката, член 22, параграф 3 от Директива 93/37 налага на възлагащия орган да покани за участие в този етап достатъчен брой кандидати. Дали този брой е достатъчен или не, за да се гарантира реална конкуренция, трябва да се определи в зависимост от характеристиките и предмета на съответната поръчка.
- 53 Накрая, ако в подобна процедура броят на подходящите кандидати не достига минималния брой, определен за съответната процедура, който в съответствие с Директива 93/37 не може да бъде под трима, трябва да се признае, че доколкото характеристиките за тази процедура условия от икономическо и техническо естество са били определени и приложени правилно, все пак реалната конкуренция е била гарантирана от възлагащия орган.
- 54 От всичко гореизложено произтича, че на четвъртия въпрос следва да се отговори, че Директива 93/37 трябва да се тълкува в смисъл, че задължението да се следи за гарантирането на реална конкуренция е изпълнено, щом като възлагащият орган прибегва до процедура на договаряне при условията, посочени в член 7, параграф 2 от споменатата директива.

По съдебните разноси

- 55 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноси. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

- 1) 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 не е приложима към решение, взето от възлагащ орган при възлагане на обществена поръчка за строителство преди изтичането на срока за транспониране на тази директива.
- 2) Член 22, параграф 3 от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, изменена с Директива 97/52/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 октомври 1997 година, трябва да се тълкува в смисъл, че когато дадена поръчка се възлага чрез процедура на договаряне и броят на подходящите кандидати не достига минималния брой кандидати, определен за посочената процедура, възлагащият орган може все пак да продължи процедурата, като покани подходящия кандидат или подходящите кандидати да преговарят условията на посочената поръчка.
- 3) Директива 93/37, изменена с Директива 97/52, трябва да се тълкува в смисъл, че задължението да се следи за гарантирането на реална конкуренция е изпълнено, щом като възлагащият орган прибегва до процедура на договаряне при условията, посочени в член 7, параграф 2 от споменатата директива.

Подписи