



Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (десети състав)

5 септември 2019 година *

„Преюдициално запитване — Производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство — Директива 89/665/ЕИО — Жалба за отмяна на решение за възлагане на обществена поръчка, подадена от оферент, чиято оферта е била изключена — Насрещна жалба на спечелилия оферент — Допустимост на главната жалба в случай на основателност на насрещната жалба“

По дело C-333/18

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) с акт от 14 февруари 2018 г., постъпил в Съда на 23 май 2018 г., в рамките на производство по дело

Lombardi Srl

срещу

Comune di Auletta,

Delta Lavori SpA,

Msm Ingegneria Srl,

в присъствието на

Robertazzi Costruzioni Srl,

СЪДЪТ (десети състав),

състоящ се от: С. Lycourgos, председател на състава, Е. Juhász (докладчик) и М. Pešič, съдии,

генерален адвокат: М. Campos Sánchez-Bordona,

секретар: А. Calot Escobar,

предвид изложеното в писмената фаза на производството,

като има предвид становищата, представени:

- за Lombardi Srl, от А. Brancaccio и А. La Gloria, avvocati,
- за Delta Lavori SpA, от G. M. Di Paolo и P. Piselli, avvocati,

* Език на производството: италиански.

- за италианското правителство, от G. Palmieri, в качеството на представител, подпомагана от D. Del Gaizo, avvocato dello Stato,
- за Европейската комисия, от G. Gattinara, P. Ondrůšek и L. Haasbeek, в качеството на представители,

предвид решението, взето след изслушване на генералния адвокат, делото да бъде разгледано без представяне на заключение,

постанови настоящото

Решение

- 1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 1, параграф 1, трета алинея и параграф 3 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 (ОВ L 395, 1989 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), изменена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 г. (ОВ L 335, 2007 г., стр. 31) (наричана по-нататък „Директива 89/665“).
- 2 Запитването е отправено в рамките на спор между Lombardi Srl и Comune di Auletta (община Auletta, Италия), както и Delta Lavori SpA и Msm Ingegneria Srl, относно възлагането от община Auletta на обществена поръчка за проектиране и изпълнение на хидрогеоложки дейности.

Правна уредба

Правото на Съюза

- 3 Член 1 от Директива 89/665, озаглавен „Приложно поле и наличие на процедури за преразглеждане“, гласи:

„1. Настоящата директива се прилага за поръчките, посочени в Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки [ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116], освен ако такива поръчки не са изключени съобразно членове 10—18 от посочената директива.

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

Държавите членки предприемат необходимите мерки, за да осигурят, че по отношение на обществените поръчки, попадащи в приложното поле на Директива 2004/18/ЕО, решения, взети от възлагащите органи, могат да бъдат ефективно преразглеждани, и по-специално възможно най-бързо в съответствие с условията, предвидени в 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.

[...]

3. Държавите членки гарантират наличие на процедури за преразглеждане съобразно подробни правила, които държавите членки може да установят, най-малко за всяко лице, имащо или имало интерес от получаването на конкретна поръчка, което е претърпяло или има опасност да претърпи вреда вследствие на предполагаемо нарушение.

[...]“.

Италианското право

4 Член 112 от Codice di procedura civile (Граждански процесуален кодекс) гласи:

„Съдът трябва да се произнесе по искането в неговата цялост, но не може да надхвърли границите му; той не може да се произнася служебно по възраженията, които могат да се повдигат само от страните“.

5 Съгласно член 2697 от Codice civile (Граждански кодекс):

„Лицето, което иска да предяви право по съдебен ред, трябва да докаже фактите, на които се основава. Лицето, което възразява, че тези факти са неотнормими, или противопоставя изменение или погасяване на правото, трябва да докаже фактите, на които основава възражението си“.

6 Член 2909 от Гражданския кодекс има следния текст:

„Констатациите, които се съдържат в съдебно решение, придобило сила на пресъдено нещо, имат действие по отношение на страните, на техните наследници или на техните правоприменници“.

Спорът по главното производство и преюдициалният въпрос

7 С обявление, публикувано на 29 юни 2015 г., община Auletta започва открита процедура за възлагане на обществена поръчка за проектиране и изпълнение на хидрогеоложки рехабилитационни дейности в историческия център на общината. Според документацията за поръчката общата сума на последната възлиза на 6 927 970,95 EUR, а възлагането е трябвало да се извърши въз основа на икономически най-изгодната оферта.

8 Lombardi, което е на трето място в окончателното класиране, оспорва с жалба пред Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Регионален административен съд на Кампания, Италия) допускането до процедурата, от една страна, на спечелилия оферент, Delta Lavori, с мотива че посоченият от последното проектант, а именно Msm Ingegneria, не отговаря на изискванията от спецификацията, и от друга страна, на втория класиран оферент, Robertazzi Costruzioni Srl — Giglio Costruzioni Srl, временно сдружение от предприятия.

9 Delta Lavori иска отхвърляне на жалбата и подава насрещна жалба, в която изтъква, че Lombardi е трябвало да бъде изключено от процедурата за възлагане на обществена поръчка поради факта, че в хода на същата е спряло да отговаря на изискванията за участие, предвидени в спецификацията на обществената поръчка.

10 Останалите оференти, класирани след Lombardi, не са встъпили в производството.

- 11 Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Регионален административен съд на Кампания) разглежда с предимство насрещната жалба на Delta Lavori и я уважава, след като обявява разглежданата по главното производство процедура за възлагане на обществена поръчка за незаконосъобразна поради факта, че Lombardi не е било изключено от нея. Същата юрисдикция с този акт обявява жалбата на Lombardi за недопустима поради липса на правен интерес.
- 12 Lombardi обжалва пред Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия), като изтъква по-конкретно че не са спазени принципите, изведени от Съда в решение от 5 април 2016 г., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199). Всъщност независимо от изхода на делото по насрещната жалба, главната жалба все пак е трябвало да бъде разгледана по същество, като се имат предвид производният (*strumentale*) и косвеният интерес на Lombardi от това неизключването на спечелилия оферент да се обяви за незаконно, доколкото подобно решение е можело да доведе до отмяна на разглежданата по главното производство процедура от възлагащия орган и до откриване на нова процедура за възлагане на обществена поръчка.
- 13 Пети състав на Consiglio di Stato (Държавен съвет), след като констатира наличието на противоречива съдебна практика на тази юрисдикция, що се отнася до изпълнението на решение от 5 април 2016 г., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), решава да отправи до пленума на същата юрисдикция следния въпрос: „[В] производство по обжалване срещу актовете по открита процедура за възлагане на обществена поръчка съществува ли задължение на съда да разгледа заедно главната жалба и „изключващата“ насрещна жалба, подадена от спечелилия оферент, дори ако други оференти, чиито оферти не се обжалват, са участвали процедурата за обществена поръчка и съдът е установил, че само спорните оферти са опорочени от нередовностите, посочени в главната жалба като основания за обжалване?“.
- 14 Пленумът на Consiglio di Stato (Държавен съвет) отбелязва, че според националната съдебна практика, в случай че само двама оференти са участвали в обществената поръчка и двамата са подали жалба с цел другият да бъде изключен, трябва да се разгледат и главната, и насрещната жалба. По-нататък, ясно било, че при наличие на повече от двама оференти същото решение трябва да се прилага и когато основанията на главната жалба са такива, че уважаването ѝ би довело до ново провеждане на цялата процедура, т.е. че тези основания поставят под въпрос редовността на положението на спечелилия оферент и на останалите оференти, които продължават участието си в процедурата, или че те оспорват самата валидност на процедурата за подбор.
- 15 Съмнения обаче продължава да има в хипотезата, при която, както в конкретния случай, основанията на главната жалба не са такива, че уважаването ѝ да доведе до ново провеждане на цялата процедура.
- 16 В това отношение националната съдебна практика била разделена. Според една от насоките в нея решението от 5 април 2016 г., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), налагало в тази хипотеза разглеждането на главната жалба дори след уважаване на насрещната жалба, без да е нужно да се отчита броят на предприятията, участващи в процедурата, нито посочените незаконосъобразности като основания за главната жалба. Такава насока обаче не вземала предвид решение от 21 декември 2016 г., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), в което Съдът е постановил, че Директива 89/665 допуска на оферент, чиято оферта е била изключена от процедура за възлагане на обществена поръчка с решение на възлагащия орган, което е станало окончателно, да бъде отказан достъп до преразглеждане на решението за възлагане на поръчката. Впрочем тази насока в съдебната практика не отчитала факта, че преразглеждането и отмяната на процедурата за възлагане на обществена поръчка са чисто хипотетични, така че правният интерес на главния жалбоподател не би отговарял на условието да бъде настоящ.

- 17 Според втората насока в съдебната практика разглеждането на главната жалба се налага само когато основателността на тази жалба е от естество да предостави реално предимство на жалбоподателя, което предполага офертите на оферентите, които не са страни в съдебното производство, да са опорочени от същата незаконосъобразност като тази, на която е основано решението, с което се уважава главната жалба. Това тълкуване обаче е критикувано като противоречащо на решението от 5 април 2016 г., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), и пренебрегвало факта, че дори ако вследствие на разглеждането на насрещната и на главната жалба се установи, че всички представени оферти, включително тези на оферентите, които не са страни в съдебното производство, са опорочени от нередовности, аналогични на тези, от които са опорочени офертите, разгледани от съда, това не променяло факта, че възлагащият орган има само възможност, а не задължение, да започне отново процедурата за възлагане.
- 18 Според пленума на Consiglio di Stato (Държавен съвет) поради съображения за съответствие с националната процесуална система и с основания на инициативата на страните принцип на процесуална автономия, би следвало да се предпочете решение, според което правният интерес на главния жалбоподател трябва да се преценява от сезирания съд конкретно, а не с оглед на чисто теоретични мотиви. С оглед на това би било уместно на държавите членки да се признае възможността да определят начините за доказване на конкретния характер на този интерес, като същевременно се гарантира правото на защита на оферентите, които продължават да се състезават в процедурата за възлагане на обществена поръчка, но които не са призовани в съдебното производство, в съответствие с принципите на тежестта на доказване.
- 19 При тези условия Consiglio di Stato (Държавен съвет) решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Следва ли член 1, параграф 1, трета алинея и параграф 3 от Директива [89/665] да се тълкува в смисъл, че допуска — въз основа на принципа на процесуалната автономия на държавите членки — на сезирания съд да бъде оставено да прецени, прилагайки предвидените в националната правна уредба процесуални способности, дали е пряк интересът, изложен в главната жалба от страна на оферента, срещу когото е подадена и е уважена като основателна насрещна жалба за изключването му, когато в процедурата за възлагане на обществена поръчка участват няколко предприятия и срещу тях не се води съдебно производство (най-малкото срещу офертите на някои от тях не е подадена жалба), като по този начин защитата на индивидуалното положение на оферента бъде съобразена с утвърдените национални принципи на диспозитивното начало (член 112 от Гражданския процесуален кодекс), на изискването за доказване на твърдения правен интерес (член 2697 от Гражданския кодекс), на субективните предели на силата на пресъдено нещо, ограничаващи нейното действие единствено до страните в съдебното производство, която не може да поражда действие по отношение на правното положение на субекти, които не са страни по спора (член 2909 от Гражданския кодекс)?“.

По преюдициалния въпрос

- 20 С въпроса си запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 1, параграф 1, трета алинея и параграф 3 от Директива 89/665 трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска главната жалба, която оферент, който има интерес да му бъде възложена определена обществена поръчка и на когото е нанесена или има опасност да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение на правото на Съюза в областта на обществените поръчки или на транспониращите това право разпоредби, е подал с цел отстраняването на друг оферент, да бъде обявена за недопустима съгласно националните процесуални правила или практики, отнасящи се до разглеждането на насрещни жалби за изключване, независимо от броя на участниците в процедурата за възлагане на обществената поръчка и броя на подалите жалби.

- 21 В самото начало следва да се припомни, че както е видно от второ съображение от Директива 89/665, целта ѝ е да укрепят съществуващите механизми както на национално ниво, така и на нивото на Съюза, за да гарантира ефективното прилагане на директивите в областта на обществените поръчки, по-специално на етап, когато нарушенията все още могат да бъдат поправени (решение от 5 април 2017 г., *Marina del Mediterráneo* и др., C-391/15, EU:C:2017:268, т. 30).
- 22 Съгласно разпоредбите на член 1, параграф 1, трета алинея и параграф 3 от Директива 89/665, за да може процедурите за преразглеждане на решенията на възлагащия орган да се приемат за ефективни, те трябва да бъдат достъпни най-малко за всяко лице, което има интерес от получаването на определена обществена поръчка и на което е нанесена или има опасност да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение.
- 23 Така, когато вследствие на процедура за възлагане на обществена поръчка двама оференти подават жалби, с които се цели взаимното им изключване, всеки от двамата оференти има интерес да получи определена обществена поръчка по смисъла на разпоредбите, посочени в предходната точка. Всъщност, от една страна, отстраняването на единия оферент може да доведе до възлагането на поръчката на другия оферент пряко в рамките на същата процедура. От друга страна, в случай на отстраняване на всички оференти и откриване на нова процедура за възлагане на обществената поръчка всеки от оферентите би могъл да участва в нея и така непряко да получи поръчката (вж. в този смисъл решение от 5 април 2016 г., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, т. 27).
- 24 От това произтича, че насрещната жалба на спечелилия оферент не може да доведе до отхвърляне на жалбата на отстранен оферент, в случай че редовността на офертата на всеки от операторите се оспорва в същото производство, тъй като в тази хипотеза всеки конкурент може да се позове на един и същ законен интерес от отхвърлянето на офертата на останалите оференти, което може да доведе до извода за невъзможност на възлагащия орган да избере редовна оферта (решения от 4 юли 2013 г., *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, т. 33, и от 5 април 2016 г., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, т. 24).
- 25 Принципът, закрепен в посочените в предходната точка решения, че интересите, преследвани в рамките на производство по насрещни жалби за изключване, се считат за поначало равностойни, се изразява — за сезираните с тези жалби съдилища — в задължението да не обявяват за недопустима главната жалба за изключване съгласно националните процесуални правила, които предвиждат разглеждане с предимство на насрещната жалба, подадена от друг оферент.
- 26 Този принцип е приложим и когато, както по делото в главното производство, други оференти са подали оферти в рамките на процедурата за възлагане и насрещните жалби за изключване не засягат такива оферти, които са по-назад в класирането от офертите — предмет на посочените жалби за изключване.
- 27 Всъщност, както в конкретния случай, на класирания на трето място и подал главната жалба оферент трябва да се признае законен интерес от изключването на офертата на спечелилия оферент и на класирания на второ място оферент, защото той може да бъде изключен — дори офертата му да се счита за нередовна — само ако възлагащият орган установи невъзможност да подбере друга редовна оферта и вследствие на това премине към организирането на нова процедура.
- 28 В частност, ако жалбата на отстранения оферент бъде счетена за основателна, възлагащият орган би могъл да вземе решение да отмени процедурата и да открие нова процедура за възлагане, с мотива че останалите оферти, които са редовни, не отговарят в достатъчна степен на очакванията на възлагащия орган.

- 29 При тези условия допустимостта на главната жалба не може да бъде обусловена от предварителната констатация, че всички оферти, които са класирани след тази на подалия посочената жалба оферент, са също нередовни, тъй като това би накърнило полезния ефект на Директива 89/665. Тази допустимост не може да бъде обусловена и от доказването от посочения оферент, че възлагащият орган ще трябва да повтори процедурата за възлагане на обществената поръчка. Наличието на такава възможност трябва да се счита за достатъчно в това отношение.
- 30 Следва да се добави още, че това тълкуване не се поставя под въпрос от обстоятелството, че останалите оференти, класирани след главния жалбоподател, не са встъпили в спора по главното производство. Всъщност, както Съдът вече е имал повод да отбележи, броят на участниците в процедурата за възлагане на съответната обществена поръчка, броят на подалите жалба участници и различията в изложените от тях основания не са релевантни за прилагането на установения в съдебната практика принцип, споменат в точка 25 от настоящото решение (вж. в този смисъл решение от 5 април 2016 г., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, т. 29).
- 31 Решение от 21 декември 2016 г., *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), споменато от запитващата юрисдикция, не е в противоречие с такова тълкуване. Всъщност, макар да е вярно, че в точки 13—16, 31 и 36 това решение Съдът е постановил, че на оферент, чиято оферта е била изключена от процедура за възлагане на обществена поръчка с решение на възлагащия орган, може да се откаже достъп до обжалване на решението за възлагане на обществената поръчка, следва да се отбележи, че по делото, по което е постановено това съдебно решение, решението за изключване на посочения оферент е било потвърдено с решение, придобило сила на пресъдено нещо преди произнасянето на съда, сезиран с жалбата срещу решението за възлагане на поръчката, така че посоченият оферент трябва да се счита за окончателно изключен от разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка (вж. в този смисъл решение от 11 май 2017 г., *Archus и Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, т. 57).
- 32 В делото по главното производство обаче никой от оферентите, подали насрещните жалби за изключване, не е бил окончателно изключен от процедурата за възлагане. Така посоченото решение не опровергава принципа от съдебната практика, посочен в предходната точка.
- 33 Що се отнася, накрая, до принципа на процесуална автономия на държавите членки, достатъчно е да се припомни, че този принцип във всички случаи не може да обоснове разпоредби на вътрешното право, които правят практически невъзможно или изключително трудно упражняването на правата, предоставени от правния ред на Съюза (вж. в този смисъл решение от 11 април 2019 г., *PORR Építési Kft.*, C-691/17, EU:C:2019:327, т. 39 и цитираната съдебна практика). Поради изложените в предходните точки на настоящото решение мотиви обаче от член 1, параграф 1, трета алинея и параграф 3 от Директива 89/665 съгласно даденото му от Съда тълкуване произтича, че оферент, който е подал жалба като разглежданата в делото по главното производство, не може въз основа на националните процесуални правила или практики като описаните от запитващата юрисдикция да бъде лишен от правото му на преразглеждане по същество на тази жалба.
- 34 С оглед на гореизложените съображения на поставения въпрос следва да се отговори, че член 1, параграф 1, трета алинея и параграф 3 от Директива 89/665 трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска главна жалба, подадена от оферент, който има интерес да получи определена обществена поръчка и на когото е нанесена или има опасност да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение на правото на Съюза в областта на обществените поръчки или на транспониращите това право разпоредби, с цел отстраняването на друг оферент, да бъде обявена за недопустима съгласно националните процесуални правила или практики, отнасящи се до разглеждането на насрещни жалби за изключване, независимо от броя на участниците в процедурата за възлагане на обществената поръчка и броя на подалите жалби оференти.

По съдебните разноси

- 35 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 (десети състав) реши:

Член 1, параграф 1, трета алинея и параграф 3 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, изменена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 г., трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска главна жалба, подадена от оферент, който има интерес да получи определена обществена поръчка и на когото е нанесена или има опасност да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение на правото на Съюза в областта на обществените поръчки или на транспониращите това право разпоредби, с цел отстраняването на друг оферент, да бъде обявена за недопустима съгласно националните процесуални правила или практики, отнасящи се до разглеждането на насрещни жалби за изключване, независимо от броя на участниците в процедурата за възлагане на обществената поръчка и броя на подалите жалби оференти.

Подписи