РЕШЕНИЕ НА СЪДА (трети състав)

19 юни 2008 година *

По дело C-454/06

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 234 ЕО от Bundesvergabeamt (Австрия) с акт от 10 ноември 2006 г., постъпил в Съда на 13 ноември 2006 г., в рамките на производство по дело

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

срещу

Republik Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

* Език на производството: немски.

СЪДЪТ (трети състав),

състоящ се от: г-н A. Rosas, председател на състав, г-н U. Lõhmus, г-н J. N. Cunha Rodrigues (докладчик), г-н A. Ó Caoimh и г-н Ал. Арабаджиев, съдии,

генерален адвокат: г-жа J. Kokott,
секретар: г-н B. Fülöp, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 24 януари 2008 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за pressetext Nachrichtenagentur GmbH, от адв. G. Estermann, Rechtsanwalt,

— за Republik Österreich (Bund), от г-н A. Schittengruber и г-н C. Mayr, в качеството на представители,

— за APA-OTS Originaltext-Service GmbH и APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, от адв. J. Schramm, Rechtsanwalt,

— за австрийското правителство, от г-н M. Fruhmann и г-н C. Mayr, в качеството на представители,

— за френското правителство, от г-н J.-C. Gracia, в качеството на представител,

— за литовското правителство, от г-н D. Kriaučiūnas, в качеството на представител,

— за Комисията на Европейските общности, от г-н D. Kukovec и г-н R. Sauer, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 13 март 2008 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на 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) и на Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), изменена с Директива 92/50 (наричана по-нататък: „Директива 89/665“).

2 Запитването е отправено в рамките на спор между pressetext Nachrichtenagentur GmbH (наричано по-нататък „PN“), от една страна, и Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext Service GmbH (наричано по-нататък „APA-OTS“) и APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (наричано по-нататък „APA“), от друга страна, относно обществена поръчка, свързана с услугите в областта на дейност на информационните агенции.

Правна уредба

Общностна правна уредба

3 Член 3, параграф 1 от Директива 92/50 гласи:

„1. При възлагане на обществени поръчки за услуги или при организиране на конкурс за проект възлагащите органи прилагат процедури, които съответстват на разпоредбите на настоящата директива.“ [неофициален превод]

4 Съгласно член 8 от тази директива:

„Обществените поръчки, които имат за предмет услуги, посочени в приложение I A, се възлагат в съответствие с разпоредбите на дялове III—VI.“ [неофициален превод]

5 Съгласно член 9 от посочената директива:

„Обществените поръчки с предмет услуги, посочени в приложение I Б, се възлагат в съответствие с членове 14 и 16.“ [неофициален превод]

6 Член 10 от същата директива предвижда:

„Обществените поръчки с предмет едновременно изброените в приложение I А услуги и услугите, посочени в приложение I Б, се възлагат съгласно разпоредбите на дялове III—VI, когато стойността на изброените в приложение I А услуги е по-висока от стойността на изброените в приложение I Б. В противен случай обществената поръчка се възлага съгласно членове 14 и 16“. [неофициален превод]

7 Член 11, параграф 3 от посочената директива гласи:

„Възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки за услуги посредством процедура на договаряне без предварително публикувано обявление за обществена поръчка в следните случаи:

[…]

д) за допълнителни услуги, които не са включени в първоначално предвидения проект или в първоначално сключения договор, но които поради непредвидени обстоятелства са станали необходими за предоставянето на услугата, описана в посочения по-горе проект или договор, при условие че възлагането е направено на доставчика, който предоставя тази услуга:

— когато тези допълнителни услуги не могат да бъдат технически или икономически отделени от основната обществена поръчка без голямо затруднение за възлагащите органи

или

— когато тези услуги, при все че са отделими от изпълнението на първоначалната обществена поръчка, са строго необходими за нейните по-късни етапи.

При все това общата прогнозна стойност на възложените обществени поръчки за допълнителни услуги не трябва да надхвърля 50 % от размера на основната обществена поръчка;

е) за нови услуги, които се изразяват в повторение на сходни услуги, чието предоставяне е възложено на доставчика — изпълнител на първоначалната обществена поръчка, от същите възлагащи органи, при условие че тези услуги са в съответствие с основен проект и че този проект е предмет на първоначалната обществена поръчка, възложена съгласно предвидените в параграф 4 процедури. Възможността за използване на процедурата на договаряне се посочва в момента на откриване на процедурата за подаване на предложения във връзка с първия проект, а предполагаемата обща стойност на последващите услуги се взема предвид от възлагащите органи при прилагането на член 7. Тази процедура може да се прилага само през период от три години, считано от момента на сключване на договора за първоначалната обществена поръчка.“ [неофициален превод]

Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

8 APA е учредено в Австрия след Втората световна война като кооперативно дружество с ограничена отговорност. Почти всички австрийски ежедневници, както и австрийското радио и телевизия — ORF, са членове на това кооперативно дружество. Заедно с дъщерните си дружества APA е основният оператор на австрийския пазар на информационни агенции и по традиция предоставя на Republik Österreich (Bund) различни услуги от областта на дейност на информационните агенции.

9 PN присъства на австрийския пазар на информационни агенции от 1999 г., но е изготвила неголям брой прессъобщения за австрийските федерални власти. В PN са наети по-малко сътрудници журналисти, отколкото в APA и то разполага с по-малък архив от APA.

10 През 1994 г., тоест преди присъединяването ѝ към Европейския съюз, Republik Österreich (Bund) сключва договор (наричан по-нататък „основен договор“) с APA, който предвижда предоставянето на определени услуги срещу възнаграждение. Този договор позволява на австрийските федерални власти главно да се запознават с актуална информация и да я ползват (т.нар. „основна услуга“), да искат информация и изготвяне на прессъобщения от историческо естество, чийто източник е база данни на APA, наречена „APADok“, а и да ползват услугата на APA за предоставяне на оригинални текстове, наречена „OTS“, както за своя информация, така и за разпространяване на собствените си прессъобщения. Базата данни APADok включва данните за основната услуга от 1 януари 1988 г., както и съобщенията, обработени чрез OTS услугата, от 1 юни 1989 г.

11 Основният договор е сключен за неопределен срок, но съдържа клауза, с която страните се отказват от възможността да го прекратят преди 31 декември 1999 г.

12 В член 2, буква в) от основния договор се предвижда:

„За онлайн справките с информационните услуги на APA, определени в член 1, APA фактурира като такса за използването на системата за електронна обработка на данните за CPU минута (чисто време) цена, която отговаря на най-ниската потребителска цена от официалната тарифа (понастоящем 67 ATS без ДДС на CPU минута), намалена с 15 %.“

13 Този договор съдържа и разпоредби относно датата на първото увеличение на цените, максималния размер на всяко увеличение и индексацията на цените въз основа на индекса на потребителските цени от 1986 г., като референтната стойност е изчисленият за 1994 г. индекс. В това отношение член 5, параграф 3 от посочения договор предвижда по-конкретно, че „[…] е постигнато изрично съгласие относно стабилността на възнагражденията, предвидени в член 2, букви а) и б). За изчисляване на индексацията следва да се изхожда от индекса на потребителските цени 86 (VPI 86), публикуван от Австрийската централна статистическа служба (ÖSTAT), или от следващия индекс, който го замества.“

14 През септември 2000 г. APA учредява като дружество с ограничена отговорност дъщерното дружество APA-OTS, в което притежава 100 % участие. Между двете дружества съществува споразумение за прехвърляне на загуби и печалби, от което според APA и APA-OTS произтича, че последното е част от APA от финансова, административна и икономическа гледна точка и трябва да осъществява и управлява дейността си съгласно указанията на APA. Освен това APA-OTS трябва да прехвърля годишната си печалба на APA, като от своя страна това дружество трябва при необходимост да покрива годишните загуби на APA-OTS.

15 През септември 2000 г. APA прехвърля на APA-OTS дейността си във връзка с OTS услугата. Republik Österreich (Bund) е уведомена за тази промяна през октомври 2000 г. Сътрудник на APA, оправомощен да представлява това дружество, уверява австрийските власти, че в резултат на това прехвърляне на дейност APA отговаря солидарно с APA-OTS и че съществуващата обща доставка остава непроменена. Ето защо австрийските власти се съгла-

сяват с това OTS услугата да се предоставя от APA-OTS и оттогава изплащат възнаграждение пряко на APA-OTS за тази услуга.

16 Освен това разпоредбите на основния договор са изменени с първо допълнително споразумение, което е сключено през 2001 г. и поражда действие, считано от 1 януари 2002 г. Както е посочено в точки 17—20 от настоящото решение, с това допълнително споразумение първоначалната обществена поръчка се адаптира с оглед на преминаването към еврото.

17 На първо място, годишната такса за ползване на редакционните статии и медийните архиви в размер на 10 080 000 ATS е заменена с такса в размер на 800 000 EUR. Поради клаузата за индексация цената за 2002 г. е трябвало да бъде 11 043 172 ATS (при преминаването към евро сумата е закръглена на 802 538,61 EUR). Взето е решение да се възприеме не този размер, а закръглената сума от 800 000 EUR, като това отговаря на намаление от 0,3 %.

18 На второ място, цената, определена за онлайн справките с информационните услуги на APA, която е 67 ATS на минута, е заменена с цена от 4,87 EUR на минута. Освен закръгляването на сумата при преминаването към еврото, същинският размер на тази цена не е променен.

19 На трето място, за изчисление на индексацията индексът от 1994 г., изчислен въз основа на индекса на потребителските цени от 1986 г., е заменен като отправна точка с индекса от 2001 г., изчислен въз основа на индекса на потребителските цени от 1996 г. В това отношение първото допълнително споразумение по-специално изменя член 5, параграф 3 от основния договор в следния смисъл:

„Постигнато е изрично съгласие относно стабилността на възнагражденията, предвидени в член 2, букви а) и б). За изчисляване на индексацията следва да се изхожда от индекса на потребителските цени 96 (VPI 96), публикуван от Австрийската централна статистическа служба (ÖSTAT), или от следващия индекс, който го замества."

20 На четвърто място, чрез дерогиране на този механизъм за индексация някои цени се определят непосредствено за периода 2002—2004 г. Всъщност цената от 8,50 ATS на ред за въвеждането на прессъобщения в OTS услугата е заменена с фиксираните цени от 0,66 EUR на ред за 2002 г., 0,67 EUR за 2003 г. и 0,68 EUR за 2004 г. Ако е била приложена клаузата за индексация, цената за 2002 г. е трябвало да се увеличи на 9,31 ATS на ред (закръглена на 0,68 EUR на ред). Следователно цената е намалена с 2,94 % за 2002 г. и с 1,47 % за 2003 г.

21 В основния договор са направени още две изменения с второ допълнително споразумение, което е сключено през октомври 2005 г. и поражда действие, считано от 1 януари 2006 г. С второто допълнително споразумение основният договор е изменен по начина, посочен в точки 22 и 23 от настоящото решение.

22 От една страна, уговореният в основния договор отказ от възможността той да се прекрати до 31 декември 1999 г. е предвиден отново до 31 декември 2008 г.

23 От друга страна, отстъпката от цената на онлайн справките с информационните услуги на APA, по която е постигнато съгласие и която е 15 % в основния договор, се определя на 25 %. В това отношение второто допълнително споразумение изменя член 2, буква в) от основния договор по следния начин:

„Считано от 1 януари 2006 г. следните клаузи [от основния договор, изменен с първото допълнително споразумение] се изменят, както следва:

1. В член 2, буква в) отстъпката от „15 %“ се заменя с „25 %“.

[…]“.

24 През 2004 г. PN предлага на Republik Österreich (Bund) да ѝ предоставя услуги в областта на дейност на информационните агенции, но тази оферта не води до сключването на договор.

25 С искания, направени на 4 и 19 юли 2006 г., PN моли Bundesvergabeamt да установи като основно искане, че разделянето на основната обществена поръчка в резултат на преструктурирането на APA през 2000 г., както и сключените през 2001 г. и 2005 г. допълнителни споразумения, които PN определя като „фактическо възлагане", са неправомерни и при условията на евентуалност, че изборът на разглежданите различни процедури за възлагане е незаконосъобразен.

26 По отношение на сроковете за подаване на искане Bundesvergabeamt уточнява, че ако оспорваните действия са извършени през 2000 г., 2001 г. и 2005 г., правното средство за защита, което съгласно националното право може да се използва срещу незаконосъобразно възлагане на обществени поръчки (а именно установително искане с последица прекратяване на договора), е създадено в по-късен момент, като поражда действие, считано от 1 февруари 2006 г. Срокът, предвиден за подаване на това искане, е шест месеца, считано от момента на незаконосъобразното възлагане. Според препращащата юрисдикция следва да се приложи § 1496 от Австрийския граждански кодекс, съгласно който ако предвидените правни средства за защита не могат да бъдат упражнени, то давностните срокове не могат да текат, при условие че подобно прилагане съответства на общностното право.

27 При тези условия Bundesvergabeamt решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли терминът „възлагане", употребен в член 3, параграф 1 от Директива 92/50 [...] и в членове 8 и 9 от същата директива, да се разбира в смисъл, че обхваща и хипотезата, в която възлагащият орган се съгласява в бъдеще да приема услугите на доставчик, учреден като капиталово дружество, след като преди това услугите са предоставяни от друг доставчик, който е единственият акционер в дружеството доставчик, което е негов правоприемник, и същевременно контролира последното, като му дава указания? В подобна хипотеза има ли правни последици обстоятелството, че възлагащият орган няма гаранция дали дяловете от капитала на доставчика правоприемник няма да бъдат прехвърлени на трети лица през целия период, за който е

възложена първоначалната обществена поръчка? Аналогично, какви са правните последици от липсата на гаранция за възлагащия орган за това дали съставът на съдружниците в първоначалния доставчик, учреден като кооперативно дружество, няма да се промени през целия срок на договора?

2) Налице ли е възлагане по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 92/50 [...] и на членове 8 и 9 от същата директива и в хипотезата, в която възлагащият орган договаря с доставчиците на услуги в периода на действие на договора за обществена поръчка относно съвместно предоставяне на услуги, сключен с тях за неопределен срок, възнаграждението на определени услуги и преформулира клауза за индексация, след като тези изменения водят до промяна на цените и са настъпили при въвеждането на еврото?

3) Налице ли е възлагане по смисъла на член 3, параграф 1 от Директива 92/50 [...] и на членове 8 и 9 от същата директива в хипотезата, в която възлагащият орган посредством допълнително споразумение договаря с доставчиците на услуги в периода на действие на договора за обществена поръчка относно съвместно предоставяне на услуги, сключен с тях за неопределен срок, да продължи с три години действието на клауза за отказ от възможност да се прекрати договорът, която е обезсилена към момента на сключване на допълнителното споразумение, след като това изменение на договора води до предоставяне на по-големи от предвидените по-рано отстъпки от някои цени, определени в зависимост от количествата в конкретна област?

4) В случай че е налице възлагане на обществена поръчка, тоест при утвърдителен отговор на някой от трите предходни въпроса, трябва ли член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50 [...] или други разпоредби от общностното право, като например принципът за прозрачност, да се разбират в смисъл, че оправомощават възлагащия орган да възлага доставки в рамките на една-единствена обществена поръчка за услуги посредством процедура на договаряне без предварително публикувано обявление за обществена поръчка, когато част от доставките на услуги включва изключителни права от вида, посочен в член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50 [...]? Или пък принципът за прозрачност или други разпоредби на общностното право предвиждат задължението при възлагане на обществена поръчка, свързана основно с нерезервирани доставки, все пак да се публикува обявление за обществена поръчка, преди да се възложи обществената поръчка, за да се позволи на заинтересованите предприятия да проверят дали действително са възложени доставки, за които са предоставени изключителни права? Или

разпоредбите на общностното право в областта на възлагането на обществени поръчки изискват в подобна хипотеза доставките да се възлагат в рамките на отделни процедури за възлагане, в зависимост от това дали са предмет на изключителни права, за да се позволи поне частично провеждане на процедурата при условията на състезателност?

5) Ако на четвъртия въпрос следва да се отговори, че възлагащ орган има право да възлага доставките, които не включват изключителни права заедно с тези, които включват такива права, в рамките на една-единствена обществена поръчка, може ли предприятие — ако то самото не е оправомощено да разполага с данни, предмет на изключително право, с което разполага основен оператор на пазара — да обоснове пред възлагащия орган възможността си да предостави цялата услуга по смисъла на правото в областта на обществените поръчки, като се позовава на член 82 ЕО и задължението на основния оператор в определена държава-членка да му изпрати данните при справедливи условия?

6) Ако на първия, втория и третия въпрос се отговори, че частичното продължаване на действието на договора през 2000 г. и/или едното от двете посочени по-горе допълнителни споразумения, или и двете споразумения водят до възлагане на нови обществени поръчки и освен това, ако на четвъртия въпрос се отговори, че възлагащият орган е трябвало отделно да възложи доставките, които не включват изключително право, или че не е можел да възложи обща обществена поръчка за услуги (прессъобщения, основна услуга и право да се ползва APAdok), без предварително да публикува обявление за обществена поръчка, за да гарантира прозрачност и да позволи проверката на предвидените обществени поръчки:

Трябва ли изразът „претърпявам вреди“ или думата „ощетен“, които се съдържат съответно в член 1, параграф 3 от Директива 89/665[...] и в член 2, параграф 1, буква в) от същата директива, да се разбират в смисъл, че предприемачът претърпява вреда по смисъла на тези разпоредби в хипотеза като разглежданата, когато е лишен от възможността да участва в процедура за възлагане на обществена поръчка, тъй като възлагащият орган не е публикувал предварително обявление, въз основа на което предприемачът да има възможността да представи кандидатурата си или да подаде оферта, или да поиска компетентните контролни органи да проверят точността на твърдението относно изключителните права?

7) Общностният принцип на равностойност и общностният принцип на необходимост от ефективна правна защита предполагат ли, без да се засягат други разпоредби на общностното право, че предприемачът може да се позовава на субективно и безусловно право срещу държава-членка, което му позволява да предяви иск за обезщетение пред компетентните национални органи поради нарушение на общностното право в областта на обществените поръчки, след възлагането и поне в период от шест месеца, считано от датата, на която е могъл да узнае за незаконосъобразното възлагане на обществената поръчка, като следва да се предостави допълнителен срок, когато не е било възможно предявяването на съответен иск поради липса на правно основание в националното право, ако във вътрешното право исковете за обезщетение, основани на неспазване на правото, по принцип се погасяват по давност в срок от три години, считано от момента на установяване на причинилото вредата лице и на вредата, и ако при липса на правно средство за защита в конкретна област давностните срокове не (продължават да) текат?“

По преюдициалните въпроси

28 На първо място следва да се отбележи, че макар договорът за разглежданата в главното производство обществена поръчка да е сключен преди присъединяването на Република Австрия към Европейския съюз, общностните правила в тази област се прилагат за подобна обществена поръчка от датата на присъединяване на тази държава (вж. в този смисъл Решение от 24 септември 1998 г. по дело Tögel, C-76/97, Recueil, стр. I-5357, точка 14).

29 С първите си три въпроса Bundesvergabeamt иска по същество да се установи при какви условия изменения, направени в съществуващ между възлагащия орган и доставчик на услуги договор, могат да бъдат приети за ново възлагане на обществена поръчка за услуги по смисъла на Директива 92/50.

30 Директива 92/50 не съдържа изричен отговор на тези въпроси, но съдържа редица релевантни указания, които следва да се поставят в общата рамка на общностните правила в областта на обществените поръчки.

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 (вж. Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau, C-26/03, Recueil, стр. I-1, точка 44). Тази двойна цел се утвърждава изрично в съображение второ, шесто и двадесето от Директива 92/50.

32 С оглед преследване на тази двойна цел общностното право прилага по-конкретно принципа на недопускане на дискриминация, основана на националност, принципа на равно третиране на оферентите и произтичащото от това задължение за прозрачност (вж. в този смисъл Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Unitron Scandinavia и 3-S, C-275/98, Recueil, стр. I-8291, точка 31, Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress, C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точки 60 и 61 и Решение от 29 април 2004 г. по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Recueil, стр. I-3801, точки 108 и 109).

33 Що се отнася до обществените поръчки, които са посочени в Директива 92/50 и имат за предмет единствено или главно услуги, изброени в приложение I A от последната, директивата въвежда тези принципи и това задължение за прозрачност, като по-конкретно налага определени процедури за възлагане. Що се отнася до посочените в тази директива обществени поръчки, които имат за предмет единствено или главно услуги, изброени в приложение I Б от последната, директивата не налага същите правила относно процедурите за възлагане, но спрямо тази категория обществени поръчки за услуги все пак се прилагат основните правила на общностното право и произтичащото от това задължение за прозрачност (вж. в този смисъл Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия, C-507/03, Сборник, стр. I-9777, точки 26, 30 и 31).

34 С оглед на осигуряването на прозрачност на процедурите и равно третиране на оферентите измененията в клаузите на обществена поръчка, направени през периода на действие на последната, представляват ново възлагане на

обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50, когато имат съществено различни характеристики от тези на първоначалната обществена поръчка и следователно могат да изразяват волята на страните да договорят отново съществените условия на тази обществена поръчка (вж. в този смисъл Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Комисия/Франция, C-337/98, Recueil, стр. I-8377, точки 44 и 46).

35 Изменението на обществена поръчка в рамките на периода ѝ на действие може да бъде прието за съществено, когато с него се въвеждат условия, които ако са били налице при първоначалната процедура за възлагане, са щели да позволят допускането на оференти, различни от първоначално допуснатите, или да позволят приемане на оферта, различна от първоначално приетата.

36 Аналогично, изменение на първоначалната обществена поръчка може да бъде прието за съществено, когато значително разширява обхвата на обществената поръчка до услуги, които първоначално не са предвидени. Последното тълкуване се потвърждава от член 11, параграф 3, букви д) и е) от Директива 92/50, който предвижда, за обществените поръчки за услуги с предмет единствено или главно услуги, изброени в приложение I A от тази директива, ограничения относно това в каква степен възлагащите органи могат да прибягват до процедурата на договаряне, за да възложат допълнителни услуги спрямо тези, които са предмет на първоначалната поръчка.

37 Изменението може също да бъде прието за съществено, ако променя икономическото равновесие на договора в полза на определения за изпълнител на обществената поръчка участник по начин, който не е предвиден в условията на първоначалната обществена поръчка.

38 На отправените до Съда въпроси следва да се отговори с оглед на изложените по-горе съображения.

По първия въпрос

39 Първият въпрос на препращащата юрисдикция се отнася до обстоятелството, че през 2000 г. на APA-OTS са прехвърлени услуги, предоставяни до този момент от APA. Тя иска по същество да се установи дали при обстоятелства като тези в главното производство промяната на съдоговорителя представлява ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на член 3, параграф 1 и на членове 8 и 9 от Директива 92/50.

40 По принцип замяната на съдоговорителя, на който възлагащият орган първоначално възлага обществената поръчка, с нов съдоговорител трябва да се разглежда като промяна на едно от съществените условия на разглежданата обществена поръчка, освен ако тази замяна е предвидена в условията на първоначалната обществена поръчка, например като подизпълнение.

41 Като се има предвид, че е учредено като дружество с ограничена отговорност, съгласно акта за препращане APA-OTS има самостоятелна правосубектност по отношение на APA, което е спечелило първоначалната обществена поръчка.

42 Безспорно е също така, че от момента на прехвърлянето на OTS услугите от APA на APA-OTS през 2000 г. възлагащият орган вече извършва свързаните с тези услуги плащания пряко на APA-OTS, а не на APA.

43 При все това прехвърлянето на въпросната дейност има някои особени характеристики, които позволяват да се заключи, че подобни изменения, направени в положение като разглежданото в главното производство, не представляват промяна на съществено условие на обществената поръчка.

44 Всъщност от преписката по делото е видно, че APA-OTS е дъщерно дружество, в което APA има 100 % участие, че последното има правомощие да ръководи APA-OTS и че между двете образувания съществува договор за прехвърляне на загуби и печалби, реализирани от APA. Освен това от преписката по делото е видно, че лице, оправомощено да представлява APA, уверява възлагащия орган, че в резултат на прехвърлянето на OTS услугите APA отговаря солидарно с APA-OTS и че общата съществуваща доставка остава непроменена.

45 Подобна уговорка по същество представлява вътрешна реорганизация на съдоговорителя, която не изменя по съществен начин условията на първоначалната обществена поръчка.

46 В този контекст препращащата юрисдикция се пита дали обстоятелството, че за възлагащия орган не съществува гаранция дали дружествените дялове на APA-OTS няма да бъдат прехвърлени на трето лице през целия период на действие на обществената поръчка, има правни последици.

47 Ако дружествените дялове на APA-OTS се прехвърлят на трето лице през периода на действие на разглежданата в главното производство обществена поръчка, ще става въпрос не за вътрешна реорганизация на първоначалния съдоговорител, а за действителна промяна на съдоговорителя, което по принцип представлява промяна на съществено условие на обществената поръчка. Подобно събитие може да представлява ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50.

48 Същата логика би се прилагала, ако прехвърлянето на дружествените дялове на дъщерното дружество на трето лице вече е предвидено към момента на прехвърляне на разглежданите дейности на това дружество (вж. в този смисъл Решение от 10 ноември 2005 г. по дело Комисия/Австрия, C-29/04, Recueil, стр. I-9705, точки 38—42).

49 При все това съдържащият се в точка 45 от настоящото решение анализ, съгласно който разглежданото положение представлява вътрешна реорганизация на съдоговорителя, е валиден, докато не настъпи такова развитие. Липсата на гаранция относно възможността дружествените дялове на дъщер-

ното дружество да се прехвърлят на трето лице през периода на действие на обществената поръчка не променя този извод.

50 Препращащата юрисдикция се пита също така какви са правните последици, свързани с липсата на гаранция за възлагащия орган, относно това дали съставът на съдружниците в първоначалния доставчик няма да бъде изменен през целия срок на действие на договора.

51 Обществените поръчки често се възлагат на юридически лица. Ако определено юридическо лице е учредено като акционерно дружество, което се котира на борсата, от самото му естество произтича, че съставът на акционерите му може да се промени по всяко време. По правило подобно положение не поставя под съмнение действителността на възлагането на обществена поръчка на подобно дружество. В изключителни случаи положението може да бъде различно, например при действия, с които се цели заобикаляне на общностните правила в областта на обществените поръчки.

52 Аналогични съображения се прилагат за обществени поръчки, възложени на юридически лица, които както в главното производство са учредени не като акционерно дружество, а като кооперативно дружество с ограничена отговорност. Евентуални промени в състава на съдружниците на подобно кооперативно дружество по принцип не водят до съществено изменение на възложената на това дружество обществена поръчка.

53 Ето защо тези съображения също не изменят извода, изложен в точка 45 от настоящото решение.

54 От посоченото следва, че на първия въпрос следва да се отговори, че терминът „възлагане“, употребен в член 3, параграф 1 и членове 8 и 9 от Директива 92/50, трябва да се тълкува в смисъл, че не обхваща положение като това в главното

производство, в което доставяните на възлагащия орган от първоначалния доставчик услуги са прехвърлени на друг доставчик, учреден като капиталово дружество, в което единствен акционер е първоначалният доставчик, който контролира новия доставчик и му дава указания, доколкото първоначалният доставчик продължава да носи отговорност за спазването на договорните задължения.

По втория въпрос

55 Вторият въпрос на препращащата юрисдикция се отнася до измененията, въведени в основния договор с първото допълнително споразумение, което е сключено през 2001 г. и поражда действие, считано от 1 януари 2002 г. Тя иска по същество да се установи дали определени изменения на цените представляват ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50.

56 Този преюдициален въпрос се отнася на първо място до конвертирането на цените в евро без изменение на същинския им размер, на второ място, до конвертирането на цените в евро, при което е намален същинският им размер, и на трето място, до преформулирането на клауза за индексация на цените.

57 Следва да се отговори, че в хипотеза, при която в резултат на преминаването към еврото съществуваща обществена поръчка се изменя, в смисъл че цените, първоначално определени в национална валута, са конвертирани в евро, става въпрос не за съществено изменение на обществената поръчка, а само за адаптиране на последната към променени външни обстоятелства, доколкото сумите в евро са закръглени съгласно действащите разпоредби, и по-конкретно съгласно разпоредбите на Регламент (ЕО) № 1103/97 на Съвета от 17 юни 1997 година относно определени разпоредби, отнасящи се до въвеждането на еврото (ОВ L 162, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 10, том 1, стр. 81).

58 Когато закръгляването на конвертираните в евро цени надхвърля допустимия от релевантните разпоредби размер, става въпрос за изменение на същинския размер на цените, предвидени в първоначалната обществена поръчка. Поради това се поставя въпросът дали подобно изменение на цените представлява ново възлагане на обществена поръчка.

59 Очевидно е, че цената представлява важно условие на обществената поръчка (вж. в този смисъл Решение по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta, посочено по-горе, точка 117).

60 При липса на изрично оправомощаване в тази насока в условията на първоначалната обществена поръчка изменението на подобно условие през периода на действие на обществената поръчка може да доведе до опасност от нарушаване на принципите на прозрачност и на равно третиране на оферентите (вж. в този смисъл Решение по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta, посочено по-горе, точка 121).

61 При все това конвертирането в евро на цените на обществена поръчка през периода ѝ на действие може да се съчетае с корекция на същинския им размер, без от това да произтича ново възлагане на обществена поръчка, при условие че подобна корекция е минимална и се обосновава по обективен начин, като такава е хипотезата, когато с корекцията се улеснява изпълнението на обществената поръчка, например като се опростяват операциите по фактуриране.

62 От една страна в главното производство годишната такса за ползване на редакционни статии и медийни архиви е намалена само с 0,3 %, за да отговаря на кръгло число, което може да улесни изчисленията. От друга страна, цените на ред за въвеждането на прессъобщения в OTS услугата са намалени съответно с 2,94 % и 1,47 % за 2002 г. и 2003 г., за да бъдат изразени с кръгли числа, които също могат да улеснят изчисленията. Освен че са свързани с намален размер, тези корекции на цените са извършени не в полза, а във вреда на определения за изпълнител на обществената поръчка участник, тъй като последният се съгласява с намаление на цените, които могат да произтекат от обичайно приложимите конвертиране и индексация.

63 При тези условия може да се приеме, че корекцията на цените на обществена поръчка през периода ѝ на действие не представлява изменение на съществените условия на тази обществена поръчка, което може да представлява ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50.

64 Що се отнася до преформулирането на клаузата за индексация, следва да се отбележи, че в член 5, параграф 3 от основния договор по-конкретно се предвижда, че „[з]а изчисляване на индексацията [следва] да се изхожда от индекса на потребителските цени 86 (VPI 86), публикуван от Австрийската централна статистическа служба (ÖSTAT), или от следващия индекс, който го замества.“

65 От посоченото следва, че основният договор предвижда замяната на индекса на цените, който е посочен в него, с индекс от по-късна дата.

66 С първото допълнително споразумение посоченият в основния договор индекс, а именно публикуваният от ÖSTAT индекс на потребителските цени от 1986 г. (VPI 86), се заменя с по-актуален индекс, тоест индексът на потребителските цени от 1996 г. (VPI 96), публикуван от същия орган.

67 Както е посочено в точка 19 от настоящото решение, в това допълнително споразумение като отправна точка се използва индексът за 2001 г. — годината, в която е сключено последното, вместо индекса от 1994 г. — годината, в която е сключен основният договор. Тази актуализация на отправната точка съответства на актуализацията на индекса на цените.

68 От посоченото следва, че първото допълнително споразумение се ограничава с това да приложи предвиденото в основния договор относно актуализирането на клаузата за индексация.

69 При тези условия следва да се приеме, че позоваването на нов индекс на цените не представлява изменение на съществените условия на първоначалната обществена поръчка, което може да представлява ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50.

70 От посоченото следва, че на втория въпрос следва да се отговори, че терминът „възлагане“, употребен в член 3, параграф 1 и членове 8 и 9 от Директива 92/50, трябва да се тълкува в смисъл, че не обхваща адаптиране на първоначалния договор към променени външни обстоятелства като конвертирането в евро на цени, които първоначално са определени в национална валута, минималното намаляване на тези цени с оглед на закръгляването им и позоваването на нов ценови индекс, който съгласно предвиденото в първоначалния договор заменя определения преди това индекс.

По третия въпрос

71 Третият въпрос на препращащата юрисдикция се отнася до измененията, въведени в основния договор с второто допълнително споразумение, което е сключено през октомври 2005 г. и поражда действие, считано от 1 януари 2006 г.

72 Тази юрисдикция иска по същество да се установи дали произтича ново възлагане на обществена поръчка, от една страна, от предвиждането на нова клауза за отказ от възможността да се прекрати договорът и от друга страна, от увеличение на договорените отстъпки от цените на определени доставки, предмет на обществената поръчка.

73 На първо място, що се отнася до предвиждането на нова клауза за отказ от прекратяване на договора през срока на действие на договор за обществена поръчка, сключен за неопределен срок, следва да се припомни, че практиката

да се сключва договор за неопределен срок за обществена поръчка за услуги сама по себе си не е присъща на системата и на крайната цел на общностните правила в областта на обществените поръчки. В дългосрочен план подобна практика може да има за последица възпрепятстване на конкуренцията между потенциалните доставчици на услуги и да затруднява прилагането на разпоредбите на общностните директиви в областта на публичността на процедурите за възлагане на обществени поръчки.

74 При все това действащото общностно право не предвижда забрана за сключване на договори за неопределен срок за обществени поръчки за услуги.

75 Аналогично клауза, с която страните се задължават през определен период да не прекратяват договор за неопределен срок за обществена поръчка, не може поначало да се приема за неправомерна от гледна точка на общностното право в областта на обществените поръчки.

76 Както е видно от точка 34 от настоящото решение, релевантният критерий, за да се определи дали предвиждането на подобна клауза представлява ново възлагане на обществена поръчка, е дали тази клауза трябва да се приеме за съществено изменение на първоначалния договор (вж. в този смисъл Решение по дело Комисия/Франция, посочено по-горе, точки 44 и 46).

77 Разглежданата в главното производство клауза формално изразява отказ от възможността да се прекрати договорът между 2005 г. и 2008 г.

78 При все това следва да се отбележи, че след изтичането на 31 декември 1999 г. на срока на действие на съдържащата се в основния договор клауза за отказ от прекратяване на договора разглежданият в главното производство договор за обществена поръчка е могъл да бъде прекратен с предизвестие по всяко време. Той все пак остава в сила през периода между 2000 г. и 2005 г. включително, тъй като нито възлагащият орган, нито доставчикът са упражнили правото си да прекратят договора.

79 От преписката по делото не е видно, че през обхванатия от клаузата за отказ от прекратяване на договора период между 2005 г. и 2008 г. и при липса на тази клауза възлагащият орган действително е разглеждал възможността да прекрати действащия договор и да пристъпи към ново откриване на процедурата за подаване на предложения. Дори да се предположи, че той е имал такова намерение, обхванатият от тази клауза период, а именно три години, не може да му попречи да организира подобна процедура през период, прекомерно дълъг спрямо необходимото за тази организация време. При тези условия не е доказано, че подобна клауза за отказ от прекратяване на договора носи опасност от нарушаване на конкуренцията във вреда на потенциалните нови оференти, при условие че клаузата не се въвежда повторно по систематичен начин в договора. Следователно тя не може да бъде определена като съществено изменение на първоначалния договор.

80 От посоченото следва, че при условия като тези в главното производство обстоятелството, че през срока на действие на договор за обществена поръчка за услуги, сключен за неопределен срок, е предвидена клауза за отказ от възможността да се прекрати договорът през период от три години, не представлява ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50.

81 На второ място, що се отнася до увеличението на предвидената във второто допълнително споразумение отстъпка, следва да се припомни, че основният договор предвижда за съответните услуги „цена, която отговаря на най-ниската потребителска цена от официалната тарифа [...], намалена с 15 %."

82 Съгласно представените пред Съда разяснения посоченият текст се отнася до прилаганата от APA дегресивна тарифа, съгласно която цените на разглежданите услуги се намаляват, когато се увеличава ползването на услугите от съдоговорителя на APA.

83 Също така съгласно някои от тези разяснения предвиденото във второто допълнително споразумение увеличаване на процента на отстъпката от 15 % на 25 % е равностойно на прилагането на по-ниска цена. Макар формалният им израз да е различен, намаляването на цената и увеличаването на процента на отстъпка имат сходни икономически последици.

84 При тези условия увеличаването на отстъпката може да се тълкува като обхванато от клаузите, установени в основния договор.

85 Впрочем от една страна, като се има предвид, че увеличението на отстъпката има за последица намаляване на възнаграждението, получавано от определения за изпълнител на обществената поръчка участник, в сравнение с първоначално предвиденото, то с него не се изменя икономическото равновесие на договора в полза на определения за изпълнител на обществената поръчка участник.

86 От друга страна, самото обстоятелство, че възлагащият орган получава по-голяма отстъпка за част от услугите, предмет на обществената поръчка, не може да доведе до нарушение на конкуренцията във вреда на потенциалните оференти.

87 От посоченото следва, че в положение като това в главното производство обстоятелството, че в допълнително споразумение са определени по-големи от първоначално предвидените отстъпки от някои цени, установени в зависимост от количествата в конкретна област, не трябва да се приема за съществено изменение на договора и следователно не може да е налице ново възлагане на обществена поръчка по смисъла на Директива 92/50.

88 Ето защо на третия въпрос следва да се отговори, че терминът „възлагане“, употребен в член 3, параграф 1 и членове 8 и 9 от Директива 92/50, трябва да се тълкува в смисъл, че не обхваща положение като това в главното производство, в което посредством допълнително споразумение възлагащият орган се договаря с определения за изпълнител на обществената поръчка участник в периода на действие на договора за обществена поръчка за услуги, сключен с него за неопределен срок, да продължи с три години действието на клауза за отказ от прекратяване на договора, която е обезсилена към момента на предвиждане на новата клауза, и се договаря с него относно определянето на по-големи от първоначално предвидените, определени в зависимост от количествата в конкретна област отстъпки от някои цени.

89 Като се имат предвид отговорите на първи, втори и трети въпрос не следва да се отговаря на четвърти, пети, шести и седми въпрос.

По съдебните разноски

90 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред препращащата 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:

1) Терминът „възлагане“, употребен в член 3, параграф 1 и членове 8 и 9 от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги, трябва да се тълкува в смисъл, че не обхваща положение като това в главното производство, в което доставяните на възлагащия орган от първоначалния доставчик услуги са прехвърлени на друг доставчик, учреден като капиталово дружество, в което единствен акционер е първоначалният доставчик, който контролира новия доставчик и му дава указания, доколкото първоначалният доставчик продължава да носи отговорност за спазването на договорните задължения.

2) Терминът „възлагане“, употребен в член 3, параграф 1 и членове 8 и 9 от Директива 92/50, трябва да се тълкува в смисъл, че не обхваща адаптиране на първоначалния договор към променени външни обстоятелства като конвертирането в евро на цени, които първоначално са определени в национална валута, минималното намаляване на тези цени с оглед на закръгляването им и позоваването на нов ценови индекс, който съгласно предвиденото в първоначалния договор заменя определения преди това индекс.

3) Терминът „възлагане“, употребен в член 3, параграф 1 и членове 8 и 9 от Директива 92/50, трябва да се тълкува в смисъл, че не обхваща положение като това в главното производство, в което посредством допълнително споразумение възлагащият орган се договаря с определения за изпълнител на обществената поръчка участник в периода на действие на договора за обществена поръчка за услуги, сключен с него за неопределен срок, да продължи с три години действието на клауза за отказ от прекратяване на договора, която е обезсилена към момента на предвиждане на новата клауза, и се договаря с него относно определянето на по-големи от първоначално предвидените, определени в зависимост от количествата в конкретна област отстъпки от някои цени.

Подписи