

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-ЖА CHRISTINE STIX-HACKL

представено на 14 септември 2006 година¹

I — Уводни бележки

1. Това производство за установяване на неизпълнение на задължения засяга, както и друго паралелно протичащо производство², въпроса какви предписания могат да се изведат от първичното право по отношение на прозрачността на процедурите за възлагане на обществени поръчки. В частност делото се отнася до задълженията, произтичащи от основните свободи и общите правни принципи по отношение на обществените поръчки, които не попадат в обхвата на разпоредбите на директивите за възлагане на обществени поръчки. В крайна сметка става дума за тълкуване и доразвиване на практиката на съда по дела *Telaustria*³ и *Coname*⁴.

ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги⁵ (наричана по-нататък „Директива 92/50“) действително разглежда поръчки, засягащи услугите за спешна помощ, предмет на настоящото производство, но се разглеждат само обществени поръчки на основата на писмен договор.

II — Правна уредба

A — Общностна правна уредба

2. Заменената междуременно от т.нар. „законодателен пакет“ Директива 92/50/

3. Това производство засяга на първо място свободното предоставяне на услуги, т.е. член 49 ЕО.

1 — Език на оригиналния текст: немски.

2 — Мое заключение също с днешна дата по дело C-507/03 (Комисия/ Ирландия).

3 — Решение от 7 декември 2000 г. по дело *Telaustria* и *Telefonadress* (C-324/98, Recueil, стр. I-10745).

4 — Решение от 21 юли 2005 г. по дело *Coname* (C-231/03, Recueil, стр. I-7287).

5 — ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50.

4. Освен това трябва да се обърне внимание и на разпоредбата на член 86 ЕО. Неговият параграф 1 предвижда задължения на държавите-членки по отношение на определени предприятия. Параграф 2 пък предвижда задължения за определени предприятия, преди всичко за такива, на които е възложено изпълнението на услуги от общ икономически интерес.

Б — Национална правна уредба

5. Член 65, параграф 1 от Health Act 1953 (Закон за общественото здраве от 1953 г.) предвижда:

„Здравният орган може, при спазване на общите насоки, дадени от министъра, и съгласно условията, които той приема за необходимо да наложи, да съдейства по един или няколко от следните начини на всяка организация, която извършва или предлага да извършва услуга, подобна или допълваща тази, която здравният орган предлага:

- а) да участва в разходите, направени от организацията,

[...]

I - 11356

6. Съгласно член 25 от Fire Services Act 1981 (Закон за услугите по пожарна безопасност от 1981 г.):

„Органът по пожарна безопасност [съгласно член 9 от закона местните органи са органи по пожарната безопасност] може да извършва или да участва във всички спешни операции, независимо от наличието или не на опасност от пожар, и следователно може да предприема мерките, които счита за необходими за изпълнение на тази функция, с оглед спасяването или защитата на хора и опазването на собствеността.“

III — Фактически обстоятелства, досъдебно производство и производство пред Съда

7. От подадена жалба Комисията научава за начина, по който се възлагат поръчки за услуги за спешна помощ в Ирландия. Тъй като счита, че възлагането е трябвало да бъде публично обявено съгласно Директива 92/50, Комисията започва кореспонденция с Ирландия. Тя се отнася до въпроса дали е налице договор, по отношение на който е трябвало да се приложат определени задължения за публично обявяване.

8. На 28 ноември 2001 г. Комисията моли ирландските власти да дадат информация за отношенията между Dublin City Council [Градски съвет на Дъблин] (наричан по-нататък „DCC“) и Eastern Regional Health Authority [Източен регионален здравен орган] (наричан по-нататък „ИРЗО“). Тъй като не получава отговор, Комисията започва производство по член 226 ЕО за неизпълнение на задължения.

9. В отговора си от 18 юни 2002 г. ирландските власти заявяват, че DCC е предоставял извършените от него и платени от ИРЗО съгласно член 65, параграф 1, буква а) от Health Act 1953 услуги независимо като „principal“ [принципал], а не на базата на договор с ИРЗО, нито пък под неговия контрол или надзор. Впрочем такива услуги се извършвали от десетилетия.

10. С писмо от 9 август 2002 г. Комисията изисква от ирландските власти да предоставят всички документи, имащи отношение към случая, за да установи отношенията между DCC и ИРЗО.

11. На 19 септември 2002 г. Службата за здраве и деца изпраща отговор и редица документи.

12. Комисията остава на позицията си, че е налице нарушение на общественото право, и на 17 декември 2002 г. изпраща на Ирландия мотивирано да стано-вище съгласно член 226 ЕО. С писмо от 14 февруари 2003 г. ирландските власти изпращат до Комисията подробен отговор. Комисията преценява, че този отговор е незадоволителен.

13. С исквата си молба Комисията иска от Съда:

- 1) установи, че Ирландия не е изпълнила задълженията си по Договора, като е позволила на Dublin City Council да извършва спешен транспорт с линейки, без Eastern Regional Health Authority да е публикувал предварително обявление;
- 2) да осъди Ирландия да заплати съдебните разноски на Комисията.

14. Ирландия иска от Съда:

- 1) да отхвърли иска на Комисията;

- 2) да осъди Комисията да заплати съдебните разноски на Ирландия.

трябвало да се намери подходяща форма за обявяване. Тя зависела от вида на услугата и от това за какъв кръг фирми тази услуга представлява интерес.

IV — Доводи на страните и на встъпилата страна

17. Като насока в това отношение Комисията приема своето Съобщение относно въпросите, свързани с тълкуването в областта на концесиите според общностното право⁶.

A — Комисията

15. Според Комисията поради липсата на писмен договор основанието за извършване на услугите за спешна помощ не попада в приложното поле на Директива 92/50, но от основните свободи, и по-специално от членове 43 ЕО и 49 ЕО и от общите правни принципи, произтичали определени задължения. Към тях според Комисията несъмнено спадат принципът за прозрачност и принципът за равнопоставеност, респ. за недопускане на дискриминация. Във връзка с това Комисията се позовава на решения по дело Telaustria и дело Vestergaard.

18. От няколко писма, по-специално това на Finance Officer and Treasurer на DCC от 15 януари 1999 г., ставало ясно, че през юни 1998 г. били направени определени договорки относно услугите, които трябвало да се извършат. Това довело и до изготвянето на проектодоговор. Как такъв проектодоговор се квалифицира според националното право не било от значение за общностното право.

16. Държавите-членки били свободни да изберат определена процедура, но във всеки случай трябвало да спазват изискванията на общностното право. Ето защо

19. Поради това Комисията отхвърля аргумента на Ирландия, че тези услуги не били извършени за ИРЗО. Защото той осъществявал по-специално и задачи по контрола на предоставянето на услугата. Дори и DCC да нямал задължение да извърши услугата, то все пак работа на ИРЗО било да се погрижи за наличието на тези услуги. Това произтичало от споменатия по-горе проектодоговор.

6 — ОВ C 121, стр. 2.

20. Ако Ирландия изтъквала аргумента, че услугата, чието извършване е последвало без публично обявление, се основава на член 65, параграф 1, буква а) от Health Act, това означавало само, че тази разпоредба нарушава членове 43 ЕО и 49 ЕО. Според Комисията тази разпоредба давала право на ИРЗО само да сключва споразумения. Тя не пречела на ИРЗО да отправи покана за представяне на оферти. Видът на услугата и непривлекателността ѝ за предприятията не давали право да не се направи публично обявление.

21. Обстоятелството, че ИРЗО не би възложил услугите, предмет на делото, на външна фирма, ако не ги изпълнява DCC, също не правело законен начина на действие.

22. Освен това не било вярно, че можело да се приложи изключението по член 6 от Директива 92/50.

23. И накрая, трябвало да се отхвърли аргументът, че ставало дума за предоставяне на услуга от общ икономически интерес по смисъла на член 86, параграф 2 ЕО; защото изпълнението на произтичащите от Договора за ЕО задължения не пречело на изпълнението на възложените им специални задачи. Впрочем не било ясно дали DCC или ИРЗО трябвало да се счита за предприятието, на което е възложено изпълнението на услугите.

24. Що се отнася до аргумента на Ирландия, че услугите за спешна помощ се предоставят безплатно, Ирландия бъркала услугите, които ползват отделни хора, с тези, които се предоставят на ИРЗО.

25. По повод аргумента на Ирландия, че на DCC не били възстановени всички разходи, Комисията, която впрочем го оспорва, обръща внимание, че не ставало дума за това.

26. По позицията на нидерландското правителство, че прилагането на основните свободи предполага международен елемент, Комисията заявява, че в случая той бил налице.

27. Посоченото от нидерландското правителство ограничение, засягащо приоритета на разпоредбите за хармонизация, се основавало на погрешното разбиране на цитираното дело. Освен това самата Директива 92/50 предвиждала в член 3, параграф 2 принцип за недопускане на дискриминация.

28. Трябвало да се отхвърли и схващането, според което изискването за прозрачност зависело от доброволното провеждане на процедура за възлагане

и че във въпросния случай били налице основателни причини или предпоставките по член 86, параграф 2 ЕО.

29. Що се отнася до адекватната степен на публичност, Комисията подчертава, че тя не изисквала във всички случаи покана за представяне на оферти в национален или международен мащаб, а че било достатъчно и съобщение до определени предприятия. Провеждането на процедура за възлагане на обществена поръчка, както е според директивите, не било необходимо.

Б — Ирландия

30. Ирландия оспорва необходимостта от обявление за въпросните услуги.

31. По същество Комисията атакувала съществуването на споразумение, а не ново възлагане. Но разпоредбите, на които се позовава Комисията, не били приложими в този случай. Не можело да се иска промяната на съществуващи споразумения.

32. Освен това не съществувал договор или споразумение под каквато и да е форма между DCC и ИРЗО. Така нареченото споразумение от юни 1998 г. се отнасяло до междуинституционално споразумение между две установени със закон учреждения и преговори за участие в разходите на DCC.

33. DCC действал въз основа на свои законови правомощия и от свое име. Той не подлежал и на контрол от страна на ИРЗО. Участието на ИРЗО в разходите не било заплащане и сумата не покривала изцяло разходите.

34. Ирландия изтъква, че въпросните услуги попадат в обхвата на приложение I Б към Директива 92/50. Дори да е бил сключен писмен договор, към него би се приложил само облекченият режим по член 9 от Директива 92/50, т.е. членове 14 и 16. В противен случай Комисията трябвало да предложи съответно изменение на директивата.

35. От обстоятелството, че в Ирландия услугите на спешна помощ са безплатни, следвало, че не става дума за услуги, които нормално се предоставят срещу заплащане. Така че в случая членове 43 ЕО и 49 ЕО също не били приложими. Освен това не било налице дискриминиране на чуждестранни частни предприятия.

36. По-нататък Ирландия застъпва схващането, че цитираните от Комисията решения на Съда по дела *Telaustria* и *Bellini*⁷ нямали отношение към случая.

принципа за недопускане на дискриминация. Ако не се достигнал прагът, предвиден в директивите, не било приложимо изискването за прозрачност.

37. Член 295 ЕО позволявал държавите-членки сами да избират нормативната уредба на правото на собствеността.

40. Второ, изискването за прозрачност било неприложимо, доколкото вторичното общностно право регламентирало съответната материя. Точно толкова неприложимо било то и в случаите, за които директивите за възлагане на обществени поръчки предвиждат изключение, като напр. членове 4 и 6 на Директива 92/50. Тъй като директивите предвиждали минимална хармонизация по отношение на прозрачността, държавите-членки естествено могли да я надхвърлят.

38. И накрая, трябвало да се изтъкнат специалните разпоредби за услуги от общ икономически интерес съгласно член 16 ЕО и член 86, параграф 2 ЕО.

41. Трето, държавите-членки били длъжни да спазват принципите на Договора за ЕО само когато се обявявала процедура за възлагане на обществена поръчка.

В — *Встъпилата страна*

39. Кралство Нидерландия, което е встъпило в производството в подкрепа на Ирландия, посочва, че принципът за прозрачност не задължавал да се прилагат изискванията на Директива 92/50. Освен това съществували редица изключения от този принцип. Първо, липсвала връзка с вътрешния пазар. Не се засягала свободата на предоставяне на услуги. Нямало основание да се проверява съвместимостта с

42. Четвърто, трябвало да се провери дали са налице основателни причини или дали са изпълнени предпоставките на член 86, параграф 2 ЕО.

43. Що се отнася до съдържанието на изискването за прозрачност, нидерландското правителство изтъква, че трябвало да се уточни какво означавала адекватната степен на публичност. При всяка

7 — Решение от 9 юли 1987 г. по съединени дела 27/86—29/86 (*SA Constructions et entreprises industrielles* и др., Recueil, стр. 3347).

процедура за възлагане на обществена поръчка трябвало да се остави възложителят да решава това. През октомври 2005 г. Комисията представя проект за тълкувателно съобщение, засягащо изискването за прозрачност. Поради това било крайно време Съдът да конкретизира съдържанието на изискването за прозрачност.

V — Съображения

A — Предварителни бележки

44. По отношение на иска на Комисията се вижда, че той е насочен само към установяване на факта, че извършването на определени услуги противоречи на общностното право. При това става дума естествено за поведение в миналото на ответната държавата-членка (и то) именно в определен момент. Това става след изтичане на срока, поставен в мотивираното становище. Затова по принцип и запазването на определен начин на действие след този момент, вкл. непротивопоставяне, може да бъде предмет на неизпълнение на задължения по член 226 ЕО.

45. Искът на Комисията не засяга не по-малко интересната проблематика дали и как конкретен възложител или концедент е задължен да прекрати сключен договор. За Ирландия този въпрос обаче

се поставя, доколкото в случай на установяване на незаконност на споразумението по член 228, параграф 1 ЕО тя ще има задължението да предприеме необходимите мерки, произтичащи от решението на Съда⁸.

46. Искът на Комисията се ограничава в рамките на исканата констатация, че конкретното действие е трябвало да бъде предмет на покана за представяне на оферти. С това Комисията вероятно има предвид някакъв вид обявление за възлагане на обществена поръчка.

47. Следователно това производство за неизпълнение на задължения няма за цел да установи как би изглеждала процедурата по отношение на конкретното възлагане на обществена поръчка, а само че при всички случаи е било недопустимо да не се прави никакво обявление за възлагане.

48. Съгласно практиката на Съда член 49 ЕО забранява „ограничения на свободното предоставяне на услуги в рамките на Европейската общност за граждани на държавите-членки, които са установени в държава-членка, различна от държавата на получателя на услугата. Освен това съгласно постоянната съдебна практика

⁸ — Решение от 18 ноември 2004 г. по дело C-126/03 (Комисия/Германия, Recueil, стр. I-11197, точка 26) и Решение от 3 март 2005 г. по дело C-414/03 (Комисия/Германия, точка 11).

тази разпоредба изисква премахването на всички ограничения, дори и когато тези ограничения важат еднакво за местни доставчици на услуги и такива от други държави-членки, ако те могат да осуетят или да възпрепятстват дейността на доставчик на услуги, установен и предлагащ законно съответните услуги в друга държава-членка⁹.

49. Що се отнася до правните норми, чието нарушение трябва да бъде проведено в настоящото производство, вследствие на широко формулирания иск на Комисията, която твърди, че е налице неизпълнение на „задължения по Договора“, тук попадат не само членове 43 ЕО и 49 ЕО, а така също и общи правни принципи, както и член 10 ЕО. Последната разпоредба тук се взема предвид под формата на изискване за еквивалентност и ефективност¹⁰.

50. Съгласно практиката на Съда¹¹ разпоредбите на първичното право се прилагат, когато възлагането не е уредено от нито една директива. Тази предпоставка е налице по отношение на възлагането, предмет на производството, защото според правилното схващане

на страните по делото, поради липса на писмен договор то не попада в обхвата на разпоредбите на Директива 92/50.

51. Действието, залегнало в основата на настоящото производство за неизпълнение на задължения, засяга определен механизъм, свързан с използването на държавни средства за определени услуги. Самата Ирландия признава, че съществува споразумение в някаква форма.

52. Както показва Решение по дело Комисия/Испания, директивите за възлагане на обществени поръчки обхващат и споразуменията за сътрудничество между публичната администрация и останалите обществени институции¹². Фактът, че това дело касае писмени споразумения, е без значение за настоящото производство, тъй като тук не става дума за изпълнение на признак от фактически състав на директивите, а за приложението на първичното право. В него важат още по-малко строги изисквания, отколкото при директивите, що се отнася до типа отношения. Във всеки случай и в настоящото производство е безспорно, че се касае за две различаващи се една от друга институции.

53. В центъра на настоящото производство стои свободното предоставяне на услуги. Това предполага, че предмет на

9 — Решение от 20 октомври 2005 г. по дело C-264/03 (Комисия/Франция, *Rescueit*, стр. I-8831, точка 66).

10 — Мое заключение от 12 април 2005 г. по дело C-231/03 (Решението е цитирано в бележка под линия 4), точка 81 с допълнителни препратки към съдебната практика.

11 — Решение по дело C-231/03 (цитирано в бележка под линия 4), точка 16 и Решение по дело C-264/03 (цитирано в бележка под линия 9), точка 32.

12 — Решение от 13 януари 2005 г. по дело C-84/03 (Комисия/Испания, *Rescueit*, стр. I-139, точка 38 и сл.).

спорното възлагане са „услуги“ по смисъла на член 50 ЕО.

54. Би могло да се застъпи схващането, че болничният транспорт и/или спешният транспорт с линейка по правило не се заплащат пряко от ползващия услугата, а разходите се поемат от здравната каса или директно от държавния бюджет. Тъй като съгласно практиката на Съда конкретно в здравеопазването¹³ е достатъчно разходите за оказана услуга да се поемат от трета страна, става излишно да се разглежда по-обстойно отчетната система за спорните услуги. Във всеки случай няма спор, че East Coast Area Health Board [Здравен съвет на източния крайбрежен район] плаща така наречен „contribution“ [принос]. За целите на настоящото производство не е необходимо да се изяснява каква част от действителните разходи съставлява този принос.

Б — Принципи: изискване за прозрачност

55. Предмет на спора в това производство за неизпълнение на задължения е въпросът дали с конкретно действие е било нарушено изискването за прозрачност.

56. Както е посочено в заключението ми по делото Sopame, прозрачността обхваща още според самите директиви редица аспекти¹⁴. Настоящото производство касае само определени задължения по отношение на публикуването във връзка с възлагането на определени услуги.

57. Съгласно практиката на Съда в полза на потенциалните оференти трябва да се осигури „адекватна степен на публичност [...], която отваря концесията за услугата за конкуренция и дава възможност за контрол“¹⁵. Това изискване важи естествено не само за обществени поръчки, които поради това че са оформени като концесия, излизат от приложното поле на Директива 92/50, а и за обществени поръчки, които по други причини не са включени в тази или друга директива за възлагане на обществени поръчки. Само за яснота споменавам, че няма единен стандарт за всички обществени поръчки — без оглед на техния предмет или тяхната стойност.

58. Мерило за оценка на законосъобразността на действията на ответната държава-членка е това дали е била осигурена адекватна степен на прозрачност.

13 — Решение от 28 април 1998 г. по дело Kohll (C-158/9, Recueil, стр. I-1931), Решение от 12 юли 2001 г. по дело Vanbraekel и др. (C-368/98, Recueil, стр. I-5363), Решение от 12 юли 2001 г. по дело Smits и Peerbooms (C-157/99, Recueil, стр. I-5473) и Решение от 13 май 2003 г. по дело Müller-Fauré (C-385/99, Recueil, стр. I-4509).

14 — Мое заключение по дело C-231/03 (решението е цитирано в бележка под линия 4), точки 88 и сл.

15 — Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 21) и Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8612, точка 49).

59. Следователно трябва да се установи дали в конкретния случай необявяването на т.нар. покана за представяне на оферти представлява нарушение на това изискване. Както е посочил Съдът в решението си по дело *Sonape*, „трябва да се провери дали възлагането отговаря на изисквания за прозрачност, които, без да включват задължително изискване за отправяне на покана за представяне на оферти, могат в частност да осигурят на предприятие [...] със седалище в друга държава-членка достъп до адекватна информация за концесията преди възлагането на поръчката, така че това предприятие евентуално да може да заяви интереса си от получаване на концесията“¹⁶.

60. Следователно от съдебната практика е видно, че адекватността трябва да се ориентира според заинтересованите от конкретната обществена поръчка. При това трябва да се имат предвид не само действително заинтересованите оференти, а и всички потенциално заинтересовани в други държави-членки.

61. Следователно трябва да се избере такава степен на прозрачност, която удовлетворява това изискване. Въпросът е дали това трябва да се направи непременно под формата на т.нар. покана за представяне на оферти или обявление за възлагане на обществена поръчка.

1. Необходимост от покана за представяне на оферти?

62. Първо трябва да се изясни дали първичното право при всички случаи изисква т.нар. покана за представяне на оферти.

63. Като аргументи „за“ биха могли да се разглеждат решенията на първи състав по дела *Parking Brixen* и *ANAV*, в които Съдът решава, че „държавите-членки не могат да оставят в действие национална уредба, която позволява възлагането на концесии за обществени услуги без да има конкуренция [в немската редакция „ohne eine Ausschreibung“, т.е. „без отправяне на покана за представяне на оферти“], тъй като такова възлагане е в нарушение на член 43 ЕО или на член 49 ЕО, или на принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и прозрачност“¹⁷.

64. Тук въпреки това може да има неточност в немската редакция на решението. Защото както френската редакция по двете дела, така и италианската редакция по дело *ANAV* споменават за „mise en concurrence“ респ. за „procedura concorrenziale“. Следователно съзнателно не става дума за „appel d'offres“ или за „bando di gara“, т.е. за обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка по смисъла на директивите за възлагане на обществени поръчки.

16 — Решение по дело C-231/03 (цитирано в бележка под линия 4), точка 21.

17 — Решение по дело C-410/04 (цитирано в бележка под линия 15), точка 23 и Решение по дело C-458/03 (цитирано в бележка под линия 15), точка 52.

65. Впрочем в решението си по дело Sopame, постановено от неговия голям състав, Съдът изрично подчертава, че първичното право не във всички случаи изисква покана за представяне на оферти в смисъл на обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка¹⁸.

66. По тази причина това решение на Съда трябва да се приеме за принципно решение и в този смисъл представлява изходна точка за следващата оценка. Това следва и от принципни съображения, независимо че решението по делото Sopame е взето от голям състав, а останалите решения съдържат езикови неточности.

67. Разбирането, че възлагането без обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка (покана за представяне на оферти) и прекият контакт с определени предприятия са принципно недопустими, не може да се поддържа дори и само поради това че самите директиви за възлагане на обществени поръчки регламентират изключения от задължението за публично обявяване. Но и самата Комисия изрично заявява, че целта ѝ не е прехвърляне на задължението за обявяване по Директива 92/50 в първичното право. Ако по първичното право винаги се изискваше обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка, към обществените възложители биха се прилагали по-строги

правила извън директивите за възлагане на обществени поръчки, отколкото в тяхното приложно поле.

68. Към това трябва да се добави, че в Решение по делото Sopame Съдът признава също определени изключения от изпълнението на задълженията по първичното право. На тези изключения трябва да се спрем отделно.

69. Следователно трябва да се остане на позицията, че може да има поръчки, при които не е задължително да се извършва т.нар. отправяне на покана за представяне на оферти, т.е. обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка.

70. В тази връзка ми се струва, че е необходимо да напомня за становището ми¹⁹, застъпено още в заключението по делото Sopame, че в първичното право няма единен режим за възлагане на обществени поръчки, а е уместно диференциране в зависимост от условията на конкретната поръчка. Настоящото производство предоставя на Съда възможност да внесе необходимата яснота.

18 — Решение по дело C-231/03 (цитирано в бележка под линия 4), точка 21. Това показва и френската редакция на решението („un appel d'offres“).

19 — Мое заключение по дело C-231/03 (решението е цитирано в бележка под линия 4), точки 69 и сл.

2. Диференциране според конкретната поръчка

71. Следователно трябва да се изхожда от принципа, че детайлите на изискването за прозрачност произтичат от обстоятелствата в конкретния случай.

72. В съответствие с предмета на настоящото производство за неизпълнение на задължения долното изложение касае условията, при които може да не се отправи покана за представяне на оферти и дали те са били налице в конкретния случай.

73. Помощ за ориентиране осигуряват, от една страна, принципът, че трябва да има възможност за последващ контрол, както и принципите за пропорционалност и равнопоставеност. От друга страна, трябва да се съблюдават целите на всяка общностна правна уредба, свързана с възлагането на обществени поръчки, като гарантиране на конкуренцията и вътрешния пазар, както и „*effet utile*“ на разпоредбите на първичното право.

74. Съдържанието на съответното задължение за прозрачност зависи от различни фактори, като напр. неговия предмет, т.е. дали става дума за услуги, доставки или строителни работи, и от предвидената стойност на поръчката.

75. Тъй като в настоящото производство става дума за услуги от приложение I Б към Директива 92/50, т.е. неприоритетни услуги, трябва да се установи дали направената в директивата разлика между приоритетни и неприоритетни услуги е от значение и за първичното право.

76. В основата на тази категория, срещаща се в директивите, може би стои общовалидната за възлагането на обществени поръчки идея, че определени поръчки са по-важни за единния пазар от други, т.е. представляват интерес за по-голям кръг икономически субекти, включително и за предприятия от други държави-членки. Този аспект може би е от значение за упражняването на основните свободи, доколкото те включват трансграничен елемент²⁰.

77. Действително общностният законодател е оставил само определени категории услуги, а именно приоритетните, изцяло под режима на Директива 92/50, но от това все още не следва, че други услуги, а именно неприоритетните, нямат отношение към вътрешния пазар, т.е. че по същество не биха могли да бъдат предоставяни в трансграничен мащаб.

20 — Вж. мое заключение по дело C-231/03 (цитирано в бележка под линия 4), точка 78.

Въпреки че общият законодател е запазил това деление на две групи и при промяната, т.е. в Директива 2004/18 — при това със същата обосновка²¹, това все още не изключва прилагането на първичното право по принцип.

78. Ако изходим от предположението, че неприоритетните услуги не представляват интерес за оференти от други държави-членки, тогава при производство за неизпълнение на задължения Комисията би трябвало да представи доказателства, че въпросната поръчка все пак е от потенциално трансграничен интерес.

79. По принцип при производство за неизпълнение на задължения Комисията е задължена да обоснове доводите си от фактическа и правна гледна точка. От това би могло да се заключи, че Комисията следва да докаже с помощта на пазарен анализ за кои икономически субекти планираното възлагане на обществена поръчка представлява интерес от гледна точка на конкуренцията, при което стойността и предметът на поръчката са от решаващо значение.

80. Нито писмените, нито устните доводи на Комисията удовлетворяват тези изисквания. Следователно ако при разпределението на доказателствената тежест се приложи този строг критерий, искът на Комисията би трябвало да бъде отхвърлен като необоснован.

81. В тази връзка не бива впрочем да се пропуска фактът, че досега Съдът никога не е прилагал толкова строг критерий по отношение на възлагането на обществени поръчки²². По-скоро поради липса на доказателства за противното той вероятно е изхождал от презумпцията, че в спорни случаи поръчки с определен обем потенциално представляват интерес за предприятия от други държави-членки.

82. Следователно в настоящото производство важи принципът, че трябва да се подава толкова информация, колкото е необходима на потенциално заинтересованите предприятия, за да могат те да решат дали да вземат участие в процедурата за възлагане, респ. дали да подадат оферта. Първичното право в никакъв случай не предписва задължение за обявяване на данните, посочени в образците за обявяване в директивите за възлагане на обществени поръчки²³.

83. Писмените материали и изложеното в съдебното заседание не дават основание да се приеме, че съдържанието на конкретното възлагане на обществена поръчка оправдава необявяването ѝ. Нито годишната стойност, нито предметът на услугите говорят, че необявяването е съвместимо с общият принцип.

22 — Вж. Решение от 27 октомври 2005 г. по дело Комисия/Испания (C-158/03, ОВ С 330, 2005 г., стр. 1).

23 — Вж. мое заключение по дело C-231/03 (решението е цитирано в бележка под линия 4), точка 97.

21 — Съображение 19.

84. Затова сега трябва да се провери дали необявяването би могло да се опре на изрично предвидени в първичното право изключения или на основанията, признати от съдебната практика в областта на основните свободи като цяло или в областта на възлагането на обществени поръчки.

85. Тъй като обаче в конкретния случай въобще не е имало обявяване на планираните услуги, става излишно да се проучва по-подробно каква медия е трябвало да бъде избрана и какво е трябвало да включва минимално съдържанието на поканата за представяне на оферти.

В — Изключения и основания

86. По-нататък, трябва да се установи дали основните свободи не са засегнати от незначителното влияние на изключенията, дали ответната държава-членка може да се позове на някоя от разпоредбите на договора, изключващи по принцип мерки на държавите-членки от прилагането на първичното право, дали може да се приложи някое от изрично предвидените в договора или признато от съдебната практика основание или дали се прилага член 86, параграф 2 ЕО. И накрая трябва да се провери дали могат да бъдат приложени като такива или по аналогия изключенията по директивите, и по-конкретно член 6 от Директива 92/50.

1. Незначително влияние на възлагането

87. В Решение по дело *Coname* Съдът се връща към правораздавателна линия, развита в рамките на свободното движение на стоки, съгласно която „поради особени обстоятелства — напр. незначително икономическо значение — би било разумно да се приеме, че предприятие със [...] седалище в друга държава-членка [...] няма да прояви интерес към въпросната концесия и че влиянието върху съответните основни свободи би било прекалено случайно или опосредствено, за да се направи извод, че е налице нарушение на тези свободи“²⁴.

88. Независимо от това че може да се спори къде е границата за незначителност, във всеки случай оспорваната поръчка на стойност няколко милиона ирландски лири годишно не отговаря на тези условия. През 2001 г. обемът на услугите вече е възлизал на над 7 милиона ирландски лири годишно. Тази сума значително превишава дори прага, определен в Директива 92/50.

²⁴ — Решение по дело C-231/03 (цитирано в бележка под линия 4), точка 20.

2. Изрично регламентирани в договора основания

89. Най-напред трябва да споменем за разпоредбите на Договора, които по принцип — макар и само при определени условия — изключват определени мерки на държавите-членки от приложението на първичното право. От значение за възлагането на обществени поръчки на първо място тук са изключенията, касаещи сигурността, а именно членове 296 ЕО и 297 ЕО. Поради липса на основание обаче в конкретния случай тези изключения отпадат.

90. Освен това държавите-членки могат да се позоват на изрично регламентирани в Договора основания по член 46 ЕО във връзка с член 55 ЕО като обществен ред или здравеопазване. В конкретния случай трябва обаче да се отбележи, че ответната държава-членка не се е защитавала така, че да докаже наличието на съответно основание²⁵.

91. Основание, свързано с публичната власт, т.е. основано на член 45 ЕО, от своя страна би предположило наличието на определени предпоставки. Съгласно постоянната съдебна практика „членове 45 ЕО и 55 ЕО трябва да се тълкуват като

изключения от основния принцип за свобода на установяването така [...], че техният обхват да се ограничава до това, което е безусловно необходимо за опазване на интересите, които тези разпоредби позволяват на държавите-членки да защитават“²⁶.

92. Съгласно постоянната съдебна практика предвидената в тези членове специална правна уредба трябва да се ограничи до дейности, които като такива представляват непосредствено и конкретно упражняване на публична власт²⁷.

93. В случая обаче липсват посочените от съдебната практика предпоставки за приложимост на тези изрично регламентирани основания.

25 — Решение по дело C-264/03 (цитирано в бележка под линия 9), точка 69.

26 — Решение от 15 март 1988 г. по дело Комисия/Гърция (147/86, Recueil, стр. 1637, точка 7), Решение от 29 октомври 1998 г. по дело Комисия/Испания (C-114/97, Recueil, стр. I-6717, точка 34) и Решение от 30 март 2006 г. по дело Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Recueil, стр. I-2941, точка 45).

27 — Решение от 21 юни 1974 г. по дело Reyners (2/74, Recueil, стр. 631, точка 45), Решение от 13 юли 1993 г. по дело Thijssen (C-42/92, Recueil, стр. I-4047, точка 8), Решение по дело C-114/97 (цитирано в бележка под линия 26, точка 35), Решение от 31 май 2001 г. по дело Комисия/Италия (C-283/99, Recueil, стр. I-4363, точка 20) и Решение по дело C-451/03 (цитирано в бележка под линия 26, точка 46).

3. Основания, които не са изрично регламентирани в Договора или основания от обществен интерес

94. Съгласно практиката на Съда²⁸, която по принцип се прилага и по отношение на възлагането на обществени поръчки²⁹, ограничения на свободата на установяване и на свободното предоставяне на услуги могат да се обосноват, когато те изпълняват определени условия.

95. Съгласно тази съдебна практика споменатите ограничения трябва да са обосновани от императивни съображения от обществен интерес, да са в състояние да гарантират постигането на преследваната цел и да не надхвърлят необходимото за постигане на тази цел. Във всеки случай те не бива да се прилагат по дискриминационен начин.

96. В тази връзка трябва обаче да се отбележи, че ответната държава-членка не е успяла да представи доказателства, че избраният от нея подход е обоснован от признати от Съда основания или основания от обществен интерес, като например защита на потребителите.

28 — Вж. Решение от 31 март 1993 г. по дело Kraus (C-19/92, Recueil, стр. I-1663, точка 32), Решение от 30 ноември 1995 г. по дело Gebhard (C-55/94, Recueil, стр. I-4165, точка 37) и Решение от 6 ноември 2003 г. по дело Gambelli и др. (C-243/01, Recueil, стр. I-13031, точки 64 и сл.).

29 — Вж. Решение по дело C-158/03 (цитирано в бележка под линия 22), точка 35.

97. Накрая, трябва да се отбележи основанието „обективно обстоятелство“, развито от Съда³⁰. По-детайлното разглеждане на тази възможност за обосноваване на определени разпоредби на държавите-членки, която не е детайлно обяснена от Съда, и в частност на предпоставките за нейното прилагане, е излишно, тъй като Ирландия не изтъква съответни доводи в това отношение.

4. Член 86 ЕО

98. В настоящото производство освен това се споменава и член 86 ЕО.

99. По отношение на конкретното възлагане трябва да се отбележи, че тук става дума за предоставянето на изключителни права, по-конкретно в сферата на услугите за спешна помощ, и по-конкретно в спешния транспорт с линейка.

100. В тази връзка възниква въпросът дали и самото предоставяне на такива права, а не последващите държавни мерки по отношение на предприятия, на които държавите-членки възлагат изключителни

30 — Решение по дело C-231/03 (цитирано в бележка под линия 4), точка 23: „Обстоятелството, че община Cingia de' Botti има дял от 0,97 % в основния капитал на Padania, само по себе си не представлява обективно обстоятелство, което би могло да обоснове такова различно третиране“.

или специални права, попада в обхвата на член 86, параграф 1 ЕО. В практиката на Съда могат да се намерят указания, че и самото предоставяне на изключителни права, а именно чрез създаване на господстващо положение на пазара, попада в обхвата на член 86, параграф 1 ЕО във връзка с член 82 ЕО. Но това все още не означава, че такова предоставяне е забранено³¹. Дали предоставянето на права, т.е. правото за извършване на услуги на спешна помощ от ДСС, отговаря на общностното право, трябва да се установи на основата на разпоредби, различни от член 86, параграф 1 ЕО. Към съответните разпоредби на материалното право спада впрочем и член 86, параграф 2 ЕО. С това тази разпоредба придобива значение извън мерките спрямо попадащите в нейното приложно поле предприятия и по отношение на държавните мерки.

101. В настоящото производство обаче не става дума за прехвърляне на правата върху ИРЗО, а за неговите действия при осигуряването на обществени услуги, и то за възлагането им, т.е. за прехвърлянето на услугите за спешна помощ върху ДСС. Това, на което член 86, параграф 2 ЕО отдава правно значение, е поведението на органите, на които са прехвърлени определени права.

102. Що се отнася до прехвърлянето на услугите за спешна помощ върху ДСС, трябва да се провери дали ИРЗО покрива условията по член 86, параграф 2 ЕО, т.е. дали става дума за предприятие, на което са поверени услуги от общ икономически интерес и дали прилагането на разпоредбите на първичното право би възпрепятствало юридически или фактически изпълнението на възложените му задачи.

103. По принцип трябва да се признае, че поради необходимото време за предварителна подготовка и сроковете, които трябва да се предвидят за представяне на оферти, провеждането на процедура по възлагане с покана за представяне на оферти може да възпрепятства в определени случаи изпълнението на задачите. Това важи например за енерго- или водоснабдителни предприятия, ако поради това се стигне до прекъсване или забавяне на снабдяването с енергия или вода.

104. Затова трябва да се провери в светлината на практиката на Съда в каква степен е било необходимо ограничаването на конкуренцията или дори изключването на всякаква конкуренция от страна на други икономически субекти, за да се осигури възможност на носителя на изключителното право да изпълнява задачите си, които са от общ интерес — при това при приемливи икономически условия³².

31 — Вж. например Решение от 23 април 1991 г. по дело Höfner и Elser (C-41/90, Recueil, стр. I-1979, точка 29), Решение от 10 декември 1991 г. по дело Merci Convenzionali Porto di Genova (C-179/90, Recueil, стр. I-5889, точка 16) и Решение по съединени дела (Испания и др./Комисия C-271/90, C-281/90 и C-289/90, Recueil, стр. I-5833, точки 35 и сл.).

32 — Решение от 19 май 1993 г. по дело Corbeau (C-320/91, Recueil, стр. I-2533, точка 16) и Решение от 25 октомври 2001 г. по дело Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, стр. I-8089, точка 57).

105. Въпреки че не е необходимо при отправяне на покана за представяне на оферти да е застрашено оцеляването на предприятието, би трябвало поне да се докаже, че изпълнението на възложените му специални задачи би било застрашено фактически или юридически³³.

106. В това отношение ответната държава-членка не успява да покаже, че избраният подход е бил необходим, за да се осигури възможност на DCC да изпълнява задълженията си при икономически приемливи условия.

107. Поради тази причина може да отпадне проверката дали DCC действително е предприятие, натоварено със задачи от общ *икономически* интерес.

108. В тази връзка трябва да се напомни още, че член 86, параграф 2 ЕО трябва да се тълкува тясно като разпоредба, допускаща изключения от разпоредбите на Договора за ЕО³⁴. В настоящото производство и от член 16 ЕО не произтича нищо друго.

5. Приложение на изключенията от директивите

109. Трябва да се разгледа и приложението на регламентираните в директивите изключения от задължението за публикуване на предварително обявление (за възлагане на обществена поръчка).

110. Трябва да се изходи от принципа, че в приложното поле на първичното право не могат да действат съвсем същите изисквания за процедурата на възлагане, както при директивите. Това естествено не изключва някои изисквания, като напр. недопускането на дискриминация, да действат и извън директивите, но във всеки случай на друго правно основание, като напр. общ правен принцип.

111. Както вече неколккратно бе подчертано³⁵, в рамките на първичното право би трябвало да се признаят във всеки случай и такива изключения, които съответстват на изключенията, регламентирани с директивите³⁶. Това не изключва

33 — Решение от 23 октомври 1997 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-157/94, Recueil, стр. I-5699, точка 43).

34 — Решение по дело C-157/94 (цитирано в бележка под линия 33), точка 37.

35 — Вж. заключението ми по дело C-231/03 (решението е цитирано в бележка под линия 4), точка 93 и последващото заключение на генералния адвокат Jacobs от 2 юни 2005 г. по дело Комисия/Италия (C-525/03, Решение от 27 октомври 2005 г., Recueil, стр. I-9405), точка 47.

36 — Член 11, параграф 3 от Директива 92/50 и член 31 от Директива 2004/18.

съществуването на случаи, в които да е позволено провеждането на процедура по възлагане без предварително обявяване, т.е. без отправяне на покана за представяне на оферти.

112. Но по отношение на този тип изключения тук трябва да се посочи, че ответната държава-членка не се позовава на някое от регламентираните в Директива 92/50 изключения за провеждане на преговори без обявление за възлагане на обществена поръчка.

6. Член 6 от Директива 92/50

113. В производството неколkokратно се обсъжда приложимостта на член 6 от Директива 92/50. Тази разпоредба изключва от приложното поле на директивата поръчки за услуги, ако са налице определени предпоставки, една от които е изпълнителят да е получил изключителни права.

114. По отношение на приложимостта на тази правна уредба, регламентираща изключения, трябва по принцип да се отбележи, че тя намира приложение само когато възлагането по принцип попада в обхвата на Директива 92/50. Тъй като обаче няма спор, че липсват други предпоставки за прилагането на Директива 92/50, не е необходима проверка дали в настоящото производство е налице изключително право.

115. В производството за установяване на неизпълнение на задължения ответната държава-членка трябва да приведе евентуални основания за неприлагане на разпоредбите на общностното право. В настоящото производство дискусията във всеки случай се ограничава *stricto sensu* до член 6 от Директива 92/50.

116. Дали в първичното право има подобно изключение, евентуално като основание или т.нар. „обективно обстоятелство“ в смисъла на Решение по дело *Coname*, което да освобождава такива действия дори от прилагане на първичното право, не е обсъждано по-детайлно от страните по делото.

Г — Заключение

117. Проверката по обжалваните от Комисията действия като цяло показва, че не са налице обстоятелства, които да позволяват осъществяване на спорните услуги без каквото и да е обявяване.

118. Може да има процедури за възлагане на обществени поръчки, при които въобще да не се изисква обявяване, но в конкретния случай липсват такива обстоятелства или поне не са представени доказателства за тяхното наличие.

VI — По съдебните разноски

119. Съгласно член 69, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните

разноски, ако е направено такова искане. След като Ирландия е загубила делото и Комисията е направила искане Ирландия да заплати разноските ѝ, тя трябва да бъде осъдена да понесе съдебните разноски на Комисията. Кралство Нидерландия като встъпила страна поема собствените си разноски съгласно член 69, параграф 4 от Процедурния правилник.

VII — Заключение

120. С оглед на гореизложеното предлагам на Съда:

- 1) да установи, че Ирландия не е изпълнила задълженията си по Договора, като е позволила на Dublin City Council да извършва спешен транспорт с линейки, без Eastern Regional Health Authority да е направил предварително обявяване, въпреки че не са налице обстоятелства, които да позволят на Ирландия такъв начин на действие;
- 2) да осъди Ирландия да заплати съдебните разноски на Комисията;
- 3) да осъди Кралство Нидерландия да поеме собствените си съдебни разноски.