



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 5 юли 2018 година¹

Дело C-328/17

Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA
Atc Esercizio SpA
Atp Esercizio Srl
Riviera Trasporti SpA
Tpl Linea Srl
срещу
Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA
Regione Liguria

(Преюдициално запитване, отправено от Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria
(Регионален административен съд на Лигурия, Италия))

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Допустимост — Отпадане на предмета на спора — Директива 89/665/ЕИО — Производства по обжалване —
Необходимост икономическият оператор да е участвал в процедурата за възлагане на обществена поръчка, за да може да обжалва — Процесуална легитимация на оферента, когато е абсолютно сигурно, че не може да спечели поръчката“

1. Може ли съдът, който трябва да реши дело, чийто предмет е отпаднал (юридически), така че, след като между страните няма спор по същество, вече не е необходимо постановяването на решение по този спор, да оправи преюдициално запитване само за да може да се произнесе по разпределянето на съдебните разноски?

2. Съдът е изправен пред две възможности:

- От една страна, той може да се придържа към установената от него практика по делото *Reinke*² и да приеме, че при тези обстоятелства вече не е необходимо да се дава отговор на преюдициалния въпрос, който е недопустим.
- От друга страна, той може да не се съобрази с тази практика, като в този случай ще трябва да даде отговор на запитващата юрисдикция за тълкуването на директивите относно производствата по обжалване в областта на възлагането на обществени поръчки³. Това тълкуване е поискано, за да може да бъде съпоставено с тълкуването на италианските

¹ Език на оригиналния текст: испански.

² Определение от 14 октомври 2010 г., *Reinke* (C-336/08, непубликувано, наричано по-нататък „определението *Reinke*“, EU:C:2010:604).

³ Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, 1989 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237 и поправка в ОВ L 63, 2016 г., стр. 44), и Директива 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор (ОВ L 76, 1992 г., стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 43).

върховни съдилища (Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) и Corte Costituzionale (Конституционен съд, Италия) относно легитимацията на дружество да обжалва документацията относно процедура за възлагане, в която то не е участвало. Според запитващата юрисдикция присъждането на разноските по главното производство зависи от отговора на този въпрос.

I. Правна уредба

A. Правото на Съюза

1. Директиви 89/665 и 92/13⁴

3. Член 1 („Приложно поле и наличие на [производства по обжалване]“) гласи:

„1. Настоящата директива се прилага за поръчките, посочени в Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, [доставки и услуги] [(ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282)], освен ако такива поръчки не са изключени от приложното поле на директивата съобразно членове 10—18 от същата директива [Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година за координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3), освен ако такива поръчки не са изключени от приложното поле на директивата съгласно член 5, параграф 2, членове 18—26, членове 29 и 30 или член 62 от същата Директива].

Поръчки по смисъла на настоящата директива включват обществени поръчки [обществени поръчки за доставка, строителство и услуги], рамкови споразумения, концесии за строителство и динамични системи за покупка.

Държавите членки предприемат [вземат] необходимите мерки, за да осигурят [гарантират], че по отношение на обществените поръчки, попадащи в приложното поле на Директива 2004/18/ЕО [Директива 2004/17/ЕО], решения, взети от възлагащите органи [възложителите], могат да бъдат ефективно преразглеждани, и по-специално възможно най-бързо в съответствие с условията, предвидени в [във възможно най-кратък срок при условията на] членове 2—2е от настоящата директива, на основание, че тези решения са нарушили правото на Общността в областта на обществените поръчки или националните норми, транспониращи това право.

2. Държавите членки гарантират, че не съществува дискриминация между предприятията, претендиращи за нанесена им вреда [които е възможно да предявят претенция за вреди] в контекста на процедура за предоставяне на [по възлагане на обществена] поръчка, в резултат от разграничаването, което настоящата директива прави [се въвежда от настоящата директива] между националните норми, транспониращи правото на Общността, и други национални норми.

⁴ В редакцията съгласно Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 година за изменение на директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО на Съвета с оглед повишаване на ефективността на процедурите за преразглеждане при възлагане на обществени поръчки (ОВ L 335, 2007 г., стр. 31). В квадратни скоби са посочени разликите в текста на Директива 92/13 спрямо съответния текст от Директива 89/665.

3. Държавите членки гарантират достъпност до [производствата по обжалване] съгласно подробни разпоредби, които държавите членки могат да установят, най-малко за всяко лице, имащо или имало интерес от получаването на определена обществена поръчка и на което е нанесена или рискува да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение.

[...]“.

4. Член 2 („Изисквания относно [производствата по обжалване]“) предвижда:

„1. Държавите членки гарантират, че мерките, приети [предприетите мерки] относно [производствата по обжалване], уточнени [определени] в член 1, включват правомощия, които да позволяват [разпоредби относно правомощията]:

[...]

б) да се отменят или да се осигури отмяната на решения, взети неправомерно [противозаконно взетите решения], включително премахването на дискриминационните технически, икономически или финансови спецификации в поканата за представяне на оферти, в [спецификациите] или във всеки друг документ, свързан с процедурата за възлагане на поръчката [в обявлението за обществената поръчка, периодичното [индикативно] обявление, обявлението относно съществуването на система от изисквания, поканата за представяне на оферта, [спецификациите] или всякакви други документи, свързани с въпросната процедура по възлагане].

[...]“.

2. Регламент № 1370/2007⁵

5. Член 5 („Възлагане на обществени поръчки за услуги“) гласи:

„1. Обществени поръчки за услуги се възлагат в съответствие с правилата, определени в настоящия регламент. При все това договори за извършване на услуги или обществени поръчки за услуги по смисъла на Директива 2004/17/ЕО или 2004/18/ЕО за обществени превозни услуги с трамваен или автобусен транспорт, се възлагат в съответствие с предвидените в тези директиви процедури тогава, когато не са под формата на договори за концесии за услуги по смисъла на тези директиви. Когато договорите се възлагат в съответствие с Директива 2004/17/ЕО или 2004/18/ЕО, разпоредбите на параграфи 2—6 от настоящия член не се прилагат.

[...]

7. Държавите членки предприемат необходимите мерки, за да гарантират възможността взетите решения в съответствие с параграфи от 2 до 6 да бъдат преразгледани ефективно и бързо, по искане на всяко лице, което има или е имало интерес да получи възложена конкретна поръчка и което е било или за което е налице опасност да бъде засегнато от предполагаемо нарушение, на основание, че такива решения са нарушили общностното право или национални разпоредби за прилагане на общностното право.

[...]“.

5 Регламент (ЕО) № 1370/2007 на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2007 година относно обществените услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и за отмяна на регламенти (ЕИО) № 1191/69 и (ЕИО) № 1107/70 на Съвета (ОВ L 315, 2007 г., стр. 1).

Б. Италианското право

1. Законодателен декрет № 138 от 13 август 2011 г.⁶

6. Съгласно член 3 *bis* от него местните обществени услуги по правило се предоставят в рамките на една провинция.

2. Регионален закон на Лигурия № 33 от 7 ноември 2013 г.⁷

7. Съгласно член 9, параграф 1 и член 14, параграф 1 възлагането на услугата се извършва чрез определяне на една-единствена обособена позиция, отнасяща се до цялата територия на региона⁸.

3. *Codice del processo amministrativo* (Административнопроцесуален кодекс)⁹

8. Член 26 („Съдебни разноски“) гласи:

„1. При постановяване на съдебен акт съдът се произнася и относно съдебните разноски в съответствие с членове 91, 92, 93, 94, 96 и 97 от Гражданския процесуален кодекс, като освен това отчита принципите на яснота и краткост, посочени в член 3, параграф 2. При всички положения, ако жалбата е явно неоснователна, съдът може и служебно да осъди загубилата делото страна да заплати на другата страна определена по справедливост сума, която обаче не може да надвишава двойния размер на платените разноски.

[...]“.

9. Член 39, параграф 1 предвижда:

„За неуредените в настоящия кодекс въпроси се прилагат разпоредбите на Гражданския процесуален кодекс, доколкото са съвместими или са израз на общи принципи“.

4. *Codice di procedura civile* (Граждански процесуален кодекс)¹⁰

10. В член 91 е установен принципът, че загубилата делото страна понася съдебните разноски.

11. В член 92 се уточнява:

„С постановеното съгласно предходния член решение съдът може да не присъди на спечелилата делото страна съдебните разноски, които тя е направила, ако ги счете за прекомерни или ненужни; [...]“.

6 GURI № 188 от 13 август 2011 г., изменен и преобразуван в Закон № 148 от 14 септември 2011 г.

7 Bollettino Ufficiale № 17 от 8 ноември 2013 г., наричан по-нататък „Регионален закон на Лигурия № 33/2013“.

8 Тези членове престават да действат с приемането на Регионален закон № 19 от 9 август 2016 г. за „изменение на Регионален закон № 33 от 7 ноември 2013 г. (реформа на регионалния и местния обществен транспорт) и други изменения на правната уредба на местния обществен транспорт“ (Gazzetta Ufficiale № 11 от 18 март 2017 г., наричан по-нататък „Регионален закон на Лигурия № 19/2016“).

9 Decreto legislativo № 104 (Законодателен декрет № 104) от 2 юли 2010 г. (GURI № 156 от 7 юли 2010 г.).

10 Regio Decreto n.º 1443 (Кралски указ № 1443) от 28 октомври 1940 г. (GURI № 253 от 28 октомври 1940 г.).

В случай на частично уважаване на иска или жалбата, или ако разглежданият по делото въпрос е напълно нов или се изменя съдебната практика във връзка със спорните въпроси, съдът може да постанови, че всяка от страните понася всички или част от съдебните си разноски, като във втората хипотеза осъди загубилата страна да заплати остатъка.

[...]“.

12. Член 100 гласи:

„За участие в съдебно производство на страната на ищеца или на ответника е необходимо наличието на интерес“.

II. Фактите по делото и преюдициалният въпрос

13. Регион Лигурия чрез Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale (Регионална агенция за местен обществен транспорт, Италия) публикува в *Официален вестник на Европейския съюз* от 3 юни 2015 г.¹¹ „обявление за определяне на икономическите оператори“, които да предоставят на негова територия обществената услуга за сухопътен пътнически превоз съгласно Регионален закон на Лигурия № 33/2013 и Регламент № 1370/2007.

14. Различни дружества (наричани по-нататък „АМТ“), предоставящи в региона услуги за местен обществен сухопътен транспорт на провинциално или по-ниско равнище, обжалват пред Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Регионален административен съд на Лигурия, Италия)¹² актовете във връзка с процедурата за възлагане. В подкрепа на исканията си те твърдят, че поради свеждането на териториалния обхват на предоставянето на услугата до един-единствен регион за тях на практика става невъзможно да спечелят поръчката.

15. Тъй като има съмнения относно съответствието на Регионален закон на Лигурия № 33/2013 с Италианската конституция, на 21 януари 2016 г. TAR на Лигурия отправя „въпрос относно конституционосъобразността“ до Corte Costituzionale (Конституционен съд на Италия).

16. Докато е висящо производството за конституционосъобразност, регион Лигурия приема нов закон¹³, с който се премахва териториалното ограничаване в рамките на един регион на предоставянето на услугата за сухопътен транспорт. С оглед на това компетентният орган се отказва от довършването на процедурата за възлагане, с което се заличават правните последици от обявяването ѝ.

17. Въпреки това Corte Costituzionale (Конституционен съд) постановява решение № 245/2016 от 22 ноември 2016 г., с което обявява за недопустим поставения от TAR на Лигурия въпрос поради липсата на легитимация на АМТ да обжалват актовете във връзка с процедура за възлагане, в която не са участвали.

18. Corte Costituzionale (Конституционен съд) излага следните мотиви за решението си:

„Съгласно твърденията на съда, отправил въпрос относно конституционосъобразността, дружествата жалбоподатели, които вече са били изпълнители на поръчки за услуги за обществен транспорт на равнището на провинцията, не са участвали в неформалната процедура за възлагане, обявена от регионалната администрация в съответствие с член 30 от

11 ОВ от 3 юни 2015 г., S 105, обявление № 191825. Това обявление се предхожда от „индикативно обявление“ от 18 февруари 2014 г. (2014/S 038-063550), в което е посочена Директива 2004/17.

12 Наричан по-нататък „TAR на Лигурия“.

13 Вж. бележка под линия 8.

Законодателен декрет № 163 от 2006 г.^[14], а само обжалват обявлението за определяне на икономическите оператори, в което се съдържа покана за потвърждаване на интерес, доколкото то предвижда възлагането на съответната услуга на регионално равнище и в една-единствена обособена позиция.

Съгласно установената съдебна практика по административни дела дружество, което не участва в процедурата за възлагане на обществена поръчка, не може да обжалва тази процедура, нито възлагането на поръчката на други дружества, тъй като се основава само на фактически интерес, поради което правното му положение не е достатъчно специфично (решение № 2507 на Consiglio di Stato (Държавен съвет), трето отделение, от 10 юни 2016 г.; решение № 491 на Consiglio di Stato (Държавен съвет), трето отделение, от 2 февруари 2015 г.; решение № 6048 на Consiglio di Stato (Държавен съвет), шесто отделение, от 10 декември 2014 г.; решение № 9 на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) от 25 февруари 2014 г. и решение № 4 на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) от 7 април 2011 г.).

Съществува и установена съдебна практика, съгласно която „обявленията за обществена поръчка и за състезателна процедура, както и поканите, по принцип се оспорват заедно с приетите въз основа на тях актове, понеже именно тези актове определят конкретните увредени от процедурата лица, като същевременно реално и конкретно засягат правната сфера на заинтересованото лице“ (решение № 1 на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) от 29 януари 2003 г.).

Изключение от тези правила, следващи от простото прилагане спрямо процедурите за възлагане на обществени поръчки на общите принципи в областта на процесуалната легитимация и на правния интерес от обжалване, представляват случаите, в които се оспорва непровеждането на процедурата или нейното необявяване, или пък се обжалват клаузите от обявлението, по силата на които дружеството не може да участва, или, на последно място, клаузи, налагащи явно неразбираеми или напълно непосилни задължения, или пък такива, които правят невъзможно формулирането на оферта (решение № 2507 на Consiglio di Stato (Държавен съвет), трето отделение, от 10 юни 2016 г.; решение № 5862 на Consiglio di Stato (Държавен съвет), пето отделение, от 30 декември 2015 г.; решение № 5181 на Consiglio di Stato (Държавен съвет), пето отделение, от 12 ноември 2015 г.; решение № 9 на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) от 25 февруари 2014 г. и решение № 4 на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) от 7 април 2011 г.).

В такива случаи за обжалването е без значение дали е подадено заявление за участие в процедура, било защото не е проведена такава, било защото само по себе си принципното оспорване на процедурата или невъзможността да се участва в нея поражда специфично правно положение (съответно за дружеството, страна по несъвместимо с обявяването на новата процедура правоотношение, и за дружеството от сектора, на което е попречено да участва), характеризиращо се с реална конкретна вреда (решение № 4 на пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) от 7 април 2011 г.).

Разглежданият в настоящото дело случай не попада сред тези изключителни хипотези, както е видно от самите мотиви на определението за отправяне на въпрос относно конституционособразността, съгласно които обжалваните клаузи оказват влияние върху възможностите за спечелване на поръчката, които са „почти нулеви“, докато при процедура за възлагане на провинциално равнище и с няколко обособени позиции жалбоподателите „биха имали големи шансове да спечелят поръчката, дори и само заради предимството, че са предоставяли услугата и преди това“.

¹⁴ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г. (GURI № 100 от 2 май 2006 г., наричан по-нататък „Законодателен декрет № 163 от 2006 г.“ или „Кодексът за обществените поръчки“).

От тези мотиви не може да се направи извод за наличие на безспорно и действително възпрепятстване на жалбоподателите да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка, а само за евентуално увреждане, което дава право на жалба само на участвалите в процедурата лица и то след приключване на процедурата, в случай че поръчката не им бъде възложена“.

19. TAR на Лигурия има съмнения дали това тълкуване на Corte Costituzionale (Конституционен съд) е в съответствие с Директива 89/665. Затова, въпреки че процедурата не е породила правни последици, този съд приема за необходимо да отправи преюдициално запитване до Съда, за да може да се произнесе относно разноските по делото.

20. Според запитващата юрисдикция има две възможности:

- „ако се приеме, че жалбата за отмяна на цялата процедура за възлагане спада към някоя от изключителните хипотези, в които неучаствал в процедурата икономически оператор е легитимиран да обжалва, главното производство би трябвало да приключи с установително решение, с което се констатира, че предметът на спора е отпаднал поради приемането на Регионален закон № 19/2016 на Лигурия. [...] Съдебните разноски и единната такса [...] биха [...] били за сметка на ответната страна и съответно тя ще трябва да ги възстанови на жалбоподателите“.
- „обратно, ако се възприеме тълкуването, дадено в решение № 245/2016 на Corte Costituzionale (Конституционен съд), и следователно, ако се установи, че дружествата жалбоподатели не са легитимирани да обжалват актовете във връзка с процедурата за възлагане, делото би трябвало да приключи с обявяване на жалбата за недопустима поради липса на правен интерес и съответно съдебните разноски да се разпределят между жалбоподателите“.

21. С оглед на гореизложените обстоятелства TAR на Лигурия поставя следния преюдициален въпрос:

„Допускат ли член 1, параграфи 1, 2 и 3 и член 2, параграф 1, буква б) от Директива 89/665/ЕИО 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 национална правна уредба, съгласно която право да обжалват актовете във връзка с процедура за възлагане на обществена поръчка имат само тези икономически оператори, които са подали заявление за участие в процедурата, дори когато с жалбата процедурата се оспорва принципно, тъй като с оглед на приложимата уредба е налице голяма вероятност поръчката да не бъде спечелена?“.

III. Обобщение на становищата на страните

22. Италианското правителство оспорва допустимостта на преюдициалния въпрос, като изтъква следните доводи:

- На първо място, защото в член 1, параграф 1 от Директива 89/665 приложното поле на същата се определя чрез препращане към Директива 2004/18. Тъй като спорната процедура за възлагане има за предмет концесия за обществена услуга за сухопътен превоз, Директиви 2004/18 и 89/665 не се прилагат.

– На второ място, дори да се приеме обратното, прилагането на Директива 89/665 се основава на нарушение на материалноправните норми на Директива 2004/18. Запитващата юрисдикция не посочва кои норми са нарушени, като само намеква за възможно прекалено ограничаване на конкуренцията, без да изтъква точно кои разпоредби от правото на Съюза са нарушени.

23. По съществуващото на спора италианското правителство отбелязва, че съгласно общото правило лице, което доброволно и свободно е избрало да не участва в процедура за възлагане на обществена поръчка, не е легитимирано да иска нейната отмяна. Съществуват обаче изключения, когато се оспорват: i) принципно откриването на процедура за възлагане на обществена поръчка, ii) необявяването на процедура за възлагане на обществена поръчка, тъй като администрацията директно е сключила договор, и iii) една или няколко от клаузите от обявлението за обществената поръчка, като се твърди, че те пряко изключват участието на жалбоподателя. Италианското правителство смята, че този подход е напълно съвместим с принципите, установени в решение *Grossmann Air Service*¹⁵.

24. Италианското правителство заключава, че в конкретния случай *Corte Costituzionale* (Конституционен съд) е преценил, че възможностите на дружествата не са били несъществуващи, а само ограничени, така че дали могат да спечелят поръчката е можело да бъде определено едва след приключване на процедурата, в която е трябвало да участват.

25. Позовавайки се също на решение *Grossmann*, чешкото правителство посочва, че ако са дискриминирани, потенциалните оференти трябва да се приемат за легитимирани да обжалват дискриминационните клаузи. Уважаването на жалбата им би направило възможно поръчката да им бъде възложена, като актовете във връзка с процедурата за възлагане биха могли да бъдат проверени още в първата фаза на въпросната процедура, без да се чака окончателното ѝ приключване.

26. Според испанското правителство Директива 89/665 определя минималните изисквания за достъп до производства по обжалване, като тези изисквания следва да бъдат подробно уредени от националните законодателства при зачитане на принципите на равностойност и ефективност. Анализът му е съсредоточен върху принципа на ефективност, за който испанското правителство смята, че не е нарушен, понеже член 1, параграф 3 от Директива 89/665 изисква на засегнатото лице да е нанесена или да има риск да бъде нанесена вреда вследствие на твърдяно нарушение на общностното право. Не е такъв случаят на лицата, обжалващи актовете във връзка с процедура за възлагане, в която те не са участвали.

27. Испанското правителство подчертава, че италианското законодателство и съдебната практика относно тълкуването му предлагат начини за оспорване на процедурата за възлагане, без да е необходимо да се участва в нея, и че жалбоподателите са пропуснали възможността да обжалват обявлението за обществена поръчка. Затова не било оправдано впоследствие те да обжалват актовете относно процедура за възлагане, в която не са участвали.

28. Европейската комисия счита, че поставеният преюдициален въпрос е недопустим, тъй като е хипотетичен поради отпадане на предмета на спора в главното производство.

29. Що се отнася до съществуващото на делото, Комисията анализира решение *Grossmann* и приема, че националните норми относно обжалването трябва да зачитат принципа на ефективност и да не засягат полезното действие на Директива 89/665 във връзка с член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз.

¹⁵ Решение от 12 февруари 2004 г., *Grossmann* (C-230/02, наричано по-нататък „решението *Grossmann*“, EU:C:2004:93).

30. Според Комисията практиката на Corte Costituzionale (Конституционен съд) противоречи на посочения принцип, тъй като изисква да е абсолютно сигурно, че съответният икономически оператор е изключен от процедурата за възлагане, за да допусне прилагането на изключенията във връзка с процесуалната легитимация на неучаствал в процедурата жалбоподател. Съдът не изисквал да се докаже абсолютна сигурност, а само вероятност.

IV. Производството пред Съда

31. Актът за преюдициално запитване постъпва в секретариата на Съда на 31 май 2017 г.

32. Писмени становища представят италианското, испанското и чешкото правителство, както и Комисията. Само италианското правителство и Комисията участват в съдебното заседание, проведено на 26 април 2018 г.

V. Анализ

A. По допустимостта на преюдициалния въпрос

33. Центърът на тежестта на преюдициалния въпрос е свързан с процесуалната легитимация на лица, които подобно на АМТ не са подали заявление за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка, тъй като са преценили, че е налице голяма вероятност поръчката да не бъде спечелена от тях.

34. Както вече бе посочено, предметът на спора пред националната юрисдикция е отпаднал вследствие на законодателни промени, след приемането на които възлагащият орган е заличил правните последици от обявяването на процедурата за възлагане. Въпреки това националната юрисдикция поддържа, че произнасянето на Съда по преюдициалния въпрос все още е необходимо, за да може тя самата да се произнесе относно съдебните разноски.

35. По смисъла на член 267 ДФЕС целта на преюдициалния въпрос е да предостави на националния съд насоките, необходими за разрешаването на спор, при който възникват съмнения относно тълкуването на правото на Съюза.

36. В началото на настоящото заключение посочих, че Съдът вече се е произнесъл по сходен случай, в който предметът на спора в главното производство е отпаднал и преюдициалното запитване е отправено единствено с оглед на произнасянето по разноските.

37. Всъщност в определение Reinke се посочва, че произнасянето по разноските зависи от разрешаването на спора в главното производство, в рамките на което са отправени преюдициалните въпроси. След като този спор е разрешен, вече не е необходимо да се дава отговор на въпросите, поставени единствено във връзка със съдебните разноски¹⁶.

¹⁶ Точка 16.

38. Логиката на определение Reinke ми се струва безупречна¹⁷ и съответства на други проявления на същия принцип (например съгласно член 58 от Статута на Съда обжалването пред Съда не може да се отнася единствено до размера на присъдените разноски или страната, на която се възлагат). Ако внезапно отпадне предметът на спора в производство, в което трябва да се приложи правото на Съюза, спорът между страните престава да съществува и тълкуването на правото на Съюза от Съда всъщност вече не е необходимо, тъй като не може да повлияе за разрешаването на (несъществуващия) спор.

39. TAR на Лигурия обаче посочва, че преценката на Съда относно легитимацията на жалбоподател да обжалва процедура за възлагане, в която не е участвал, би му била полезна, за да може той самият да изясни коя страна и до какъв размер трябва да бъде осъдена да поеме разноските по дело, чийто предмет е отпаднал.

40. Не смятам, че тази непряка връзка с правото на Съюза е достатъчна. Съмнението, което следва да се разсее в настоящия случай, всъщност не е свързано с възлагането на обществени поръчки, а с присъждането на разноските по съдебния процес. Освен ако определена разпоредба от правото на Съюза се прилага спрямо тях (каквото е случаят в определени материалноправни области, които ще спомена по-нататък), произнасянето относно разноските се основава изключително на националното право, а не на правото на Съюза.

41. Стоящата в основата на определение Reinke идея е свързана с функцията на преюдициалния въпрос: тълкуването на правото на Съюза трябва да бъде необходимо, за да може националният съд да разреши висящия пред него спор (точка 13 от цитираното определение), поради което отпадането на предмета на този спор обезсмисля даването на отговор на преюдициалния въпрос (точка 16).

42. Правото на Съюза не съдържа хармонизирана правна уредба относно съдебните разноски, чието уреждане е изцяло от компетентността на държавите членки. Само в някои области законодателят на Съюза е пожелал да се намеси по този въпрос, било за да предотврати присъждането на прекалено обременителни разноски, които биха могли да ограничат достъпа до правосъдие в определена правна област¹⁸, било за да гарантира, че всяко лице, чиито права са били нарушени, ще получи от другата страна съразмерни и разумно определени съдебни разноски, отново в определени специфични материалноправни области¹⁹.

43. Дори по дела, при които правото на Съюза се занимава с въпроса за съдебните разноски, Съдът приема, че „при липсата на прецизност на правото на Съюза държавите членки са длъжни при транспонирането на всяка директива да осигурят пълното ѝ действие и разполагат с широка свобода на преценка по отношение на избора на средства“. Във връзка със съответното дело, засягащо правото относно околната среда, Съдът приема, че трябва да се вземат предвид „всички приложими разпоредби на националното право, и по-специално националната система за правна помощ и евентуалният режим на защита във връзка със съдебните разноски“, както и „чувствителните разлики между националните законодателства в тази област“²⁰.

17 Очевидно би могло да се възрази, че обстоятелствата по делото Reinke не са еднакви с тези по настоящото дело. При все това считам, че въпреки някои случайни разлики аналогията между двата случая е безспорна.

18 Член 10а от Директива 85/337/ЕИО на Съвета от 27 юни 1985 година относно оценката на въздействието на някои публични и частни проекти върху околната среда (ОВ L 175, 1985 г., стр. 40; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 1, стр. 174) и член 15а от Директива 96/61/ЕО на Съвета от 24 септември 1996 година за комплексно предотвратяване и контрол на замърсяването (ОВ L 257, 1996 г., стр. 26; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 3, стр. 183).

19 Член 14 от Директива 2004/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно упражняването на права върху интелектуалната собственост (ОВ L 157, 2004 г., стр. 45; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 2, стр. 56) и член 6, параграф 3 от Директива 2011/7/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 16 февруари 2011 година относно борбата със забавяне на плащането по търговски сделки (ОВ L 48, 2011 г., стр. 1).

20 Решение от 11 април 2013 г., Edwards (C-260/11, EU:C:2013:221, т. 37 и 38).

44. Щом като такава широка свобода на преценка, наред с признаването на спецификите на всяка национална правна система, съществува в случаите, когато правото на Съюза съдържа правила относно уреждането на съдебните разноски, още по-голяма следва да бъде свободата на държавите членки, когато липсва общностна уредба.

45. В настоящото дело, ако има спор относно разноските²¹, той се отнася само до тълкуването на вътрешноправните норми относно разпределянето им между страните, както и относно правомощията на съда в тази връзка. Когато е спорен само въпросът относно съдебните разноски, насоки за разрешаването на спора трябва да предложи националното право, но не и правото на Съюза, което, повтарям, не предоставя насоки в разглежданата материалноправна област.

46. Съществува и възможността въпреки липсата на общностна хармонизация в областта на разноските по този вид спорове, поради особеностите на главното производство да се стига до неспазване на основните правила и на общите принципи на ДФЕС, но в този случай би било необходимо да е засегната някоя от основните свободи, което дори не се намеква в акта за преюдициално запитване.

47. Накрая, без да целя да заместя преценката на запитващата юрисдикция, нито да засегна свободата ѝ да избере един или друг вариант от наличните във вътрешното право, бих искал да подчертая, че посочените по-горе правила от Гражданския процесуален кодекс и от Административнопроцесуалния кодекс ѝ предоставят достатъчно възможности, каквото и да е евентуалното решение по въпроса за процесуалната легитимация на жалбоподателите, за възлагане на разноските на основание, което не е свързано с този въпрос.

48. От тази гледна точка е достатъчно да се посочи, че съгласно вътрешното право, когато „разглежданият в делото въпрос е напълно нов“ или „се изменя съдебната практика във връзка със спорните въпроси“²², съдът може да постанови, че всяка от страните понася всички или част от съдебните си разноски, като във втората хипотеза осъди загубилата страна да заплати остатъка. Така запитващата юрисдикция има пълна свобода на избор в това отношение както, ако в съответствие с решението на Corte Costituzionale (Конституционен съд) приеме, че АМТ не са надлежни страни, така и ако се произнесе в обратния смисъл.

49. Затова считам, че преюдициалният въпрос е недопустим, тъй като не е необходим отговор от страна на Съда, който не е компетентен да се произнесе относно прилагането на италианската система за възлагане на съдебните разноски, имаща изцяло вътрешен характер.

Б. По съществуването на спора

50. При условията на евентуалност по-долу излагам виждането си, в случай че Съдът приеме да се произнесе по същество. Смятам, на първо място, да се опитам да очертая приложимия правен режим, за да мога след това да предложа решение във връзка с възникналото съмнение.

²¹ Запитващата юрисдикция не предоставя данни, които да свидетелстват за спор между страните относно размера на (бъдещите) разноски и страната, на която да се възложат. Освен това никоя от страните не участва в преюдициалното производство, което според мен свидетелства за липса на интерес от решението, което ще бъде постановено в това производство.

²² В акта за преюдициално запитване е посочено, че законодателството и предходната практика на Consiglio di Stato (Държавен съвет) относно процесуалната легитимация на неучаствало в процедурата за възлагане лице „са съответствали на съдебната практика на Съюза“. Според запитващата юрисдикция положението се е променило с приемането на решение № 245/2016 на Corte Costituzionale (Конституционен съд), „прецедент“, който вече се използвал при постановяването на последващи решения на Consiglio di Stato (Държавен съвет).

1. Приложимият правен режим

51. Предметът на спорната процедура е възлагането на обществената услуга за сухопътен пътнически превоз. Този вид услуги попада в специфичното приложно поле на Регламент № 1370/2007, чийто член 5 урежда „възлагането на обществени поръчки за услуги“ в областта на транспорта.

52. От данните, съдържащи се в акта за преюдициално запитване, не може със сигурност да се определи дали в настоящото дело става въпрос за „концесия за услуги“ или за „обществена поръчка за услуги“. Макар двете правни фигури да имат сходни характеристики²³, те се различават по насрещната престация, която при концесиите се състои в правото (или само по себе си, или придружено с плащане на парични суми) да се експлоатира услугата, а при поръчките за услуги — в плащане на парични суми от възлагащия орган на доставчика на съответните услуги²⁴.

53. Отнасянето на спорната поръчка към едната или другата категория е задача на националния съд, на когото, за разлика от Съда, са известни всички необходими за тази преценка факти. Квалификацията на спорната поръчка е релевантна за определянето на приложимия правен режим с оглед на член 5, параграф 1 от Регламент № 1370/2007²⁵.

54. Затова ще разгледам въпроса за процесуалната легитимация и в двете хипотези.

а) Концесия за обществена превозна услуга

55. Първата хипотеза е да е налице концесия за услуги, както се посочва в някои от писмените становища и както би могло да се заключи от обявлението, доколкото в него се прави позоваване на член 30 от Кодекса за обществените поръчки, който урежда именно „концесиите за услуги“²⁶.

56. Италианското правителство се позовава на съществуването на концесия, за да оспори прилагането на Директива 89/665. То посочва, че член 1, параграф 1 от посочената директива определя приложното ѝ поле чрез препращане към Директива 2004/18, а последната не се прилага по отношение на такива концесии.

57. Обратно, Комисията изтъква, че в Италия член 30, параграф 7 от Кодекса за обществените поръчки разширява приложното поле на Директива 89/665, така че в него попадат и концесиите за обществени услуги. Затова била налице връзка между националното законодателство и правото на Съюза, на която съгласно установената съдебна практика се основавала компетентността на Съда да се произнесе по преюдициалното запитване²⁷.

23 Вж. заключението на генералния адвокат Sharpston по дело Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, т. 26) и заключението на генералния адвокат Cruz Villalón по дело Norma-A и Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468, т. 39 и сл.).

24 Към това следва да се добави, че концесионерът трябва да поеме риска, свързан с експлоатацията на услугата. Вж. решение от 10 ноември 2011 г., Norma-A и Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, т. 44).

25 „Обществени поръчки за услуги се възлагат в съответствие с правилата, определени в настоящия регламент. При все това договори за извършване на услуги или обществени поръчки за услуги по смисъла на Директива 2004/17/ЕО или 2004/18/ЕО за обществени превозни услуги с трамваен или автобусен транспорт се възлагат в съответствие с предвидените в тези директиви процедури тогава, когато не са под формата на договори за концесии за услуги по смисъла на тези директиви“.

26 Съгласно тази норма „разпоредбите на Кодекса за обществените поръчки не се прилагат спрямо концесиите за услуги, с изключение на разпоредбите на настоящия член“. В параграф 3 като начин за избор на концесионера е предвидена възможността за прибягване до „неформална процедура за възлагане, при която са поканени поне петима конкуренти“, процедура, приложена в настоящия случай.

27 „[О]босновано [е] Съдът да тълкува разпоредби на правото на Съюза във връзка с положения, които не попадат в приложното му поле, когато националното право е направило тези разпоредби пряко и безусловно приложими към такива положения, за да се осигури еднакво третиране на посочените положения и на тези, попадащи в приложното поле на правото на Съюза“ (решение от 19 октомври 2017 г., Solar Electric Martinique, C-303/16, EU:C:2017:773, т. 27 и цитираната съдебна практика).

58. По този начин Директива 89/665 би могла да се приложи. Въпреки това „отчитането на ограниченията, които националният законодател евентуално е въвел при прилагането на общностното право към чисто вътрешни случаи, спрямо които то е приложимо единствено посредством националното законодателство, е въпрос на вътрешното право и поради това е от изключителната компетентност на съдилищата на държавата членка“, като запитващата юрисдикция следва да провери това²⁸.

59. В допълнение, съгласно съдържащата се в Регламент № 1370/2007 специфична уредба на обществената услуга за сухопътен пътнически превоз възлагането на съответните концесии се осъществява по реда на член 5, параграфи 2—6 от същия регламент, а в параграф 7 се допълва, че решенията, взети в съответствие с посочените параграфи, трябва да могат „да бъдат преразгледани ефективно и бързо, по искане на всяко лице, което има или е имало интерес да получи възложена конкретна поръчка и което е било или за което е налице опасност да бъде засегнато от предполагаемо нарушение, на основание, че такива решения са нарушили общностното право или национални разпоредби за прилагане на общностното право“.

60. Така проличава, че в това отношение разпоредбите на Регламент № 1370/2007 по същество съвпадат с тези на член 1, параграф 3 от Директива 89/665. Ненапразно в съображение 21 от въпросния регламент се посочва, че „[с]ледва да се гарантира ефективна правна защита не само при възлагане на обществени поръчки, попадащи в приложното поле на [Директиви 2004/17 и 2004/18], но също и за други обществени поръчки за услуги, възложени съгласно настоящия регламент. Необходима е ефективна процедура за преразглеждане, която следва да бъде съпоставима, когато е уместно, със съответните процедури, установени в Директива 89/665/ЕИО [...] и Директива 92/13/ЕИО [...]“.

61. В обобщение, макар и по различен път, се стига до един и същ резултат: задължително предвиждане на ефективни производства по обжалване. Изхождайки от тази предпоставка, спорът е свързан с изясняването на въпроса доколко тези производства трябва да бъдат достъпни за дружества, които не са участвали в процедурата за възлагане.

б) Обществена поръчка за превозни услуги

62. Втората хипотеза е спорната правна сделка да попада в категорията „обществени поръчки за превозни услуги“. Всъщност в „периодичното индикативно обявление“ от 22 февруари 2014 г. се посочва изключително Директива 2004/17²⁹ и като критерий за възлагане се определя този за икономически най-изгодната оферта. Също така в точка 2 от обявлението за процедура за възлагане от 29 май 2015 г. се споменава насрещна престация за изпълнителя, която ще бъде окончателно определена в писмените покани за подаване на офертата, посочена в точка 6.

63. Така би могло да се твърди, че тези черти на разглежданата правна сделка я отдалечават от концесията за превозни услуги, както е дефинирана в член 1, параграф 3, буква б) от Директива 2004/17³⁰, и я доближават до обществените поръчки за превозни услуги. Ако това е така, член 5, параграф 1 от Регламент № 1370/2007 би позволил прилагането на Директива 2004/17 и следователно на режима за обжалване, предвиден в членове 1 и 2 от Директива 92/13, аналогичен на съответния режим от Директива 89/665, до която се отнася преюдициалният въпрос на запитващата юрисдикция.

²⁸ Решение от 18 октомври 1990 г., Dzodzi (C-297/88 и C-197/89, EU:C:1990:360, т. 41 и 42).

²⁹ Това обявление е уредено в член 41 от тази директива.

³⁰

„[К]онцесия за услуга“ е поръчка от същия вид, както поръчката за услуги, с изключение на обстоятелството, че насрещното задължение на предоставянето на услуги се състои или само в правото да се експлоатира тази услуга или се състои едновременно в това право и в заплащане“.

2. Отговор на преюдициалния въпрос

64. Въпреки че дискусията се съсредоточава върху процесуалната легитимация за обжалване на процедурата за възлагане на обществената поръчка и следователно върху правото на достъп до системата от способности за обжалване, актът за преюдициално запитване поставя и други въпроси посредством позоваването, в известна степен общо, на член 1, параграфи 1, 2 и 3 и член 2, параграф 1, буква б) от Директива 89/665.

65. Corte Costituzionale (Конституционен съд) се основава на практиката на Consiglio di Stato (Държавен съвет), за да установи в решение № 245/2016 една предпоставка, която ми се струва трудно опровержима: който доброволно и свободно е избрал да не участва в процедура за избор на изпълнител, по принцип не е легитимиран да иска отмяна на процедурата. Този критерий съвпада с критерия, възприет от Съда в решение Grossmann при тълкуването на член 1, параграф 3 от Директива 89/665³¹.

66. Италианските върховни съдилища признават обаче, че в определени изключителни хипотези до производствата по обжалване достъп могат да имат и лица, които не са участвали в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Съгласно решение № 245/2016 сред тези хипотези са „случаите, в които се оспорва непровеждането на процедурата или нейното необявяване, или пък се обжалват клаузите от обявлението, по силата на които дружеството не може да участва, или, на последно място, клаузи, налагащи явно неразбираеми или напълно непосилни задължения, или пък такива, които правят невъзможно формулирането на оферта“.

67. Отново, признаването в тези изключителни хипотези на процесуална легитимация за обжалване ми се струва в съзвучие с изключението, което Съдът допуска в случая, когато клаузите от обявлението за обществена поръчка или от спецификацията сами по себе си са дискриминационни, до степен да попречат на участието на някое или някои от дружествата³². Ако „възможностите [на споменатите дружества] да спечелят поръчката са нулеви поради съществуването на посочените [дискриминационни] клаузи³³“, трябва да се признае процесуалната легитимация на тези дружества, без от тях да се изисква да са участвали в процедурата за възлагане на обществена поръчка³⁴.

68. Ето защо не виждам разминаване между тълкуването на Директива 89/665 от Съда и тълкуването на националните разпоредби, дадено от италианските върховни съдилища във връзка с процесуалната легитимация на лицата, които, без да са участвали в процедурата за възлагане, искат да обжалват дискриминационните клаузи, които напълно препятстват достъпа им до тази процедура.

31 Решение Grossmann, точка 27: „[у]частието в процедура за възлагане на поръчка може по принцип валидно [...] да представлява условие, чието изпълнение се изисква, за да се установи, че засегнатото лице има интерес от получаването на съответната поръчка или че може да му бъде нанесена вреда от твърдяно незаконосъобразния характер на решението за възлагане на посочената поръчка. Ако не е представило оферта, това лице трудно може да докаже, че има интерес да оспори въпросното решение или че му е била нанесена или може да му бъде нанесена вреда вследствие на възлагането на поръчката“.

32 Пак там, точка 28: „[а]ко дадено дружество не е представило оферта поради твърдяното наличие на дискриминационни клаузи в документацията относно обществената поръчка или в спецификацията, които именно са му попречили да има възможност да предоставя всички искани услуги“. В този случай дружеството „би имало право пряко да обжалва тези клаузи, включително преди приключването на разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка“ (курсивът е мой).

33 Пак там, точка 29 (курсивът е мой).

34 Пак там, точка 30: „[с]ледователно трябва да бъде възможно дадено дружество пряко да обжалва такива дискриминационни клаузи, без да чака приключването на процедурата за възлагане на поръчката“.

69. Ако отговорът на преюдициалното запитване се сведе само до абстрактното изясняване на въпроса за хипотетичното противоречие между Директива 89/665 и националното право, посочените по-горе съображения са достатъчни, за да се отрече подобна несъвместимост. Всъщност запитващата юрисдикция е формулирала въпроса по начин, който не отразява всички нюанси на виждането на италианските върховни съдилища, което може да бъде изведено от националната съдебна практика³⁵.

70. Ако отговорът обхване и особеностите на спора в главното производство, в което с влязъл в сила съдебен акт е прието, че АМТ не са процесуално легитимирани, най-малкото е спорно³⁶ дали регионалният обхват на услугата за сухопътен транспорт (вместо определяне на обособени позиции на равнище провинция или на по-ниско ниво) е сам по себе си *дискриминационен*. Отделен е въпросът, че малките предприятия нямат средства, позволяващи им сами да участват в процедура за възлагане на обществена поръчка с такива характеристики, което по принцип е присъщо за обществени поръчки с големи мащаби.

71. При всички положения Corte Costituzionale (Конституционен съд) преценява, че при определените условия за провеждане на процедурата за възлагане съществува значителна вероятност АМТ да не спечелят поръчката, но това не е абсолютно невъзможно³⁷. Затова той не приема, че е налице „безспорно и действително възпрепятстване на участието в процедурата за възлагане на обществена поръчка“. Що се отнася до вече влязлата в сила преценка относно съдържанието на съответните клаузи, тя е задължителна за запитващата юрисдикция и с нея следва да бъде съобразен и отговорът на преюдициалния въпрос.

72. Комисията се позовава на решение Grossmann в подкрепа на твърдението си, че не се изисква да е абсолютно сигурно, че съответното дружество ще бъде изключено от процедурата за възлагане, а е достатъчно просто да е налице такава вероятност, за да може това дружество да обжалва посочената процедура, без да е необходимо да е участвало в нея.

73. Моят прочит на решение Grossmann изобщо не съвпада с този на Комисията. Считам за опасно изчисляването на вероятностите да се въвежда като единствен определящ фактор при разрешаването на този спор. При подобно положение всяко дружество би могло да твърди, че клаузите от документацията за дадена обществена поръчка (включително тези, които не са дискриминационни) *вероятно* ще доведат до това то да не спечели поръчката, и така би се отворил пътът за евентуални несериозни обжалвания от страна на лица, избрали да не участват в процедурата за възлагане.

74. При всички положения обаче, повтарям, Съдът не може да преценява дали в този *конкретен* случай Corte Costituzionale (Конституционен съд) неправилно е приел, че АМТ не са процесуално легитимирани. Решаващо — наблягам върху това, че въпросът на запитващата юрисдикция се отнася до съответствието на националното право с Директива 89/665 — е дали *общата* практика, установена от италианските върховни съдилища по отношение на процесуалната легитимация (отричана по принцип, но признавана в определени случаи) на икономическите оператори, които не са участвали в процедура за възлагане, съответства на правото на Съюза, като смятам, че отговорът на този въпрос е утвърдителен.

35 Цитирана в точка 18 от настоящото заключение.

36 Могат да бъдат наведени доводи, свързани с ефективност и икономии от мащаба, за ограничаване на териториалния обхват на предоставянето на обществени услуги за автомобилен транспорт на определено равнище (например регионално), вместо на по-ниски равнища. Изборът между двата варианта следва да се направи от компетентните органи, които освен това трябва да преценят дали определянето на една-единствена обособена позиция означава, че се създават несъразмерни бариери за навлизане за по-малките икономически оператори. В настоящия случай на 25 юни 2015 г. Органът за защита на конкуренцията и пазара приканва Регионалната агенция за местен обществен транспорт на Лигурия да определи „множество обособени позиции, които да позволят възможно най-широко участие в процедурата“.

37 В жалбата на АМТ до TAR на Лигурия се твърди, че обявлението за обществената поръчка „чувствително *ограничава* възможността за участие [...] на малките и средни оператори, каквито са дружествата за местен обществен транспорт, като им се налага на всяка цена да търсят сътрудничество с големите оператори“ (стр. 51 от жалбата) (курсивът е мой).

VI. Заключение

75. С оглед на изложените съображения предлагам на Съда:

- „1) Да обяви за недопустим преюдициалния въпрос на Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Регионален административен съд на Лигурия, Италия).
- 2) При условията на евентуалност, да приеме, че член 1, параграфи 1, 2 и 3 и член 2, параграф 1, буква б) от Директива 89/665/ЕИО 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, допускат национална правна уредба — така, както е тълкувана от най-висшите национални съдилища — съгласно която:
 - който доброволно и свободно е избрал да не участва в процедура за избор на изпълнител, по принцип не е легитимиран да иска отмяна на процедурата;
 - изключение от това правило представляват случаите, в които се оспорва непровеждането на процедурата или нейното необявяване, или пък се обжалват клаузите от обявлението за обществена поръчка, по силата на които дружеството не може да участва, или, на последно място, клаузи, налагащи явно неразбираеми или напълно непосилни задължения, или пък такива, които правят невъзможно формулирането на оферта“.