ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н M. POIARES MADURO
представено на 17 декември 2008 година [1]

1. Настоящият иск, предявен от Комисията на Европейските общности срещу Република Гърция, се отнася до договор за обществена поръчка във връзка с електроцентрала на остров Крит. Комисията твърди, че възложителят, първо, като не е публикувал обявление за обществена поръчка, и второ, не е съобщил своевременно мотивите за отхвърлянето на един от оферентите, не е изпълнил задълженията си по Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки в областта на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите [2].

Фактическа обстановка

2. През юли 2003 г. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (гръцко публично електроенергийно предприятие, наричано по-нататък „DEI“) публикува обявление за възлагане на обществена поръчка за закупуване и монтаж на два блока за топлоелектрическата централа Atherinolakos, разположена на остров Крит. DEI установява, че получените оферти не отговарят напълно на условията на процедурата за възлагане на обществената поръчка, поради което проектът е прекратен. През май 2004 г. е публикувано ново обявление за конкурентно възлагане на поръчка за същия проект, което има малки различия в сравнение с първото обявление. И петте оферти, представени в отговор на втората процедура, са отхвърлени с мотива, че са „неподходящи“, тъй като не отговарят напълно на някои технически спецификации и процедурата е прекратена.

3. С писмо от 14 декември 2004 г., без да публикува ново обявление за обществена поръчка, DEI кани петимата оференти, участвали във втората процедура, да представят в срок от 15 дни своите „окончателни финансови оферти“, като коригират всички несъответствия, и по-специално техническите несъответствия между предишните си оферти и проектните спецификации. В това писмо DEI мотивира решението си да не започне нова процедура за конкурентно възлагане, наред с другото, поради „историята на целия случай“, „времето необходимо за монтажа на двата нови блока, а именно съответно 29 и 31 месеца“, „необходимостта да се отговори своевременно на неотложната нужда от електроенергия за системата на остров Крит след 2007 г.“ и „непредвидимото забавяне на възлагането на поръчката поради липса на резултати от предходните процедури за възлагане на обществената поръчка“. Всичките петима оференти, участвали във втората процедура, подават нови оферти.

1 — Език на оригиналния текст: английски.
2 — ОВ L 199, стр. 84.

4. С писмо от 7 февруари 2005 г. DEI уведомява един от оферентите, че офертата му е отхвърлена, без да посочва каквито и да било мотиви. Този оферент изпраща три писма до DEI — от 10 и 11 февруари и от 10 март 2005 г., както и две писма до Министерството на развитието — от 17 и 31 март 2005 г., с искане за информация относно мотивите за отхвърляне на офертата. DEI отговаря едва на 4 април 2005 г. Впоследствие оферентът подава до Monomeles Protodikeio Athinon (Първоинстанционен съд на Атина) искане за налагане на временни мерки, което обаче е отхвърлено на 7 юли 2005 г. DEI възлага поръчката на друг оферент на 15 септември 2005 г.

5. Отхвърленият оферент подава жалба до Комисията, която, считайки, че начинът на провеждане на процедурата от страна на DEI не е в съответствие с общностното право и вземайки предвид изключително високата стойност на договора, открива процедура за установяване на нарушение срещу Република Гърция. Тъй като не е удовлетворена от отговора на гръцките власти на официалното ѝ уведомително писмо и на мотивираното ѝ становище, Комисията предявява пред Съда иск за установяване на неизпълнение на задължения на Република Гърция по член 20, параграф 2, буква а) от Директива 93/38, свързан с процедурите за възлагане на обществени поръчки без предварително обявяване на конкурентно възлагане, и по член 41, параграф 4 от посочената директива, свързан със задължението за указване на мотиви за отхвърлянето на оференти.

I — Липса на обявяване на конкурентно възлагане

6. Приложимата разпоредба е член 20, параграф 2, буква а) от Директива 93/38, който гласи: „[в]ъзложителите могат да използват процедура без предварително обявяване на конкурентно възлагане на поръчка в следните случаи: […] когато не са били представени оферти или представените оферти са били неподходящи, или не са били подадени заявления в отговор на процедура с предварително обявяване на конкурентно възлагане на поръчка, при условие че първоначалните условия на поръчката не са съществено изменени“. [неофициален превод] Както правителството на Република Гърция правилно посочва, тази разпоредба дава право на възложителя да избегне изискването за обявяване на конкурентно възлагане на поръчка, когато са спазени следните три условия: i) такова обявяване вече е направено, ii) не са представени оферти или представените оферти са били неподходящи, и iii) първоначалните договорни условия по същество са останали същите.

7. Очевидно в настоящия случай първото условие е спазено. Становищата, дадени от правителството на Република Гърция и от Комисията, се различават по отношение на това дали второто и третото условие също са удовлетворени.

Понятието за неподходящи оферти

8. DEI отхвърля офертите, подадени в отговор на второто обявяване на конку-

рентно възлагане на поръчката, като „неподходящи“, поради факта че не отговарят напълно на определени технически спецификации. Има ли то основание да характеризира офертите по този начин? С други думи, как трябва да се тълкува определението „неподходящ“? Това е важен въпрос, тъй като отговорът му определя дали възложителят има право да възложи поръчката, без да публикува покана за представяне на оферти. Ако е коректно подадените оферти да се окачествят като „неподходящи“, тогава не се изисква допълнително обявяване на конкурентно възлагане на поръчка; ако обаче напротив, отхвърлените оферти не могат да се разглеждат като „неподходящи“, възложителят е задължен да повтори цялата процедура.

9. Комисията възприема становището, че само оферта, която очевидно не може да удовлетвори нуждите на възложителя, попада в категорията „неподходящи“; като други несъответствия, които не са толкова сериозни, могат да обосноват отхвърлянето на офертата, но не могат да я направят „неподходяща“, и по този начин да предоставят възможност на възложителя да възложи поръчката, без да следва обичайната конкурентна процедура. За разлика от това, правителството на Република Гърция привежда доводи за по-свободна дефиниция на „неподходящ“. Като поставя значително ударение върху съображение 45 от преамбюла на Директивата, което гласи, че „подлежащите на прилагане от съответните възложители правила следва да създават рамка за лоялна търговска практика и да позволят гъвкавост във възможно най-голяма степен“ [неофициален превод], то твърди, че възложителят трябва да разполага с широко право на преценка при отхвърлянето като „неподходящи“ на всички оферти, които не удовлетворяват напълно критериите, изложени в процедурата за възлагане на обществена поръчка, след което да има възможност да процедира без ново обявяване на конкурентно възлагане на поръчката.

10. Считам, че тълкуването, предложено от гръцкото правителство, е твърде широко. Когато се преценява с колко широко право на преценка разполага възложителят, трябва да се започне с изискванията на Договора. В Решение по дело Teleaustria Съдът постановява, че концесиите за обществени услуги са извън обхвата на директивите за обществени поръчки, но поддържа, че възложителите, които ги сключват, все пак са обвързани от основните правила на Договора като цяло, и в частност от принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, от което произтича задължението за прозрачност [3]. По-нататък Съдът продължава с обяснението, че съдържанието на това задължение за прозрачност е следното: „[т]ова задължение за прозрачност, което е наложено на възложителя, се състои в това да се гарантира на всеки потенциален оферент подходящо равнище на публичност, което дава възможност за предоставяне на концесията за услуги при условия на конкуренция, както и контрол за безпристрастността на процедурите за възлагане на обществени поръчки“ [4]. Следователно прозрачността в процедурите за възлагане на обществени поръчки е изискване на първичното общностно право, което предполага поне известна публичност. Значението на тази публичност е двояко: първо, потенциалните оференти са информирани за факта, че съществува определена възможност за осъществяване на търговска дейност, което на свой ред води до увеличаване на конкуренцията за поръчката, тъй като вероятно ще бъдат подадени повече оферти; и второ, публикуването осигурява

3 — Решение от 7 декември 2000 г. (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точки 60 и 61).

4 — Пак там, точка 62.

защита срещу пристрастност и корупция, тъй като улеснява контрола на процедурите за възлагане на обществени поръчки [5]. В практиката на Съда прозрачността е свързана с недопускане на дискриминация и се разглежда като механизъм, който гарантира спазването на този основен принцип на общностното право [6].

11. Допълнителен аргумент, който има отношение към тълкуването на определението „неподходящ", е, че една от целите на правилата за възлагане на обществени поръчки е изграждането на ефективна конкуренция на пазара. В скорошното си Решение по дело Комисия/Италия, по което дело Комисията твърди, че Италия не е изпълнила задълженията си по няколко директиви, включително по Директива 93/38, Съдът заявява, че „[директивите] имат за цел да се преустановят практиките на ограничаване на конкуренцията по принцип и на участието в обществените поръчки на граждани на други държави членки, за да се изпълни по-специално свободата на установяване и свободно предоставяне на услуги, гарантирани съответно от членове 43 ЕО и 49 ЕО [7]". Както Съдът обяснява в предходно дело във връзка с Директива 93/37/ЕИО [8], „главната цел на Директива[та] е създаването на условия за конкуренция на общностно равнище с оглед възлагането на обществени поръчки за строителство. Целта на тази директива е да гарантира липсата на риск от фаворизиране от страна на публичноправните органи" [9]. Следователно ефективната конкуренция премахва бариерите, които не позволяват навлизането на нови участници на пазара; облагодетелства възложителите, които имат възможност да избират между повече оференти и следователно да получат по-добро съотношение цена—качество; помага също за поддържане на интегритета на процедурите за възлагане на обществени поръчки като цяло.

12. Както става видно от посочените по-горе дела, изискването за обявяване на конкурентно възлагане на поръчка се корени в първичното общностно право и, разбира се, трябва да се спазва. Възлагането на поръчки без предварителна покана за представяне на оферти може да навреди не само на потенциалните оференти, но и на обществеността, която заплаща за обществените поръчки чрез данъчното облагане, а и може да наруши конкурентния характер на пазара на обществени поръчки, засягайки ефективността на правилата на Договора, свързани с основните общностни свободи. Поради тази причина разпоредба, която позволява на възложителите да не отправят покана за

5 — Задължението за прозрачност е изрично наложено върху възложителите от новите директиви за възлагане на обществени поръчки. Член 2 от новата директива относно публичния сектор (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 и — поправка — ОВ L 182, 2008 г., стр. 282) и член 10 от новата директива относно специални сектори (Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и Съвета от 31 март 2004 година относно координирането 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 и—поправка— ОВ L 182, 2008 г., стр. 169) предвиждат, че възложителите трябва да „действат по прозрачен начин".

6 — Вж. по-специално Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Unitron Scandinavia и 3-S (C-275/98, Recueil стр. I-8291, точка 31), Решение от 18 октомври 2001 г. по дело SIAC Construction (C-19/00, Recueil, стр. I-7725, точка 41) и Решение от 19 юни 2008 г. по дело pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, Сборник, стр. I-4401, точка 32).

7 — Решение от 21 февруари 2008 г. (C-412/04, Сборник, стр. I-619, точка 2).

8 — Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителството (ОВ L 199, стр. 54).

9 — Решение от 12 юли 2001 г. по дело Ordine degli Architetti и др. (C-399/98, Recueil, стр. I-5409, точка 75). Вж. също в този смисъл Решение от 27 ноември 2001 г. по дело Lombardini и Mantovani (C-285/99 и 286/99, Recueil, стр. I-9233, точка 35) и Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau (C-26/03, Recueil, стр. I-1, точка 44).

участие в процедура за възлагане на обществена поръчка, подлежи на стриктно тълкуване. Член 20, параграф 2 от Директива 93/38 е такава разпоредба. Той започва с това, че възложител може да възложи обществена поръчка без предварително обявяване на конкурентно възлагане на поръчка и след това продължава с изложение на изчерпателен списък на случаите, в които това е приложимо. Съдът вече се е произнесъл по правилния подход при тълкуване на тази разпоредба в Решение по дело Комисия/Гърция, което разглежда букви в) и г) от разпоредбата, свързани съответно с поръчки, които поради технически или артистични причини могат да бъдат изпълнени само от един конкретен изпълнител, както и в случай на изключителна неотложност: „[в] самото начало следва да се напомни, че в качеството си на дерогации на правилата, свързани с процедурите за възлагане на обществени поръчки, разпоредбите на член 20, параграф 2, буква в) от Директива 93/38 трябва да бъдат предмет на стриктно тълкуване“ [10]. Настоящият случай следва да се реши въз основа на буква а) (когато не са били представени оферти или представените оферти са били „неподходящи“), която трябва да се тълкува също толкова стриктно, колкото и букви в) и г), при положение че нищо в духа или буквата на член 20, параграф 2 или Решението на Съда по дело Комисия/Гърция не би могло да оправдае различен подход при тълкуването.

13. С оглед на предходния анализ широкото тълкуване на определението „неподходящ“, поддържано от правителството на Република Гърция, не може да бъде прието. Да се даде на възложителите правото да се позовават дори на незначителни несъответствия в подадените оферти с цел да ги отхвърлят като „неподходящи“ на практика означава да им се даде неограничено право на преценка при вземането на решение дали да се публикува обявление за конкурентно възлагане на поръчка или не. Възложител, който желае да „практикува фаворитизъм“, както посочва Съдът в Решение по дело Ordine degli Architetti, лесно може установи аспект, по който подадената оферта не отговаря напълно на спецификациите на поръчката, да я отхвърли като „неподходяща“ и след това да премине към възлагане на поръчката без предварително обявяване за подаване на нови оферти. Това е особено вярно за големи поръчки, които изискват богат технически опит и договорните спецификации разбираемо са изключително комплексни. Точно това обаче е опасността, срещу която се предполага, че правилата за общностни обществени поръчки осигуряват защита, независимо дали са установени в Договора или във вторичното законодателство. За разлика от това, предлаганото от Комисията тълкуване, а именно че една оферта може да бъде отхвърлена като „неподходяща“, и оттук на възложителя да се позволи да процедира без обявяване на конкурентно възлагане на поръчка само когато офертата не удовлетворява нуждите на възложителя, оставя на възложителя достатъчно свобода при преценката на подадените оферти, като в същото време гарантира, че общностните правила за обществени поръчки не се заобикалят.

14. В подкрепа на по-широкото тълкуване на член 20, параграф 2, буква в) от Директива 93/38 гръцкото правителство се основава главно на съображение 45 от преамбюла на Директивата, в което се посочва нуждата от „гъвкавост във възможно най-голяма степен“ по отношение на правилата за обществени поръчки за комунално-битови услуги. От това гръцкото правителство достига до заключението, че на възложителите от

10 — Решение от 2 юни 2005 г. (C-394/02, Recueil, стр. I-4713, точка 33).

този сектор е предоставено широко право на преценка при прилагане на разпоредбите на Директивата, включително при прилагане на разпоредбата за „неподходящите“ оферти и възлагането на поръчки без предварително обявяване на конкурентно възлагане на поръчка. Съществуват две възражения на този аргумент.

15. На първо място, съображение 45 не е независима законодателна разпоредба, която може да предоставя права и да налага задължения. То, както всички преамбюли на директиви, по-скоро има обяснителна функция, т.е. ролята му е да подпомогне на тези, които тълкуват директивата, да разберат нейните цели и духа, в който е приета. В настоящия случай съображение 45 обяснява целта, която общностният законодател преследва с приемането на комплект от правила за възлагане на обществени поръчки в сферата на комунално-битовите услуги, които са по-малко строги, за разлика от тези в други сектори, като например в тези на услугите и доставките. Което е по-важно, самият член 20, параграф 2 представлява изражение на по-гъвкавия подход, приложим в сектора на комунално-битовите услуги, тъй като позволява на възложителя да процедира без обявяване на конкурентно възлагане на поръчка в повече случаи, отколкото директивите, регулиращи други сектори [11]. С други думи, самият общностен законодател е взел решение относно начина, по който правилата за комунално-битовите услуги ще са по-гъвкави, като е установил конкретните разпоредби на Директива 93/38, и би било погрешно да се допуска, че съображение 45 предоставя на възложителите някаква автономна гъвкавост в допълнение към вече гъвкавите разпоредби на Директивата.

16. На второ място, както вече отбелязах, Съдът е постановил, че публикуването е позитивно задължение, наложено върху възложителите от Договора. Изключенията от това задължение трябва да бъдат изрично предвидени от закона и подлежат на стриктно тълкуване. Дори ако се допусне наличието на такъв общ принцип на гъвкавост при тълкуването на Директива 93/38, той не би могъл да отмени задължения, установени в първичното общностно право.

17. На последно място, трябва да се спомена и взаимовръзките между различните директиви за обществени поръчки. Гръцкото правителство изразява силно несъгласие с предложението на Комисията, че паралелното четене на директивите за публичния сектор би могло да подпомогне тълкуването на Директива 93/38. То твърди, че последната директива въвежда система от правила, специфични за сектора на комунално-битовите услуги, и би било погрешно тези правила да се сравняват с правилата, регулиращи поръчките за строителни работи или доставки. Не съм съгласен с този аргумент. Само в много редки случаи се срещат изолирани правни разпоредби. Правните норми трябва да се поставят в техния контекст; те придобиват смисъл, когато се разглеждат в по-широката законова рамка, в която се прилагат. В сферата на обществените поръчки Съдът често се позовава на директивите за обществените поръчки като на комплект от правила,

11 — Както изтъква Комисията, подходът да се приема, че „гъвкавостта“ характеризира правилата на Директива 93/38 за възлагане на обществени поръчки се подкрепя по аналогия от съображение 28 от новата директива относно специални сектори, която заменя Директива 93/38. Във връзка с пощенските услуги в него се посочва, че „поръчките, възложени от възложителите, които предоставят пощенски услуги, следва да се подчиняват на правилата на настоящата директива, включително тези на член 30, които при зачитането на прилагането на принципите, посочени в съображение 9, създават рамка за лоялна търговска практика и позволяват по-голяма гъвкавост, в сравнение с Директива 2004/18/ЕО…“. Тук новата директива относно специални сектори е сравнявана с новата директива относно публичния сектор с цел да се обясни в какъв смисъл разпоредбите на първата са по-гъвкави от тези на последната.

преследващи общи цели и основаващи се на общи принципи. Вече споменах Решение по дело Комисия/Италия, в което Съдът приема, че Директиви 92/50/ЕИО [12], 93/36/ЕИО [13], 93/37 и 93/38 имат общата цел да премахнат практики, насочени срещу конкуренцията в сферата на обществените поръчки [14], а съществуват и други скорошни примери, където Съдът е формулирал заключенията си по начин, който показва, че към директивите за обществени поръчки трябва да се подхожда систематично и последователно [15]. Значи ли това, че Съдът не отдава значение на факта, че всяка директива регулира различна сфера на обществени поръчки и че съществуват разлики в правилата, които те установяват? Очевидно не. Това, което Съдът има предвид, е, че директивите, независимо от различията помежду им, представляват система от правила, които имат общата цел да гарантират, че процедурите за възлагане на обществени поръчки са справедливи, открити и ефикасни.

18. В заключение смятам, че като е характеризирал отхвърлената оферта като „неподходяща“ и не е публикувал обявление за конкурентно възлагане на поръчка, DEI не е изпълнило задълженията си по член 20, параграф 2 от Директива 93/38.

Условията на поръчката

19. При положение че второто от трите изисквания на член 20, параграф 2, буква а) не е спазено, DEI не би могло да се обоснове с тази разпоредба, независимо дали първоначалните условия на поръчката са останали без промяна. За пълнота на изложението обаче ще обясня накратко защо смятам, че Комисията има право да твърди, че първоначалните условия са били съществено изменени.

20. Във второто обявление за конкурентно възлагане на поръчката се посочва, че не са позволени несъответствия между техническите спецификации, изисквани от възложителя, и тези, предлагани от оферентите. Оферти, които не отговарят напълно на тези спецификации, обаче могат да бъдат приети, при условие че всички несъответствия, свързани с техническите характеристики на оборудването, което оферентът предлага да използва, са посочени в отделен списък към тръжната документация и не оказват въздействие върху експлоатационните качества на електроцентралата като цяло. В такъв случай оферентът няма никакво задължение да поправи несъответствията и да понесе допълнителната финансова тежест. В третата фаза на процедурата обаче от оферентите се изисква да коригират за собствена сметка всички несъответствия, съдържащи се в предишните им оферти, и да подадат правнообвързваща декларация в този смисъл.

12 — 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).

13 — Директива 93/36/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за доставки (ОВ L 199, стр. 1).

14 — Посочено по-горе решение, точка 2.

15 — Вж. по специално Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Adolf Truley, C-373/00, Recueil, стр. I-1931, точка 42 („целта на директивите в областта на възлагане на обществените поръчки е да се изключи едновременно опасността да бъдат предпочетени национални оференти или кандидати при възлаганията на поръчки от възлагащите органи и възможността структура, финансирана или контролирана от държавата, регионални или местни органи или други публичноправни организации, да допусне да се ръководи от съображения, които не са икономически“), Решение по дело pressetext, Nachrichtenagentur, посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 31 („От съдебната практика произтича, че основната цел на общностните правила в областта на обществените поръчки е да се осигури свободното движение на услуги и ненарушаването на конкуренцията във всички държави членки“). В Решение от 17 септември 2002 г. по дело Concordia Bus Finland (C-513/99 Recueil, стр. I-7213, точка 91) Съдът също поддържа, че „няма никаква причина да се дава различно тълкуване на две разпоредби, които спадат към една и съща област на общностното право и които по същество са формулирани идентично“. Според Съда критерият е съществото на разпоредбите, които се тълкуват; ако по същество те са еднакви, тълкуването им трябва също да е еднакво.

21. Гръцкото правителство излага довода, че член 20, параграф 2 не забранява всякакви изменения в първоначалната поръчка, а само такива, които са „съществени“. Когато по време на съдебното заседание съдията докладчик зададе въпроса как правителството ще обясни противоречието между твърденията си, че всичките пет оферти, подадени във втората фаза, са били неподходящи и че в третата фаза не са позволени съществени изменения, и факта, че в крайна сметка поръчката е възложена на един от петимата оференти, чиято оферта първоначално е била отхвърлена, представителят на правителството заяви, че единствените изменения, поискани от DEI в третата фаза, са свързани с несъответствията в техническите спецификации, определени във втората фаза, и са довели до отхвърляне на офертите, докато другите условия на поръчката са останали без промяна.

22. Съгласен съм с гръцкото правителство, че релевантният критерий е *съществения* характер на изменението в условията на поръчката, но не съм убеден, че въпросното изменение е несъществено или недостатъчно съществено по смисъла на член 20, параграф 2, буква а). В третата фаза на процедурата е въведено важно ново условие: оферентите трябва да коригират всички несъответствия за своя сметка, докато съгласно условията на обявлението за поръчката във втора фаза такива несъответствия биха могли да бъдат приети. Ясно се вижда, че самият възложител разглежда новото задължение като значимо, в противен случай не би поискал от участващите оференти да подадат правнообвързващи декларации в този смисъл. Също така от гледна точка на оферентите такова изменение в условията на поръчката всъщност е съществено, тъй като директно изключва тези, които може да нямат възможност или желание да коригират несъответствията в първоначалните си оферти и да поемат съответните разходи за това. Такива изменения в първоначалните условия на поръчката би трябвало винаги да се разглеждат като „съществени“. В допълнение, както вече отбелязах, разпоредба, която позволява на възложителя да възложи поръчка без обявяване на конкурентно възлагане, каквато е член 20, параграф 2, буква а), трябва да бъде предмет на стриктно тълкуване, тъй като представлява изключение от произтичащото от Договора правило за прозрачност. Поради тази причина възложителите могат да пренебрегнат отправянето на покана за представяне на оферти само ако въпросните изменения очевидно не могат да окажат въздействие, реално или потенциално, върху процедурата за възлагане на обществената поръчка. В настоящия случай изменението в условията на поръчката не може да се приеме за несъществено или недостатъчно съществено по смисъла на член 20, параграф 2, буква а).

23. При положение че DEI е отхвърлило петте оферти, подадени във втората фаза, поради факта че не отговарят напълно на техническите спецификации, на практика е невъзможно в третата фаза поръчката да се възложи на един от тези петима оференти, без офертата да бъде изменена предварително. По този начин DEI изменя условията на поръчката в третата фаза, за да гарантира, че оферентите ще поемат задължението да коригират всички несъответствия и изисква от тях да подадат нова финансова оферта, която да включва съответните разходи. Публикуването от DEI на ново обявление за конкурентно възлагане на поръчката би било напълно уместна процедура. Вместо това обаче то кани само конкретни оференти да подадат оферти, въпреки факта че първоначалните условия на поръчката са изменени същест-

вено. По този начин то нарушава член 20, параграф 2, буква а) от Директива 93/38.

Спешност

24. Член 20, параграф 2, буква г) от Директива 93/38 установява, че процедура без предварително обявяване на конкурентно възлагане на поръчка може да се използва „доколкото това е стриктно необходимо, когато при възникване на обстоятелства от изключителна спешност, предизвикани от събития, които възложителят не е могъл да предвиди, не може да бъде спазен определеният срок за провеждане на открити или ограничени процедури“. [неофициален превод] Комисията привежда довода, че начинът, по който писмото на DEI до петимата оференти във втората фаза подкрепя решението му да продължи без предварително обявяване на конкурентно възлагане на поръчката (например позоваването на „неотложна нужда“ на остров Крит от електроенергия, на „времето, необходимо за монтаж на двата нови блока“, на „непредвидимото забавяне“) сочи, че DEI се позовава не само на член 20, параграф 2, буква а), но и на член 20, параграф 2, буква г). Гръцкото правителство не е съгласно с това. То твърди, че от самото начало DEI се позовава само на член 20, параграф 2, буква а) и пояснява, че причината, поради която то е продължило процедурата без покана за представяне на оферти, е фактът, че предишните две фази не са успели да доведат до задоволителен резултат. Това се имало предвид под фразата „историята на целия случай“. Позоваването на спешност на случая било от второстепенно значение и давало да се разбере, че един от факторите, които DEI е взело под внимание, е необходимостта да се действа бързо.

25. Вярно е, че начинът, по който е формулирано писмото от 14 декември 2004 г., създава впечатлението, че DEI се позовава на спешността като на една от причините, обосноваващи използването на процедура без предварително обявяване на конкурентно възлагане на поръчката. Не е ясно обаче дали това се използва като независима обосновка на основание член 20, параграф 2, буква г). Във всички случаи, при положение че гръцкото правителство не се позовава на тази буква, не е необходимо Съдът да разглежда въпроса по-задълбочено.

II — Забавяне на отговора с мотивите за отхвърляне

26. Член 41, параграф 4 от Директива 93/38 гласи: „[в]ъзложители, които упражняват една от дейностите, посочени в приложения I, II, VII, VIII и IX, съобщават във възможно най-кратък срок след получаването на писмено искане на всеки отстранен кандидат или оферент мотивите за отхвърляне на кандидатурата или офертата му и на всеки оферент, който е изготвил допустима оферта — характеристиките и относителните предимства на избраната оферта, както и името на спечелилия оферент“ [неофициален превод]. Комисията твърди, че двумесечното забавяне в предоставянето на отхвърления оферент на мотивите за отхвърлянето на офертата му не може да се разглежда като „във възможно най-кратък срок“ по смисъла на тази разпоредба. Гръцкото

правителство приема, че е налице известно забавяне, но твърди, че критерият за оценка на това дали има нарушение на член 41, параграф 4 е дали е било накърнено правото на оферента да упражни предоставените му от общностното право права. Освен това по време на съдебното заседание представителят на правителството поддържа, че законодателната история на член 41, параграф 4 — Комисията първоначално е предложила 15-дневен срок за съобщаване на мотивите, както в директивите за публичния сектор, и когато това предложение е било отхвърлено от Европейския парламент, се е възприела формулировката „във възможно най-кратък срок“ — е показател за това, че на възложителите трябва да се даде известна свобода на действие при разглеждането на искания за предоставяне на мотивите за отхвърляне на оферти. Според гръцкото правителство, тъй като в настоящия случай отхвърленият оферент е имал правен способ за контрол на законността на решението на възложителя, не може да се каже, че DEI не е спазило изискванията на Директивата, когато е отговорило на искането след два месеца.

27. Съгласен съм с правителството, че използването на израза „във възможно най-кратък срок“ без упоменаване на конкретен срок означава, че подходът към член 41, параграф 4 не би трябвало да е прекалено стриктен. Фактът, че директивите за публичния сектор изрично установяват 15-дневен срок [16], докато Директива 93/38 относно специални сектори не го прави, означава, че общностният законодател нарочно е оставил въпроса за срока на отговор на възложителя да се решава за всеки случай поотделно.

28. При оценката на това какво представлява отговор „във възможно най-кратък срок“ във всеки отделен случай, един от факторите, които трябва да се вземат предвид, е дали оферентът е имал възможност да се възползва от способите за защита, предоставени му от общностното и националното право, за съдебен контрол на законността на решението. На практика, освен ако възложителят не обясни защо дадена оферта е отхвърлена, отхвърленият оферент няма как да знае дали има смисъл решението да се обжалва и на какво основание.

29. Защитата на интересите на оферентите, участващи в процедура за възлагане на обществена поръчка, обаче е само една от целите на член 41, параграф 4. Тази разпоредба служи и за защита на интегритета и ефикасността на самата процедура за възлагане на поръчки; което е от полза за самите възложители и в крайна сметка, за данъкоплатците. Поради тази причина при тълкуването на израза „във възможно най-кратък срок“ трябва да се вземе под внимание, че задължението на възложителите да излагат своевременно мотивите си е защита срещу фаворитизма и насърчава спазването на изискванията на общностното право. Член 41, параграф 4 представлява процедурна гаранция за това, че мотивите, дадени за отхвърлянето на една оферта, не са претекст за своеволно възлагане на поръчки. С други думи, това правило има възпиращо действие: много по-малко вероятно е един възложител,

16 — Член 8, параграф 1 от Директива 93/37; член 7, параграф 1 от Директива 93/36; член 12, параграф 1 от Директива 92/50.

който е наясно, че незабавно след избора на оферта ще трябва да обоснове избора си и да обясни защо другите са отхвърлени, да се отклони от общностните правила за обществени поръчки.

30. Освен това прекалените забавяния на отговорите на искания за излагане на мотиви може да имат значителен негативен ефект от гледна точка на ефикасността. Например в настоящия случай самото DEI е наблегнало на факта, че остров Крит изпитва *неотложна* нужда от допълнителна електроенергия. При все това то забавя проекта с два месеца, като не обяснява защо е избрало даден оферент и е отхвърлило останалите. Гръцкото правителство не е изложило никакви съображения за закъснението на DEI, което е трудно съвместимо с неотложния характер на въпросната поръчка. Като се има предвид, че много мащабни проекти в различни държави членки се финансират до определена степен от общностния бюджет, разумно е да се очаква от възложителите да прилагат общностните правила за обществени поръчки по начин, който взема под внимание нуждата от ефикасност.

31. Трябва да се отбележи също, че новата директива относно специални сектори, която заменя Директива 93/38, предвижда в член 49, параграф 2, че възложителите трябва да информират отхвърлените оференти за мотивите за отхвърлянето на офертите им във „възможно най-кратък срок“ и че „[с]рокът за информиране при никакви обстоятелства не може да надхвърли 15 дни от получаване на писменото искане“. Самите съставители на Директивата са преценили, че това е приемлив период за предоставяне на мотивите и по този начин са отнели всякакво право на преценка от страна на възложителя. Трябва да се признае, че настоящото дело се разглежда rationae temporis по силата на Директива 93/38, а не на Директива 2004/17. Не можем обаче да пренебрегнем факта, че общностният законодател е решил, че каквито и аргументи да са обосновавали в миналото един по-гъвкав подход по този въпрос в сектора на комунално-битовите услуги, те вече не са валидни. Поради това комунално-битовите услуги в момента се подчиняват на същите по-строги правила, които са приложими към обществените поръчки за стоки, доставки и услуги и които предвиждат, че при никакви обстоятелства 15-дневният срок не може да бъде надхвърлян. Въпреки че разпоредбата не е приложима в този случай, очевидно би било неестествено да предложим на Съда да я игнорира. В крайна сметка, по силата на Директива 93/38 ще трябва да се решава за всеки случай поотделно какво представлява разумно забавяне, като се има предвид изискването като цяло от експедитивност в областта на обществените поръчки, която не е ограничена до защита на правата на оферентите. Ето защо смятам, че понятието за отговор „във възможно най-кратък срок“ трябва да се тълкува стриктно, като се вземат под внимание обичайните срокове в други сектори на обществените поръчки. Моето становище е, че пропускът на DEI в срок от два месеца да съобщи мотивите на отхвърления оферент представлява — при липса на каквото и да е конкретно основание за такова забавяне, което ясно превишава обичайния срок приложим за обществени поръчки — нарушение на член 41, параграф 4 от Директива 93/38.

III — Заключение

32. Предлагам Съдът да приеме, че чрез пропуска на DEI да публикува обявление за конкурентно възлагане на поръчка и да съобщи във възможно най-кратък срок на отхвърления оферент мотивите за отхвърляне на офертата му, Република Гърция не е изпълнила задълженията си по член 20, параграф 2 и член 41, параграф 4 от Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки в областта на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите.