

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н Р. CRUZ VILLALÓN

представено на 14 септември 2010 година<sup>1</sup>

1. Преюдициалното запитване, отправено от Rechtbank Assen (наричан по-нататък „Rechtbank“), има за цел тълкуването на 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<sup>2</sup>, изменена с Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година<sup>3</sup> (наричана по-нататък Директива 89/665).

2. Посредством петте отправени от Rechtbank въпроса, по-голямата част от които са разделени на подвъпроси, тази юрисдикция иска от Съда да се произнесе по две ясно различаващи се теми.

3. От една страна, Rechtbank иска да се установи дали способите за обжалване, предвидени в Директива 89/665, и по-специално в член 1, параграфи 1 и 3, и член 2, параграфи 1 и 6, допускат национална процесуалноправна уредба на обезпечителните мерки като тази в Нидерландия, която в областта на обществените поръчки по принцип предоставя компетентността на

гражданските съдилища, като същевременно установява ограничения по отношение на механизмите за представяне на доводи и доказателства, и която в крайна сметка оформя тези мерки като автономни спрямо производството по същество, в което окончателно се установяват правните отношения, като по този начин тези мерки придобиват известно постоянно действие.

4. От друга страна, Rechtbank поставя въпроса дали за целите на член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665, тоест „[за] да се обезщетят лицата, ощетени от дадено нарушение“, правото на Съюза въвежда критерии за търсенето на тази отговорност, както и за установяването и оценяването на вредите.

5. По този начин с настоящото дело се открива възможност за уточняване на някои аспекти от Директива 89/665, които са от голям интерес за запазването на законността, изисквана от правото на Европейския съюз в контекста на възлагането на обществените поръчки.

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2 — ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237.

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

## I — Факти

6. С цел обновяването на два подвижни моста в община Emmen по плавателната отсечка от мрежата от канали Ericsa-Ter Apel съветът на провинция Drenthe (наричан по-нататък „провинцията“) открива процедура за възлагане на обществена поръчка за строителство, обявата за която се публикува в *Официален вестник на Европейския съюз* от 18 юли 2007 г.<sup>4</sup>

7. Европейският съюз отпуска субсидия за проекта, при условие че строителството се осъществи в определен срок, приключващ на 1 юли 2008 г.

8. Четирима оференти представят оферти, като тази с най-ниската цена е на предприятието Machinefabriek Emmen B.V (наричано по-нататък „MFE“), а второто място заема офертата на Combinatie Srijker Infrabouw (наричано по-нататък „Combinatie“).

9. На 2 октомври 2007 г. провинцията уведомява Combinatie, че възнамерява да възложи поръчката на MFE, тъй като последното се явява оферентът, предложил най-ниска цена.

10. На 18 октомври 2007 г. Combinatie реагира срещу решението за възлагане, като иска от съдията по временните мерки

към Rechtbank Assen (наричан по-нататък „съдията по временните мерки“) да постанови, че представената от MFE оферта е недействителна и че вследствие на това Combinatie се явява предприятието, предложило най-ниска цена, както и че му се предоставя поръчката, в случай че провинцията пристъпи към възлагането ѝ.

11. Въпреки че въпросното бързо производство за постановяване на временни мерки е в ход към 1 ноември 2007 г., провинцията уведомява всички оференти, че оттегля обществената поръчка, вследствие на което отменя решението си за възлагане, обявено на 2 октомври 2007 г., въз основа на това, че намира някои съществени пропуски в процедурата<sup>5</sup>.

12. Въпреки това Combinatie не оттегля искането си за обезпечителни мерки. На 9 ноември 2007 г. MFE — предприятието, първоначално избрано за изпълнител — от своя страна иска от съдията по временните мерки да му отреди възлагането на поръчката. Провинцията заявява при своето явяване в съдебното заседание, че не желае да възложи поръчката на нито един от оферентите.

13. На 28 ноември 2007 г. съдията по временните мерки се произнася с

4 — За целите на националната административна преписка поръчката фигурира като „Проект 1382“.

5 — Според провинцията основните недостатъци се състоят в съществени изменения — въведени в хода на процедурата — на критериите относно годността, опита и оборота на оферентите. Освен това на Combinatie се съобщава, че след подробното преразглеждане на офертата на MFE се стига до заключението, че не може да му се възложи поръчката, вследствие на което възниква възможността за повторно откриване на процедурата по възлагане.

определение — подлежащо на предварително изпълнение — решаващата за целите на настоящото производство част от което гласи следното: предвид това че „с писмо от 2 октомври 2007 г. провинцията е уведомила, че желае да възложи поръчката на Machinefabriek Emmet, ако в петнадесетдневен срок не започне обезпечително производство, провинцията не може на този етап от процедурата по възлагане и съгласно принципите на равно третиране, на оправдани правни очаквания и на предоговорна добросъвестност да възложи поръчката посредством втора процедура по възлагане на същата поръчка на друго лице, което е различно от получило правото на възлагане на поръчката въз основа на първата процедура по възлагане“<sup>6</sup> — което в диспозитива на определението е формулирано като „забрана за възлагане на поръчката на трето лице, различно от Machinefabriek“.

14. Пет дни по-късно, на 3 декември 2007 г., провинцията възлага поръчката на MFE.

15. На 11 декември 2007 г. Combinatie подава жалба пред Gerechtshof Leeuwarden, като иска изпълнението на решението на съдията по временните мерки да бъде спряно.

16. Посредством междинно решение от 30 януари 2008 г. Gerechtshof Leeuwarden отхвърля искането за спиране, като преценява, че MFE има основателен интерес да се изпълни определението, прието от

съдията по временните мерки. Макар че разглеждането на жалбата е могло да продължи по отношение на останалата част от исканията с цел отмяна или потвърждаване на определението на съдията по временните мерки<sup>7</sup>, Combinatie я оттегля.

17. Впоследствие Combinatie подава иск срещу провинцията пред Rechtbank, като този път цели получаването на обезщетение за вредите, причинени му поради крайния резултат от обществената поръчка за строителство. Призовката за явяване на провинцията е издадена на 29 февруари 2008 г. На 22 декември 2008 г. Rechtbank отправя настоящото преюдициално запитване.

## II — Преюдициалните въпроси

18. В своя акт за преюдициално запитване Rechtbank приема — и този аспект ще се окаже особено релевантен — че решението на провинцията да оттегли решението си за възлагане на обществена поръчка от 2 октомври 2007 г. и да открие отново процедурата по възлагане според него е единствената възможност, съвместима с правилното прилагане на правото в областта на обществените поръчки.

19. Възоснована тази предпоставка въпросната юрисдикция спира производството и

6 — Основание 4.13 от определението от 27 ноември 2007 г.

7 — Съдебното заседание е било насрочено за 13 февруари.

съгласно член 267 ДФЕС отправя на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1. а) Трябва ли член 1, параграфи 1 и 3, и член 2, параграфи 1 и 6 от Директива 89/665/ЕИО да се тълкуват в смисъл, че тези разпоредби не са спазени, ако правната защита, която националният съд трябва да предостави при спорове относно възлагането на обществени поръчки по общностното право, е усложнена от факта, че в система, в която както административните, така и гражданските съдилища, могат да са компетентни по отношение на едно и също решение и неговите последици, може да се стигне до паралелно постановени противоречиви решения?
- б) Допустимо ли е във връзка с това административният съд да бъде ограничен до това да разглежда решението за възлагане на обществена поръчка и да се произнася по него, и при утвърдителен отговор, защо и/или при какви условия?
- в) Допустимо ли е във връзка с това *Algemene wet bestuursrecht* [Общ закон в областта на административното право], който урежда по общ начин правото да се подаде жалба до административен съд, да изключи такава жалба, когато става въпрос за решение относно сключването на договор за възлагане на обществена поръчка от страна на възлагащия орган с един от оферентите, и при утвърдителен отговор, защо и/или при какви условия?
- г) Има ли значение във връзка с това отговорът на въпрос 2?
2. а) Трябва ли член 1, параграфи 1 и 3, и член 2, параграфи 1 и 6 от Директива 89/665/ЕИО да се тълкуват в смисъл, че тези разпоредби не допускат система, при която за получаване на бързо решение е налице само едно производство, за което е характерно, че по принцип е насочено към постановяване на неотложна привременна мярка, че адвокатите нямат право да разменят писмени становища, че по принцип могат да се представят само писмени доказателства и че не се прилагат законовите правила относно доказването?
- б) При отрицателен отговор на горния въпрос, важи ли това и когато съдебното решение не води до окончателно установяване на правните отношения и също така не е част от производство по постановяване на решение, което се ползва със сила на пресъдено нещо?
- в) Има ли значение, че съдебното решение обвързва само страните в производството, при положение че е възможно да има и други засегнати лица?
3. Съвместимо ли е с Директива 89/665/ЕИО съдията по временните мерки да задължава възлагащия орган да

приеме решение за възлагане, което в последващо производство по иска е обявено за несъвместимо с разпоредбите на общественото право в областта на обществени поръчки?

4. а) При отрицателен отговор[...] трябва ли да се смята, че за това носи отговорност възлагащият орган, и ако да, в какъв смисъл?
- б) Важи ли това и когато отговорът на въпроса е утвърдителен?
- в) Ако възлагащият орган трябва да поправи вредите, предоставя ли общественото право критериите, въз основа на които вредите трябва да бъдат установени и оценени, и при утвърдителен отговор, кои са тези критерии?
- г) Ако не може да приеме, че възлагащият орган носи отговорност, позволява ли общественото право да се определи друго лице, което носи отговорност, и на какво основание?
5. Ако съгласно националното право и/или въз основа на отговорите на предходните въпроси се окаже фактически невъзможно или прекомерно трудно да се реализира отговорността, как трябва да постъпи националният съд в този случай? "

### III — Производството пред Съда

20. Актът за преюдициално запитване постъпва в секретариата на Съда на 22 декември 2008 г.

21. В срока, посочен в член 23 от Статута на Съда на ЕС, становища са представили Combinatie, провинцията, правителството на Нидерландия и Комисията.

22. След общото събрание на Съда от 1 декември 2009 г. Съдът решава съгласно член 104, параграф 5 от своя процедурен правилник да поиска от Rechtbank редица уточнения относно икономическата стойност на обявената от провинцията поръчка. С отговор, постъпил в секретариата на Съда на 2 февруари 2010 г., Rechtbank уточнява, че въпросната поръчка е част от по-обща строителна дейност, свързана с плавателната връзка Erica-Ter Appel, чиято обща стойност без ДДС възлиза на 6 100 000 EUR.

23. След като отново разглежда делото по време на общото събрание от 23 март 2010 г, Съдът решава да отправи до страните в преюдициалното производство редица писмени въпроси, свързани с изпълнението на обезпечителните мерки съгласно нидерландското право, с възможностите, които последното предлага за постигането на отмяна на поръчката, както и с алтернативите, с които разполага провинцията след определеното за обезпечителни мерки.

24. Последните отговори, преведени на френски език, постъпват на 7 юни 2010 г., от която дата се подготвя настоящото заключение, тъй като нито една от страните не е поискала провеждане на съдебно заседание.

EUR 5 278 000 — за обществени поръчки за строителство<sup>9</sup>.

## 2. Директива 89/665

### IV — По приложимото право

#### A — Право на Съюза

##### 1. Директива 2004/18/ЕО<sup>8</sup>

25. Член 7, буква в) определя икономическия праг на обществените поръчки за строителство:

„Настоящата директива се прилага към обществените поръчки, които не са изключени [...] и [...] които имат стойност без ДДС, равна или по-висока от следните прагове:

[...]

8 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (наричана по-нататък „Директива 2004/18“, ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116; поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282).

26. В съответствие с член 1, параграф 1 от Директива 89/665 „[Д]ържавите членки предприемат необходимите мерки, за да гарантират, че по отношение на процедурите за възлагане на обществени поръчки, попадащи в приложното поле на Директиви 71/305/ЕИО, 77/62/ЕИО и 92/50/ЕИО, решенията, взети от възложителите, могат да бъдат ефективно обжалвани, и по-специално възможно най-бързо в съответствие с условията, посочени в следващите членове, и по-специално в член 2, параграф 7, с мотива, че тези решения са нарушили правото на Общността в областта на обществените поръчки или националните норми, транспониращи това право“<sup>10</sup>.

9 — Тази сума, която е в сила към момента на публикуване на обявлението за възлагане на обществена поръчка, е определена с Регламент (ЕО) № 2083/2005 на Комисията от 19 декември 2005 година за изменение на Директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета по отношение на прилаганите от тях прагове за процедурите за възлагане на обществени поръчки (ОВ L 333, стр. 28, Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 7, стр. 276).

10 — Разпоредба, редактирана в съответствие с член 41 от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50). В съответствие с член 33 от Директива 93/36/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година за съгласуване на процедурите за възлагане на обществени поръчки за доставки (ОВ L 199, стр. 1) и член 36 от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година за съгласуване на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, стр. 54), както и в съответствие с член 82, втора алинея от Директива 2004/18/ЕО и съгласно таблиците на съответствията, приложени към посочените директиви, позоваванията на Директиви 71/305/ЕИО, 77/62/ЕИО и 92/50/ЕИО, фигуриращи в член 1, параграф 1 от Директива 89/665, се разглеждат като позовавания на Директива 2004/18.

## 27. Член 1, параграф 3 гласи:

„Държавите членки гарантират, че производствата по обжалване са достъпни, съгласно подробни правила, които държавите членки могат да установят, поне за всяко лице, което има или което е имало интерес от спечелването на процедурата за възлагане на поръчка за доставки или за строителство, и което е [претърпяло] или би могло да претърпи вреди от твърдяно нарушение. По-специално, държавите членки могат да изискат лицето, което е поискало преразглеждането, да уведоми предварително възложителя за твърдяното нарушение и за намерението си да поиска обжалване“.

- б) да се отменят или да се гарантира отмяната на решения, взети неправомерно, включително премахването на дискриминационните технически, икономически или финансови спецификации в поканата за участие в [процедура по възлагане на обществена поръчка], в документите за възлагането на поръчката или във всеки друг документ, свързан с процедурата за възлагане на поръчката;
- в) да се обезщетят лицата, ощетени от дадено нарушение.

[...]

## 28. В член 2, параграфи 1, 5 и 6 се предвижда:

„1. Държавите членки гарантират, че мерките, приети относно производствата по обжалване, уточнени в член 1, включват правомощия, които да позволяват:

- а) да се приемат, в най-кратки срокове и посредством [обезпечително производство], временни мерки с цел да се поправи твърдяно нарушение или да се предотврати нанасянето на допълнителни щети на засегнатите интереси, включително мерки за [спиране] или за гарантиране [на спирането] на процедурата за възлагане на обществена поръчка или [на] изпълнението на всяко решение, взето от възложителя;

5. Държавите членки могат да предвидят, когато са поискани обезщетения с мотива, че дадено решение е взето неправомерно, оспорваното решение да трябва първо да бъде отменено от орган, притежаващ необходимите правомощия.

6. Последниците от упражняването на правомощията, посочени в параграф 1, върху договор, сключен след възлагането на поръчка, се определят от националното право.

Освен това, с изключение когато дадено решение трябва да бъде отменено преди отпускането на обезщетения, дадена държава членка може да предвиди, че след сключването на договора, който следва възлагането на поръчка, правомощията на органа, отговорен за производствата по обжалване, следва да бъдат ограничени

до присъждането на обезщетения за всяко лице, оцетено от нарушение.

законодателство изпълнява установените в тази директива изисквания<sup>12</sup>.

[...]“

3. Член 2, параграф 7 от Директива 92/13<sup>11</sup>

29. Съгласно тази разпоредба „[в] случаите, когато е повдигнат иск за вреди, представляващи разходите по изготвяне на оферта или по участие в процедурата по възлагане, се изисква лицето, повдигащо иска, да докаже само нарушение на правото на Общността в областта на възлагането на обществени поръчки или на вътрешните разпоредби, относно въвеждането на това право, и това, че би имало реална възможност за спечелване на договора, и че вследствие на това нарушение, тази възможност е била неблагоприятно повлияна“.

## Б — Правото на Нидерландия

30. Нидерландия не въвежда специални мерки за транспониране на Директива 89/665/ЕИО, тъй като счита, че нейното

31. Особеността на нидерландската регулаторна рамка в тази област се състои в това, че възлагането на обществена поръчка се урежда от частното право<sup>13</sup>, като предварителните решения на административните органи, свързани с процедурата по възлагане<sup>14</sup>, се считат единствено за решения, предшествващи частноправен акт.

32. Вследствие на това гражданският съд<sup>15</sup> е този, който притежава изключителната компетентност да решава споровете в областта на възлагането на обществени поръчки както по отношение на приемането на обезпечителни мерки, така и в производството по същество, което се ограничава до получаването на обезщетение за причинените вреди.

11 — Директива 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 L76, стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 43).

12 — В основанията на Raamwet GET aanbestedingen voorschriften, een voor de Kaderwet van Implementatie Comunidad aanbestedingsregels (Рамков закон за прилагането на общностните разпоредби относно обществените поръчки, наричан по-нататък „Raamwet“) се потвърждава това схващане, като се заявява, че „изпълнението на [Директива 89/665] не налага промени в правната уредба. [...] Способите за обжалване, които трябва да са достъпни за заинтересованите лица по силата на директивата, вече са налице в нидерландската правна система“.

13 — Това произтича от съдебната практика на Raad van State (Държавен съвет).

14 — Например решението за възлагане на поръчката в полза на определен оферент.

15 — Както произтича от Raamwet и от член 8, параграф 3 от Algemene Wet Bestuursrecht (наричан по-нататък „Общ закон в областта на административното право“), не може да се подава жалба пред (административния) съд срещу предварителни решения, които публичен орган приема за изготвянето на частноправен акт.

33. Административният съд не може да се намесва<sup>16</sup>, освен ако това не е предвидено със специален закон<sup>17</sup>.

34. В членове 254—260 от Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (нидерландския гражданскопроцесуален кодекс, наричан по-нататък „гражданско-процесуалният кодекс“) се урежда обезпечителното производство, което, тъй като се ограничава до спешните случаи, се стреми към бързина, като се провежда изцяло в устна форма и съдържа специфични разпоредби в областта на доказването, които са различни от тези при обикновените производства.

## V — Проблеми по допустимостта

### A — Предварителен въпрос: стойността на проекта

35. Комисията и правителството на Нидерландия подчертават в своите становища,

16 — Дори и при предшестващите решения на възлагащите органи като например при решението за възлагане.

17 — Съгласно посоченото от нидерландското правителство в становището му административният съд въпреки това може да бъде компетентен, когато по изключение даден закон му предоставя такава компетентност, както е в случая с отдаването на концесии на основание на Wet Personenvervoer de 2000 (Закон от 2000 г. за превоза на хора).

че в акта за преюдициално запитване не е отразена стойността на предвидената поръчка за строителство — нещо, което изисква предварително изясняване.

36. В действителност, за да може Директива 89/665 да се приложи в конкретния случай, обявената от провинцията поръчка за възлагане трябва да превишава минималния икономически праг, установен в Директива 2004/18, който съгласно изложеното по-горе от мен за обществените поръчки за строителство към онзи момент е определен на 5 278 000 EUR.

37. От друга страна, съгласно член 9 от Директива 2004/18 изчисляването на прогнозната стойност на обществената поръчка трябва да се основава на общата дължима сума без ДДС по оценка на възлагащия орган (параграф 1), без да се допуска разделяне на проект за строителство „с цел заобикаляне прилагането на настоящата директива“ (параграф 3). В случай че предвиденото строителство може да доведе до едновременно възлагане на поръчки по отделни обособени позиции, „се взема предвид общата прогнозна стойност на всички тези обособени позиции“ (параграф 5, буква а).

38. В светлината на представените за целта разяснения от страна на Rechtbank, строителството — предмет на спора по главното производство, е част от мащабен проект, целящ изграждането на международна туристическа плавателна връзка между Германия и Нидерландия. За въпросното строителство са определени различни етапи, които обаче следват една и съща цел от функционална гледна точка, поради което в съответствие с посочените по-горе разпоредби общият проект с оглед на неговата оценка не следва да се разделя на части. С оглед на горепосоченото, както изтъква запитващата юрисдикция, и

предвид това че компетентният орган, отговорен за изпълнението, е определил разходите, за които може да се получи субсидия, в размер на 6 100 000 EUR, следва да се заключи, че общата стойност за проектите значително превишава споменатия икономически праг.

39. По този начин поради своята стойност обществената поръчка за строителство, предназначена за обновяването на подвижните мостове по плавателната отсечка на мрежата от канали Erica-Ter Apel, се урежда от Директива 2004/18 и следователно се ползва с гаранциите за обжалване, предвидени в Директива 89/665.

*Б — Хипотетичното естество на първия въпрос*

40. Rechtbank отправя на Съда подробен набор от въпроси, първият от които, както ще стане ясно по-нататък и както вече бе изложено, е само с хипотетично естество и следователно — недопустим.

41. От самото начало следва да се припомни, че спорът по националното производство, от който произтича настоящият преюдициален въпрос, представлява гражданско производство, имащо за предмет иск за обезщетение за вреди вследствие на

незаконнообразното невъзлагане на обществена поръчка, която, както вече посочих, в Нидерландия се урежда от частното право. Въпреки това Rechtbank включва в първия въпрос редица подвъпроси, които не са свързани (или имат само далечна връзка) със същинското естество на производството, нито с иска по главното производство, с който той е сезиран, като вследствие на това е налице риск те да бъдат обявени за недопустими<sup>18</sup>.

42. В действителност Rechtbank изхожда от предпоставката (в точка а) от първия преюдициален въпрос), че някои разпоредби от Директива 89/665 може да са нарушени, ако се затруднява правната защита (включено като оценка в текста на въпроса), като следствие от това, че нидерландският правен ред позволява както на гражданските, така и на административните съдилища да се произнасят с „паралелно постановени противоречиви решения“. В следващите три параграфа от този първи въпрос Rechtbank поддържа по същество същата предпоставка — както доказва встъпителният израз „във връзка с това“, използван в началото на всеки един от тях — и пита дали е допустимо, от една страна, административният съд да се ограничи до разглеждането на решението за възлагане на обществена поръчка (буква б), и от друга страна, Общият закон в областта на административното право да забранява подаването на жалба до посочения съдебен орган, когато става въпрос за решение на администрацията относно

18 — Решение на Съда от 4 октомври 2007 г. по дело Rampion и Godard (C-429/05, Сборник, стр. I-8017, точки 23 и 24), Решение от 11 декември 2008 г. по дело MIVER и Antonelli (C-387/07, Сборник, стр. I-9597, точка 15), Решение от 10 септември 2009 г. по дело Eurawasser (C-206/08, Сборник, стр. I-8377, точки 33 и 34) и Решение от 19 ноември 2009 г. по дело Fikiriak (C-314/08, Сборник, стр. I-11049, точки 40—42).

възлагане на обществена поръчка (буква в)<sup>19</sup>, като накрая иска да се установи (вече в буква г) дали отговорите на този първи въпрос може да бъдат обусловени от това дали във връзка с втория въпрос Съдът ще установи евентуално нарушение на правото на Съюза, произтичащо от начина, по който нидерландската правна система регламентира обезпечителните мерки.

43. Хипотетичното естество на всички параграфи от първия въпрос не поражда никакви съмнения. Достатъчно е в това отношение да се отбележи, че както съдията по временните мерки, така и *Gerechtshof Leeuwarden* (първи граждански състав в качеството си на апелативна инстанция) и *Rechtbank* (запитващата юрисдикция, пред която е внесено искането за обезщетение за вреди), тоест всички юрисдикции, взели участие след началото на започналия по искане на *Combinatie* правен спор, са граждански съдилища.

44. Независимо от това, че, както твърдят страните по отношение на нидерландската

правна уредба<sup>20</sup>, едновременно разглеждане на спор от страна на гражданските и административните юрисдикции може да се наблюдава само по изключение, във всеки случай въпросното обстоятелство тук не е било налице, а по-скоро, въз основа на определението на *Rechtbank*, може да се стигне до обратния извод. В действителност в настоящия случай тази юрисдикция по никакъв начин не посочва, че се е произнесъл административен съд, тъй като в самата формулировка на буква а) от първия въпрос, в която се посочва фактът, че „могат да са компетентни“, изглежда отразява само една хипотеза. Също така не се посочва това „едно и също решение“, по отношение на което двете съдилища могат да се окажат компетентни, още повече че при това положение предметът на жалбите се различава от този на жалбите, разглеждани от съдията по временните мерки (решението за възлагане на поръчката на MEF) и от *Rechtbank*, който разглежда единствено искането за обезщетение за вреди — от което може да се стигне до заключението, поне в конкретния случай, че не е имало противоречиви решения по отношение на едно и също решение, тъй като спорните предмети и предявените искания по същество са различни.

45. В конкретния случай при явната липса на произнасяне от страна на административния съд, до което се отнасят подвъпросите на първия въпрос и предвид това че член 267 ДФЕС не дава правомощия на Съда да се произнася с консултативно становище по общи или хипотетични

19 — Преди всичко букви б) и в) от този първи въпрос съдържат известно противоречие, тъй като при положение че в буква б) се загатва, че е допустимо „административният съд да бъде ограничен до това да разглежда решението за възлагане на обществена поръчка и да се произнася по него“, в буква в) от него се споменава, че Общият закон в областта на административното право „[изключва] такава жалба, когато става въпрос за решение относно сключването на договор от страна на възлагащия орган с един от оферентите“.

20 — В Нидерландия административният съд не разполага с компетентност по въпросите на обществените поръчки. Той единствено извършва контрол по отношение на някои публични концесии — една типично административна функция, която е много разпространена в публичната сфера. Тази изключителност вече е отразена в мотивите към Общия закон в областта на административното право, подчертана от нидерландското правителство, което за да предотврати нежелани противоречия, се противопоставя на дублирането на компетентността между двете юрисдикции.

въпроси<sup>21</sup>, според мен тези подвъпроси следва да бъдат обявени за недопустими.

## VI — По съществуващото на спора

46. Разглеждането на останалите отправки от Rechtbank четири въпроса, като оставим настрана някои неясноти във връзка със смисъла им, могат да се групират в три направления за целите на анализа им във връзка с Директива 89/665: А) организацията на бързото производство за постановяване на временни мерки, Б) липсата на правораздаване по съществуващото на спора, различно от свързаното с получаване на обезщетение, и В) установяването на отговорността и определянето на съответстващото на нея обезщетение за вредите.

*А — Организация на бързото производство за постановяване на временни мерки: отговор на втория въпрос*

47. Във втория от своите въпроси Rechtbank принципно пита дали е съвместима с член 1, параграфи 1 и 3, и член 2, параграфи 1 и 6 от Директива 89/665 общена процедура по обезпечителните мерки, независима от евентуалното

производство по същество, при която за да се получи бързо решение, не се предвижда устно обмяна на становища, нито други доказателства, различни от писмените, като се избягва прилагането на общия режим на доказване, когато освен това съдебното решение, с което тези мерки се приемат, не води до окончателното установяване на правоотношения, нито разпростира своето действие erga omnes, а обвързва само страните в производството.

48. Вероятно поради предимството, което нидерландската съдебна система изглежда предоставя на обезпечителните мерки, с което запитващата юрисдикция е напълно наясно, същата поставя под въпрос процесуалната организация на бързото производство за постановяване на временни мерки от гледна точка на правото на Съюза изключително поради описаните в предходната точка причини.

49. Още в самото начало трябва да отбележим, че Директива 89/665 предоставя широка свобода на държавите членки по отношение на избора на компетентните съдилища, които да осигурят предвидените в нея процесуални гаранции и по отношение на съответната им процедурна организация.

50. Поради това при липсата на правна уредба на Съюза вътрешният правен ред на всяка държава членка следва да установи процесуалните правила при обжалванията, предназначени да гарантират защитата на правата, които правните субекти извеждат от общностното

<sup>21</sup> — Решение на Съда от 16 декември 1981 г. по дело Foglia (244/80, Recueil, стр. 3045, точка 18).

право<sup>22</sup>, доколкото те са в рамките, в които защитата на въпросните права е в съответствие с принципите на ефективност<sup>23</sup> и равностойност<sup>24</sup>.

51. Трябва да отбележа, че единственият предоставен от *Rechtbank* параметър за сравнение е Директива 89/665, която не предвижда нищо в това отношение, поради което не е налице никакво основание за критика, тъй като в акта за преюдициално запитване не се описва доколко тази специална процедурна организация оказва отрицателно въздействие върху основните права на правните субекти, и по-специално върху ефективните средства за правна защита, произтичащо в конкретния случай от нарушението на принципите на равностойност и ефективност.

52. Нещо повече, без да се задълбочавам в особеностите на доказването, в начина, по който е формулиран състезателният принцип между страните или в действието на обезпечителните мерки<sup>25</sup>, изглежда логично, че от гледна точка на тяхната крайна цел и естество процедурата по тяхното приемане се различава от процедурата при

обикновените производства, като освен това Директива 89/665 предвижда именно насърчаване на бързото приемане на временни мерки. В действителност тази директива съгласува законодателствата на държавите членки, по-специално за да осигури приемането на мерки „в най-кратки срокове и посредством временни процедури“<sup>26</sup>.

53. От друга страна, в буква б) от втория въпрос се подчертава обстоятелството, че „съдебното решение [с което се приемат временните мерки] не е част от производство по постановяване на решение, което се ползва със сила на пресъдено нещо“.

54. Този аспект е свързан с автономното естество на обезпечителното производство в структурата на правните средства за защита в Нидерландия. Тази автономност не само че не подлежи на критики с оглед на общностното право в областта на обществените поръчки, но също така се изисква от съдебната практика, която я тълкува. Именно поради това че предоставянето на обезпечителните мерки се разглежда като междинно производство в

22 — Решение на Съда от 16 декември 1976 г. по дело *Rewe* (33/76, *Recueil*, стр. 1989, точка 5), Решение от 14 декември 1995 г. по дело *Peterbroeck*, (С-312/93, *Recueil*, стр. I-4599, точка 12), Решение от 13 март 2007 г. по дело *Unibet* (С-432/05, Сборник, стр. I-2271, точка 39) и Решение от 7 юни 2007 г. по дело *Van der Weerd* и др. (С-222/05—С-225/05, Сборник, стр. I-4233, точка 28) и Решение от 15 април 2008 г. по дело *Impact* (С-268/06, Сборник, стр. I-2483, точка 44).

23 — Решение на Съда от 14 декември 1995 г. по дело *Peterbroeck* посочено по-горе, точка 14 и Решение от 3 септември 2009 г. по дело *Fallimento Olimpiclub* (С-2/08, Сборник, стр. I-7501, точка 27).

24 — Решение на Съда от 15 септември 1998 г. по дело *Deis* (С-231/96, *Recueil*, стр. I-4951, точка 36), Решение от 1 декември 1998 г. по дело *Levez* (С-326/96, *Recueil*, стр. I-7835, точка 41) и Решение от 19 септември 2006 г. по дело *i-21 Germany* и *Argos* (С-392/04 и С-422/04, *Recueil*, стр. I-8559, точка 62).

25 — Аспекти, по отношение на които Съдът не трябва да се произнася *in abstracto*.

26 — Член 2, параграф 1, буква а). Курсивът е мой. Освен това член 2, параграф 4 от Директива 89/665 дава правомощия на държавата членка при разрешаването на тези мерки да постигне баланс между „вероятните последици от мерките за всички интереси, които биха могли да бъдат засегнати, както и обществените интерес, и може да реши да не допусне такива мерки, когато техните отрицателни последици биха надвишили техните предимства“. Също така в същия този параграф се пояснява, че „[решение[то] да не се разрешат временни мерки], което] не засяга останалите искове, предявени от лицето, изискващо тези мерки“, не определя процедурния ред, по който те трябва да разглеждат.

рамките на главното производство, вместо да се обособи в отделно производство, Съдът уважава някои отправени от Комисията искове за установяване на неизпълнение на задължения<sup>27</sup>.

55. Освен това фактът, че мерките се приемат като обезпечителни, отразява временния характер, който изрично е посочен в член 2, параграф 1, буква а) от Директивата, отнасящ се за „временните мерки“<sup>28</sup>, от което следва, че по принцип те не засягат по окончателен начин правоотношенията, за които се отнасят.

56. В обобщение, някои от тези характеристики, описани почти като патологични от страна на националния съд в този втори въпрос, се оказват дори присъщи на временните мерки елементи.

57. Затова предлагам на Съда да отговори на този втори въпрос в смисъл, че доколкото не е доказано нарушение на ефективността на правото на Съюза, член 1, параграфи 1 и 3, и член 2, параграфи 1 и 6 от Директива 89/665 допускат национална правна уредба, съгласно която за получаването на обезпечителна мярка е налице само едно производство,

27 — Например в Решение от 19 септември 1996 г. по дело Комисия/Гърция (C-236/95, Recueil, стр. I-4459, точка 11), Решение от 15 май 2003 г. по дело Комисия/Испания (C-214/00, Recueil, стр. I-4667, точка 98), от които произтича, че временните мерки трябва да могат да се приемат независимо от каквото и да е предварително действие.

28 — Курсивът е мой.

характеризиращо се с нейното бързо постановяване, с липсата на право на адвокатите да обменят становища, с неприемането, като общо правило, на доказателства, различни от писмените, и с неприлагането на правната уредба в областта на доказването (буква а), независимо от факта, че съдебното решение, с което мярката се приема, не съдържа окончателно установяване на правоотношения, нито е част от производството, в което те окончателно се установяват (буква б), или независимо от факта, че то свързва единствено страните по спора (буква в).

*Б — Конфликт между бързото производство за постановяване на временни мерки и производството по същество: отговор на третия въпрос*

## 1. Предварителни съображения

58. С третия въпрос от Съда се иска да се произнесе относно това дали фактът, че съдия по временните мерки разпорежда на възложителя да приеме решение за възлагане, което впоследствие в производство по същество е обявено за несъответстващо на правото на Съюза в областта на обществените поръчки, е в съответствие с Директива 89/665.

59. Страните в настоящото преюдициално производство — с изключение на

провинцията — поддържат твърдението, че определението за обезпечителни мерки от 28 ноември 2007 г. на практика не налага на провинцията да възложи поръчката в полза на MFE, въз основа на което стигат до заключението за нуждата да се преформулира този въпрос<sup>29</sup>, тъй като считат, че Rechtbank изхожда от погрешна предпоставка.

60. Следването на предложения от Комисията и Нидерландия подход в рамките на преюдициално производство крие риск от изкривяване на смисъла, заложен от запитващата юрисдикция, тъй като последната в действителност иска да се задълбочи разглеждането на това, което по-горе определих като конфликт между бързото производство за постановяване на временни мерки и производството по същество.

61. Предвид това че член 267 ДФЕС се основава на едно ясно разпределение на функциите на националните юрисдикции и на Съда, единствено последният е компетентен да се произнеса по тълкуването или валидността на правна норма на Съюза, като изхожда от фактите, представени му от националната юрисдикция, която следва да установи обстоятелствата в основата на спора и да изведе

29 — Преформулирането на този въпрос, което предлагат Комисията и Нидерландия — а именно дали Директива 89/665 е нарушена, когато съдията по временните мерки прилага правото на Европейския съюз по начин, който впоследствие съдът в производството по същество квалифицира като грешен — би довело до лесен отговор, тъй като очевидно с оглед на разграничаването между несъществените процесуални правила, съдържащи се в Директива 89/665 — що се отнася до гаранциите за обжалване — и същностната нормативна уредба относно обществените поръчки, временна мярка, която се основава на грешно тълкуване на приложимото материално право, не води сама по себе си до нарушение на Директива 89/665.

последствията от тях за решението, което трябва да постанови<sup>30</sup>.

62. Следователно считам, че Съдът не може да замести преценката на Rechtbank — нещо което би направил, ако преформулира въпроса — като приеме, че актът за преюдициално запитване съдържа грешка в тълкуването на предшестващо съдебно решение<sup>31</sup>, което освен това произхожда от неговата собствена сфера (в качеството му на съдия по временните мерки). Напротив, Съдът трябва да се ограничи до това да предостави полезен отговор, като вземе предвид фактите по делото в тяхната цялост<sup>32</sup>.

2. Разликата в критериите при обезпечителната мярка и производството по същество

63. Противно на това, което според него постановява съдията по временните мерки, в точка 4.18 от своето определение Rechtbank счита, че „решението на провинцията да оттегли решението си за възлагане на обществена поръчка от 2 октомври 2007 г. и да открие отново процедурата по възлагане [е] единствената възможност, съвместима с правилното прилагане на правото в областта на обществените поръчки“.

30 — Решение на Съда от 2 юни 1994 г. по дело AC ATEL Electronics Vertriebs (C-30/93, Recueil, стр. I-2305, точки 16 и 17) и Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Teckal (C-107/98, Recueil, стр. I-8121, точки 29 и 30).

31 — За да се установи тази „грешка в тълкуването“, Съдът трябва подробно да разгледа елементи, които следва да бъдат оценени изключително от националния съд.

32 — Решение на Съда от 8 февруари 1990 г. по дело Shipping and Forwarding Enterprise Safe (C-320/88, Recueil, стр. I-285, точка 11).

64. При това положение, ако третият въпрос се анализира буквално, той изглежда не поражда особени съмнения.

65. Колкото и автономно да е бързото производство за постановяване на временни мерки, приетите в неговите рамки решения, доколкото се ползват с изцяло временен статут (в крайна сметка те са временни), могат да бъдат отменени, изменени или потвърдени в евентуалното производство по същество, при условие че легитимираното за това лице го поиска<sup>33</sup>, поради което евентуално противоречие не би следвало да причини проблеми.

66. Това разрешение явно намира израз в самия акт за преюдициално запитване (точка 4.18 in fine), когато се потвърждава, че (окончателното) решение „заменя определението, прието от съдията по временните мерки“.

67. При това положение следва да се постави въпросът в какво се състои проблемът. Ключът към отговора е предоставен в самото определение на *Rechtbank*, в което се заявява, че в случай на различни критерии при обезпечителната мярка и в производството по същество „положението е проблемно, [тъй като] са налице две автономни съдебни решения, които имат (или може да имат) различни последици за страните и третите лица“ (точка 4.8). Друга причина за това е обстоятелството, че

към момента на окончателното решение „поръчката вече е възложена и вероятно изпълнена, като единствената възможност е евентуално на *Combinatie* да се предостави обезщетение“ (също в точка 4.18 in fine).

68. В заключение, тези притеснения имплицитно предполагат друг аспект, който може да послужи като ограничение на отрицателния отговор на третия въпрос: Директива 89/665 допуска съдия по временните мерки да задължи възложителя да приеме решение за възлагане, което в последващо производство по съществото на спора е счетоно за несъвместимо с разпоредбите на правото на Съюза относно възлагането на обществени поръчки, при условие че действието на тези временни мерки може да бъде заместено с новото положение, произтичащо от решението в производството по същество.

69. В крайна сметка не мога да не приема, че в периода между обявяването на решението за възлагане и договора единственото ефективно средство в Нидерландия, за да се попречи на неговото сключване, са временните мерки, тъй като не е налице възможността решението за възлагане да се отмени нито преди, нито след приеждането му, както потвърждава нидерландското правителство<sup>34</sup>. Противно на това, от гледна точка на правото на Съюза,

33 — Има процесуални системи, каквато е испанската, при които тези изменения се осъществяват автоматично, като за целта е достатъчно произнасянето на окончателно съдебно решение.

34 — По-специално в предоставените от него разяснения (точка 18 и сл.) по въпросите, отправени от Съда. След като разяснява, че в нидерландската правна система се различават, от една страна, решението — от административноправен характер — за възлагането на обществена поръчка, и от друга, частноправният акт, чрез който се извършва това възлагане — подписването на договора за възлагане — нидерландското правителство категорично потвърждава, че нито въпросното решение, нито актът могат да бъдат предмет на жалба за отмяна.

подписването на договора е повратната точка във времето и функционално отношение на възможностите да се предприеме действие по отмяна на решението за възлагане, предвид това че дори и да не изисква от държавите членки да предвидят възможността за отмяна на вече подписан договор, въпреки всичко правото на Съюза им налага преди този момент да предоставят на засегнатото лице възможност да подаде жалба за отмяна на решението за възлагане<sup>35</sup>.

70. При това положение фактът, че в Нидерландия преди подписването на договора решението за възлагане на обществена поръчка не подлежи на контрол — административен или съдебен<sup>36</sup> — при все това не се оказва особено релевантен за обстоятелствата по случая<sup>37</sup>.

71. На първо място, защото следва да се припомни, че Combinatie доброволно

оттегля жалбата си пред Gerechtshof Leeuwarden и предпочита да започне производството по същество за обезщетяване за вреди<sup>38</sup>. На второ място, защото доколкото вече е бил сключен договорът за възлагане на поръчката (на 3 декември 2007 г.) и след като е поискана компенсация за вредите, член 2, параграфи 5 и 6 от Директива 89/665 не изисква от държавите членки да предвиждат жалба за отмяна. Това последно съображение показва също така ирелевантността на разсъжденията, представени от Rechtbank в точка 4.14 от акта за преюдициално запитване, относно целесъобразността на отмяната на решението за възлагане преди предоставянето на обезщетението за вреди<sup>39</sup>.

72. При това положение трябва да е ясно, че по начина, по който Rechtbank формулира своите въпроси, тези доводи са валидни, тъй като в конкретния случай съгласно описаните особени обстоятелства не са нарушени принципите на ефективност и равностойност — основни ограничения на процесуалната автономия на държавите членки, от което следва, че липсата на уредба относно жалба за отмяна не е от основно значение за целите на отговора.

35 — Решение на Съда от 28 октомври 1999 г. по дело Alcatel Austria AG и др. (C-81/98, Recueil, стр. I-7671), точки 35, 37, 38 и 43.

36 — В хода на своето участие в производството нидерландското правителство подчертава — както вече отбелязах — че административният съд не е компетентен да отменя решението за възлагане на поръчката, тъй като това решение за възлагане е само един предварителен елемент от частноправния акт. Освен това и гражданският съд не може да отменя решението за възлагане, тъй като то произхожда от публичен административен орган. Впрочем дори и гражданският съд не може да започне евентуално производство по обжалване срещу сключването на договора (акт, който се урежда от частното право): както изтъква в точка 20 от разясненията си, съдебната практика на Hoge Raad не допуска такъв контрол и освен при изключителни обстоятелства договор не може да бъде обжалван поради неговото несъответствие с нормативната уредба относно обществените поръчки, тъй като лицето, което евентуално би изтъкнало правните недостатъци на договора или на предхождащата процедура, тоест, изключеният оферент, не е легитимирано, защото не е страна по договора от гледна точка на частното право.

37 — Освен това нито една от страните не е засегнала този проблем.

38 — Макар че тази процедура трудно би могла да доведе до „отмяна, потвърждаване или промяна“ на обезщетелните мерки, тъй като, както вече отбелязах по-горе, предметът и целите на двете производства са различни, като освен това може да засягат различни страни.

39 — Според Rechtbank описаният проблем не би бил налице, „ако решението е могло да се обжалва само в едно-единствено специално производство за възлагане пред един-единствен съд и ако за предоставянето на компенсация се установи, че оспорваното решение първо трябва да бъде обявено за нищожно от компетентен орган“.

73. С оглед на всички тези съображения предлагам на Съда да отговори на третия въпрос в смисъл, че Директива 89/665 допуска евентуална разлика в преценката на съдията по временните мерки и на съда в производството по същество, при условие че тя не засяга изискваните от Директива 89/665 резултати, и по-специално трите гаранции, предвидени в член 2, параграф 1, по начина, по който са тълкувани в общностната съдебна практика.

на съвместимост (буква б) от четвъртия въпрос), като посочва също други евентуално отговорни лица „[а]ко не може да се приеме, че възлагащият орган носи отговорност“ (буква г) от четвъртия въпрос). От друга страна, в буква в) от четвъртия въпрос в самото начало се изхожда от предпоставката, че „възлагащият орган трябва да поправи вредите“ и по-нататък се иска пояснение във връзка с евентуалните критерии, установени в правото на Съюза, с цел да се установят и оценят тези вреди.

*В — Установяване на отговорността и определяне на съответстващото на нея обезщетение за вреди: отговор на четвъртия и петия въпрос*

1. Липсата на компетентност на Съда за търсене на отговорност в рамките на националното производство

74. Посредством четвъртия въпрос Rechtbank иска от Съда да се произнесе по въпроса кое е лицето, което може да бъде обявено за отговорно за евентуалните вреди, причинени на Combinatie, като развива въпросите си по отношение на възможността да се обяви за отговорен възлагащият орган, както в случай че с отговора на третия въпрос се потвърди несъвместимостта на нидерландския режим на обезпечителни мерки с Директива 89/665 (буква а) от четвъртия въпрос), така и ако бъде потвърдена обратната хипотеза

75. Петият въпрос се явява като заключение по отношение на предходните, тъй като целта му е да се установи „как трябва [...] да постъпи националният съд“, когато въз основа на отговорите на въпросите и на националното право „се окаже фактически невъзможно или прекомерно трудно да се реализира отговорността“.

76. Според мен Съдът не може да дава указания на Rechtbank относно това кои лица са отговорни за вредите, които Combinatie би могло да понесе вследствие на нарушение на правилата относно възлагането на обществени поръчки, тъй като въз основа на това се изгражда ядрото на спора, с който е сезиран. Поради същите причини, които предложих по-горе за отхвърлянето на преформулирането на третия въпрос, основани на компетентността на националния съд да прецени фактите и обстоятелствата по разглеждания от него спор, и в този случай Съдът не е компетентен да

се произнесе относно отговорността на различните лица, взели участие в процедурата по възлагане на поръчката за строителство в Emmen.

77. Считаю, че в действителност единствено Rechtbank следва да преценява<sup>40</sup> подобни аспекти, като например дали е налице отговорност, и при утвърдителен отговор дали в такъв случай тя трябва да се поеме от провинцията, от държавата — поради действията на съдията по временните мерки — или от друго лице, като се вземат предвид сведенията, представляващи интерес: обстоятелството, че провинцията не е изчакала да извърши възлагането, нито е обжалвала обезпечителните мерки, възможните алтернативи (ако са били налице), различни от възлагането на MFE, или от друга страна, обстоятелствата около временното изпълнение на определението на съдията по временните мерки, както и доброволното оттегляне от Combinatie на жалбата, подадена срещу това определение.

78. Освен това, доколкото предявеният в националното производство иск може да

се основава на нарушение на правото на Съюза, неговото установяване<sup>41</sup> — което е от особен интерес в случая — следва да бъде осъществено единствено от държавата членка в рамките на нейното национално право относно имуществената отговорност<sup>42</sup>.

79. Затова съм на мнение, че Съдът не следва да дава отговор на частта от четвъртия и петия въпрос, в която се иска същият да се произнесе относно това кое лице трябва да се счита за отговорно в спора пред националните съдилища.

2. Критерии за търсене на отговорност и за обхвата на вредите

80. Независимо от гореизложеното Съдът следва да поясни на Rechtbank дали правото на Съюза предоставя критерии, позволяващи установяване на вредите, търсене на отговорността за тях или, на последно място, тяхната оценка.

40 — По този въпрос следва да се имат предвид всички елементи, характеризиращи положението, изложено пред него, „по-специално степента на яснота и прецизност на нарушеното правило, наличието на умисъл при нарушението, възможността грешката при прилагане на правото да бъде извинена, приетото в конкретния случай становище от общностна институция, както и неспазването от страна на съответната юрисдикция на задължението ѝ за отправяне на преюдициално запитване съгласно член [267 ДФЕС]“ (Решение на Съда от 30 септември 2003 г. по дело Köbler (C-224/01, Recueil, стр. I-10239, точка 55), като достатъчно съществено нарушение на правото на Съюза е налице „когато съответното решение е било взето при явно назначително на практиката на Съда в тази област“ (Решение от 5 март 1996 г. по дело Brasserie du pêcheur и Factortame, C-46/93 и C-48/93, Recueil, стр. I-1029, точка 57 и Решение по дело Köbler, посочено по-горе, точка 56.)

41 — При условие че са изпълнени изискванията, установени в практиката на Съда: нарушената разпоредба от правото на Съюза да има за цел да предостави права, нарушението на въпросната разпоредба да е достатъчно съществено и да е налице пряка причинно-следствена връзка между това нарушение и понесената вреда.

42 — Коего за целта не може да разглежда нарушенията на правото на Съюза по по-неблагоприятен начин в сравнение с нарушенията на вътрешната правна уредба (принцип на равностойност), нито да ги урежда по начин, който прави получаването на обезщетение практически невъзможно или изключително трудно (принцип на ефективност) (вж. например Решение на Съда от 30 септември 2003 г. по дело Köbler, посочено по-горе, точка 58 и Решение от 13 март 2007 г. по дело Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Сборник, стр. I-2107, точка 123.)

## а) Предварителни съображения

81. Още в началото следва да се уточни какво иска Rechbank, когато в буква в) от четвъртия въпрос се обръща към Съда, за да установи дали „[ако] възлагащият орган трябва да поправи вредите“ правото на Съюза предвижда критерии за тяхното установяване и оценяване.

82. На пръв поглед може да се приеме, че Rechbank изхожда от положителен отговор по отношение на отговорността на възлагащия орган като предпоставка за отговора на въпроса по буква в).

83. Тази теза обаче не трябва да се следва, доколкото макар Rechbank да подчинява буква в) от четвъртия въпрос на предпоставката, че провинцията може да бъде отговорна, също така е вярно, че изложените от него съображения не изключват възможността тази отговорност да се поеме от другите лица, които по един или друг начин са взели участие в процедурата по възлагане, вследствие на което може да се направи тълкуването, че запитващата юрисдикция по принцип иска да узнае кои са критериите, определени от правото на Съюза относно обществените поръчки, за предоставянето на обезщетение в тази област.

84. Не следва да се забравя, че правилното установяване на имуществената отговорност изисква да се провери

действителното наличие на вреди като предварителна предпоставка за каквото и да е друго действие: при липсата на вреди не може да бъде задействан никакъв механизъм за търсене на извъндоговорна отговорност. На този етап въпросите относно установяването на вредите и тяхната оценка са от водещо значение.

85. Видно е, че в случаите на възлагане на обществени поръчки тези операции са от особена трудност, тъй като дори да предположим, че са били нарушени нормите на правото на Съюза, трябва да се направи истинска преценка на вероятностите, за да се стигне до заключението, че отпадналият оферент (в конкретния случай — Combinatie) в крайна сметка е щял да получи обществената поръчка, ако процедурата по възлагане беше проведена редовно.

86. При това положение споменатата от мен сложност не е изключение само за това конкретно дело, а е характерна за голям брой случаи на деликтна отговорност<sup>43</sup>, което задължава съда в производството по същество да приложи абстрактни формули, основани на сведенията, с които разполага, за да може да потвърди, в степен на вероятност близка до сигурността, че отпадналият оферент е щял да спечели възлагането на поръчката, ако са били спазени правилата за нея.

43 — Достатъчно е да се посочат например случаите на отговорност за вреди, причинени в областта на медицинските услуги, които се считат за несъответстващи на *lex artis*.

87. Друг проблем, който следва да се разгледа, са съставните части на вредите, които за целите на обезщетението могат да се различават в зависимост от това дали ще се вземат предвид единствено обективните разходи, извършени от оферента вследствие на участието му в процедурата за възлагане на обществена поръчка (претърпени вреди), или и други елементи, които са по-трудни за доказване, като например неполучени приходи (пропуснати ползи), произтичащи от незаконосъобразното му изключване.

88. С оглед на гореизложеното следва ясно да се разграничат три области, свързани с Директива 89/665:

— Първата: свързана със самата Директива 89/665, която предвижда засилване на съществуващите механизми, както национални, така и на Съюза, за гарантиране на ефективното прилагане на директивите относно възлагането на обществени поръчки<sup>44</sup>, чиято цел установява задължението на държавите членки да гарантират, че противозаконните решения на възложителите могат да бъдат ефективно и по възможно най-бърз начин обжалвани, като в член 2, параграф 1, буква в) от нея изрично се включва обезщетението за вреди на засегнатите от нарушения лица.

44 — Решение на Съда от 4 февруари 1999 г. по дело Köllensperger и Atzwanger (С-103/97, Recueil, стр. I-551), точка 3) и Решение от 14 октомври 2004 г. по дело Комисия/Португалия (С-275/03, точка 28).

— Втората: свързана с по-специфичните правила, с които се уреждат различните процедури в държавите членки. Предвид това че разпоредбите на Директива 89/665 се ограничават само до сближаването на националните процедурни инструменти с цел да се гарантира спазването на правната уредба на Съюза относно възлагането на обществени поръчки, е видно, че държавите членки са тези, които следва да установят механизмите и характеристиките, отнасящи се до процедурите, насочени към реализирането на съдържащото се в член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665 задължение — процедурни уточнения, които остават извън обхвата на тази директива.

— Третата: свързана с аспектите на материалното право, които позволяват да се изясни тази отговорност и които очевидно също попадат извън приложното поле на Директива 89/665.

б) По прилагането на член 2, параграф 7 от Директива 92/13

89. Тази точно определена схема, върху която правото на Съюза оказва влияние непряко, а посредством принципите на ефективност и равностойност, може да се счита за изменена с Директива 92/13/ЕИО, ако се приеме, че в член 2, параграф 7

от нея са включени някои критерии за установяването на вредата и нейния размер.

реалната възможност за спечелване на поръчката е била неблагоприятно повлияна от нарушението.

90. Както ще стане ясно, случаят не е точно такъв.

91. Тази разпоредба повдига въпроса дали е възможно тя да се свърже с условията за установяването на вредите и техния размер, чието компенсирание се гарантира с Директива 89/665: казано накратко, какво е значението на този допълнителен член в Директива 92/13 в сравнение с Директива 89/665?

92. Досега Съдът не се е произнасял по този въпрос.

93. Член 2, параграф 7 съдържа три елемента, които могат да се открият: първият — определен вид вреди, тоест неправените разходи за изготвянето на оферта; вторият — доказателствената тежест, ограничена до това да се докаже, от една страна, че е налице нарушение на правото на Съюза, и от друга страна, реалната възможност за спечелване на поръчката; и третият — причинно-следствената връзка, състояща се в това, че

94. Въпреки че обществените поръчки в специалните сектори (водоснабдяване, енергетика, транспорт и пощенски услуги, които се уреждат с Директива 2004/17/ЕО<sup>45</sup>) по своето естество и казуистика се различават от попадащите в общия обхват (този на Директива 2004/18), трудно е да се установят причините, обосноваващи регламентиране на обезщетението за вреди като предвиденото в случая само по отношение на първата, но не и на втората група.

95. Следва да се подчертае, че тези две директиви са изменени с Директива 2007/66/ЕО<sup>46</sup>, без законодателят на Съюза да предвиди в Директива 89/665 — като се възползва от това изменение — разпоредба, подобна на член 2, параграф 7 от Директива 92/13, от което имплицитно би могло да се заключи, че законодателят не е искал да въвежда подобна разпоредба в областта на вредите, компенсацията за които се гарантира с Директива 89/665, като така въпросът за тяхното установяване съзнателно се оставя отворен.

45 — Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3; поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 169).

46 — 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, стр. 31).

96. Колкото до обхвата на вредите, които следва да се компенсират, очевидно е, че в Директива 89/665 този въпрос е оставен отворен, което от самото начало предполага, че държавите членки са свободни да включат както претърпените вреди, така и пропуснатите ползи. Също така е вярно обаче, че и Директива 92/13 не ограничава автономността, с която се ползват държавите, тъй като единственото, което тя прави, е да регламентира някои критерии за причинно-следствената връзка и доказателствата с цел да се улесни обезщетяването на оферент за направените от него разходи, но не дава указания за обхвата на вредите или за обезщетението, нито за търсенето на отговорност. Разпоредбата се ограничава до изискването за представяне на правни доводи — в случай че се наруши правна норма на Съюза — и на повече или по-малко пълни доказателства за вероятността за получаване на поръчката<sup>47</sup>.

97. Следователно по мое мнение релевантността на член 2, параграф 7 от Директива 92/13 в настоящия случай следва да се разглежда относително. Въпреки това считам, че нито правната сигурност, нито институционалният баланс ще бъдат засегнати, ако за целите на тълкуването към Директива 89/665 се отнесат съдържателните се в тази разпоредба аспекти в областта на причинно-следствената връзка и доказването на обективните вреди, произтичащи от разходите за участие в процедурата по възлагане, без с това да се ограничава

свободата, която посредством процесуалната автономия правото на Съюза предоставя на държавите членки да изискват или не доказването на дадена причинно-следствена връзка<sup>48</sup> по отношение на какъвто и да е вид вреда или нейния обхват, или да вземат предвид други вреди, различни от самите разходи, като например пропуснатите ползи.

#### в) Установяване на вредите

98. Следователно ключът към отговора на четвъртия въпрос, буква в) относно установяването на вредите трябва да се търси в принципа на процесуална автономия на държавите членки, които следва да определят критериите за предоставяне на обезщетението, предвидено в член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665.

99. В действителност Директива 89/665 не предвижда критерии за търсене на отговорност, които да позволяват установяването

47 — Що се отнася обаче до критериите за установяване на вредата, опростеността, залегнала във въпросния член 2, параграф 7, го доближава до тази, която Съдът установява в посоченото по-горе Решение по дело Комисия/Португалия, в което макар и да не се произнася относно наличието на отговорност от обективно естество, от практическа гледна точка формуирането на критериите за установяване на вредата изглежда се свеждат до констатиране на нарушението на правото на Съюза.

48 — В този смисъл въз основа на принципа на равностойност — макар и в областта на конкуренцията — в Решение на Съда от 13 юли 2006 г. по дело Manfredi и др. (C-295/04—C-298/04, Recueil, стр. I-6619, точка 99) се посочва, че „ако в рамките на националните действия, сходни с тези, основани на правилата на Общността, [...] могат да се предоставят специални обезщетения, като тези с възпиращо или наказателно естество, при последните посочени действия също трябва да могат да се предоставят такива обезщетения“, което въпреки това не пречи „националните юрисдикции да следят за това защитата на гарантіраните от общността правен ред права да не води до неоснователно обогатяване на оправомощените лица“.

на вредите; въпреки това Съюзът не трябва да остава изцяло безучастен, доколкото описаните от мен в настоящото заключение ограничения, изразяващи се в принципите на равностойност и ефективност, винаги трябва да бъдат спазвани и да включват адекватно правораздаване от страна на националните юрисдикции, които трябва да гарантират правото на ефективна защита на предоставените от Съюза права.

100. Така например критерият за ефективност позволява на Съда да обоснове осъждането на Португалската република<sup>49</sup> с доводите, че във вътрешната си правна уредба подчинява предоставянето на обезщетение за нарушение на правото на Съюза в областта на обществените поръчки или на националните правила, които го транспонират, на условията да се докаже наличието на непредпазливост или на умисъл — условие, което според Съда не съответства на адекватна система на съдебна защита, тъй като поражда риск от лишаване на увредените оференти от правото да искат обезщетение или от забавяне на неговото предоставяне<sup>50</sup>.

49 — Решение по дело Комисия/Португалия, посочено по-горе.

50 — В Решение на Съда от 10 януари 2008 г. по дело Комисия/Португалия (C-70/06, Сборник, стр. I-1), второ дело от тази поредица, с което се осъжда Португалската република за това, че не е взела необходимите мерки с оглед изпълнението на посоченото по-горе Решение от 14 октомври 2004 г. (C-275/03), отново се отбелязва, че предоставянето на доказателство за наличието на непредпазливост или на умисъл, макар и да не прави невъзможно използването от частноправните субекти на средствата за съдебна защита, „при все това [...] прави тези средства за защита по-трудни и по-скъпи, като по този начин възпрепятства пълната ефективност на общността политика в областта на обществените поръчки“ (точка 42).

101. В друга област, в Решение по дело T Mobile Netherlands и др.<sup>51</sup>, се разглежда въпросът дали в рамките на член 81 ЕО, параграф 1 и във връзка с „проверката на причинно-следствената връзка“ между съгласуването и пазарното поведение на участващите предприятия националният съд е длъжен да приложи презумпцията, че в определени случаи е налице причинно-следствена връзка<sup>52</sup> или дали, що се отнася до доказателствената тежест, е свободен да приложи разпоредбите от националното право: Съдът се произнася, че презумпцията за причинно-следствена връзка произтича от член 81 ЕО, параграф 1 и „следователно тя е неразделна част от приложимото общностно право“.

102. Решение по дело T Mobile Netherlands и др., с което оформянето на причинно-следствената връзка посредством презумпция се поставя на равнище право на Съюза (относно конкуренцията), се различава от съдържанието на Решение по дело ERG и др.<sup>53</sup>, в което след като се припомня, че Директива 2004/35<sup>54</sup> подчинява задължението за поправяне на вредите на доказването на причинно-следствената връзка<sup>55</sup>, въпреки това позволява на държавите членки да предвидят презумпция за причинно-следствена връзка, която

51 — Решение от 4 юни 2009 г. (C-8/08, Сборник, стр. I-4529).

52 — По-конкретно, когато предприятията остават активни на пазара и имат предвид информацията, обменяна със своите конкуренти.

53 — Решение от 9 март 2010 г. (C-378/08, Сборник, стр. I-1919).

54 — Директива 2004/35/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21 април 2004 година относно екологичната отговорност по отношение на предотвратяването и отстраняването на екологичните щети (ОВ L143, стр. 56; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 11, стр. 168).

55 — Между действията на икономическите оператори и причиненото замърсяване.

обаче трябва да се основава на някои правдоподобни сведения, посочени в самото решение.

103. Както стана ясно, този път извън областта на обществените поръчки, в Решение по дело T Mobile Netherlands и др. се потвърждава релевантността на правото на Съюза за установяване на причинно-следствената връзка, въпреки че съгласно изискванията на процесуалната автономия това следва да се извърши от държавите членки. Причини за подобна позиция не липсват, тъй като в областта на конкуренцията пряко се вписва член 81 ЕО, тоест, разпоредба от първичното право<sup>56</sup>. Въпреки това естеството на член 81 ЕО коренно се различава от разпоредбите, съдържащи се в една директива, от което следва, че на равнище вторично право Съдът изразява своите резерви (например в Решение по дело ERG и др.) по отношение на толкова пряко влияние върху такъв чисто процесуален аспект.

104. Въпреки това, въз основа на Директива 89/665, посредством правилото за ограниченията на процесуалната автономия Съдът стига до извода в посочените по-горе Решения по дела Комисия/Португалия относно недопустимостта на национален критерий за търсене на отговорност, състоящ се в изискването за доказване на наличието на непредпазливост или умисъл, като от тази гледна точка не виждам причина, която да попречи на разпространето на тази идея по отношение

56 — Която поради това че е разпоредба от публичен ред, също така има непосредствено действие по отношение на частноправните субекти, като трябва да бъде прилагана служебно от националните съдилища: Решение по дело T Mobile Netherlands и др., точки 44—53.

на други национални критерии, като в най-общ план например тези, отнасящи се до установяването или определянето на вредите.

105. За да се даде отговор на частите от четвъртия и петия въпрос, свързани с критериите за установяване на вредите, от гореизложеното може да се изведе принцип, който представлява специфично отражение на изискването за ефективност на правото на Съюза, а именно, че за целите на член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665 тежестта за доказване на вредите не може да бъде толкова строга, че да затрудни тяхното доказване до степен да навреди на ефективността на това право.

г) Обхват на вредите

106. Директива 89/665 не дава и насоки относно елементите, които могат да се включат като съставна част на понятието за вреди, поради което всички въпроси, отнасящи се до обхвата им, трябва да се считат за попадащи в рамките на националната компетентност.

107. При определени обстоятелства обаче Съдът е установил и специфични задължения, най-вече в областта на конкуренцията, по отношение на обезщетението за вреди с цел да защити интересите, накърнени от нарушение на правото на Съюза.

108. Така в Решение по дело *Courage и Crehan*<sup>57</sup> Съдът постановява, че пълната ефективност на член 85 от Договора (по настоящем член 101 ДФЕС) изисква поправяне на вредите, причинени с договор или действие, които могат да ограничат или нарушат конкуренцията, като в посоченото по-горе Решение по дело *Manfredi и др.* се заявява, че при липсата на разпоредби на правото на Съюза в тази област „вътрешният правен ред на всяка държава членка следва да установи критериите, които позволяват да се определи обхватът на обезщетението за причинените вреди [...], при условие че се спазват принципите на равностойност и ефективност“ (точка 98).

109. В Решение по дело *Manfredi и др.* Съдът посочва „правото на всяко лице да поиска поправяне за вредите, причинени с договор или действие, които могат да ограничат или нарушат конкуренцията“, като пояснява, че „лицата, претърпели вреди, не само трябва да разполагат с възможността да поискат поправяне на претърпените вреди, но също така и на пропуснатите ползи, както и плащането на лихви“ (точка 95).

110. Предвид това че на практика трябва да е възможно поправянето на вредите в случай на нарушение на правото на Съюза, от подлежащите на поправяне вреди не

може да се допусне цялостно изключване на пропуснатите ползи<sup>58</sup>.

111. Още по-очевидна е според мен нуждата да се включат съгласно приложимите национални правила и за целите на ефективното компенсирание съответните лихви, тъй като, както е посочено в Решение по дело *Marshall*<sup>59</sup>, те „представяват абсолютно необходим елемент на обезщетението“.

112. В отговор на четвъртия и петия въпрос предлагам на Съда да постанови, че за целите на член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665 националното право следва да определи критериите за установяване и определяне на обхвата на подлежащите на обезщетяване вреди, произтичащи от нарушение на правото на Европейския съюз в областта на обществените поръчки, въпреки че принципът на ефективност на правото на Съюза налага правилата за доказване на вредите да не са толкова строги, че да затруднят доказването до степен да засегнат ефективността на тази разпоредба, че следва да се включат съответните лихви и на последно място, че не е изключена възможността за отчитане на пропуснатите ползи.

<sup>57</sup> — Решение на Съда от 20 септември 2001 г. (C-453/99, Recueil, стр. I-6297), точка 26.

<sup>58</sup> — Решение на Съда по дело *Brasserie du pêcheur и Factortame*, посочено по-горе, точка 87, Решение от 8 март 2001 г. по дело *Metallgesellschaft и др.* (C-397/98 и C-410/98, Recueil, стр. I-1727), точка 91 и Решение по дело *Manfredi и др.*, точка 96.

<sup>59</sup> — Решение на Съда от 2 август 1993 г. по дело *Marshall* (C-271/91, Recueil, стр. I-4367, точка 31), от което следва, че необходимостта от действително поправяне на вредата представлява изискване и в други области, различни от конкуренцията, предвид това че Решение по дело *Marshall* е свързано с вредите, причинени от дискриминационно уволнение.

## VII — Заключение

113. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да се произнесе, както следва:

- 1) Обявява първия въпрос за недопустим.
  
- 2) Отговорът на останалите отправени от Rechbank въпроси е следният:

„а) По отношение на втория въпрос:

доколкото не е доказано нарушение на ефективността им, член 1, параграфи 1 и 3, и член 2, параграфи 1 и 6 от Директива 89/665 допускат национална правна уредба, съгласно която за получаването на обезпечителна мярка е налице само едно производство, характеризиращо се с нейното бързо постановяване, с липсата на право на адвокатите да обменят становища, с неприемането като общо правило на доказателства, различни от писмените, и с неприлагането на правната уредба в областта на доказването (точка а), като това е възможно, независимо от факта че съдебното решение, с което мярката се приема, не съдържа окончателно установяване на правоотношения, нито е част от произ-

водството, в което те окончателно се установяват (буква б) или независимо от факта, че то свързва единствено страните по спора (буква в).

б) По отношение на третия въпрос:

Директива 89/665 допуска евентуална разлика в преценката на съдията по временните мерки и съда в производството по същество, при условие че националната процесуална система гарантира изискваните от Директива 89/665 резултати, и по-специално едновременното наличие на трите гаранции, предвидени в член 2, параграф 1, по начина, по който са тълкувани в общностната съдебна практика.

в) По отношение на четвъртия и петия въпрос

Съдът не е компетентен да се произнесе относно това кое лице трябва да се счита за отговорно в спора пред националните съдилища.

За целите на член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665 националното право следва да определи критериите за установяване и определяне на обхвата на подлежащите на обезщетяване вреди, произтичащи от нарушение на правото на Европейския съюз в областта на обществените поръчки, въпреки че принципът на ефективност на правото на Съюза налага правилата за доказване на вредите да не са толкова строги, че да затруднят доказването до степен да засегнат ефективността на тази разпоредба; следва да се включат съответните лихви и на последно място не е изключена възможността за отчитане на пропуснатите ползи“.