РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

22 април 2010 година *

По дело C-423/07

с предмет иск за установяване на неизпълнение на задължения, предявен на основание член 226 ЕО на 13 септември 2007 г.,

Европейската комисия, за която се явяват г-н D. Kukovec и г-н M. Konstantinidis, както и г-жа S. Pardo Quintillán, в качеството на представители, подпомагани от адв. M. Canal Fontcuberta, abogada, със съдебен адрес в Люксембург,

ищец,

срещу

Кралство Испания, за което се явява адв. F. Díez Moreno, в качеството на представител, със съдебен адрес в Люксембург,

ответник,

* Език на производството: испански.

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: г-н K. Lenaerts, председател на трети състав, изпълняващ функцията на председател на четвърти състав, г-жа R. Silva de Lapuerta, г-н E. Juhász (докладчик), г-н J. Malenovský и г-н T. von Danwitz, съдии,

генерален адвокат: г-н P. Mengozzi,
секретар: г-жа M. Ferreira, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 9 септември 2009 г.,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 20 октомври 2009 г.,

постанови настоящото

Решение

1 С исковата си молба Комисията на Европейските общности иска от Съда да установи, че като не е включило сред представляващите предмет на концесия строителни работи в обявлението за концесията и в тръжните спецификации, съдържащи специфични административни клаузи относно възлагането на административна концесия за изграждането, поддръжката и експлоатацията на разклоненията на автомагистрала A-6 към Сеговия и Ávila, както и за поддръжката и експлоатацията, считано от 2018 г., на участъка Villalba—Adanero от автомагистрала A-6, определени строителни работи, които са били възложени впоследствие в същата процедура, сред които и строителни работи в безплатния участък от автомагистрала A-6, Кралство Испания не е изпълнило своите

задължения по член 3 от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, стр. 54), и следователно по член 11, параграфи 3, 6, 7, 11 и 12 от нея, и е нарушила принципите на Договора за ЕО, по-специално принципа на равно третиране и принципа на недопускане на дискриминация.

Общностна правна уредба

2 Директива 93/37 гласи в пето съображение, че „[…] с оглед на нарастващото значение на договорите за концесии в областта на общественото строителство и на техния специфичен характер, в настоящата директива следва да се включат правила [относно обявяването]“. [неофициален превод]

3 По смисъла на член 1, буква в) от тази директива:

„строителство“ означава резултатът от строителни или монтажни работи, който като цяло е достатъчен сам по себе си за изпълнението на дадена икономическа и техническа функция„. [неофициален превод]

4 Съгласно определението, съдържащо се в член 1, буква г) от същата директива:

„концесия за строителство“ е поръчка от същия вид, като посочения в а) [относно обществените поръчки за строителство], с изключение на факта, че възнаграждението за [строителните работи], които трябва да се извършат, се състои или единствено от правото да се експлоатира обекта, или от това право и от заплащане“. [неофициален превод]

5 Член 3 от Директива 93/37 предвижда:

„1. В случаите, когато възлагащите органи сключват договор за концесия за строителство, правилата за [обявяване] по член 11, параграфи 3, 6, 7 и 9—13 и член 15 са приложими спрямо този договор, когато той е на стойност, не по-малка от 5 000 000 ECU.

[…]

4. Държавите членки вземат необходимите мерки, за да гарантират, че даден концесионер, различен от възлагащ орган, прилага правилата за [обявяване], изброени в член 11, параграфи 4, 6, 7 и 9—13 и член 16, по отношение на поръчките, които възлага на трети лица, когато стойността на поръчките е не по-малка от 5 000 000 ECU.[…]

[…]“ [неофициален превод]

6 Член 11 от Директива 93/37, който се намира в дял III от нея, озаглавен „Общи правила за [обявяване]“, гласи:

„1. Възлагащите органи разпространяват чрез предварително обявление основните характеристики на поръчките за строителство, които възнамеряват да възложат и чиято прогнозна стойност е не по-малка от прага, предвиден в член 6, параграф 1.

[…]

3. [Възлагащите органи], които желаят да възложат [концесия за строителство], оповестяват намерението си чрез обявление.

[…]

6. Обявленията, посочени в параграфи от 1 до 5, се изготвят съобразно образците в приложения IV, V и VI и конкретизират информацията, която се изисква в тези приложения.

[…]

7. Възлагащите органи изпращат обявленията по параграфи от 1 до 5 възможно най-бързо и посредством най-подходящите канали на Службата за официални публикации на Европейските общности. […]

[…]

9. Обявленията, посочени в параграфи 2, 3 и 4, се публикуват в пълния им текст в *Официален вестник на Европейските общности* […]

10. Службата за официални публикации на Европейските общности публикува обявленията не по-късно от 12 дни след тяхното изпращане. В случай на ускорената процедура, посочена в член 14, този период е намален до 5 дни.

11. Обявлени[ята] не се публикува[т] в официалните вестници или в пресата в страната на възлагащия орган преди датата на изпращането им до *Официален вестник на Европейските общности*; те следва да посочват тази дата. Те не следва да съдържат информация, която се различава от тази, която е публикувана в *Официален вестник на Европейските общности.*

12. Възлагащите органи трябва да са в състояние да предоставят доказателство за датата на изпращане.

[…]“ [неофициален превод]

7 Приложенията, към които препраща член 11, параграф 6 от Директива 93/37, съдържат образци на обявления за публикуване от възлагащия орган в *Официален вестник на Европейските общности*. Приложение IV към посочената директива се отнася за обществените поръчки за строителство, приложение V — за концесиите за строителство, а приложение VI съдържа образец на

обявление за поръчки, при които концесионерът иска да възложи на трети лица извършването на възложените му на концесия строителни работи.

8 Член 15 от тази директива гласи:

„Възлагащите органи, които желаят да възложат [концесия за строителство], определят срок за получаване на кандидатурите за концесията, който е не по-малък от 52 дни от датата на изпращане на обявлението“. [неофициален превод]

9 Член 61 от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116; поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282), озаглавен „Възлагане на допълнително строителство на концесионера“, предвижда:

„Настоящата директива не се прилага за допълнително строителство, което не е включено в първоначално разглеждания концесионен проект или в първоначалния договор, но което, поради непредвидени обстоятелства, е станало необходимо за изпълнение на строителството, описано там, което възлагащият орган е възложил на концесионера, при условие, че възлагането е в полза на икономическия оператор, извършващ строежа:

— когато това допълнително строителство не може технически или икономически да бъде отделено от първоначалния договор, без това да предизвика големи неудобства на възлагащите органи, или

— когато това строителство, макар и отделимо от първоначалния договор, е абсолютно необходимо за [неговото] завършване.

Въпреки това, сумарната стойност на договорите, възложени за допълнително строителство, не може да надвишава 50 % от сумата на първоначалния строеж, обект на концесията."

10 Тълкувателното съобщение на Комисията относно концесиите в общностното право (ОВ C 121, 2000 г., стр. 2) в точка 3.1.1, озаглавена „Равно третиране", предвижда:

„[…]

[К]огато в определени случаи концедентът няма възможност да определи достатъчно точно своите нужди в техническо отношение, той търси алтернативни оферти, които биха довели до различни решения на общо определен проблем. В тези хипотези обаче, с цел да се гарантира здравословна и ефективна конкуренция, тръжните спецификации трябва винаги да представят по недискриминационен и обективен начин изискванията към кандидатите и преди всичко особеностите на подхода, който те трябва да следват при изготвяне на офертите си […]" [неофициален превод]

Национална правна уредба

11 Закон № 8 от 10 май 1972 г. относно изграждането, поддръжката и експлоатацията на автомагистралите на концесия, в редакцията му в сила от 1996 г. (наричан по-нататък „законът за автомагистралите"), предвижда в член 8, параграф 2, втора алинея:

„[…] в обхвата на социалните цели на дружеството концесионер попада […], извършването на пътностроителни работи, различни от включените в поръчката, но които имат въздействие върху тях и се осъществяват в района на влияние на автомагистралата или са необходими за организацията на движението, чието проектиране и изпълнение или само изпълнението се възлагат като насрещна престация на концесионера […]"

12 Кралско постановление 597 от 16 април 1999 г. определя, че дължината на района на влияние на автомагистралата е 20 km.

Спорната операция

13 Автомагистрала A-6 свързва град Мадрид и град Ла Коруня и представлява главната ос, която свързва централната със северната и северозападната част на Испания. Безспорно е, че става въпрос за една от най-важните и натоварени пътни артерии в страната. Участъкът от тази автомагистрала, разположен между Мадрид и град Villalba, е безплатен участък с дължина около 40 km, който пресича на практика градски район. Участъкът, разположен между градовете Villalba и Adanero, е платен участък с дължина около 70 km (наричан по-нататък „платен участък от автомагистрала A-6"). Тези два участъка от автомагистралата

се характеризират от дълго време с много интензивно движение и сериозни проблеми, свързани с пътните задръствания.

14 От 1968 г. платеният участък от автомагистрала A-6 се управлява на концесия от дружество Ibérica de Autopistas SA (наричано по-нататък „Iberpistas“). Тази концесия е предоставена до 29 януари 2018 г.

15 С постановление от 26 май 1997 г. испанското министерство на благоустройството оповестява своето намерение да включи в „плана на автомагистралите“, одобрен от испанското правителство през февруари 1997 г., изграждане на автомагистрали, свързващи градовете Сеговия и Ávila с автомагистрала A-6, тъй като „предвид значителното движение, което е налице понастоящем и което предизвиква претоварване на пътищата […], изграждането на автомагистрали, позволяващи да се свържат тези градове с настоящата автомагистрала A-6, е от изключителен обществен интерес за тяхното развитие“.

16 С обявление, публикувано в *Официален вестник на Европейските общности* (ОВ S 115 от 16 юни 1999 г., наричано по-нататък „първото обявление“) и с тръжни спецификации, одобрени с постановление от 4 юни 1999 г. (BOE № 136 от 8 юни 1999 г., наричани по-нататък „първите тръжни спецификации“), Министерство на благоустройството, действащо в качеството на предоставящ концесията орган, започва процедура с оглед на отдаването на концесия на строителни работи. Параграф 2 от първото обявление и клауза № 2, параграф 4 от първите тръжни спецификации, чието съдържание е идентично, описват предмета на поканата за представяне на оферти във връзка с концесията.

17 Този предмет се отнася до извършването на следните работи:

— изграждането, поддръжката и експлоатацията на разклоненията на платения участък от автомагистрала A-6 към градовете Ávila и Сеговия,

— поддръжката и експлоатацията, считано от 30 януари 2018 г., на платения участък от автомагистрала A-6 за период, определен въз основа на средноаритметичния брой превозни средства, които преминават през този участък,

— изграждането на околовръстния път при град Guadarrama — община, разположена на платения участък от автомагистрала A-6, и

— разширяването на безплатната част от участъка от автомагистрала A-6, а именно участъка между Мадрид и Villalba. Става въпрос за изграждането на четвърта пътна лента във всяко пътно платно, за да се увеличи капацитетът на автомагистрала A-6 в този участък.

18 С постановление от 7 юли 1999 г. (BOE № 163 от 9 юли 1999 г.) предоставящият концесията орган публикува нови тръжни спецификации (наричани по-нататък „вторите тръжни спецификации“). Публикувано е ново обявление в *Официален вестник на Европейските общности* (OB S 137 от 17 юли 1999 г., наричано по-нататък „второто обявление“). Преамбюлът на второто постановление гласи, че „поради причини от технически характер следва да се променят [първите] тръжни спецификации, с цел да се определи наново предметът на поканата за представяне на оферти и да се внесат няколко промени относно определянето срока на концесията“.

19 В параграф 2 от второто обявление и клауза № 2 от вторите тръжни спецификации предметът на концесията е дефиниран по следния начин:

„1. Изграждането, поддръжката и експлоатацията на платения участък от автомагистрала A-6, разклонение към град Сеговия, […]

2. Изграждането, поддръжката и експлоатацията на платения участък от автомагистрала A-6, разклонение към град Ávila. […]

3. Поддръжката и експлоатацията на платената автомагистрала A-6, участък Villalba—Adanero. […]“

20 От това е видно, че второто обявление и вторите тръжни спецификации не споменават в предмета на концесията изграждането на околовръстния път при град Guadarrama, нито разширяването на част от безплатния участък от автомагистрала A-6.

21 Клауза № 3 от вторите тръжни спецификации препраща към „административната преписка“.

22 Параграфи 13 и 16 от клауза № 5 от вторите тръжни спецификации, чийто текст е същият в първите тръжни спецификации, предвижда:

„13 Оферентите посочват изрично в своите оферти мерките, които смятат да предприемат по отношение на влиянието на концесията върху цялостната пътна мрежа, върху интереса към туризма в региона и валоризацията на историческите и художествени паметници, както и върху защитата и опазването на ландшафта и природата, без да се засяга спазването на разпоредбите, които действат в тези сфери.

[…]

16 Оферентите излагат пред администрацията мерките, които предвиждат да предприемат за адекватно управление на междуградското движение в района, засегнат от изграждането на участъците, предмет на концесията, и уточняват тези, които се ангажират да изпълнят за своя сметка. Изобретателността и осъществимостта на тези идеи се оценява позитивно при възлагането на поръчката, предвид завишената степен на претоварване в районите, върху пътното движение в които биха оказали влияние пътищата, предмет на поръчката."

23 В клауза № 10 от вторите тръжни спецификации, идентична с включената в първите тръжни спецификации, са изброени критериите, които ще бъдат взети предвид при възлагането на поръчката. Сред тези критерии са:

— осъществимостта на представената оферта и размерът на вложените средства (точка III),

— предложените мерки за управление на движението и на околната среда (точка V).

24 Подкритерий V.i) посочва:

„[п]редложените мерки за управление на междуградското движение, включително тези относно въвеждането на променливи пътни такси в района, засегнат от изграждането на участъците, предмет на концесията, могат да получат до 75 точки за своята изобретателност, осъществимост и ефикасност".

25 Клауза № 29 от вторите тръжни спецификации гласи, че по отношение на разклоненията на платения участък от автомагистрала A-6 към Ávila и Сеговия концесионерът е длъжен да се погрижи движението в никоя част от автомагистралата да не надвишава определено равнище на интензивност, изразено с технически понятия, както е длъжен и да направи за своя сметка необходимите за това разширения.

26 Накрая, клауза № 33 от вторите тръжни спецификации предвижда, че срокът на поръчката не трябва да бъде по-дълъг от 37 години, нито по-кратък от 22 години и че точният срок на поръчката, изчислен в години, се определя, като се взема предвид реалното развитие на движението във всеки от различните участъци, което се изчислява 20 години след започване на изпълнението на поръчката.

27 Съгласно Кралски декрет № 1724/1999 от 5 ноември 1999 г. предоставящият концесията орган възлага концесията на Iberpistas. Член 5 от този кралски декрет обаче предвижда изпълнението на допълнително строителство към посоченото във второто обявление и във вторите тръжни спецификации. Така освен изграждането на разклоненията на платения участък от автомагистрала A-6 към Ávila и Сеговия, както и поддръжката и експлоатацията на платения участък от автомагистрала A-6 между Villalba и Adanero, са предвидени следните строителни работи:

— изграждането на трета пътна лента във всяко пътно платно в частта от платения участък от автомагистрала A-6, разположена между град Villalba и връзката Valle de los Caídos (наричано по-нататък „строителни работи А“),

— изграждането на трето двупосочно пътно платно в частта от платения участък от автомагистрала A-6, разположена между връзката Valle de los Caídos и град San Rafael, включително изграждането на нов тунел (наричано по-нататък „строителни работи Б“), и

— изграждането на четвърта пътна лента във всяко пътно платно в безплатния участък от автомагистрала A-6 между Мадрид и Villalba (наричано по-нататък „строителни работи B“).

28 Строителни работи А, Б и В са означени по-нататък като „допълнително строителство“.

29 От посоченото дотук става ясно, че строителни работи В се споменават в първото обявление и в първите тръжни спецификации, но не и във вторите. Строителни работи А и Б не се споменават нито в първите, нито във вторите. По отношение на строителните работи по изграждането на околовръстен път при град Guadarrama, споменати в първите, но не и във вторите тръжни спецификации, те не попадат в предмета на концесията, възложена на Iberpistas, и в крайна сметка не са извършени.

30 От преписката е видно, че разклонението между платения участък от автомагистрала A-6 и Сеговия е пуснато в експлоатация през 2003 г. и че четвъртата пътна лента в безплатния участък от автомагистрала A-6 (строителни работи B) е пусната в експлоатация на 1 януари 2006 г. От преписката е видно и че междувременно са извършени останалите строителни работи.

31 От писмо на испанските власти от 28 ноември 2001 г. е видно също така, че цената на изрично споменатите във второто обявление и във вторите тръжни спецификации строителни работи, а именно разклоненията на платения участък от автомагистрала A-6 към Сеговия и Ávila, възлиза на 151,76 милиона евро. Тази цена не включва цената на работите по поддръжката и експлоатацията на платения участък от автомагистрала A-6, който е отдаден на концесия от 30 януари 2018 г. Цената на трите допълнителни строителни работи възлиза на 132,03 милиона евро.

Досъдебно производство

32 Тъй като има съмнения относно редовността, с оглед на правилата на Директива 93/37, на процедурата, съгласно която е възложено на концесия изпълнението на допълнителното строителство, на 30 април 2001 г. Комисията изпраща на Кралство Испания официално уведомително писмо, на което последната отговаря с писмо от 27 юни 2001 г. Комисията не намира за задоволителни обясненията, предоставени междувременно от тази държава членка, и на 18 юли 2002 г. изпраща мотивирано становище, на което посочената държава членка отговаря с писма от 20 септември 2002 г. и от 13 март 2003 г.

33 На 25 юли 2003 г. Комисията изпраща на Кралство Испания допълнително официално уведомително писмо относно неспазването на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, на което последното отговаря с писмо от 28 октомври 2003 г. На 22 декември 2004 г. Комисията изпраща допълнително мотивирано становище относно нарушението на посочените принципи, на което тази държава членка отговаря с писмо от 3 март 2005 г. Тъй като не е удовлетворена от този отговор, Комисията предявява настоящия иск.

По иска

По допустимостта

34 Кралство Испания повдига две възражения за недопустимост. На първо място, то поддържа, че исковата молба не отговаря на изискванията на Процедурния правилник на Съда, тъй като не са представени доказателства за представителната

власт на адвокатката, представляваща Комисията. Освен това тази институция не можела да докаже, че адвокатката има право да участва по настоящото дело, тъй като тя не действала в качеството на представител на Комисията.

35 На второ място, Кралство Испания повдига възражение за недопустимост, изведено от това, че исковата молба на Комисията е неясна, доколкото тя се отнася неопределено до нарушение на член 3 и член 11, параграфи 3, 6, 7, 11 и 12 от Директива 93/37. Впрочем единствената разпоредба на член 3, която може да бъде взета предвид в конкретния случай, е тази на параграф 1. Освен това предоставящият концесията орган очевидно бил изпълнил изцяло своите задължения, произтичащи от член 11, параграфи 3, 7, 11 и 12 от тази директива. От друга страна, параграф 6 от същия член препращал към приложения IV, V и VI към посочената директива, докато единствено приложение V било приложимо в конкретния случай. Поради това предметът на иска бил неопределен.

36 По отношение на първото възражение за недопустимост следва да се отбележи, че Комисията е представлявана надлежно от трима представители и че те са подпомагани от адвокат. Освен това Комисията е приложила към исковата си молба копие от документ, удостоверяващ че въпросният адвокат има право да практикува по смисъла на член 38, параграф 3 от Процедурния правилник на Съда пред съд на държава членка, по-специално на Кралство Испания.

37 Второто възражение за недопустимост също не може да бъде прието. Всъщност от всички документи, представени пред Съда, недвусмислено следва, че искът и твърденията за нарушения на Комисията се отнасят до неспазването, по време на разглежданата процедура за възлагане на концесия за строителство, на задълженията за обявяване, които произтичат за предоставящия концесията орган по силата на приложимите разпоредби на Директива 93/37, доколкото не всички действително възложени и изпълнени строителни работи са споменати в обявлението, предвидено за тази цел в посочените разпоредби.

38 Следователно в конкретния случай не възниква никакъв проблем относно яснотата на предмета на иска, който да постави под съмнение допустимостта на последния.

39 Възможността някои от разпоредбите на Директива 93/37, на които Комисията се позовава в подкрепа на своите твърдения за нарушения, да се окажат ирелевантни в конкретния случай, не прави нейния иск недопустим.

По съществото на спора

Доводи на страните

40 Комисията твърди по същество, че предметът на концесията, описан в обявлението и в тръжните спецификации, и действително извършените строителни работи трябва да съвпадат. Предметът на разглежданата концесия обаче е точно определен в клауза № 2 от вторите тръжни спецификации и се отнася за определени строителни работи, а именно за разклоненията на платения участък от автомагистрала A-6 към Сеговия и Ávila, както и поддръжката и експлоатацията на посочения участък от 30 януари 2018 г. За сметка на това, допълнителното строителство не е споменато нито във второто обявление, нито във вторите тръжни спецификации.

41 Така според Комисията неизпълнението, в което се упреква Кралство Испания, се състои в това, че испанските власти са разширили a posteriori предмета на концесията, възлагайки на Iberpistas строителни работи, които не са били

предмет на публикация и се намират извън географския район, включен в предмета на концесията, както е публикуван. Това представлява неизпълнение на задълженията, които произтичат за държавите членки от релевантните разпоредби на членове 3 и 11 от Директива 93/37.

42 Комисията поддържа, че нито изменението на предмета на концесията, направено във второто обявление и във вторите тръжни спецификации, нито формулировката на клауза № 5, параграфи 13 и 16 и на клауза № 29 от вторите тръжни спецификации може да накара разумно осведомен и полагащ дължимата грижа оферент да разбере, че всъщност е поканен от компетентните органи да направи предложения, които могат да доведат до извършване на строителни работи като допълнителното строителство. Обратното на практика би означавало да се признае, че оферентите са могли да предложат извършването на строителни работи по всички пътища в провинциите Мадрид, Сеговия и Ávila, тъй като движението по тях можело да бъде засегнато от строителните работи, предмет на концесията.

43 Според Комисията фактът, че допълнителното строителство не е включено в предмета на концесията и че един средно съобразителен оферент не би могъл от клаузите на тръжните спецификации да направи извод, че може да представи предложения за извършването на строителни работи от такъв мащаб, поставя в благоприятно положение единствено Iberpistas, което вече е концесионер на платения участък от автомагистрала A-6 и познава действителните нужди на възлагащия орган. За сметка на това нито другите кандидати, нито потенциалните оференти могат да знаят всички елементи, които ще се вземат предвид при възлагането на концесията, което представлява нарушение на принципа за равно третиране на оферентите.

44 Кралство Испания поддържа на първо място, че както е видно от вторите тръжни спецификации, поканата за представяне на оферти се ръководи не само от тези тръжни спецификации, но и от цялата правна уредба, приложима за процедурите относно поканите за представяне на оферти, а именно от закона за автомагистралите, както и от общите тръжни спецификации, одобрени с Декрет № 215 от 25 януари 1973 г. Впрочем целта на тази правна уредба е да се предостави, във връзка с осъществяването на гореспоменатия план за автомагистралите,

голяма свобода на инициативите на частните предприятия както в момента на представяне на техните оферти, така и в процеса на осъществяване на тяхната дейност след възлагането на поръчката.

45 От друга страна, този подход е следван, без да предизвиква трудности при възлагането на концесията за строителство на други автомагистрали в Испания и е потвърден по-нататък в член 8 от закона за автомагистралите, който предвижда възможността оферентите да предлагат допълнително строителство било в района на влияние на автомагистралите, съгласно определението, дадено на това понятие в националната правна уредба, било извън този район.

46 В конкретния случай вторите тръжни спецификации вече не споменавали изрично проектите за извършване на определени строителни работи. Това изменение имало за цел да остави на инициативата и на изобретателността на частните предприемачи да предложат на предоставящите концесията органи осъществяването на строителни работи, които могат да разрешат проблемите с движението по автомагистрала A-6, по-специално след изграждането на новите разклонения към Ávila и Сеговия. Всъщност изграждането на тези две нови автомагистрали влошило състоянието на движението по разглежданата главна пътна ос. Предложението за разрешаване на този проблем било оставено на инициативата на оферентите, както следвало и от формулировката на клауза № 5, параграфи 13 и 16 и от клаузи № 29 и № 33 от вторите тръжни спецификации.

47 На второ място Кралство Испания изтъква, че в конкретния случай въобще не може да става въпрос за неизпълнение на задълженията за обявяване по отношение на възлагането на допълнителното строителство. Всъщност Iberpistas не е изпълнило самостоятелно това допълнително строителство, а посредством покана за представяне на оферти го е възложило на други предприятия, съгласно изискванията за обявяване и за конкуренция, предвидени в Директива 93/37 и

в испанската правна уредба. Това допълнително строителство следователно е извършено от други предприятия, независими от концесионера Iberpistas.

48 На трето място Кралство Испания подчертава, че до Комисията са подадени жалби не от оференти, които не са били избрани, или от трети лица, действително или потенциално заинтересовани от възлагането на спорната концесия, а от лица и от образувания, които нямат никаква професионална връзка с тази концесия. Тези жалбоподатели нямали какъвто и да било интерес от правилното прилагане на правилата за конкуренция, а били ръководени от други подбуди. Всички образувания, желаещи да участват в процедурата, са разполагали с една и съща информация и никой от оферентите, както и никой от действително или потенциално заинтересованите не бил оспорил с оплакване, административна или съдебна жалба резултата от процедурата. Следователно равното третиране било спазено.

49 Кралство Испания посочва на четвърто място, че същите тези жалбоподатели, преди да се обърнат към Комисията, са депозирали две жалби срещу спорната процедура пред Tribunal Supremo, най-висшата испанска юрисдикция, компетентна да се произнесе по повдигнатия фактически въпрос в конкретния случай и да определи причините за изменението, направено във второто обявление за поръчката. Tribunal Supremo обаче отхвърля жалбите с две решения от 11 февруари и от 4 октомври 2003 г., в които разглежда предоставянето на спорната концесия в светлината и на общностното право и констатира, че принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация са спазени.

Съображения на Съда

50 В самото начало следва да се отбележи, че макар Комисията да упреква Кралство Испания в нарушение на член 3 и член 11, параграфи 3, 6, 7, 11 и 12 от Директива 93/37, тя не оспорва нито факта, че е публикувано обявление за покана за

представяне на оферти, нито момента и условията на тази публикация, предвидени в член 11, параграфи 7, 11 и 12 от тази директива. Освен това от нейната исковата молба става ясно, че по отношение на член 3 от същата директива искът на Комисията се отнася единствено до параграф 1 от този член.

51 При тези условия следва да се разгледа искът на Комисията с оглед само на член 3, параграф 1 и член 11, параграфи 3 и 6 от Директива 93/37.

52 В това отношение е безспорно, че разглежданата по настоящото дело операция представлява „концесия за строителство“ по смисъла на член 1, буква г) от Директива 93/37. Съгласно тази разпоредба „концесия за строителство“ е поръчка от същия вид като „обществените поръчки за строителство“, с изключение на факта, че възнаграждението за строителните работи, които трябва да се извършат, се състои или единствено от правото да се експлоатира обектът, или от това право и от заплащане.

53 Съгласно член 3, параграф 1 от Директива 93/37 в случаите, когато възлагащите органи сключват договор за концесия за строителство, правилата за обявяване, определени по-специално в член 11, параграфи 3 и 6 от тази директива, са приложими спрямо този договор, когато той е на стойност, не по-малка от 5 000 000 ECU.

54 Член 11, параграф 3 от същата директива изисква възлагащите органи, които желаят да възложат концесия за строителство, да оповестят намерението си чрез обявление. Това обявление, както е видно от параграф 6 от този член, се

изготвя съобразно образеца в приложение V към тази директива и конкретизира информацията, която се изисква там.

55 Сред информацията, която трябва да съдържа посоченото обявление, съгласно раздел II от приложение V, озаглавен „Предмет на концесията“, се числят основният и допълнителният предмет на концесията, описанието и мястото на изпълнение на строителните работи, за които се отнася концесията, и обемът и цялостният им обхват.

56 Това задължение за обявяване, посредством възможността за сравнение на съдържащите се в него оферти, осигурява равнище на конкуренция, счетено за задоволително от законодателя на Европейския съюз, в сферата на концесиите за строителство.

57 В тази сфера задължението за обявяване изразява принципите на равно третиране и на прозрачност, които възлагащите органи трябва да спазват при всички обстоятелства.

58 Посредством ясно формулираните условия на обявлението трябва да се даде обективната възможност на всеки потенциален средно съобразителен и опитен, и разумно внимателен оферент да придобие конкретна идея за строителните работи, които трябва да се извършат, както и за мястото на изпълнение, и да формулира впоследствие своята оферта.

59 Първостепенното значение на обявлението по отношение както на обществените поръчки, така и на концесиите за строителство, от гледна точка на предоставянето на информация в условията на спазване на принципа на равно третиране на оферентите от различните държави членки, е подчертано в

член 11, параграф 11 от Директива 93/37, съгласно който евентуалните публикации на информация на национално равнище не трябва да съдържат други сведения освен публикуваните в *Официален вестник на Европейските общности*.

60 Все пак като се има предвид ограниченото място в образеца на обявлението за концесия, поместен в приложение V към Директива 93/37, информация относно дадена концесия може да бъде представена в тръжните спецификации, които са определени от предоставящия концесията орган и които представляват естествено допълнение на обявлението.

61 В конкретния случай следва да се констатира, че допълнителното строителство, за което се отнасят твърденията на Комисията за нарушения и чиято стойност надхвърля значително прага, предвиден в член 3, параграф 1 от Директива 93/37, не е било включено в предмета на разглежданата концесия, определен във второто обявление и във вторите тръжни спецификации.

62 Въпреки това Кралство Испания поддържа, че вторите тръжни спецификации трябва да се разбират в смисъл, че препращат към основната правна уредба, общоприложима по отношение на процедурите за покана за представяне на оферти, по-специално към закона за автомагистралите, и трябва да бъдат тълкувани в светлината на тази правна уредба, която цели да предостави широка свобода на инициативата на оферентите. Поради това оферентите е трябвало да разберат в светлината на член 8 от този закон, че предоставящият концесията орган в действителност ги призовава да проявят инициатива и изобретателност с оглед на разрешаването на основния поставен проблем, а именно интензивността на движението по автомагистрала A-6. Този проблем бил общоизвестен и следвал недвусмислено от статистиката на компетентните национални органи. Също така, от здравия разум следвало да се разбере, че предоставящият концесията орган очаква такива предложения. Това очакване се потвърждавало и от факта, че определени строителни работи вече не се споменавали във

вторите тръжни спецификации, за да останело повече място за инициатива на оферентите, и от формулировката на клауза № 5, параграфи 13 и 16 и клауза № 29 от вторите тръжни спецификации.

63 Тези доводи трябва да се отхвърлят.

64 Действително, важно е да се отбележи, че с цел изясняването на изискванията на една концесия понякога обявлението или тръжните спецификации неизбежно препращат към националната правна уредба относно техническите характеристики в сферата на безопасността, здравето, опазването на околната среда или изисквания от друг характер. Тази възможност за препращане не освобождава обаче предоставящия концесията орган от задълженията за обявяване, наложени от Директива 93/37, съгласно които предметът на разглежданата концесия трябва да бъде определен в обявлението и в тръжните спецификации, които трябва да съдържат информацията, за която става въпрос в точка 55 от настоящото решение. Не може да се приеме и необходимостта от тълкуване на обявлението или тръжните спецификации в светлината на такава правна уредба, за да се разкрие действителният предмет на една концесия.

65 Това изискване трябва да се тълкува стриктно. Така в рамките на обществена поръчка за строителство Съдът изключва законосъобразността на препращане, направено от тръжни спецификации, към националното законодателство относно възможността на оферентите да представят варианти в своите оферти, съгласно член 19, първа и втора алинея от Директива 93/37, като се има предвид, че в тръжните спецификации не са уточнени минималните условия, на които тези варианти трябва да отговарят (вж. Решение от 16 октомври 2003 г. по дело Traunfellner, C-421/01, Recueil, стр. I-11941, точки 27—29). По отношение на задължението за прозрачност, целящо да гарантира спазването на принципа на равно третиране на оферентите, на който трябва да се подчинява всяка

процедура за възлагане на обществена поръчка, уредена от Директива 93/37, този извод на Съда важи и в сферата на концесиите за строителство.

66 Следва също така да се добави, че на предоставящия концесията орган е позволено с оглед на евентуалните особености на строителните работи, предмет на концесия, да предостави известна свобода на инициативата на оферентите по отношение на формулирането на техните оферти.

67 Същевременно клауза № 5, параграфи 13 и 16 и клауза № 29 от вторите тръжни спецификации, които заменят първите, не следва да се схващат като призив към оферентите за проявяване на инициатива с оглед на предлагането на алтернативи относно други строителни работи, освен изрично определените във второто обявление. Всъщност параграф 13 от клауза № 5 не уточнява по-специално мястото на предприемане на мерките за намаляване на евентуално засиленото движение вследствие на осъществяването на строителните работи, посочени във второто обявление. По-нататък, параграф 16 от посочената клауза № 5 се ограничава да покани оферентите да предложат мерки за адекватно „управление“ на междуградското движение в „района, засегнат от изграждането на участъците, предмет на концесията“, като този район не е по-конкретно определен. Освен това клауза № 29 се отнася недостатъчно точно до мерките, които следва да се предприемат относно разклоненията на платения участък от автомагистрала A-6 към Ávila и Сеговия.

68 Следва да се констатира, че инициативата и алтернативните оферти на оферентите, които испанското правителство очаква, поради това че вторите тръжни спецификации заменят първите „поради причини от технически характер“ и „с цел да се определи наново предметът на поканата за представяне на оферти“, освен че не биха могли да се възприемат от разумно осведомен и полагащ дължимата грижа оферент в смисъла, твърдян от Кралство Испания, не се отнасят и до предмета на спорната концесия, а по-скоро отговарят на загриженост относно общата транспортна политика в засегнатата държава членка. Така въз основа на такова разбиране, както основателно подчертава Комисията, оферентите биха били свободни да предложат без ограничения извършването на

строителни работи на цялата територия на автономната област Мадрид и на провинциите Сеговия и Ávila.

69 Също така възможният общоизвестен характер на проблем, съществуващ на национално равнище, за който не може да се предполага, че непременно се възприема като такъв от потенциалните оференти, установени в други държави членки, не следва да се взема предвид от оферентите като имплицитен критерий за определянето на предмета на концесията и да влияе по този начин върху значението, придадено на обявлението и на тръжните спецификации от правната уредба на Съюза.

70 Във всеки случай дори да се допусне, че всички оференти имат еднакво разбиране за своята свободна инициатива, е несъвместимо с Директива 93/37 да се възложи без каквато и да било прозрачност поръчка за концесия за строителство, включващо строителство, наречено „допълнително“, което само по себе си представлява „обществена поръчка за строителство“ по смисъла на тази директива и чиято стойност надхвърля предвидения в нея праг.

71 В противен случай това би означавало, че въпросното строителство, наречено „допълнително“, не попада в обхвата на задължението за обявяване и следователно на каквато и да било форма на конкуренция. Като се има предвид, че оферентите, които избират да проявят инициатива, биха били напълно свободни да представят предложения, в които самостоятелно определят естеството, обхвата и географското местоположение на предвидените строителни работи, без да е необходимо да визират предварително определен предмет, не е възможно никакво сравнение на техните оферти.

72 Следва освен това да се отбележи, че Кралство Испания не може успешно да се позовава на член 61 от Директива 2004/18. Всъщност като оставим настрана съображението, че тази директива не е приложима ratione temporis към настоящото дело, трябва да се констатира, че спорното допълнително строителство

не представлява по смисъла на горепосочената разпоредба „допълнително строителство, което не е включено в първоначално разглеждания концесионен проект“ и които поради непредвидено обстоятелство са станали необходими за изпълнение на строежа, описан в него.

73 Действията на Кралство Испания по настоящото дело не могат да бъдат оправдани и съгласно точка 3.1.1 от тълкувателното съобщение на Комисията относно концесиите в общностното право, посочено по-горе. Всъщност този текст се отнася единствено до случая, в който, тъй като не може да определи своите нужди достатъчно точно в техническо отношение, предоставящият концесията орган възнамерява да приеме алтернативни оферти, които счита за годни да разрешат общо определен проблем, а това не е така в конкретния случай.

74 При това положение следва да се направи изводът, че допълнителното строителство е възложено на Iberpistas, въпреки факта че то не е било включено в предмета на разглежданата концесия, както е описан във второто обявление и във вторите тръжни спецификации, което представлява нарушение на член 3, параграф 1 и на член 11, параграфи 3 и 6 от Директива 93/37, във връзка с приложение V към същата.

75 Както е видно от точка 57 от настоящото решение, разпоредбите на Директива 93/37, които изискват подходящо обявяване, представляват израз на принципите на равно третиране и прозрачност. Следователно въпросът за евентуалното нарушение на тези принципи не трябва да се разглежда отделно.

76 Изводът, който се съдържа в точка 74 от настоящото решение, не се обезсилва от довода, който Кралство Испания черпи от факта, че Iberpistas не е извършило самостоятелно допълнителното строителство, а го е възложило на други предприятия, съгласно установените в член 3, параграф 4 от Директива 93/37

изисквания за обявяване. Всъщност както правилно отбелязва Комисията, член 3 от тази директива налага ясно както на предоставящия концесията орган, така и на концесионера кумулативни, а не алтернативни задължения за обявяване, които трябва да се спазват и от двете страни на всеки етап от процедурата, за да се запази полезното действие на тази разпоредба.

77 Също така не е убедителен и доводът на Кралство Испания, изведен от факта, че Комисията е решила да започне настоящото производство за неизпълнение на задължения в резултат на оплаквания, подадени от лица, които нямат отношение към спорната процедура, а не от други оференти, действително или потенциално заинтересовани от възлагането на разглежданата концесия.

78 Действително, от постоянната съдебна практика следва, че е задължение на Комисията да прецени целесъобразността от предявяване на иск срещу държава членка, да определи разпоредбите, които тази държава членка евентуално е нарушила, и да избере момента, в който да започне срещу нея производство за установяване на неизпълнение, като съображенията, определящи този избор, не могат да засегнат допустимостта на иска. В този смисъл докато Комисията сама преценява дали е уместно да се предяви и да се поддържа иск за установяване на неизпълнение на задължения, Съдът е длъжен да провери дали е налице твърдяното неизпълнение, без да може да се произнася относно упражняването от Комисията на нейното право на преценка (вж. в този смисъл Решение от 8 декември 2005 г. по дело Комисия/Люксембург, C-33/04, Recueil, стр. I-10629, точки 65—67 и цитираната съдебна практика). От друга страна, фактът, че други конкуриращи се оференти не са оспорили спорната процедура по възлагане, няма значение за преценката на законосъобразността на тази процедура и за основателността на настоящия иск.

79 Важно е също така да се констатира, че за произнасянето по настоящото дело не е релевантен доводът, изведен от факта, че Tribunal Supremo, сезиран с жалба

срещу решението на предоставящия концесията орган, установява в две решения, че няма нарушение на разпоредбите на Директива 93/37, нито на принципа на равно третиране, и затова пристъпва към оценка на фактите относно клаузите на вторите тръжни спецификации, които са от компетентността на националния съд.

80 Всъщност следва да се припомни, че подаването на жалба пред национална юрисдикция срещу решение на компетентен орган, което е предмет на иск за установяване на неизпълнение на задължения, и решението на тази юрисдикция не могат да имат отражение върху допустимостта или съществото на иска за установяване на неизпълнение на задължения, предявен от Комисията. Действително наличието на правни средства за защита пред националните юрисдикции не трябва да възпрепятства предявяването на иска, посочен в член 226 ЕО, тъй като двете производства имат различни цели и последици (вж. в този смисъл Решение от 17 февруари 1970 г. по дело Комисия/Италия, 31/69, Recueil, стр. 25, точка 9, Решение от 18 март 1986 г. по дело Комисия/Белгия, 85/85, Recueil, стр. 1149, точка 24, Решение от 10 юни 2004 г. по дело Комисия/Италия, C-87/02, Recueil, стр. I-5975, точка 39 и Решение от 4 май 2006 г. по дело Комисия/Обединено кралство, C-508/03, Recueil, стр. I-3969, точка 71).

81 С оглед на всички гореизложени съображения следва да се приеме за установено, че поради възлагането на Iberpistas на 5 ноември 1999 г. на:

— изграждането на трета пътна лента във всяко пътно платно в частта от платения участък от автомагистрала A-6, разположена между град Villalba и връзката Valle de los Caídos,

— изграждането на трето двупосочно пътно платно в частта от платения участък от автомагистрала A-6, разположена между връзката Valle de los Caídos и град San Rafael, включително изграждането на нов тунел, и

— изграждането на четвърта пътна лента във всяко пътно платно в безплатния участък от автомагистрала A-6 между градовете Мадрид и Villalba,

без тези строителни работи да са включени в предмета на договора за концесия за строителство, описан в обявлението, публикувано в *Официален вестник на Европейските общности* и в тръжните спецификации, Кралство Испания не е изпълнило задълженията си по член 3, параграф 1 и по член 11, параграфи 3 и 6 от Директива 93/37, във връзка с приложение V към последната.

82 Отхвърля иска в останалата му част.

По съдебните разноски

83 По силата на член 69, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. След като Комисията е направила искане за осъждането на Кралство Испания и последното е загубило делото, то трябва да бъде осъдено да заплати съдебните разноски.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

1) Поради възлагането на Ibérica de Autopistas SA на 5 ноември 1999 г. на:

— изграждането на трета пътна лента във всяко пътно платно в частта от платения участък от автомагистрала A-6, разположена между град Villalba и връзката Valle de los Caídos,

— изграждането на трето двупосочно пътно платно в частта от платения участък от автомагистрала A-6, разположена между връзката Valle de los Caídos и град San Rafael, включително изграждането на нов тунел, и

— изграждането на четвърта пътна лента във всяко пътно платно в безплатния участък от автомагистрала A-6 между градовете Мадрид и Villalba,

без тези строителни работи да са включени в предмета на договора за концесия за строителство, описан в обявлението, публикувано в *Официален вестник на Европейските общности* и в тръжните спецификации, Кралство Испания не е изпълнило задълженията си по член 3, параграф 1 и по член 11, параграфи 3 и 6 от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, във връзка с приложение V към последната.

2) Отхвърля иска в останалата му част.

3) Осъжда Кралство Испания да заплати съдебните разноски.

Подписи