



Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (трети състав)

28 ноември 2018 година*

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Производства по обжалване — Директива 89/665/ЕИО — Член 1, параграф 3 — Директива 92/13/ЕИО — Член 1, параграф 3 — Право на обжалване, за което се изисква в рамките на процедурата за възлагане на обществена поръчка да е била подадена оферта“

По дело C-328/17

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Регионален административен съд на Лигурия, Италия), с акт от 8 февруари 2017 г., постъпил в Съда на 31 май 2017 г., в рамките на производство по дело

Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,

Atc Esercizio SpA,

Atp Esercizio Srl,

Riviera Trasporti SpA,

Tpl Linea Srl

срещу

Atpl Liguria — Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,

Regione Liguria,

СЪДЪТ (трети състав),

състоящ се от: М. Vilaras, председател на четвърти състав, изпълняващ функцията на председател на трети състав, J. Malenovský, L. Bay Larsen, M. Safjan и D. Šváby (докладчик), съдии,

генерален адвокат: М. Campos Sánchez-Bordona,

секретар: R. Schiano, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 26 април 2018 г.,

* Език на производството: италиански.

като има предвид становищата, представени:

- за италианското правителство, от G. Palmieri, в качеството на представител, подпомагана от C. Colelli, avvocato dello Stato,
- за чешкото правителство, от M. Smolek, J. Vlácil и T. Müller, в качеството на представители,
- за испанското правителство, от M. J. García-Valdecasas Dorrego, в качеството на представител,
- за Европейската комисия, от G. Gattinara и P. Ondrůšek, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 5 юли 2018 г.,

постанови настоящото

Решение

- 1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 1, параграфи 1—3, както и на член 2, параграф 1, буква б) от Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, 1989 г. стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), изменена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 г. (ОВ L 335, 2007 г., стр. 31) (наричана по-нататък „Директива 89/665“).
- 2 Запитването е отправено в рамките на спор между Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA и Tpl Linea Srl (наричани по-нататък „Amt и др.“) и Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA (Регионална агенция за местен обществен транспорт, Италия, наричана по-нататък „Агенцията“) по повод нейното решение да започне неформална процедура за възлагане на обществена поръчка за услугата „обществен транспорт“ на територията на Regione per la Liguria (регион Лигурия, Италия, наричан по-нататък „Регионът“).

Правна уредба

Правото на Съюза

Директива 89/665

- 3 Член 1 от Директива 89/665, озаглавен: „Приложно поле и наличие на [производства по обжалване]“, гласи:

„1. Настоящата директива се прилага за поръчките, посочени в Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги [(ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282)], освен ако такива поръчки не са изключени от приложното поле на директивата съобразно членове 10—18 от същата директива.

[...]

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

2. Държавите членки гарантират, че не съществува дискриминация между предприятията, претендиращи за нанесена им вреда в контекста на процедура за предоставяне на поръчка, в резултат от разграничаването, което настоящата директива прави между националните норми, транспониращи правото на [Съюза], и други национални норми.

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

[...]“.

- 4 Член 2, параграф 1 от тази директива, който урежда „[и]зисквания[та] относно [производствата по обжалване]“, предвижда:

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

[...]

б) да се отменят или да се осигури отмяната на решения, взети неправомерно, включително премахването на дискриминационните технически, икономически или финансови спецификации в поканата за представяне на оферти, в документите за възлагането на поръчката или във всеки друг документ, свързан с процедурата за възлагане на поръчката;

[...]“.

Директива 92/13

- 5 Озаглавен „Приложно поле и наличие на [производства по обжалване]“, член 1, параграф 3 от Директива 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор (ОВ L 76, 1992 г., стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 43), изменена с Директива 2007/66 (наричана по-нататък „Директива 92/13“), предвижда:

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

Директива 2004/17

- 6 Член 1, параграф 3, буква б) от 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, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3, и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 169), който съдържа „[о]сновни[те] понятия“, гласи:

„Концесия за услуги“ е договор от същия вид като поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата или в това право заедно с плащане“.

- 7 Озаглавен „Транспортни услуги“, член 5, параграф 1 от тази директива предвижда по-специално:

„Настоящата директива се прилага към дейности, свързани с предоставянето или експлоатирането на мрежи, които обслужват обществеността в областта на железопътния транспорт, автоматизирани транспортни системи, трамвайния, тролейбусния, автобусния транспорт или въжени линии“.

- 8 Член 18 от Директивата, който се нарича „Концесии за строителство и услуги“, гласи следното:

„Настоящата директива не се прилага за концесии за строителство и услуги, които се предоставят от възложителите, които извършват една или повече от дейностите, посочени в членове 3—7, когато тези концесии се предоставят за извършване на тези дейности“.

Регламент № 1370/2007

- 9 Член 5 от Регламент (ЕО) № 1370/2007 на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2007 година относно обществените услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и за отмяна на регламенти (ЕИО) № 1191/69 и (ЕИО) № 1107/70 на Съвета (ОВ L 315, 2007 г., стр. 1), озаглавен „Възлагане на обществени поръчки за услуги“, предвижда следното:

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

[...]

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

[...]“.

Италианското право

- 10 Член 100 от Codice di procedura civile (Граждански процесуален кодекс) в редакцията му, приложима към спора в главното производство, гласи, че „[з]а участие в съдебно производство на страната на ищеца или на ответника е необходимо наличието на интерес“.
- 11 Съгласно член 39, параграф 1 от приложението към Decreto legislativo n. 104 — Codice del processo amministrativo (Законодателен декрет № 104 относно Административнопроцесуалния кодекс) от 2 юли 2010 г. (редовна притурка към GURI № 156 от 7 юли 2010 г.) „[з]а неуредените в настоящия кодекс въпроси се прилагат разпоредбите на Гражданския процесуален кодекс, доколкото са съвместими или са израз на общи принципи“.
- 12 Член 3 bis от Decreto-legge n.138 (Законодателен декрет № 138) от 13 август 2011 г. (GURI № 188 от 13 август 2011 г.), изменен и преобразуван в закон със Закон № 148 от 14 септември 2011 г. (наричан по-нататък „Законодателен декрет № 138/2011“) предвижда, че местните обществени услуги по правило се предоставят в рамките на една провинция.
- 13 Съгласно член 9, параграф 1 и член 14, параграф 1 от Legge regionale n. 33 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) (Регионален закон № 33 (Реформа на системата за регионален и местен обществен транспорт) от 7 ноември 2013 г. (наричан по-нататък „Регионален закон № 33/2013“) на територията на Региона възлагането на услугата за обществен транспорт се извършва чрез определяне на една-единствена обособена позиция, отнасяща се до цялата територия на Региона, и може да включва и железопътния транспорт.
- 14 Влязъл в сила на 12 август 2016 г., Legge regionale n. 19 Modifiche alla [legge regionale n. 33] (Регионален закон № 19 за изменение на Регионален закон № 33) от 9 август 2016 г. (наричан по-нататък „Регионален закон № 19/2016“) изменя член 9 и член 14 от Регионален закон № 33/2013. Този закон предвижда, че занапред услугите за сухопътен и морски транспорт вече не се възлагат в една-единствена обособена позиция, обхващаща цялата територия на Региона, а в четири обособени позиции, които се отнасят до четири еднородни териториални зони.

Спорът в главното производство и преюдициалният въпрос

- 15 Amt и др. сезират Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Регионален административен съд на Лигурия, Италия) с жалба за отмяна на различни актове, с които Агенцията открива неформална процедура за възлагане на обществена поръчка за „услугата обществен транспорт“ на територията на Региона.
- 16 Тези дружества, които дотогава са извършвали услуги за местен обществен транспорт на равнище провинция или част от провинция, оспорват по принцип условията и реда за откриване и провеждане на процедурата за възлагане на обществена поръчка. Те обжалват по-специално обявлението за подбор на икономическите оператори. В него Агенцията уточнява, че услугата за регионален обществен транспорт занапред ще се възлага в една в една-единствена обособена позиция, която обхваща цялата територия на Региона.
- 17 Тъй като не считат, че е възможно някой от тях поотделно да осигури услугата за обществен транспорт в целия регион, Amt и др. не подават оферта. При все това те оспорват пред запитващата юрисдикция решението на Агенцията да възложи, в качеството си на възлагащ орган, разглежданата в главното производство поръчка в една-единствена обособена позиция, която обхваща цялата територия на Региона. Всъщност те считат, че това решение нарушава член 3 bis от Законодателен декрет № 138/2011, съгласно който местните обществени услуги по правило се предоставят в рамките на една провинция, други членове на Италианската конституция и членове 49 и 56 ДФЕС.

- 18 В подкрепа на жалбата си Amt и др. поддържат, че икономически оператор, който оспорва по принцип условията на процедура за възлагане на обществена поръчка, в която не е участвал, черпи право да обжалва от член 1, параграф 3 и член 2, параграф 1, буква б) от Директива 89/665, когато с оглед на правната уредба на обществените поръчки е сигурно или много вероятно, че той няма да може да спечели поръчката.
- 19 Според запитващата юрисдикция в териториална рамка, определена на равнище провинция, Amt и др. биха имали големи шансове да спечелят разглежданата поръчка, при положение че осигурявали услугата за регионален обществен транспорт, когато преди началото на разглежданата в главното производство процедура за възлагане на обществена поръчка тази услуга е била организирана на провинциално равнище. Като предвидило обаче, че тази процедура съдържа една-единствена обособена позиция, която обхваща цялата територия на Региона, обявлението за поръчката svelo почти до нулева вероятността да бъде избран някой от жалбоподателите в главното производство.
- 20 Ето защо, тъй като счита, че следва да им бъде признато право на обжалване, със своето определение № 95 от 21 януари 2016 г., запитващата юрисдикция отправя до Corte costituzionale (Конституционен съд, Италия) въпрос относно конституционосъобразността на член 9, параграф 1 и на член 14, параграф 1 от Регионален закон № 33/2013.
- 21 Преди обаче да се произнесе Corte costituzionale (Конституционен съд), Регионът приема Регионален закон № 19/2016. Този закон изменя разпоредбите, чиято конституционосъобразност е оспорена, и предвижда, че услугите за сухопътен и морски транспорт вече не се възлагат в една-единствена обособена позиция за цялата територия на Региона, а в четири обособени позиции, които съответстват на четири еднородни териториални зони. Освен това обособените за възлагане позиции трябва да бъдат определени така, че да се гарантира възможно най-широкото участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Според запитващата юрисдикция с приемането на Закон № 19/2016 регионалният законодател отговорил на оплакванията на Amt и др.
- 22 Въпреки изменението на членове 9 и 14 от Регионален закон № 33/2013, Corte costituzionale (Конституционен съд) разглежда тяхната конституционосъобразност, в съответствие с принципа *tempus regit actum*.
- 23 В своето решение № 245 от 22 ноември 2016 г. той обявява за недопустими въпросите за конституционосъобразността, след като по-специално отбелязва, че „[с]ъгласно установената съдебна практика по административни дела дружество, което не участва в процедурата за възлагане на обществена поръчка, не може да обжалва тази процедура, нито възлагането на поръчката на други дружества, тъй като се основава само на фактически интерес, поради което правното му положение не е достатъчно специфично [...]“.
- 24 Възможно е обаче изключение от това правило, когато предприятието жалбоподател оспорва именно клаузите от обявлението за поръчката, по силата на които то директно не може да участва, или клаузи, налагащи явно неразбираеми или напълно непосилни задължения, или пък такива, които правят невъзможно формулирането на оферта.
- 25 В своето решение № 245 Corte costituzionale (Конституционен съд) приема, че „[р]азглежданият в настоящото дело случай не попада сред тези изключителни хипотези, както е видно от самите мотиви на решението за отправяне на въпрос относно конституционосъобразността, съгласно които обжалваните клаузи оказват влияние върху възможностите за спечелване на поръчката от жалбоподателите, които са „почти нулеви“, докато при процедура за възлагане на провинциално равнище и с няколко обособени позиции те „биха имали големи шансове да спечелят поръчката, дори и само заради предимството, че са предоставяли услугата и преди това“. От тези мотиви не може да се направи извод за наличие на безспорно и действително възпрепятстване на

жалбоподателите да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка, а само за евентуално увреждане, което дава право на жалба само на участвалите в процедурата лица, и то след приключване на процедурата, в случай че поръчката не им бъде възложена“.

- 26 Запитващата юрисдикция отбелязва, че според възприетото в това решение на Corte costituzionale (Конституционен съд) тълкуване на процесуалното изискване за правен интерес жалбата на предприятие, което не е участвало в обществената поръчка, е недопустима, когато е много вероятно, но не е абсолютно сигурно, че поради начина на структуриране на обществената поръчка от възлагащия орган, и по-специално поради използваните обособени позиции, или приложимата за нея правна уредба това предприятие не би могло да спечели въпросната поръчка. От това тя стига до извода, че така възможността за достъп до съдебна защита почти системно зависи от участието в обществената поръчка, което само по себе си води до значителни разходи, дори когато предприятието възнамерява да оспори законосъобразността на самата обществена поръчка поради прекомерно ограничаване на конкуренцията.
- 27 Независимо от решението на Агенцията да не продължава процедурата за обществена поръчка след приемането на Закон № 19/2016, запитващата юрисдикция иска от Съда да установи дали член 1, параграф 3 и член 2, параграф 1, буква б) от Директива 89/665 трябва да се тълкуват в смисъл, че при обстоятелствата в главното производство дават право на обжалване на икономически оператор, който не е подал оферта, тъй като е било сигурно или много вероятно, че няма да може да спечели въпросната поръчка.
- 28 Според запитващата юрисдикция отговорът на Съда има решаващо значение, за да се определи дали първоначалната жалба е допустима и следователно как да се присъдят съдебните разноски в главното производство.
- 29 В този контекст Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Регионален административен съд на Лигурия) решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

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

По преюдициалния въпрос

По допустимостта

- 30 В писмените си становища италианското и испанското правителство, както и Европейската комисия поддържат, че преюдициалното запитване е недопустимо, тъй като поставеният въпрос е хипотетичен, доколкото е отпаднал предметът на спора в главното производство, след като възлагащият орган посочил, че няма да продължи процедурата за обществена поръчка. Италианското правителство освен това възразява срещу допустимостта на преюдициалното запитване, поради това че остават съмненията относно естеството на договора, който иска да сключи Агенцията със своя съдоговорител след процедурата за обществена поръчка, която в крайна сметка не била продължена.

По хипотетичния характер на преюдициалния въпрос

- 31 Следва да се припомни, че съгласно постоянната практика на Съда при установеното с член 267 ДФЕС разпределяне на правораздавателните правомощия между националните юрисдикции и Съда, националният съд, който единствен е пряко запознат с обстоятелствата по делото, с което е сезиран, както и с доводите на страните, и който трябва да поеме отговорността за съдебното решаване на спора, е в състояние най-добре да прецени — предвид особеностите на всяко дело и тъй като го познава в неговата цялост — както необходимостта от преюдициално решение, за да може да се произнесе, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда (в този смисъл вж. по-специално решения от 22 юни 2000 г., *Marca Mode*, C-425/98, EU:C:2000:339, т. 21 и от 1 април 2008 г., Правителство на Френската общност и Валонското правителство, C-212/06, EU:C:2008:178, т. 28).
- 32 Ето защо, след като тези въпроси се отнасят до тълкуването на правото на Съюза, Съдът по принцип е длъжен да се произнесе (решение от 17 април 2007 г., *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, т. 44).
- 33 От това следва, че презумпцията за релевантност на поставените от националните юрисдикции преюдициални въпроси може да бъде оборена само по изключение, по-специално когато е ясно, че исканото тълкуване на разпоредбите на правото на Съюза, посочени в тези въпроси, няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора по главното производство (вж. по-специално решения от 15 декември 1995 г., *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, т. 61, от 7 септември 1999 г., *Beck и Bergdorf*, C-355/97, EU:C:1999:391, т. 22 и от 1 април 2008 г., Правителство на Френската общност и Валонското правителство, C-212/06, EU:C:2008:178, т. 29).
- 34 Всъщност отправеното от национална юрисдикция запитване може да се отхвърли само ако е съвсем очевидно, че производството по член 267 ДФЕС е било отклонено от целта си и всъщност цели да подтикне Съда да се произнесе въз основа на привиден спор или ако е съвсем очевидно, че правото на Съюза не може да се приложи нито пряко, нито косвено към обстоятелствата в разглеждания случай (вж. в този смисъл решения от 18 октомври 1990 г., *Dzodzi*, C-297/88 и C-197/89, EU:C:1990:360, т. 40 и от 17 юли 1997 г., *Leur-Bloem*, C-28/95, EU:C:1997:369, т. 26).
- 35 В настоящия случай е безспорно, че въпросът дали жалбоподателите в главното производство са имали право да обжалват на основание на правото на Съюза обявената от Агенцията процедура за обществена поръчка, следва да бъде условие за допустимостта на жалбата, подадена пред запитващата юрисдикция. Вярно е, че поради решението на Агенцията да не продължава процедурата за обществена поръчка след приемането на Закон № 19/2016 е отпаднал главният предмет на жалбата.
- 36 При все това, за разлика от обстоятелствата по делото, по което е постановено определение на Съда от 14 октомври 2010 г. *Reinke* (C-336/08, непубликувано, EU:C:2010:604), спорът по главното производство не е бил решен по същество.
- 37 Накрая, макар че въпросът дали при обстоятелствата по главното производство икономически оператори, които съзнателно са решили да не участват в процедура за възлагане на обществена поръчка, имат право на жалба съгласно член 1, параграф 3 от Директива 89/665 или член 1, параграф 3 от Директива 92/13, се разглежда единствено за да позволи на запитващата юрисдикция да се произнесе по разпределянето на съдебните разноски в главното производство, безспорно става дума за въпрос, свързан с тълкуването на правото на Съюза, на който Съдът трябва да отговори, за да се запази еднаквото прилагане на това право.
- 38 В този смисъл преюдициалното запитване следва да се обяви за допустимо.

По факта, че не е установено естеството на разглеждания в главното производство договор

- 39 Вярно е, че както твърди италианското правителство в писменото си становище, от акта за преюдициално запитване не може да се определи със сигурност дали започнатата от Агенцията процедура за обществена поръчка е имала за цел възлагането на концесия за транспортни услуги или на обществена поръчка за услуга. В първата хипотеза правният интерес жалбоподателите в главното производство би трябвало да се преценява предвид член 5, параграф 7 от Регламент (ЕО) № 1370/2007, докато във втората той би следвало да се оценява в светлината на член 1, параграф 3 от Директива 92/13.
- 40 Без обаче да е необходимо да се определя естеството на този договор, което е задача на запитващата юрисдикция, достатъчно е да се констатира, както прави генералният адвокат в точка 63 от заключението си, че член 1, параграф 3 от Директива 92/13 и член 5, параграф 7 от Регламент № 1370/2007 установяват режими за обжалване, които са аналогични на съответния режим от Директива 89/665, до която се отнася въпросът на запитващата юрисдикция.
- 41 При тези обстоятелства, тъй като и в трите разпоредби на вторичното законодателство, посочени в предходната точка, правото на ефективна съдебна защита се ползва от еквивалентна закрила, отговорът на Съда на поставения въпрос няма да е различен в зависимост от квалификацията на договора, разглеждан в главното производство.
- 42 Следователно и в това отношение преюдициалното запитване трябва да се обяви за допустимо.

По същество

- 43 С въпроса си запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали член 1, параграф 3 от Директива 89/665 и член 1, параграф 3 от Директива 92/13 допускат национално законодателство като разглежданото в главното производство, съгласно което икономическите оператори нямат право да обжалват решенията на възлагащия орган, свързани с процедура за възлагане на обществена поръчка, в която са решили да не участват, защото с оглед приложимата за тази процедура уредба има голяма вероятност те да не спечелят съответната обществена поръчка.
- 44 Съгласно член 1, параграф 3 от Директива 89/665 държавите членки трябва да гарантират достъп до предвидените в нея производства по обжалване „най-малко“ на всяко лице, имащо или имало интерес от определена обществена поръчка, и на което е нанесена или рискува да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение на правото на Съюза в областта на обществените поръчки или на националните норми, които транспонират това право (вж. в този смисъл решения от 12 февруари 2004 г., *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, т. 25 и от 5 април 2016 г., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, т. 23).
- 45 Следователно държавите членки не са длъжни да осигуряват достъп до тези производства по обжалване на всяко лице, което иска да му бъде възложена обществена поръчка, а могат да изискват твърдяното от съответното лице нарушение да му е нанесло или да рискува да му нанесе вреда (вж. в този смисъл решения от 19 юни 2003 г., *Hackermüller*, C-249/01, EU:C:2003:359, т. 18 и от 12 февруари 2004 г., *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, т. 26).
- 46 Поначало участието в процедура за възлагане на обществена поръчка може да е валидно от гледна точка на член 1, параграф 3 от Директива 89/665 условие, което трябва да бъде изпълнено, за да се установи, че съответното лице има интерес от спечелването на въпросната поръчка или рискува да претърпи вреди в резултат на твърдяната незаконосъобразност на решението за възлагане на поръчката. Ако не е подало оферта, такова лице трудно може да

докаже, че има интерес да оспори това решение или че поради това възлагане му е нанесена или да рискува да му бъде нанесена вреда (решение от 12 февруари 2004 г. *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, т. 27).

- 47 Въпреки това, когато едно предприятие не е представило оферта, тъй като в документите, свързани с процедурата, или в документите за възлагането на поръчката е имало предполагаеми дискриминационни спецификации, поради които то не би било в състояние да предостави всички искани услуги, ще бъде прекомерно от него да се изисква да подаде — преди да може да използва производствата по обжалване, предвидени в Директива 89/665 по отношение на такива спецификации — оферта в рамките на съответната процедура за възлагане на обществена поръчка, макар неговите шансове да му бъде възложена тази поръчка да са нулеви именно поради наличието на тези спецификации (вж. в този смисъл решение от 12 февруари 2004 г., *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, т. 28 и 29).
- 48 В решение от 12 февруари 2004 г., *Grossmann Air Service* (C-230/02, EU:C:2004:93) констатацията, че *Grossmann Air Service* не е имало шансове да му бъде възложена поръчката, е свързана с обстоятелството, припомнено в точка 17 от това решение, че то не е разполагало с големи въздухоплавателни средства, така че по дефиниция не е било в състояние да предостави всички искани от възлагащия орган услуги.
- 49 Изводите от решение от 12 февруари 2004 г., *Grossmann Air Service* (C-230/02, EU:C:2004:93) са приложими *mutatis mutandis* в настоящото дело.
- 50 Всъщност, както от съдебната практика на Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия), така и от решение № 245/2016 на Corte costituzionale (Конституционен съд) е видно, че по изключение правен интерес може да бъде признат на икономически оператор, който не е подал оферта, „в случаите, в които се оспорва непровеждането на процедурата или нейното необявяване, или пък се обжалват клаузите от обявлението, по силата на които дружеството не може да участва, или, на последно място, клаузи, налагащи явно неразбираеми или напълно непосилни задължения, или пък такива, които правят невъзможно формулирането на оферта“.
- 51 Ето защо се налага изводът, че изискванията, които произтичат както от член 1, параграф 3 от Директива 89/665, така и от член 1, параграф 3 от Директива 92/13, са изпълнени, щом оператор, който не е представил оферта, има по-специално право на жалба, когато счита, че спецификации, съдържащи се в документите, свързани с процедурата за обществена поръчка, правят невъзможно дори формулирането на оферта.
- 52 Важно е обаче да се припомни, че такава жалба не може да бъде подадена след като възлагащият орган е приел решението за възлагане на поръчката, защото иначе ще бъдат засегнати целите за бързина и ефективност, посочени както в Директива 89/665, така и в Директива 92/13 (вж. в този смисъл решение от 12 февруари 2004 г., *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, т. 37).
- 53 Освен това, доколкото на оператор, който не е подал оферта, право на обжалване може да бъде признато само по изключение, не може да се счита за прекомерно от него да се изисква да докаже, че клаузите от обявлението за обществена поръчка правят невъзможно дори формулирането на оферта.
- 54 Въпреки че това изискване за степената на доказване само по себе си не противоречи на правото на Съюза в областта на обществените поръчки, все пак не може да се изключи, че с оглед на конкретните обстоятелства в главното производство прилагането му може да доведе до нарушение на правото на жалбоподателите в главното производство на обжалване, което те черпят както от член 1, параграф 3 от Директива 89/665, така и от член 1, параграф 3 от Директива 92/13.

- 55 В това отношение запитващата юрисдикция следва да прецени обстойно, като вземе предвид всички релевантни обстоятелства, характерни за контекста на делото, с което е сезирана, дали конкретното прилагане на италианското законодателство, свързано с процесуалната легитимация, както го тълкуват Consiglio di Stato (Държавен съвет) и Corte costituzionale (Конституционен съд), може да засегне правото на ефективна съдебна защита на жалбоподателите в главното производство.
- 56 Въпреки това въз основа на данните в преписката, с която разполага, Съдът може да предостави на запитващата юрисдикция полезни насоки за преценката, която тя трябва да извърши.
- 57 В това отношение преди всичко следва да се вземе предвид фактът, че Amt и др. са осигурявали услугата за регионален обществен транспорт, преди възлагащият орган да започне процедурата за възлагане на обществена поръчка, а след това да реши да не я продължи. На следващо място, тъй като Регионален закон № 33/2013 уточнява, че занапред услугата за регионален обществен транспорт ще се възлага в една в една-единствена обособена позиция, която обхваща цялата територия на Региона, макар член 3 bis от Законодателен декрет № 138/2011 да гласи, че местните обществени услуги по правило се предоставят в рамките на една провинция, запитващата юрисдикция ще трябва да провери дали регионалният законодател е обяснил защо предпочита да организира транспортната услуга вече на регионално, а не на провинциално равнище. Накрая, предвид свободата на възлагащия орган да прецени своите нужди, не може а priori да се изключи, че изборът на Региона да организира транспортните услуги на регионално равнище е легитимен, защото например отговаря на икономически съображения, каквото е желанието за реализиране на икономии от мащаба.
- 58 Предвид изложените по-горе съображения на поставения въпрос следва да се отговори, че както член 1, параграф 3 от Директива 89/665, така и член 1, параграф 3 от Директива 92/13 трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат национално законодателство като разглежданото в главното производство, съгласно което икономическите оператори нямат право да обжалват решенията на възлагащия орган, свързани с процедура за възлагане на обществена поръчка, в която са решили да не участват, защото с оглед на приложимата за тази процедура уредба има голяма вероятност съответният договор да не им бъде възложен.

Все пак компетентната национална юрисдикция следва да прецени обстойно, като вземе предвид всички релевантни обстоятелства, характерни за контекста на делото, с което е сезирана, дали конкретното прилагане на това законодателство няма да засегне правото на ефективна съдебна защита на съответните икономически оператори.

По съдебните разноски

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

По изложените съображения Съдът (трети състав) реши:

Както член 1, параграф 3 от Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство, изменена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 г., така и член 1, параграф 3 от Директива 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координирането на

законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор, изменена с Директива 2007/66, трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат национално законодателство като разглежданото в главното производство, съгласно което икономическите оператори нямат право да обжалват решенията на възлагащия орган, свързани с процедура за възлагане на обществена поръчка, в която са решили да не участват, защото с оглед на приложимата за тази процедура уредба има голяма вероятност съответният договор да не им бъде възложен.

Все пак компетентната национална юрисдикция следва да прецени обстойно, като вземе предвид всички релевантни обстоятелства, характерни за контекста на делото, с което е сезирана, дали конкретното прилагане на това законодателство няма да засегне правото на ефективна съдебна защита на съответните икономически оператори.

Подписи