РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (пети състав)

20 май 2010 година *

По дело T-258/06,

Федерална република Германия, за която се явяват г-н M. Lumma и г-жа C. Schulze-Bahr, в качеството на представители,

жалбоподател,

подпомагана от

Френска република, за която се явява първоначално г-н G. de Bergues, впоследствие г-н De Bergues и г-н J.-C. Gracia, и накрая г-н De Bergues и г-н J.-S. Pilczer, в качеството на представители,

от

Република Австрия, за която се явяват г-н M. Fruhmann, г-жа C. Pesendorfer и г-н C. Mayr, в качеството на представители,

* Език на производството: немски.

от

Република Полша, за която се явява първоначално г-жа E. Ośniecka-Tamecka, впоследствие г-н T. Nowakowski, впоследствие г-н M. Dowgielewicz, впоследствие г-н Dowgielewicz и г-жа K. Rokicka и г-жа K. Zawisza, и накрая г-н M. Szpunar, в качеството на представители,

от

Кралство Нидерландия, за което се явява първоначално г-жа H. Sevenster, впоследствие г-жа C. Wissels и г-н M. de Grave, и накрая г-жа Wissels и г-н De Grave и г-н Y. de Vries, в качеството на представители,

от

Европейски парламент, за който се явяват г-н U. Rösslein и г-н J. Rodrigues, в качеството на представители,

от

Република Гърция, за която се явяват г-жа D. Tsagkaraki и г-жа M. Tassopoulou, в качеството на представители,

и от

Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия, за което се явява първоначално г-жа Z. Bryanston-Cross, впоследствие г-н L. Seeboruth, в качеството на представители,

встъпили страни,

срещу

Европейска комисия, за която се явяват г-н X. Lewis и г-н B. Schima, в качеството на представители,

ответник,

с предмет искане за отмяна на Тълкувателно съобщение на Комисията относно приложимото общностно право при възлагането на обществени поръчки, за които директивите за обществените поръчки се прилагат частично или не се прилагат (ОВ C 179, 2006 г., стр. 2),

ОБЩИЯТ СЪД (пети състав),

състоящ се от: г-н M. Vilaras, председател, г-н M. Prek и г-н V. M. Ciucă (докладчик), съдии,

секретар: г-жа T. Weiler, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 29 април 2009 г.,

постанови настоящото

Решение

Обстоятелства в основата на спора

1 На 23 юни 2006 г. Комисията на Европейските общности приема тълкувателно съобщение относно „приложимото общностно право при възлагането на обществени поръчки, за които директивите за обществените поръчки се прилагат частично или не се прилагат „(наричано по-нататък “съобщението“). Всъщност, що се отнася до възлагането на обществени поръчки, Европейската общност приема през 2004 г. Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3, поправка ОВ L 182, 2008 г., стр. 169) и 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, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116, поправка ОВ L 182, 2008 г., стр. 282), с които се установяват подробни правила, уреждащи процедурите за възлагане на обществени поръчки (наричани по-нататък заедно „директивите за обществените поръчки“).

2 Някои обществени поръчки обаче не се обхващат или се обхващат само частично от тези директиви. От текста на съобщението е видно, че то се отнася за обществените поръчки, чиято стойност е под праговете за прилагане на директивите за обществените поръчки, както и за обществените поръчки, посочени в приложение II Б към Директива 2004/18 и в приложение XVII Б към Директива 2004/17, чиято стойност надвишава праговете на директивите за обществените поръчки (наричани по-нататък „обществени поръчки II Б“).

3 По-нататък в съобщението се припомня, че от практиката на Съда следва, че правилата на вътрешния пазар се прилагат и за обществените поръчки, които не попадат в приложното поле на директивите за обществените поръчки. В съобщението Комисията разяснява своето тълкуване на практиката на Съда и предлага определен брой добри практики, за да помогне на държавите членки да се възползват напълно от вътрешния пазар. В съобщението обаче се уточнява, че с него няма да се въведат нови законови правила.

4 В съобщението се припомнят основните норми, приложими за възлагането на обществени поръчки, които следват пряко от правилата на Договора за ЕО съобразно даденото им от Съда тълкуване.

5 Така в съобщението се разграничават обществените поръчки без връзка с вътрешния пазар, за които произтичащите от Договора за ЕО норми не се прилагат, и обществените поръчки, достатъчно тясно свързани с функционирането на вътрешния пазар, при които тези норми трябва да се спазват. Възложителите трябва да преценяват за всеки конкретен случай релевантния характер на всяка обществена поръчка за вътрешния пазар. Ако разглеждането на обществената поръчка разкрие, че тя представлява интерес за вътрешния пазар, тогава възлагането трябва да е в съответствие с основните норми на общностното право.

6 Точка 2 от съобщението е посветена на основните норми, приложими за възлагането на обществени поръчки, които представляват интерес за вътрешния пазар. В тази точка Комисията представя — извеждайки го от практиката на Съда — задължение за прозрачност, което се състои в гарантирането на подходяща степен на обявяване, която да дава възможност за възлагане на обществената поръчка при условия на конкуренция. От това Комисията прави извода в точка 2.1.1. от съобщението, че единственият начин да се спазят определените от практиката на Съда изисквания се състои в разпространяването на достатъчно достъпно обявление преди възлагането на обществената поръчка. Освен това в точка 2.1.2. от съобщението се предлагат определен брой конкретни форми на обявяване, които са подходящи и често използвани. В това отношение съобщението посочва Интернет, официалните национални вестници, специализираните национални бюлетини за публикуване на обявления за обществени поръчки, ежедневниците с национално или регионално разпространение или специализираните публикации, местните публикации и *Официален вестник на Европейския съюз*/TED (на разположение в Интернет чрез базата данни за европейските обществени поръчки TED (Tenders Electronic Daily).

7 В точка 2.2. от съобщението се уточнява, че възлагането на обществени поръчки трябва да става при спазване на правилата и принципите на Договора за ЕО, което предполага по-специално спазването на принципите на прозрачност и на недопускане на дискриминация. Най-добрите способи за постигане на подходяща степен на обявяване, позволяваща възлагане на обществената поръчка при условия на конкуренция, както и контрол за безпристрастност на процедурите за възлагане на обществени поръчки, са недискриминационно описание на предмета на обществената поръчка, равен достъп за икономическите оператори от всички държави членки, взаимно признаване на дипломите, удостоверенията и другите официални документи за професионална квалификация, подходящи срокове, както и прозрачен и обективен подход.

8 Накрая в точка 2.3. от съобщението се подчертава важността на правната защита, с която се контролира безпристрастността на процедурата.

Производство

9 На 12 септември 2006 г. Федерална република Германия подава жалба в секретариата на Първоинстанционния съд [понастоящем Общият съд].

10 На 19 декември 2006 г. Френската република подава молба за встъпване в подкрепа на исканията на Федерална република Германия. С определение от 9 март 2007 г. председателят на първи състав на Общия съд допуска това встъпване. На 14 юни 2007 г. Френската република представя своето писмено становище при встъпване.

11 На 5 януари 2007 г. Република Австрия подава молба за встъпване в подкрепа на исканията на Федерална република Германия. С определение от 9 март 2007 г. председателят на първи състав на Общия съд допуска това встъпване. На 14 юни 2007 г. Република Австрия представя своето писмено становище при встъпване.

12 На 10 януари 2007 г. Република Полша подава молба за встъпване в подкрепа на исканията на Федерална република Германия. С определение от 9 март 2007 г. председателят на първи състав на Общия съд допуска това встъпване. На 12 юни 2007 г. Република Полша представя своето писмено становище при встъпване.

13 На 18 януари 2007 г. Кралство Нидерландия подава молба за встъпване в подкрепа на исканията на Федерална република Германия. С определение от 9 март 2007 г. председателят на първи състав на Общия съд допуска това встъпване. На 13 юни 2007 г. Кралство Нидерландия представя своето писмено становище при встъпване.

14 На 22 януари 2007 г. Европейският парламент подава молба за встъпване в подкрепа на исканията на Федерална република Германия. С определение от 9 март 2007 г. председателят на първи състав на Общия съд допуска това встъпване.

На 13 юни 2007 г. Парламентът представя своето писмено становище при встъпване.

15 На 27 март 2007 г. Република Гърция подава молба за встъпване в подкрепа на исканията на Федерална република Германия. С определение от 14 май 2007 г. председателят на първи състав на Общия съд допуска това встъпване и разрешава на Република Гърция да представи становището си по време на устната фаза на производството съгласно член 116, параграф 6 от Процедурния правилник на Общия съд.

16 На 13 август 2007 г. Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия подава молба за встъпване в подкрепа на исканията на Федерална република Германия. С определение от 8 октомври 2007 г. председателят на първи състав на Общия съд допуска това встъпване и разрешава на Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия да представи становището си по време на устната фаза на производството съгласно член 116, параграф 6 от Процедурния правилник.

17 На 18 септември 2007 г. Комисията представя становището си по писмените становища при встъпване на Френската република, Република Австрия, Република Полша, Кралство Нидерландия и Парламента. Федерална република Германия не представя становище по писмените становища при встъпване.

18 Предвид промяната на съставите на Общия съд, считано от 25 септември 2007 г., съдията докладчик е включен в пети състав, на който впоследствие е разпределено настоящото дело.

19 Въз основа на доклад на съдията докладчик Общият съд (пети състав) решава да започне устната фаза на производството. Устните състезания и отговорите на страните на поставените от Общия съд въпроси са изслушани в съдебното заседание от 29 април 2009 г. Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия не е представено в съдебното заседание.

Искания на страните

20 Федерална република Германия моли Общия съд:

— да отмени съобщението,

— да осъди Европейската комисия да заплати съдебните разноски.

21 Френската република, Република Австрия и Кралство Нидерландия молят Общия съд:

— да отмени съобщението,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

22 Парламентът и Република Полша молят Общия съд да отмени съобщението.

23 Комисията моли Общия съд:

— да отхвърли жалбата като недопустима,

— да осъди Федерална република Германия да заплати съдебните разноски.

По допустимостта

А — *Предварителни бележки*

24 Без да прави формално възражение за недопустимост, Комисията оспорва допустимостта на жалбата с мотива, че съобщението не представлява акт, срещу който може да се подаде жалба за отмяна. Съобщението било тълкувателно съобщение — акт, който по своята форма спада към категорията на препоръките и становищата, категории актове, за които Договорът за ЕО предвижда, че не са обвързващи. Следователно изборът на тази правна форма веднага води до извода, че актът няма за цел да произведе обвързващо правно действие. Комисията уточнява, че тълкувателното съобщение обикновено има за цел да изясни правата и задълженията, произтичащи от разпоредбите на общностното право, като се има предвид, ако е необходимо, практиката на Съда. Следователно от това произтича, че тълкувателното съобщение по своето естество не е акт, който може да произведе обвързващо правно действие по отношение на

трети лица и срещу който може да се подаде жалба за отмяна. Комисията поддържа също, че от текста на съобщението следва, че тя не е имала намерение да установи обвързващи правни норми, а че напротив, неговата формулировка показва, че съобщението или възпроизвежда практиката на Съда, или показва чрез необвързващи препоръки нейните собствени изводи във връзка с тази съдебна практика.

25 Следва да се припомни, че според постоянната съдебна практика жалба за отмяна може да се подава срещу всички приети от институциите разпоредби, чиято цел е да произведат правно действие, независимо от техния характер или форма (вж. Решение на Съда от 20 март 1997 г. по дело Франция/Комисия, C-57/95, Recueil, стр. I-1627, точка 7 и цитираната съдебна практика).

26 В настоящия случай става въпрос за съобщение, което е прието от Комисията и е изцяло публикувано в серия C на Официален вестник. Както е видно от преписката, този акт има за цел да се направи достояние общият подход на Комисията относно прилагането на всички основни норми за възлагане на обществени поръчки, които следват пряко от правилата и принципите на Договора за ЕО, по-специално принципите на прозрачност и на недопускане на дискриминация, при възлагането на обществени поръчки, за които директивите за обществените поръчки се прилагат частично или не се прилагат.

27 Следователно за да се прецени дали съобщението има за цел да породи нови правни последици по отношение на тези, породени от прилагането на основните принципи на Договора за ЕО, трябва да се разгледа неговото съдържание (вж. в този смисъл Решение на Съда от 9 октомври 1990 г. по дело Франция/Комисия, C-366/88, Recueil, стр. I-3571, точка 11, Решение на Съда от 13 ноември 1991 г. по дело Франция/Комисия, C-303/90, Recueil, стр. I-5315, точка 10 и Решение на Съда от 20 март 1997 г. по дело Франция/Комисия, точка 25 по-горе, точка 9).

28 Следователно трябва да се прецени дали съобщението само изяснява разпоредбите, свързани със свободното движение на стоки, свободата на установяване, свободното предоставяне на услуги, принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, както и принципа на пропорционалност и правилата за прозрачност и взаимно признаване, приложими за обществените поръчки, които директивите за обществените поръчки не обхващат или обхващат само частично, или установява специфични или нови задължения по отношение на тези разпоредби, принципи и правила (вж. в този смисъл Решение на Съда от 16 юни 1993 г. по дело Франция/Комисия, C-325/91, Recueil, стр. I-3283, точка 14 и Решение от 20 март 1997 г. по дело Франция/Комисия, точка 25 по-горе, точка 13).

29 При това положение, както твърди Комисията, обстоятелството, че едно тълкувателно съобщение по своята форма, естество или текст не представлява акт, предназначен да произведе правно действие, не е достатъчно само по себе си, за да се направи изводът, че то не произвежда задължително правно действие.

30 Същевременно Федерална република Германия признава, че съществуват съобщения на Комисията с необвързващ характер, които се публикуват. Тя обаче счита, че в настоящия случай публикуването на съобщението е обстоятелство, което не може да бъде пренебрегнато за целите на преценката на правното му действие. Всъщност публикуването било необходимо условие за съществуването на правна норма и съобщението било замислено да произведе външно действие като правна норма.

31 В това отношение, както бе отбелязано по-горе, ако разглеждането на съдържанието на съобщението покаже, че то установява специфични или нови задължения, жалбата трябва да бъде приета за допустима, без да е необходимо да се разглежда дали съобщението е било публикувано. За сметка на това при липса на такива задължения самото публикуване на съобщението не е достатъчно, за да се направи изводът, че то представлява акт, срещу който може да се подаде жалба за отмяна.

Б — *По съдържанието на съобщението*

32 В подкрепа на жалбата си Федерална република Германия, подкрепяна от встъпилите страни, изтъква по същество, че съобщението е обвързващ акт, тъй като съдържа нови правила за възлагане на обществени поръчки, които надхвърлят произтичащите от съществуващото общностно право задължения и произвеждат правно действие за държавите членки, което следователно води до некомпетентност на Комисията, що се отнася до възможността да приема такива правила.

33 В това отношение Федерална република Германия и встъпилите страни поддържат по същество, че, първо, съобщението установява, по-специално в своята точка 2.1 — относно обществените поръчки, които имат по-ниска стойност от праговете по директивите за обществените поръчки и обществените поръчки II Б — задължение за предварително обявяване (ex ante), което не е предвидено от основните принципи на Договора за ЕО, както те са тълкувани от Съда. Второ, Федерална република Германия изтъква, че произтичащите от точка 2.2. от съобщението задължения значително надхвърлят това, което следва от тълкуването от страна на Съда на основните принципи на Договора за ЕО. Трето, Федерална република Германия се позовава на посоченото в точка 2.1.4. от съобщението чисто и просто пренасяне на дерогациите, които директивите за обществените поръчки предвиждат за възлагането на обществени поръчки по споразумение, към обществените поръчки, които са извън приложното поле на директивите за обществените поръчки. Накрая, Федерална република Германия твърди, че правно действие следва от точка 1.3. от съобщението, която предвижда започването на производство за установяване на нарушение съгласно член 226 ЕО в случай на неспазване на съобщението. Според Федерална република Германия и встъпилите страни всички тези обстоятелства водят до извода, че съобщението е предназначено да произведе правно действие.

1. *По първото твърдение за нарушение, изведено от наличието на задължение за предварително обявяване (точка 2.1.1. от съобщението)*

а) Доводи на страните

Федерална република Германия

34 Федерална република Германия поддържа, че съобщението предвижда, по-специално в точка 2.1.1., принципно задължение за държавите членки да публикуват предварително всички предвиждани обществени поръчки, тоест обществените поръчки, които имат по-ниска стойност от праговете по директивите за обществените поръчки и за обществените поръчки II Б. От практиката на Съда, на която се опира съобщението обаче, не е възможно да се изведе задължение за предварително обявяване и вследствие на това — за прозрачност ex ante. Следователно задължение ex ante не произтича от основните принципи на Договора за ЕО или от тяхното тълкуване от страна на Съда.

35 По време на устните състезания Федерална република Германия допълва по този въпрос — независимо от факта, че някои решения на Съда след приемането на съобщението отбелязват задължение за предварително обявяване — че това развитие на съдебната практика не може с обратна сила да обоснове такова задължение.

36 Според Федерална република Германия практиката на Съда, на която се опира съобщението, и по-специално Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, наричано по-нататък „Решението

по дело Telaustria“), Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname (C-231/03, Recueil, стр. I-7287) и Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585), се прилага единствено за концесиите за услуги — област, която не попада в приложното поле на съобщението.

37 Освен това концесиите за услуги се различавали от обществените поръчки, които са под горепосочените прагове, по своя икономически залог, който обикновено надвишава европейските прагове и така ги доближава до обществените поръчки, които се обхващат от директивите за обществените поръчки. Поради това, макар да е възможно задължението за прозрачност да бъде приспособено към областта на концесиите за услуги, то това със сигурност не се отнасяло за обществените поръчки, които са предмет на съобщението. Според Федерална република Германия по този начин е невъзможно съдебната практика за концесиите за услуги да се пренесе пряко към обществените поръчки, които са под праговете за прилагане.

38 Федерална република Германия впрочем твърди, че другите две решения, посочени в съобщението, които се отнасят до обществени поръчки под праговете (Определение на Съда от 3 декември 2001 г. по дело Vestergaard, C-59/00, Recueil, стр. I-9505 и Решение на Съда от 20 октомври 2005 г. по дело Комисия/Франция, C-264/03, Recueil, стр. I-8831), също не могат да обосноват задължението за предварително обявяване. Според Федерална република Германия в нито едно от решенията Съдът не се е произнесъл по каквото и да е задължение за прозрачност, а само е обявил за приложим в настоящия случай принципа на недопускане на дискриминация (Определение по дело Vestergaard, посочено по-горе, точки 20 и 24, и Решение по дело Комисия/Франция, посочено по-горе, точки 32 и 33). Следователно задължението за прозрачност ex ante не може да бъде пренесено към посочените в съобщението обществени поръчки.

39 Във всеки случай Федерална република Германия счита, че обществените поръчки, които са под праговете, имат по принцип много ограничен икономически залог и следователно не накърняват въпросните основни свободи, тъй като въздействието им върху тях е по-скоро несигурно и косвено (Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, точка 20). Това твърдение се потвърждавало от представеното от генералния адвокат Sharpston заключение към Решение

на Съда от 26 април 2007 г. по дело Комисия/Финландия (C-195/04, Сборник, стр. I-3351, I-3353, точки 83 и 85).

40 Освен това съобщението отивало отвъд съществуващото право за обществените поръчки II Б, тъй като тези обществени поръчки разкривали по принцип местни особености и имали намален потенциал за трансграничните обществени поръчки, което обяснявало факта, че общностният законодател ги обвързва само със задължение за прозрачност ex post, а не ex ante, както изисква занапред съобщението.

41 По-нататък за Федерална република Германия задължението за предварително обявяване на възлагането на обществените поръчки може да бъде разумно и ефикасно само ако обявяването се осъществява по начин, който обслужва целта за възлагане на обществените поръчки при условията на конкуренция. Такъв нямало да бъде случаят обаче, когато изобщо няма чуждестранни оференти или има много малко такива, които могат да имат потенциален интерес към въпросните обществени поръчки като обществените поръчки, обхванати от съобщението. В това отношение Съдът е припомнил в своето Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, че съществуват обществени поръчки, при които последиците върху съответните основни принципи от Договора за ЕО са твърде несигурни и косвени, за да може да се направи заключението, че те вероятно са нарушени. Точка 1.3. от съобщението разкривала, че Комисията съзнава, че ниският икономически залог на определени обществени поръчки ги прави непривлекателни за чуждестранните предприятия, което обосновавало липсата на задължение за предварително обявяване в тези случаи.

42 Като установява обаче прагове за прилагане на директивите за обществените поръчки, общностният законодател изрично предвижда, че под тези стойности трябва по принцип да се предполага, че последиците за вътрешния пазар са по-скоро „несигурни или косвени“ и така да се направи извод за липсата на интерес за чуждестранните оференти. Тази оценка на законодателя трябвало да се спазва от Комисията. Федерална република Германия подчертава, че генералният адвокат Sharpston е на същото мнение в заключението си, представено към Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе (точки 85 и 96). Освен това според Федерална република Германия не може разумно да се изисква от

възлагащите органи да разглеждат във всеки случай релевантността на дадена обществена поръчка с оглед на вътрешния пазар — както предвижда точка 1.3. от съобщението — а напротив, тези възлагащи органи трябва да могат бързо да установят кои са за тях задълженията за прозрачност. По време на съдебното заседание Федерална република Германия допълва, че следваният в точка 1.3. от съобщението конкретен и индивидуален подход противоречи по-специално на Решение на Съда от 15 май 2008 г. по дело SECAP (C-147/06 и C-148/06, Сборник, стр. I-3565), в което Съдът е разрешил абстрактно и общо определение на релевантността на дадена обществена поръчка за вътрешния пазар.

43 Не можело също така да се изисква от възлагащите органи да разглеждат във всеки конкретен случай дали дадена обществена поръчка II Б или обществена поръчка под прага е релевантна за вътрешния пазар. Всъщност принципът на правна сигурност изисквал националните органи да могат бързо да установят задълженията за обявяване, които се прилагат. Именно на този принцип отговаряли определените прагове, както и списъкът с обществените поръчки II Б.

44 По-нататък Федерална република Германия счита, че предвиденото в съобщението задължение за предварително обявяване отива отвъд забраната за допускане на дискриминация в хода на процеса за възлагане на обществени поръчки (като например се привилегироват германските оференти спрямо чуждестранните оференти). Това задължение имало за последица задължение за действие, наложено на възлагащите органи, за да позволят и насърчат трансграничните оферти.

45 Според Федерална република Германия обявяването, считано за необходимо в съобщението, се доближава до предвидените в директивите за обществените поръчки норми и се оказва продължително и скъпоструващо. Като се основава на заключението на генералния адвокат Sharpston, представено към Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе, Федерална република Германия е на мнение, че държавите членки следва да определят подробните правила за прилагане на принципа на прозрачност. По същия начин от точка 98

от заключението на генералния адвокат Sharpston, представено към Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе, следвало, че въпросът за това какво представлява подходяща степен на обявяване за обществените поръчки с ниска стойност, е предмет на националното право.

46 По този въпрос Федерална република Германия уточнява в хода на съдебното заседание, че оспорва по-специално предвиденото в точка 2.1.2, първи параграф от съобщението задължение за възложителите да изберат най-подходящото средство, за да осигурят обявяването на своите обществени поръчки. Посочвайки всеки възложител, Комисията следвала конкретен и индивидуален подход, който не произтичал от практиката на Съда. В това отношение Федерална република Германия допълва, че не оспорва примерния списък на формите на подходящо обявяване, съдържащ се в точка 2.1.2 от съобщението.

47 Така Федерална република Германия счита, че за посочените в съобщението обществени поръчки действително не се прилага никакво общо задължение за прозрачност, произтичащо от общностното право. При това положение произтичащото от съобщението задължение за предварително обявяване отивало значително отвъд това, което следва от даденото от Съда тълкуване на основните принципи на Договора за ЕО.

Встъпили страни

48 Според Френската република следва да се разгледа дали съобщението само изяснява правилата и принципите на Договора за ЕО относно възлагането на обществени поръчки или установява нови задължения спрямо тези правила и принципи. Съобщението обаче допълвало съществуващото право.

49 В това отношение Френската република изтъква по-конкретно, че в Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, Съдът не е наложил никакво общо задължение за осигуряване на подходящо обявяване относно обществените поръчки под праговете и че посоченото определение се отнася до прилагането на принципа на недопускане на дискриминация, а не до задължението за прозрачност. В точка 20 от Определението по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, Съдът приема, че макар някои договори да са изключени от приложното поле на общностните директиви в областта на обществените поръчки, възлагащите органи, които ги сключват, са длъжни все пак да спазват основните правила на Договора за ЕО, и от това впоследствие прави извода, че член 28 ЕО не допуска възлагащ орган да въвежда в спецификациите за дадена обществена поръчка клауза, която изисква за изпълнението на тази обществена поръчка да се използва продукт от определена марка, без да добави думите „или равностоен“ (Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, точка 24).

50 Такова общо задължение за подходящо обявяване, що се отнася до обществените поръчки под праговете, не следва и от Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе. Всъщност в точка 32 от това решение Съдът приема, че макар някои договори да са изключени от приложното поле на общностните директиви в областта на обществените поръчки, възлагащите органи, които ги сключват, са длъжни все пак да спазват основните правила на Договора за ЕО, и по-конкретно принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство. Според Съда обаче от това следва само, че спорната френска разпоредба представлява пречка за свободното предоставяне на услуги по смисъла на член 49 ЕО, тъй като води до запазване на задачата на делегирано договорно изпълнение на функциите на възлагащ орган за изчерпателен списък с юридически лица по френското право (Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе, точка 68).

51 По-нататък Френската република счита, че макар в Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, Съдът да се е позовал на задължение за подходящо обявяване, то е защото е ставало въпрос за концесия с висока икономическа стойност. Този извод се потвърждавал от Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, което, напротив, се отнасяло до концесии с много нисък икономически залог.

52 Във всеки случай Френската република изтъква, че ако трябва да се приеме, че от практиката на Съда произтича задължение за подходящо обявяване, то при всички положения не може да се състои в задължение за предварително обявяване, както го налага точка 2.1.1. от съобщението.

53 Освен това Френската република поддържа, че от заключението на генералния адвокат Sharpston към Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе и от заключението на генералния адвокат Fennelly към Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе (Recueil, стр. I-10747) следва, че задължението за прозрачност не включва задължение за обявяване, както предвижда точка 2.1.2. от съобщението.

54 Относно обществените поръчки II Б Френската република е на мнение, че изборът на Съвета да не ги обвърже със задължение за предварително обявяване е изяснен в съображения 18 и 19 от Директива 2004/18. От тези съображения следвало, че обществените поръчки II Б не са обвързани с пълно прилагане на Директивата, тоест по-конкретно със задължение за предварително обявяване, а са предмет на мониторинг, чийто механизъм трябва да позволи на заинтересованите лица да имат достъп до съответната информация.

55 Така Френската република счита, че в Директива 2004/18 Съветът е имал ясно намерение да подчини в областта на обявяването обществените поръчки II Б на специфичен и пълен режим, който представлява облекчен режим за възлагане.

56 Република Австрия също счита, че съобщението е акт, който произвежда правно действие поради въвеждането на общо задължение за обявяване ex ante, което не следва нито от Договора за ЕО, нито от практиката на Съда.

57 В това отношение Република Австрия добавя към доводите на Федерална република Германия, че заключенията, представени съответно от генералния адвокат Stix-Hackl и от генералния адвокат Sharpston към Решение на Съда от

13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия, (C-507/03, Сборник, стр. I-9777, I-9780) и към Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе, показват, че правното положение е неясно и спорно, що се отнася до прилагането на задължението за прозрачност при възлагането на обществени поръчки, за които директивите за обществените поръчки се прилагат частично или не се прилагат. Докато генералният адвокат Stix-Hackl стигала до извода, че за възлагането на обществени поръчки за неприоритетни услуги е необходимо публикуването на обявление, поне като правило, генералният адвокат Sharpston от своя страна отричала съществуването на общо задължение за прозрачност ex ante за договорите, чиято стойност е под праговете. Към момента на приемането на съобщението Съдът все още не се е произнесъл по тези две дела. Следователно, когато Комисията в своето съобщение възприема задължение за предварително обявяване за всяко възлагане на обществени поръчки от този вид (тоест както за неприоритетните услуги, така и за обществените поръчки с ниска стойност), тя създавала ново правно действие.

58 Задълженията, наложени на възлагащите органи в точки 1.3. и 2.1.2. от съобщението — както Република Австрия поддържа в хода на съдебното заседание — противоречат на Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе, тъй като в съобщението не се взема предвид капацитетът на възложителя, както предвижда точка 32 от посоченото решение.

59 Република Австрия счита и че подходящата степен на обявяване, позволяваща възлагане на обществената поръчка за услуги при условия на конкуренция, както и контролът за безпристрастността на процедурите за възлагане на обществени поръчки, както следват от Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, не предполагат задължително предварително обявяване. Всъщност от работата по преразглеждане на директивите за обжалването в областта на обществените поръчки, която е в ход (вж. документ 2006/0066/COD, както и новите членове 2г—2е от Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237, които са предложени в нея) следвало, че съдебна защита a posteriori — без предварително обявяване на обществената поръчка — също би могла да позволи ефективен контрол за безпристрастността на процедурата за възлагане на обществени поръчки.

60 По-нататък въпреки липсата на съвършена симетрия от фактическа и правна гледна точка между правото на обществените поръчки и правото на държавните помощи Република Австрия изтъква правилото de minimis, приложимо в правото на държавните помощи, според което помощите под определени прагове не могат да засегнат значително търговията между държавите членки и не нарушават или не създават заплаха за нарушаване на конкуренцията. От гледна точка на Република Австрия не изглежда абсурдно, когато се сравняват двете хипотези, да се тръгне от принципа, че обществените поръчки под праговете са лишени от тази релевантност за вътрешния пазар, която би обосновала необходимостта от задължение за предварително обявяване, за да се осигурят условия на конкуренция. Действително от помощите се ползвали пряко предприятията, докато приложимите в областта на обществените поръчки прагове били функция от стойността на поръчката, като печалбата (която в това отношение може да бъде сравнена с помощ), реализирана от предприятието, представлявала в този случай само незначителна част от посочената стойност.

61 Накрая Република Австрия се основава на съображение 19 от Директива 2004/18, което според нея имплицитно навежда на мисълта, че общностният законодател не е счел за необходимо обществените поръчки за неприоритетни услуги (обществени поръчки II Б) да водят до използването на целия потенциал на нарасналия обем на презграничната търговия. Единственото съображение, което можело да обоснове тази разлика в третирането било, че тези обществени поръчки, изключени от пълното прилагане на Директивата, нямало да се считат за достатъчно релевантни от гледна точка на вътрешния пазар, за да обосноват използването на целия потенциал на нарасналия обем на презграничната търговия, което включвало общо задължение за предварително обявяване на обявленията за обществени поръчки.

62 Кралство Нидерландия твърди, че Комисията дава на общностното право тълкуване, което отива отвъд съдебната практика, като създава цялостен правен режим, който налага на държавите членки задължение за предварителна прозрачност за всички посочени в съобщението обществени поръчки, докато Съдът все още не се е произнесъл по този въпрос.

63 Като се позовава на принципа на правна сигурност, Кралство Нидерландия счита също, че въпросът дали съобщението създава нови задължения трябва да бъде решен въз основа на известната към момента на приемането на съобщението съдебна практика. От последващата съдебна практика обаче следвало, че съобщението изпреварвало значително развитието на съдебната практика.

Комисията

64 Що се отнася до конкретното съдържание на съобщението и изтъкнатите от Федерална република Германия елементи със законодателен характер, които са основно заобикалянето на прага за прилагане на директивите за обществените поръчки и задължението за предварително обявяване, Комисията оспорва, че тези елементи от съобщението създават нови правни норми. В съответствие с член 211 ЕО те само изяснявали разпоредбите и принципите на Договора за ЕО, така както те са тълкувани в практиката на Съда.

65 Комисията оспорва твърдението на Федерална република Германия и на встъпилите страни, че съобщението заобикаля решението на законодателя да предвиди разпоредби относно обявяването само за посочените в съобщението обществени поръчки, достигащи определени прагове. В това отношение Комисията изтъква, че макар законодателят да е счел за необходимо да създаде подробни правила само над праговете за прилагане на директивите, под посочените прагове той е приел за достатъчно прилагането на разпоредбите и на принципите на Договора за ЕО. Същевременно той не бил искал — нито е могъл — да изключи с директивите прилагането на тези разпоредби и принципи на Договора за ЕО за обществените поръчки под прага.

66 Това следвало от практиката на Съда, и по-конкретно от Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, и от Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе. Според Комисията в своето Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, Съдът е установил, че възложителите, сключващи договори, които не се обхващат от директивите за обществените поръчки, са длъжни все пак да спазват по принцип основните правила на Договора за ЕО, и по-конкретно принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство (Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, точка 60). Всъщност тези разсъждения се потвърждавали от точка 33 от Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе. По същия начин в Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, Съдът потвърдил, че за договорите извън приложното поле на Директивата като концесионните договори оставали приложими общите правила на Договора за ЕО. Европейският законодател взел предвид тази съдебна практика при приемането на директивите за обществените поръчки в съображение 9 от Директива 2004/17.

67 Според Комисията Съдът също така е дал конкретно съдържание на задължението за прозрачност, като е потвърдил, че установените в друга държава членка предприятия трябва преди възлагането на дадена обществена поръчка да имат достъп до отнасящата се до нея подходяща информация, така че да могат евентуално да изразят своя интерес за нейното получаване (Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, точка 21).

б) Съображения на Общия съд

68 Федерална република Германия и встъпилите страни твърдят, че точка 2.1.1. от съобщението въвежда принципно задължение за държавите членки да обявяват предварително всички предвидени обществени поръчки, което представлява ново задължение спрямо принципите на Договора за ЕО.

69 Що се отнася до правилата и принципите на Договора за ЕО (точка 1.1. от съобщението), приложими за възлагането на обществена поръчка, която представлява интерес за вътрешния пазар, в точка 2.1. от съобщението се предвиждат основните норми, приложими в областта на обявяването. В това отношение точка 2.1.1. е озаглавена „Задължение за осигуряване на подходящо обявяване“ и гласи следното:

„Според [Съда] принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация включват задължение за прозрачност, което се състои в гарантиране на всеки потенциален оферент на подходящо ниво на обявяване, което дава възможност за възлагане на обществената поръчка при условия на конкуренция.

Задължението за прозрачност означава дадено предприятие, със седалище на територията на друга държава членка, да има възможност за достъп до подходяща информация за обществената поръчка, преди нейното възлагане, така че ако това предприятие желае, то би могло да изрази интереса си от получаването на тази обществена поръчка.

Комисията счита, че практиката, състояща се в това да се установи връзка с определен брой потенциални оференти не е достатъчна в това отношение, дори ако възложителят се обръща към предприятия от други държави членки или полага усилия да влезе във връзка с всички потенциални доставчици. Подобен избирателен подход не може да изключи всяка дискриминация срещу потенциалните оференти от други държави членки, и по-специално срещу новонавлезлите на пазара. Същото се отнася и за всяка форма на „пасивно“ обявяване, при която даден възложител не осигурява активно обявяване, а отговаря на исканията за информация от страна на кандидатите, които със свои собствени средства са узнали за обществената поръчка. По същия начин обикновеното позоваване на статии или репортажи в медиите, на парламентарни или политически дебати или на събития като конгреси като източник на информация не представлява подходящо обявяване.

Следователно единственият начин да се спазят определените от [Съда] изисквания се състои в публикуването на достатъчно достъпно обявление преди възлагането на обществената поръчка. Това обявление трябва да се разпространи от възложителя, за да се даде възможност за възлагане на обществената поръчка при условия на конкуренция." [неофициален превод]

70 Първите два параграфа от точка 2.1.1. от съобщението възпроизвеждат практиката на Съда, съдържаща се в Решение по дело Telaustria, в Решение по дело Coname и в Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, и не са оспорени нито от Федерална република Германия, нито от която и да е от встъпилите страни. Освен това третият параграф от точка 2.1.1. от съобщението не е оспорен по време на писмената фаза на производството. В последния параграф от точка 2.1.1. от съобщението се посочва задължението за осигуряване на подходящо обявяване, състоящо се в публикуването на достатъчно достъпно обявление преди възлагането на обществената поръчка.

71 Федерална република Германия, подпомагана от встъпилите страни, твърди по същество, че тази точка от съобщението установява за обществените поръчки, които попадат в неговото приложно поле, задължение за предварително обявяване, което по никакъв начин не следва от принципите и практиката на Съда, посочени в същата точка. Следователно това представлявало ново задължение, което придава на разглежданото съобщение характера на акт, който произвежда задължително правно действие и срещу който може да се подаде жалба за отмяна.

72 Следователно трябва да се разгледа дали съобщението само изяснява това задължение, което произтича за държавите членки от основните принципи на Договора за ЕО, или установява нови задължения, както твърдят Федерална република Германия и встъпилите страни.

73 В това отношение следва най-напред да се отбележи, че специалните и строги процедури, предвидени от общностните директиви за координиране на

процедурите за възлагане на обществени поръчки, се прилагат единствено към договорите, чиято стойност е над прага, изрично предвиден във всяка от споменатите директиви (Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, точка 19 и Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе, точка 33). Така нормите на тези директиви не се прилагат към обществените поръчки, чиято стойност е под определения от тях праг.

74 Това обаче не означава, че обществените поръчки, чиято стойност е под определения от директивите праг, са изключени от приложното поле на общностното право (Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, точка 19). Всъщност съгласно постоянната практика на Съда, що се отнася до възлагането на обществени поръчки, за които предвид тяхната стойност не се прилагат процедурите, предвидени от общностните правила, възлагащите органи все пак са длъжни да спазват по принцип основните правила на Договора за ЕО (Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, точка 20 и Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе, точка 32), и по-конкретно принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство (вж. в този смисъл Решение на Съда от 18 ноември 1999 г. по дело Unitron Scandinavia и 3-S, C-275/98, Recueil, стр. I-8291, точка 29, Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, точка 62, Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, точка 16, Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, точка 46 и Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV, C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 18).

75 Впрочем това се потвърждава от съображение 9 от Директива 2004/17, съгласно което „[п]о отношение на обществените поръчки, чиято стойност е по-ниска от тази, която изисква прилагането на разпоредбите за общностно координиране, е желателно да се напомни съдебната практика на Съда […], съгласно която се прилагат правилата и принципите на Договора, посочени по-горе [а именно принципът на равно третиране, на който принципът на недопускане на дискриминация е само специфичен израз, принципът на взаимно признаване, принципът на пропорционалност, както и задължението за прозрачност]“, както и от съображения 1 и 2 от Директива 2004/18, които посочват прилагането на същите тези принципи при възлагането на всяка обществена поръчка, под или над праговете, сключена в държавите членки.

76 Както Съдът постоянно постановява, принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, включват по-специално задължение за прозрачност, което позволява на публичния орган концедент да се увери, че тези принципи са спазени (Решение на Съда по дело Unitron Scandinavia и 3-S, точка 74 по-горе, точка 31, Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, точка 61, Решение от 18 юни 2002 г. по дело HI, C-92/00, Recueil, стр. I-5553, точка 45, Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, точка 49, Решение по дело ANAV, точка 74 по-горе, точка 21), като това задължение се потвърждава от съображение 9 от Директива 2004/17, както и от съображение 2 от Директива 2004/18. От това следва, че държавите членки, както и техните възложители, трябва да спазват това задължение за прозрачност, както то е тълкувано от Съда, при възлагането на всички обществени поръчки.

77 По-нататък Съдът уточнява, че това задължение на възлагащия орган за прозрачност се състои в това да се гарантира на всеки потенциален оферент подходяща степен на обявяване, позволяваща възлагане на обществената поръчка за услуги при условия на конкуренция, както и контрол за безпристрастността на процедурите за възлагане на обществени поръчки (Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, точка 62, Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, точка 49, Решение по дело ANAV, точка 74 по-горе, точка 21).

78 Според Съда задължението на възлагащите органи за прозрачност включва по-специално изисквания, които могат да позволят на дадено предприятие, разположено на територията на държава членка, различна от разглежданата, да има достъп до подходяща информация за съответната обществена поръчка преди нейното възлагане, така че ако това предприятие би желало, то би могло да изрази интереса си от получаването на тази обществена поръчка (вж. в този смисъл Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, точка 21).

79 От тази съдебна практика следва, че задължението за прозрачност, в смисъл на подходящо обявяване, в този случай включва форма на обявяване преди възлагането на разглежданата обществена поръчка, с други думи — предварително обявяване. Вследствие на това и противно на доводите на Федерална република

Германия и на встъпилите страни, съобщението — като посочва „достатъчно достъпно обявяване преди възлагането на обществената поръчка“ [неофициален превод] — не създава ново задължение за държавите членки, а само припомня съществуващо задължение, произтичащо от общностното право, приложимо за обществените поръчки, за които се отнася въпросното съобщение, както това задължение е тълкувано от общностния съд.

80 Това впрочем се потвърждава от практиката на Съда, последваща публикуването на съобщението, както признава Федерална република Германия по време на съдебното заседание. Всъщност в съответствие с практиката на Съда, от една страна, произтичащите от първичното право задължения относно равното третиране и прозрачността се прилагат по право за обществените поръчки, които макар да са изключени от приложното поле на директивите за обществените поръчки, представляват сигурен трансграничен интерес (вж. в този смисъл, що се отнася до 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) и обществена поръчка, която има стойност под прага на посочената директива, Решение на Съда от 14 юни 2007 г. по дело Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Сборник, стр. I-4557, точка 33; що се отнася до 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 обществена поръчка II Б, Решение по дело Комисия/Ирландия, точка 57 по-горе, точки 30, 31 и 32, и що се отнася до Директива 92/50, Директива 93/36, 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 Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите (ОВ L 199, стр. 84), Решение на Съда от 21 февруари 2008 г. по дело Комисия/Италия, C-412/04, Сборник, стр. I-619, точки 66, 81 и 82). От друга страна, според Съда обявяване ex post не може да гарантира подходящо обявяване по смисъла на съдебната практика по дело Telaustria и по дело Coname, точка 36 по-горе, което означава, че задължението за прозрачност, произтичащо от принципите на Договора за ЕО, предполага, че обявлението за обществена поръчка трябва да бъде предмет на предварително обявяване, направено преди възлагането (Решение по дело Комисия/Ирландия, точка 57 по-горе, точки 30 и 32).

81 Изводът, че предвиденото в точка 2.1.1. от съобщението задължение за предварително обявяване не отива отвъд даденото от Съда тълкуване на основните

принципи на Договора за ЕО, не може да бъде поставен под въпрос от различните доводи на Федерална република Германия и на встъпилите страни.

82 Първо, Федерална република Германия твърди по същество, че Решение по дело Telaustria, Решение по дело Coname и Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, се отнасят до обществените поръчки за концесии за услуги, които, макар да са извън приложното поле на директивите за обществените поръчки, по своята стойност са сравними с обществените поръчки, които се обхващат от приложното поле на посочените директиви, и че следователно тази съдебна практика не била приложима към обществените поръчки, за които се отнася съобщението.

83 В това отношение следва да се отбележи, че от съдебната практика, на която се позовава Федерална република Германия в подкрепа на доводите си, е видно, че Съдът вече е постановил по отношение на концесионните договори, че макар възлагането на такава концесия да не е уредено от никоя от директивите за обществените поръчки, за такива договори продължавали да се прилагат общите правила на Договора за ЕО (вж. в този смисъл Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, точка 16, подкрепено от Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе, точка 33). Трябва да се констатира също така, че според тази съдебна практика задължението за прозрачност произтича пряко от общите правила на посочения Договор, и по-специално от принципа на равно третиране и на недопускане на дискриминация (Решение по дело Telaustria, точка 36 по-горе, точка 61 и Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, точка 49) и че посоченото задължение за прозрачност от своя страна включва задължение за предварително обявяване (вж. в този смисъл Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, точка 21). За сметка на това обстоятелството, че обществените поръчки, за които става въпрос в тези решения, били от гледна точка на тяхната значимост сравними с обществените поръчки, за които се прилагат директивите за обществените поръчки, по никакъв начин не е изтъкнато в тези решения, за да се обоснове задължението за подходящо, и в частност, за предварително обявяване. От това следва, че противно на поддържаното от Федерална република Германия, тази съдебна практика може да бъде пренесена към обществените поръчки, за които се отнася съобщението и за които се прилагат също — както вече бе посочено — принципът на равно третиране и произтичащото от него задължение за прозрачност.

84 За изчерпателност следва да се подчертае, че това впрочем се потвърждава от практиката на Съда, последваща публикуването на съобщението. Всъщност в точка 33 от Решение по дело Medipac-Kazantzidis, точка 80 по-горе, Съдът споменава във връзка с обществена поръчка за строителство за постоянна съдебна практика, според която дори ако стойността на обществената поръчка, за която е отправена покана за представяне на оферти, е под прага за прилагане на директивите за обществените поръчки, чрез които общностният законодател урежда сферата на обществените поръчки, и следователно не попада в приложното поле на същите, възлагащите органи, които сключват договор за обществена поръчка, все пак са длъжни да спазват основните принципи на общностното право като принципа на равно третиране и произтичащото от него задължение за прозрачност, и посочва в същата точка като постоянна съдебна практика Решение по дело Telaustria, Решение по дело Coname и Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе. Така Съдът разширява подхода, възприет по отношение на правилата за сключване на концесионни договори за обществени услуги, и към правилата за възлагане на обществени поръчки, чийто финансов размер остава под праговете за прилагане на директивите (вж. Решение по дело Medipac-Kazantzidis, точка 80 по-горе, точка 33).

85 Второ, относно довода на Федерална република Германия, изложен накратко в точка 38 по-горе, че Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, и Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе, се отнасят само до принципа на недопускане на дискриминация и следователно не могат да обосноват задължението за предварително обявяване, е достатъчно да се отбележи, че задължението за прозрачност, по-специално чрез форма на подходящо обявяване, произтича точно — според споменатата в точка 76 по-горе съдебна практика — от принципа на равно третиране и на недопускане на дискриминация, основана на гражданство. Тъй като от тези решения следва, че основните правила на Договора за ЕО са приложими за всички обществени поръчки, макар те да не са обхванати от директивите за обществените поръчки (Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, точка 19 и Решение по дело Комисия/Франция, точка 38 по-горе, точки 32 и 33), Комисията правилно се е позовала на това определение и на това решение в съобщението.

86 Трето, не може да се приеме и доводът, че установявайки прагове за прилагане на директивите за обществените поръчки, общностният законодател бил

посочил изрично, че под тези стойности трябвало по принцип да се предполага, че последиците за вътрешния пазар били по-скоро „несигурни или косвени“ и по този начин — да се направи извод за липсата на интерес за чуждестранните оференти.

87 В това отношение следва да се уточни, че само поради факта, че дадена обществена поръчка е под праговете за прилагане на директивите за обществените поръчки, не може да се предположи, че последиците от посочената обществена поръчка за вътрешния пазар са почти незначителни. Тази теза е в противоречие с посочената в точки 73 и 74 по-горе съдебна практика, според която такива обществени поръчки не са изключени от приложното поле на общностното право. Ако обаче всяко въздействие на посочените обществени поръчки върху вътрешния пазар можеше да бъде изключено a priori, общностното право нямаше да се прилага.

88 Разбира се, както признава Съдът, напълно е възможно поради наличието на особени обстоятелства като например много ниския икономически залог, да може разумно да се поддържа, че предприятие, разположено в държава членка, различна от тази на възложителя на определена обществена поръчка, не би било заинтересувано от посочената обществена поръчка и че следователно последиците за съответните основни свободи би трябвало да се считат за твърде несигурни и косвени, за да може да се направи извод за евентуалното им нарушение (вж. в този смисъл Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, точка 20 и цитираната съдебна практика). Същевременно изводът за липсата на нарушение на основните свободи може да произтича само от преценка на специфичните обстоятелства на всеки конкретен случай и не може да бъде основан само на факта, че стойността на разглежданата обществена поръчка не е над определен праг.

89 Така точка 1.3. от съобщението предвижда следното:

„[В]секи възложител следва да определи дали възлагането на предвидената обществена поръчка представлява или не потенциален интерес за

икономическите оператори, разположени в други държави членки. Комисията счита, че това решение трябва да се основава на преценка на специфичните обстоятелства на конкретния случай, като предмета на обществената поръчка, нейната прогнозна стойност, особените характеристики на съответния сектор (размер и структура на пазара, търговски практики и т.н.), както и на географското място на изпълнение на обществената поръчка. Ако възложителят стигне до извода, че въпросната обществена поръчка представлява интерес за вътрешния пазар, той трябва да я възложи, като се съобразява с основните норми, произтичащи от общностното право." [неофициален превод]

90 Четвърто, Федерална република Германия поддържа същевременно, че посоченото съобщение, като изисква от възлагащите органи да оценяват във всеки конкретен случай релевантността на дадена обществена поръчка с оглед на вътрешния пазар, за да определят по-специално приложимостта на предвиденото в точка 2.1.1. от същото съобщение задължение за предварително обявяване, създава ново задължение и по този начин произвежда задължително правно действие.

91 Практиката на Съда обаче вече предвижда — що се отнася до обществена поръчка извън приложното поле на директивите за обществените поръчки — задължение за възложителя да преценява под контрола на компетентните юрисдикции особеностите на разглежданата обществена поръчка от гледна точка на подходящия характер на подробните разпоредби за възлагане при условия на конкуренция (вж. в този смисъл Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, точки 49 и 50). Следователно не може да се поддържа, че точка 1.3. във връзка с точка 2.1.1. от съобщението създава ново задължение за държавите членки.

92 Федерална република Германия и Република Австрия добавят по този въпрос в хода на съдебното заседание, че специфична преценка като предвидената в точка 1.3. от съобщението, противоречи на Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе (точки 30—32), което предвижда абстрактно и общо определение на релевантността на дадена обществена поръчка за вътрешния пазар.

93 В това отношение следва да се констатира, че точка 30 от Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе, потвърждава посочения в точка 91 по-горе извод, че по принцип възлагащият орган следва да прецени, преди да определи съдържанието на обявлението за обществена поръчка, евентуалния трансграничен интерес на поръчка с прогнозна стойност под прага, предвиден от общностните норми, като се има предвид, че тази преценка може да бъде подложена на съдебен контрол.

94 Освен това следва да се отбележи, че не е налице противоречие между съобщението, по-специално точка 1.3. от него, и Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе. Действително съобщението не изключва възможността правна уредба да установява на национално или местно равнище обективни критерии, които да указват дали е налице сигурен трансграничен интерес, както предвижда точка 31 от Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе. Възлагащите органи, които прилагат такава национална правна уредба, обаче са длъжни да спазват основните правила на Договора за ЕО, както и в частност принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство (Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе, точка 29).

95 Що се отнася до точка 32 от Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе, трябва да се констатира, че тя също не противоречи на точки 1.3. и 2.1.2. от съобщението. Всъщност посочената точка се отнася до автоматичното изключване на определени оферти поради необичайно ниските им цени, дори при наличие на сигурен трансграничен интерес, и следователно се прилага на друг етап от възлагането на обществената поръчка, различен от този на определянето на потенциалния интерес от дадена обществена поръчка за икономическите оператори, разположени в други държави членки, предвидено в точка 1.3. от съобщението, или на избора на най-подходящото средство за осигуряване на обявяването, предвидено в точка 2.1.2. от съобщението. Във всеки случай следва да се подчертае, че посочените точки от съобщението не изключват отчитането на административния капацитет на възложителя и следователно не могат да създадат ново задължение за държавите членки или за техните възлагащи органи.

96 Пето, противно на твърдяното от Федерална република Германия (вж. точка 46 по-горе), точка 2.1.2. от съобщението, съгласно която „[в]ъзложителите следва

да изберат най-подходящото средство, за да осигурят обявяването на своите обществени поръчки“ [неофициален превод], не е несъвместима с установяването от национална правна уредба на общи критерии, които трябва да ръководят този избор, тъй като — както бе уточнено — спазването на основните правила на Договора за ЕО, сред които по-специално принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, не може да бъде поставено под въпрос от използването на такива критерии. Всъщност, както вече бе отбелязано в точка 91 по-горе, публичният орган концедент следва да прецени под контрола на компетентните юрисдикции дали подробните разпоредби за възлагане при условия на конкуренция са подходящи за разглежданата обществена поръчка. Следователно в съответствие с практиката на Съда съобщението оставя на възлагащите органи задачата да определят степента и формата на подходящо обявяване (вж. в този смисъл Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, точки 49 и 50). По този начин съобщението правилно посочва в точка 2.1.2., че „възложителите следва да изберат най-подходящото средство, за да осигурят обявяването на своите обществени поръчки“ [неофициален превод]. Следователно то не създава ново правно задължение за възлагащите органи.

97 Освен това в отговор на доводите на Република Австрия, основани на сравнение на праговете за прилагане на директивите за обществените поръчки с приложимото за държавните помощи правило de minimis, е достатъчно да се отбележи, че по никакъв начин от посочените директиви не следва, че въпросните прагове са основани на съображения, аналогични на тези, които обосновават правилото de minimis в областта на държавните помощи.

98 Шесто, що се отнася до доводите на Френската република, че в точка 2.1.2. съобщението въвежда задължение за публикуване, което се състои в използването на писмено средство, за да се осигури обявяването на посочените обществени поръчки, следва да се отбележи, че тези доводи са основани на погрешна предпоставка. Всъщност никъде в съобщението не се посочва задължение за обявяване, състоящо се в използването на писмено средство, за да се осигури обявяването на посочените в него обществени поръчки. От една страна, точка 2.1.3., първа алинея от съобщението припомня съдебната практика, според която задължението за прозрачност не включва непременно задължение за организирането на формална процедура за възлагане на обществена поръчка (Решение по дело

Coname, точка 36 по-горе, точка 21). От друга страна, точка 2.1.2., трета алинея гласи следното:

„Като подходящи и често използвани форми на обявяване следва да се посочат:

— интернет, […]“ [неофициален превод]

Както впрочем признават Федерална република Германия и встъпилите страни, тук става въпрос за примерно, а не за изчерпателно изброяване на различните форми на подходящо обявяване.

99 Седмо, що се отнася до довода на Федерална република Германия, както и до този на Френската република, че изключването на практиката, състояща се в установяване на връзка с потенциални оференти, дори ако възложителят се обръща към предприятия от други държави членки и полага усилия да влезе във връзка с всички потенциални доставчици поради въведеното от съобщението задължение за прозрачност (точка 2.1.1., трети параграф от съобщението), е елемент, установяващ специфични задължения по отношение на принципите на Договора за ЕО, важно е да се подчертае, че този довод се отнася до част от съобщението, която по никакъв начин не е поставена под въпрос в жалбата или в писменото становище при встъпване. В това отношение следва да се отбележи, че макар при определени обстоятелства член 48, параграф 2 от Процедурния правилник да позволява въвеждането на нови правни основания в хода на производството, тази разпоредба в никакъв случай не може да се тълкува в смисъл, че разрешава на ищеца или жалбоподателя да сезира Общия съд с нови искания и по този начин да изменя предмета на спора (вж. Решение на Първоинстанционния съд от 12 юли 2001 г. по дело Banatrading/Съвет, T-3/99, Recueil, стр. II-2123, точка 28 и цитираната съдебна практика). От това следва, че въпросният довод не е допустим, щом като има за цел да разшири предмета на спора чрез включването на част от съобщението, която не е посочена в исковата молба или жалбата.

100 Във всеки случай трябва да се констатира, че съобщението не изключва абсолютно и окончателно тази практика. Както предвиждат точки 2.2.2. и 2.1.3. от съобщението, възложителите имат възможност да ограничат броя на поканените да представят оферта кандидати до подходящо равнище. Същевременно съобщението изисква в това отношение да бъдат спазени принципът на недопускане на дискриминация и задължението за прозрачност (точка 2.2.2. от съобщението), за да се осигури достатъчна конкуренция. Освен това, за да може да се осъществи контролът за безпристрастността на процедурите за възлагане на обществени поръчки, Общият съд счита, че от задължението за прозрачност следва, че възлагащите органи трябва активно да разкриват информация, както възложителите трябва да осигурят предварително подходящия характер на подробните разпоредби за възлагане при условия на конкуренция (Решение по дело Parking Brixen, точка 36 по-горе, точка 50). Следователно съдържанието на точка 2.1.1., трети параграф от съобщението, както е оспорено от Федерална република Германия и от Френската република, не създава специфични задължения.

2. *По второто твърдение за нарушение, изведено от уточняването на задълженията за обявяване (точка 2.2. от съобщението)*

а) Доводи на страните

Федерална република Германия

101 Федерална република Германия твърди, че произтичащите от точка 2.2. от съобщението задължения отиват значително отвъд това, което следва от тълкуването от страна на Съда на основните принципи на Договора за ЕО. Според

Федерална република Германия Комисията първо е решила в точка 2.2. от съобщението, че обществените поръчки трябва да бъдат възлагани в съответствие с основните принципи на Договора за ЕО, за да се гарантират справедливи условия на конкуренция на всички заинтересовани оференти, и след това е извела от това общо задължение определен брой конкретни задължения относно обявяването на намерението за възлагане на обществена поръчка.

102 Федерална република Германия поддържа по-специално, че според точка 2.2. от съобщението държавите членки трябва да опишат предмета на обществената поръчка, така че всички потенциални оференти да могат да го разберат по един и същ начин, като същевременно гарантират равния достъп на икономическите оператори от всички държави членки. Освен това, ако те изисквали оферентите да представят писмени материали, властите трябвало да приемат и документите, изготвени в други държави членки. Предоставените срокове трябвало да бъдат достатъчни, за да позволят на оферентите от други държави членки да ги спазят. Накрая, процедурата трябвало да бъде прозрачна за всички участници. Този списък с правила се допълвал от процедурните разпоредби, които трябвало да бъдат изпълнени от държавите членки, желаещи да изготвят ограничен списък с кандидати, поканени да представят оферти за предвидената обществена поръчка (точка 2.2.2. от съобщението), и от нормите, приложими към решението за възлагане на обществената поръчка (точка 2.2.3. от съобщението).

103 Докато задължението за недискриминационно описание на предмета на обществената поръчка, съдържащо се в първото тире от списъка по точка 2.2.1. от съобщението, можело евентуално да произтича от практиката на Съда в Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе (точка 24), другите задължения в точка 2.2.1. от съобщението съдържали конкретни указания, които не били изведени от позитивното общностно право. Това се потвърждавало от твърдението на Комисията, че посочените по-горе принципи са от естество да гарантират на практика спазването на основните принципи на Договора за ЕО (точка 1.2. от съобщението). Следователно не ставало въпрос за описание на практиката на Съда, а действително за нови правила за възлагане на обществени поръчки. Така Федерална република Германия оспорва по същество различните

способи, посочени в точка 2.2.1. от съобщението, които според нея въвеждат нови задължения.

Встъпили страни

104 По отношение на уточняването на задълженията за обявяване, предвидено в точка 2.2. от съобщението, Република Австрия твърди, че някои от разгледаните в него аспекти като изискването за достатъчно дълги срокове и броя на вписаните в ограничения списък кандидати — що се отнася до възлагането на обществени поръчки, за които директивите за обществените поръчки се прилагат частично или не се прилагат — имат за цел също и да предизвикат нови обвързващи правни последици. Тези задължения обаче не могли да бъдат изведени от практиката на Съда.

105 Парламентът се присъединява към изводите на Федерална република Германия относно точка 2.2. от съобщението, но подчертава няколко допълнителни аспекта, като по този начин подсилва доводите на Федерална република Германия. Според Парламента Комисията установява в тази точка подробни правила за съдържанието и сроковете на поканите за представяне на оферти, за евентуална процедура за предварителен подбор и за съдебната защита.

106 Република Полша твърди, че като посочва подробни правила за обявяването и съдържанието на обявите, и дори като въвежда правила за процедурните срокове в областта на възлагането на обществени поръчки, Комисията не споменава никакво решение на Съда в подкрепа на позицията си. Според Комисията обаче съобщението служи за тълкуване на практиката на Съда в това отношение. Това обяснявало защо изявлението на Комисията, че съобщението обобщава съдебната практика, не се потвърждавало от неговото съдържание.

Комисията

107 Комисията отхвърля доводите на Федерална република Германия и на встъпилите страни срещу предвидените в точка 2.2.1. от съобщението критерии. За нея принципите на равен достъп за икономическите оператори от всички държави членки и на взаимно признаване на дипломите, удостоверенията и другите документи за професионална квалификация, изискването за подходящи срокове и за прозрачен и обективен подход представляват принципи, които произтичат от Договора за ЕО. По никакъв начин не ставало въпрос за нови правила за възлагането на обществени поръчки, а наистина за пренасяне на общите правила на общностното право в областта на обществените поръчки.

б) Съображения на Общия съд

108 Точка 2.2. от съобщението има за предмет „възлагането на обществена поръчка".

109 В това отношение точка 2.2.1. от съобщението гласи:

„Принципи

В Решение по дело Telaustria [Съдът] е постановил, че задължението за прозрачност се изразява в гарантирането на всеки потенциален оферент на подходяща

степен на обявяване, позволяваща възлагане на обществената поръчка при условия на конкуренция, както и на контрол за безпристрастността на процедурите за възлагане на обществени поръчки. На практика гарантирането на справедлива и безпристрастна процедура е необходимо следствие от задължението за осигуряване на прозрачно обявяване.

От изложеното по-горе следва, че дадена обществена поръчка трябва да бъде възложена при спазване на правилата и принципите на Договора за ЕО, за да се гарантират справедливи условия на конкуренция на всички заинтересовани от тази обществена поръчка икономически оператори. На практика най-добрите способи за постигане на това са:

— Недискриминационно описание на предмета на обществената поръчка

Описанието на изискваните характеристики на даден продукт или услуга не трябва да се позовава на определено изработване или източник, нито на особени способи, нито да се позовава на определени марка, патент, произход или производство, освен ако позоваване от такова естество е обосновано от предмета на обществената поръчка и е придружено с думите „или равностоен“. Във всеки случай за предпочитане е да се използват по-общи описания относно изпълнението или функциите.

— Равен достъп за икономическите оператори от всички държави членки

Спецификациите не трябва да налагат никакво условие, което води до пряка или непряка дискриминация спрямо потенциалните оференти от други държави членки, като задължението за заинтересовано от обществената

поръчка предприятие да е установено на територията на същата държава членка или в същия район като възложителя.

— Взаимно признаване на дипломите, удостоверенията и другите документи за професионална квалификация

Ако кандидатите или оферентите са поканени да представят удостоверения, дипломи или друг вид писмени доказателства, документите, произхождащи от други държави членки и предоставящи равностойно равнище на гаранция, трябва да бъдат приети в съответствие с принципа за взаимно признаване на дипломите, удостоверенията и другите документи за професионална квалификация.

— Подходящи срокове

Предоставените срокове за изразяване на интерес или представяне на оферти трябва да бъдат достатъчни, за да позволят на предприятията от други държави членки да извършат релевантна преценка и да изготвят офертата си.

— Прозрачен и обективен подход

Всички участници трябва да могат да узнаят предварително приложимите правила и да имат сигурността, че тези правила се прилагат по един и същ начин за всички оператори.“ [неофициален превод]

Предварителни бележки

110 В самото начало следва да се констатира, че доводите на Федерална република Германия са основани на предпоставката, че за обществените поръчки, за които се отнася съобщението, не се прилага нито едно общо задължение за прозрачност, произтичащо от общностното право. Налага се обаче изводът, че — както бе посочено по-горе (вж. точки 68—100) — тази предпоставка е погрешна.

111 По-нататък Общият съд отбелязва, че точка 2.2.1. от съобщението цели да гарантира, от една страна, посоченото в точка 2.1. от съобщението задължение за обявяване, и от друга страна, възлагането на обществената поръчка при спазване на правилата и принципите на Договора за ЕО. За тази цел съобщението се основава на практиката на Съда, според която процедурата за възлагане на обществена поръчка трябва да спазва на всеки от етапите си, и по-специално на етапа на подбора на кандидатите в рамките на ограничена процедура, както принципа на равно третиране на потенциалните оференти, така и задължението за прозрачност, за да може всички да разполагат с равни възможности при формулирането на съдържанието на заявленията си за участие или на офертите си (вж. в този смисъл, що се отнася до етапа на сравнение на офертите, Решение на Съда от 25 април 1996 г. по дело Комисия/Белгия, C-87/94, Recueil, стр. I-2043, точка 54 и Решение на Съда от 12 декември 2002 г. по дело Universale-Bau и др., C-470/99, Recueil, стр. I-11617, точка 93).

112 Освен това следва да се отбележи, че според практиката на Съда принципът на равно третиране, чийто особен израз са членове 43 ЕО и 49 ЕО, забранява не само явната дискриминация, основана на гражданство, но и всички прикрити форми на дискриминация, които чрез прилагане на други разграничителни критерии фактически водят до същия резултат (Решение на Съда от 29 октомври 1980 г. по дело Boussac Saint-Frères, 22/80, Recueil, стр. 3427, точка 7 и Решение на Съда от 5 декември 1989 г. по дело Комисия/Италия, C-3/88, Recueil, стр. 4035, точка 8), за да бъдат обществените поръчки в различните държави членки достъпни за всички предприемачи от Общността. Накрая, Съдът е възприел принципа на равно третиране на оферентите (Решение на Съда от 22 юни

1993 г. по дело Комисия/Дания, C-243/89, Recueil, стр. I-3353, точка 23 и Решение по дело Комисия/Белгия, точка 111 по-горе, точка 51). Следователно е уместно да се анализират различните способи, посочени в точка 2.2.1. от съобщението, в светлината на изложеното по-горе.

По точка 2.2.1. от съобщението

— По първото тире от точка 2.2.1. от съобщението

113 Първото тире от точка 2.2.1. от съобщението предвижда недискриминационно описание на предмета на обществената поръчка. Трябва да се констатира, както признава самата Федерална република Германия, че това изискване е видно още от Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе. Всъщност за възлагането на дадена обществена поръчка тази цел произтича от принципа на равно третиране, чийто особен израз са основните свободи. По този начин в практиката си Съдът установява, че законността на клауза, съдържаща се в спецификациите относно обществена поръчка, която не достига прага на Директива 93/37 и следователно не попада в приложното поле на посочената директива, трябва да се преценява с оглед на основните правила на Договора за ЕО, сред които е свободното движение на стоки, закрепено в член 28 ЕО (Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, точка 21).

114 По отношение на даденото в точка 2.2.1., първо тире от съобщението обяснение Общият съд отбелязва, че според съдебната практика в областта на обществените поръчки за доставки фактът, че думите „или равностоен“ не са добавени

след посочването на определен продукт в спецификациите, може не само да възпре икономическите оператори, които използват аналогични на този продукт системи, да представят оферти в процедура за възлагане на обществена поръчка, но и да възпрепятства вносните потоци във вътреобщностната търговия, в противоречие с член 28 ЕО, като запазва обществената поръчка само за оферентите, които възнамеряват да използват специфично посочения продукт (Решение на Съда от 22 септември 1988 г. по дело Комисия/Ирландия, 45/87, Recueil, стр. 4929, точка 22, Решение на Съда от 24 януари 1995 г. по дело Комисия/Нидерландия, C-359/93, Recueil, стр. I-157, точка 27 и Определение по дело Vestergaard, точка 38 по-горе, точка 24).

115 Следователно съдържанието на първото тире от точка 2.2.1 от съобщението съответства на тълкуването от страна на Съда на основните принципи на Договора за ЕО.

— По второто тире от точка 2.2.1 от съобщението

116 Що се отнася до второто тире от точка 2.2.1 от съобщението, а именно равния достъп за икономическите оператори от всички държави членки, Общият съд счита, че тази цел — която е насочена към гарантиране на икономическите оператори, независимо от техния произход, на равен достъп до предлаганите обществени поръчки — произтича от спазването на принципите на свобода на установяване, на свободно предоставяне на услуги, както и на свободна конкуренция (вж. в това отношение заключението на генералния адвокат Léger към Решение на Съда от 15 януари 1998 г. по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др., C-44/96, Recueil, стр. I-73, I-77, точка 47, възпроизведено в заключението на генералния адвокат Mischo към Решение на Съда от 1 февруари 2001 г. по дело Комисия/Франция, C-237/99, Recueil, стр. I-939, I-941, точка 49), и по-специално на принципа на равно третиране (вж. по-горе точка 112), изразен в установения в член 12 ЕО принцип на забрана на дискриминацията, основана на гражданство.

117 Очевидно е, че принципът на недопускане на дискриминация забранява на възлагащ орган да наложи условие, което води до пряка или непряка дискриминация, както предвижда точка 2.2.1, второ тире от съобщението. Според практиката на Съда общите условия на спецификациите трябва да спазват всички релевантни разпоредби на общностното право, и по-специално забраните, произтичащи от прогласените в Договора за ЕО принципи относно правото на установяване и свободното предоставяне на услуги, както и принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство (вж. в този смисъл Решение на Съда от 9 юли 1987 г. по дело CEI и Bellini, 27/86—29/86, Recueil, стр. 3347, точка 15 и Решение на Съда от 20 септември 1988 г. по дело Beentjes, 31/87, Recueil, стр. 4635, точки 29 и 30).

118 Следователно принципът на равно третиране на оферентите обхваща съдържанието на първо и второ тире от точка 2.2.1 от съобщението.

— По третото тире от точка 2.2.1 от съобщението

119 Третото тире от точка 2.2.1 от съобщението въвежда принципа на взаимно признаване, който позволява да се осигури свободно движение на стоки и услуги, без да е необходимо да се хармонизират националните законодателства на държавите членки (Решение на Съда от 20 февруари 1979 г. по дело Rewe-Zentral, 120/78, Recueil, стр. 649). В това отношение следва да се припомни, че органите на една държава членка са длъжни да вземат предвид всички дипломи, удостоверения и други официални документи за професионална квалификация, както и релевантния опит на заинтересованото лице, като сравнят, от една страна, компетентността, удостоверена с тези документи за професионална квалификация и този опит, и от друга страна, знанията и квалификацията, изисквани от националното законодателство (вж. по аналогия по-специално за достъпа до професиите, Решение на Съда от 7 май 1991 г. по дело Vlassopoulou, C-340/89, Recueil, стр. I-2357, точки 16, 19 и 20, Решение на Съда от 9 февруари 1994 г. по дело Haim, C-319/92, Recueil, стр. I-425, точки 27 и 28, Решение на Съда от

14 септември 2000 г. по дело Hocsman, C-238/98, Recueil, стр. I-6623, точка 23 и Решение на Съда от 22 януари 2002 г. по дело Dreessen, C-31/00, Recueil, стр. I-663, точка 24).

120 Съдът е подчертал, че тази съдебна практика е само съдебен израз на принцип, присъщ на основни свободи по Договора за ЕО, и че този принцип не може да загуби част от правната си стойност поради приемането на директиви за взаимното признаване на дипломи (Решение по дело Hocsman, точка 123 по-горе, точки 24 и 31, и Решение по дело Dreessen, точка 123 по-горе, точка 25), и че следователно държавите членки трябва да спазват задълженията си в областта на взаимното признаване така, както те произтичат от даденото от Съда тълкуване на членове 43 ЕО и 47 ЕО (вж. по аналогия по-специално за достъпа до професиите, Решение по дело Dreessen, точка 123 по-горе, точка 27 и цитираната съдебна практика). В това отношение Съдът вече е постановил, че взаимното признаване трябва да позволява на националните власти да се уверят обективно, че по отношение на своя притежател чуждестранната диплома удостоверява знания и квалификации, които, ако не са идентични, поне са равностойни на удостоверените с националната диплома (вж. в този смисъл Решение на Съда от 15 октомври 1987 г. по дело Heylens и др., 222/86, Recueil, стр. 4097, точка 13).

121 Следователно преследваната от третото тире на точка 2.2.1. от съобщението цел не създава нови задължения за държавите членки.

— По четвъртото тире от точка 2.2.1. от съобщението

122 Що се отнася до изискването за подходящи срокове, за да се позволи на предприятията от други държави членки да извършат релевантна преценка и да изготвят офертата си, следва да се припомни, че възлагащите органи трябва да спазват принципа на свободно предоставяне на услуги и принципа на

недопускане на дискриминация, които имат за цел да защитят интересите на установените в една държава членка икономически оператори, които желаят да предлагат стоки или услуги на възлагащи органи, установени в друга държава членка (Решение на Съда от 3 октомври 2000 г. по дело University of Cambridge, C-380/98, Recueil, стр. I-8035, точка 16, Решение на Съда от 1 февруари 2001 г. по дело Комисия/Франция, точка 116 по-горе, точка 41, Решение по дело HI, точка 76 по-горе, точка 43 и Решение по дело Universale-Bau и др., точка 111 по-горе, точка 51). Тяхната цел е да се изключи рискът да бъдат предпочетени национални оференти или кандидати при всяко възлагане на поръчки от възлагащите органи (вж. в този смисъл Решение по дело Universale-Bau и др., точка 111 по-горе, точка 52 и цитираната съдебна практика).

123 Следователно целта на четвъртото тире от точка 2.2.1. от съобщението — която е да се попречи на възлагащия орган да изключи чрез предоставените на оферентите срокове участието на установен в друга държава членка икономически оператор — произтича от принципите на Договора за ЕО, което означава, че и тази част от съобщението не въвежда ново задължение.

— По петото тире от точка 2.2.1. от съобщението

124 Що се отнася до съдържанието на петото тире от точка 2.2.1. от съобщението, Общият съд счита, че — както Съдът вече е подчертавал — гаранцията за спазването на принципите на равно третиране на оферентите и на прозрачност има за цел именно да направи известни на всички потенциални оференти преди подготвянето на техните оферти критериите за възлагане, на които посочените оферти трябва да отговарят, както и относителната тежест на тези критерии (относно разпоредбата на член 27, параграф 2 от Директива 90/531/ЕИО на Съвета от 17 септември 1990 година относно процедурите за възлагане на поръчки в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите (ОВ L 297, стр. 1), която е формулирана по същество идентично на

разпоредбата на член 30, параграф 2 от Директива 93/37, вж. Решение по дело Комисия/Белгия, точка 111 по-горе, точки 88 и 89 и Решение по дело Universale-Bau и др., точка 111 по-горе, точка 99). Така петото тире от точка 2.2.1. от съобщението има за цел да гарантира, че всички потенциални оференти разполагат с равни възможности при формулирането на съдържанието на тяхното заявление за участие или на тяхната оферта в съответствие с практиката на Съда.

125 С оглед на изложеното по-горе Общият съд счита, че способите за постигане на справедливи условия на конкуренция, посочени в различните тирета от точка 2.2.1. от съобщението, спомагат както за спазване на принципа на равно третиране на потенциалните оференти, така и за спазване на задължението за прозрачност, и за зачитане на свободното предоставяне на услуги при възлагането на обществена поръчка в съответствие с практиката на Съда (Решение по дело Комисия/Белгия, точка 111 по-горе, точка 54 и Решение по дело Universale-Bau и др., точка 111 по-горе, точка 93), и следователно не въвеждат нови задължения.

По точка 2.2.2. от съобщението

126 Точка 2.2.2. от съобщението предвижда следното:

„Ограничаване на броя на кандидатите, поканени да представят оферти

Възложителите имат възможност да ограничат броя на кандидатите до подходящо равнище, при условие че направят това по прозрачен и недискриминационен начин. Те могат например да прилагат обективни критерии като опита на кандидатите в съответния сектор, размера и инфраструктурата на тяхната

дейност, техния технически и професионален капацитет и т.н. Те могат дори да изберат теглене на жребий или като единствен механизъм за подбор, или в съчетание с други критерии. Във всеки случай броят на вписаните в ограничения списък кандидати трябва да отговаря на необходимостта да се осигури достатъчна конкуренция.

Възложителите могат да предвидят и прилагането на квалификационни системи, т.е. изготвянето на списък с квалифицирани оператори чрез достатъчно прозрачна и отворена процедура, която е била предмет на подходящо обявяване. Впоследствие при възлагането на индивидуални обществени поръчки, които попадат в приложното поле на системата, възложителят може да подбере от списъка на квалифицираните оператори, на недискриминационна основа (например по поредност) операторите, които ще бъдат поканени да представят оферта." [неофициален превод]

127 Точка 2.2.2 от съобщението се отнася за ограничаването на броя на кандидатите, поканени да представят оферти, до подходящо равнище и дава право на възложителите да използват например определени правила и възможности, при условие че направят това по прозрачен и недискриминационен начин и с цел да се осигури достатъчна конкуренция. Посочената точка от съобщението изисква по-специално да се прилагат обективни критерии и достатъчно прозрачна и отворена процедура, която е била предмет на подходящо обявяване.

128 В това отношение трябва да се констатира, че тези изисквания съответстват напълно на принципите на Договора за ЕО и практиката на Съда. Те произтичат по-специално от практиката на Съда, според която процедурата за възлагане на обществена поръчка трябва да спазва на всеки от своите етапи, и по-специално на етапа на подбора на кандидатите в рамките на ограничена процедура, както принципа на равно третиране на потенциалните оференти, така и принципа на прозрачност, за да може всички да разполагат с равни възможности при формулирането на съдържанието на своите заявления за участие или на офертите си (вж. в този смисъл, що се отнася до етапа на сравняването на офертите,

Решение по дело Комисия/Белгия, точка 111 по-горе, точка 54 и Решение по дело Universale-Bau и др., точка 111 по-горе, точка 93).

По точка 2.2.3. от съобщението

129 Точка 2.2.3. от съобщението гласи:

„Решение за възлагане на обществената поръчка

Важно е окончателното решение за възлагане на обществената поръчка да е в съответствие с определените в началото процедурни правила и принципите на недопускане на дискриминация и на равно третиране да бъдат напълно спазени. Този аспект е особено важен при процедури, предвиждащи преговори с вписаните в ограничен списък оференти. Преговорите трябва да бъдат организирани по такъв начин, че всички оференти да имат достъп до един и същи обем информация, и по начин, който изключва предоставянето на неоправдани предимства на определен оферент." [неофициален превод]

130 Точка 2.2.3. от съобщението предвижда, че окончателното решение за възлагане на обществената поръчка трябва да спазва принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация. Тази цел, както и нейното съдържание, не отива по-далеч от принципите, на които се основава посочената точка.

131 От изложеното по-горе следва, че посоченият в точка 2.2. от съобщението списък със способи, отнасящи се до възлагането на обществена поръчка, има за цел да осигури в съответствие с практиката на Съда спазването на принципа на равно третиране на потенциалните оференти, на задължението за прозрачност, както и на принципите на свободно предоставяне на услуги (Решение по дело Комисия/Белгия, точка 111 по-горе, точка 54 и Решение по дело Universale-Bau и др., точка 111 по-горе, точка 93) и на свободна конкуренция (Решение от 1 февруари 2001 г. по дело Комисия/Франция, точка 116 по-горе, точка 49), и следователно не създава нови задължения, срещу които може да се подаде жалба за отмяна.

3. *По третото твърдение за нарушение, изведено от дерогациите от предварителното обявяване (точка 2.1.4. от съобщението)*

а) Доводи на страните

132 Федерална република Германия поддържа, че в точка 2.1.4. от съобщението Комисията е установила нови правни задължения, като е пренесла предвидения в директивите за обществените поръчки режим на изключения за обществените поръчки по споразумение към обществените поръчки, които са под праговете за прилагане, макар прилагането на предвидените от директивите за обществените поръчки изключения да е обусловено от превишаването на посочените прагове.

133 По-нататък Федерална република Германия оспорва довода на Комисията, че като е разширила предвидените в директивите за обществените поръчки дерогации от задължението за обявяване и към обществените поръчки, които не попадат в приложното поле на тези директиви, тя е пристъпила към правоприлагане

по аналогия, обосновавайки това тълкуване с основните принципи на Договора за ЕО. Всъщност според Федерална република Германия, за да бъде правомерна тази аналогия, трябва да е налице законодателна празнота — какъвто не е настоящият случай — защото приемайки прагове, законодателят изрично е решил да не прилага тези изисквания за обявяване към определени обществени поръчки.

134 Федерална република Германия уточнява по време на съдебното заседание, че според нея предвидените в точка 2.1.4. от съобщението дерогации са изчерпателни и че следователно други дерогации са невъзможни. Следователно съобщението съдържало много стриктно и изчерпателно схващане за възможните дерогации, противно на постоянната практика на Съда за основните свободи като възможна обосновка на различно третиране в зависимост от обективни обстоятелства. По този начин съобщението в съчетание с точка 2.1.1. от него въвеждало безусловно задължение за предварително обявяване и изключвало всяка друга форма на прозрачност.

135 Според Федерална република Германия текстът на точка 2.1.4. от съобщението, по-специално в последното изречение от нея, ясно установява връзка с дерогациите в директивите за обществените поръчки, и така ограничава изключенията от задължението за предварително обявяване до тези дерогации. Следователно съобщението не допускало други изключения, произтичащи от първичното право. Това изчерпателно схващане за дерогациите противоречало на Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе, което предвиждало, че други дерогации могат да бъдат взети предвид.

136 По отношение на предвидените в точка 2.1.4. от съобщението дерогации от принципа на предварително обявяване Парламентът твърди, че Комисията разширява дерогациите, предвидени от директивите за обществените поръчки за процедурите по договаряне, и към обществените поръчки, чиято стойност е под праговете за прилагане на тези директиви. В този пример било особено ясно, че Комисията е установила в съобщението си самостоятелни правила за възлагането на обществени поръчки, без да взема предвид факта, че предварителните

условия за такава аналогия, т.е. неумишлен пропуск от страна на законодателя по отношение на обществените поръчки извън приложното поле на директивите за обществените поръчки, не са изпълнени в настоящия случай.

137 Комисията поддържа, че предложената в съобщението аналогия, която се състои в разширяване на предвидените в директивите за обществените поръчки дерогации от задължението за обявяване и към обществените поръчки, за които тези директиви не се отнасят, само отразява предложеното от Комисията тълкуване на основните принципи на Договора за ЕО и не установява правна норма. Освен това Комисията счита, че точка 2.1.4. от съобщението не е ограничителна, а напротив, посочва неизчерпателно само най-важните дерогации. Като изразява позиция по специфичния въпрос за прилагането на дерогациите от задължението за предварително обявяване, предвидени в директивите за обществените поръчки, към посочените в съобщението обществени поръчки, Комисията не е искала да приеме, че не е допустимо никакво друго изключение от задължението за предварително обявяване, съвместимо с горепосочените принципи.

б) Съображения на Общия съд

138 Според заглавието си точка 2.1.4. от съобщението се прилага за „[п]роцедури без предварително обявяване“ [неофициален превод]. Посочената точка гласи:

„Директивите за обществените поръчки предвиждат специфични дерогации, които при определени условия позволяват процедури без предварително обявяване. Най-важните случаи се отнасят за ситуации на неотложна спешност, произтичащи от непредвидими събития, и за обществени поръчки, чието изпълнение поради технически или художествени причини, или по причини, свързани със защитата на изключителни права, може да бъде предоставено само на определен икономически оператор.

Комисията счита, че релевантните дерогации могат да бъдат прилагани за обществените поръчки, за които директивите не се отнасят. Така възложителите могат да възложат тези обществени поръчки без предварително обявяване, ако спазят условията, посочени в директивите за една от тези дерогации." [неофициален превод]

139 Общият съд счита най-напред, че — противно на твърдяното от Федерална република Германия — точка 2.1.4. от съобщението не изключва по никакъв начин възможността да съществуват други дерогации от задължението за предварително обявяване. Всъщност, както впрочем припомнят точки 1.1. и 1.2. от съобщението, държавите членки, както и техните възложители, са длъжни да се съобразяват с правилата и принципите, закрепени в Договора за ЕО. Следователно, доколкото тези правила и принципи съдържат изключения от задължението за предварително обявяване, на такива изключения могат да се позовават по право държавите членки или възложителите, възлагащи визирана в съобщението обществена поръчка.

140 В това отношение следва да се отбележи по-конкретно, че макар държава членка или възложител да могат да се позовават на разпоредба от Договора за ЕО, която изключва по общ начин прилагането на първичното право като член 86, параграф 2 ЕО или член 296 ЕО или член 297 ЕО, или макар да се прилага изрично предвидено в Договора съображение за обосноваване (вж. например обществения ред и здравето, произтичащи от членове 46 ЕО и 55 ЕО, и публичната власт, произтичаща от членове 45 ЕО и 55 ЕО), или макар да са изпълнени условията на признато от съдебната практика съображение за обосноваване (вж. за императивно основание от общ интерес Решение на Съда от 27 октомври 2005 г. по дело Комисия/Испания, C-158/03, непубликувано в Recueil, точка 35 и цитираната съдебна практика), принципите на Договора за ЕО не се засягат. Следователно в такива случаи предвиденото в съобщението задължение за обявяване, произтичащо от принципите на посочения Договор, не се прилага за възлагането на обществена поръчка.

141 Освен това е важно да се подчертае, че точка 2.1.4. от съобщението има за цел само да позволи на възлагащите органи да се позовават на предвидените в директивите за обществените поръчки дерогации от задължението за обявяване, при спазване на предвидените в посочените директиви условия за такова

позоваване, и то дори когато тези директиви не се прилагат за обществените поръчки, за които се отнася съобщението. Както е отбелязано в заключението на генералния адвокат Jacobs към Решение на Съда от 27 октомври 2005 г. по дело Комисия/Италия (C-525/03, Recueil, стр. I-9405, I-9407, точки 46—49), когато изрично е позволена дерогация от директивите за обществените поръчки, ако условията за тази дерогация са изпълнени и следователно процедурата по договаряне без предварително публикуване на покана за представяне на оферти е оправдана, не може да съществува задължение за обявяване. При това положение принципите, които произтичат от Договора за ЕО, не могат да наложат задължение за обявяване, когато директивите изрично предвиждат дерогация, в противен случай тази дерогация би била безполезна (вж. в този смисъл и заключение на генералния адвокат Stix Hackl към Решение по дело Coname, точка 36 по-горе, Recueil, стр. I-7289, точка 93).

142 Следователно, далеч от това да създаде нови задължения за държавите членки, точка 2.1.4. от съобщението е по-скоро благоприятна за тях в смисъл, че им позволява в хипотезата, при която условията за нейното прилагане са изпълнени, да не спазват задължението за предварително обявяване.

143 Що се отнася до довода на Федерална република Германия, изведен от Решение по дело SECAP, точка 42 по-горе (вж. по-горе точка 135), трябва да се констатира, че този довод е основан на погрешна предпоставка, тъй като точка 2.1.4. от съобщението не изключва други възможности за дерогация.

4. *По четвъртото твърдение за нарушение, изведено от производството за установяване на неизпълнение на задължения (точка 1.3. от съобщението)*

а) Доводи на страните

144 Накрая Федерална република Германия, подкрепяна от встъпилите страни, твърди, че обявлението на Комисията в точка 1.3. от съобщението, че ще започне

производство за установяване на нарушение при неспазване на предвидената процедура, показва, че този текст е предназначен да породи задължения за държавите членки. Това се потвърждавало от производство № 2005/4043 за установяване на нарушение, започнато срещу Федерална република Германия относно възлагането на обществена поръчка II Б, която не е била предмет на предварително обявяване: съобщението било посочено в това производство сякаш ставало въпрос за допълнително правно основание. Освен това Комисията вече била провеждала производства за установяване на нарушения срещу няколко държави членки, за да приложи вече формулираните в съобщението принципи за обществените поръчки, които не попадат в приложното поле на директивите за обществените поръчки. В това отношение Федерална република Германия посочва Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе и Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия, точка 57 по-горе. В резултат от това обстоятелството, че съобщението произвеждало правно действие, следвало от неговата точка 1.3. и от връзката му с производството за установяване на неизпълнение на задължения.

145 По-нататък според Федерална република Германия действието на съобщението, произтичащо от точка 1.3. от него, не е само информативно, а и предписва правила за поведение и следователно е правно. Това било признато от Комисията, според която съобщението водело до установяването на линия на поведение. Следователно обвързващото действие на съобщението произтичало от обявеното от Комисията намерение да основе своята практика в областта на процедурите за установяване на неизпълнение на задължения върху съобщението.

146 Освен това по отношение на точка 1.3. от съобщението Парламентът поддържа, че Комисията като автор на съобщението в същото време е в положението на централен изпълнителен орган на Общността и на пазителка на Договорите. Следователно в съответствие с това възлагащите органи на държавите членки трябвало да се съобразят със съдържанието на съобщението, за да избегнат иск за установяване на неизпълнение на задължения, при който Комисията щяла да се основе на установените в собственото ѝ съобщение правила.

147 Република Полша добавя, че трябва да се очаква съдържащите се в съобщението насоки да служат за отправна точка на одиторите на Комисията, контролиращи процедурите за възлагане на обществени поръчки, които са съфинансирани от

бюджета на Европейския съюз и включват структурни мерки. В случаите на евентуални нередности на тези процедури с оглед на съдържащите се в съобщението насоки одиторите щели да бъдат склонни да откажат квалифицирането на разходите като възстановими от общностните средства. По този начин въпреки записаното в началото на съобщението твърдение съдържащите се в него препоръки били приложими „като по право“. С оглед обаче на значимостта на финансовата помощ от бюджета на Европейския съюз за Полша, това отношение на одиторите щяло да бъде достатъчно обстоятелство, за да се считат препоръките за обвързващи.

148 Противно на доводите на Федерална република Германия, че от точка 1.3. от съобщението произтича правно действие, Комисията твърди, че възможното въздействие на съобщението върху политиката на Комисията в областта на установяването на неизпълнение на задължения нямало да породи правно действие по отношение на трети лица, а би имало последици единствено за самата Комисия. Всъщност Комисията нямала правомощие чрез политиката, която прилага в процедурите за установяване на неизпълнение на задължения, да определя задълженията за държавите членки. Едва пред Съда в рамките на производство за установяване на неизпълнение на задължения се установява по правнообвързващ начин обхватът на правата и задълженията на държавите членки.

б) Съображения на Общия съд

149 Последният параграф от точка 1.3. от съобщението гласи:

„Когато на Комисията стане известно потенциално нарушение на основните норми, приложими за възлагането на обществени поръчки, които не са обхванати от директивите за [о]бществените поръчки, тя преценява интереса, който представлява въпросната обществена поръчка за вътрешния пазар, като отчита

обстоятелствата, присъщи на всеки конкретен случай. Тя започва производство за установяване на нарушение съгласно член [226 ЕО] само в случаите, в които приеме това за уместно с оглед на тежестта на нарушението и неговото отражение върху вътрешния пазар.“ [неофициален превод]

150 В това отношение следва да се отбележи, че започването от Комисията на производство за установяване на неизпълнение на задължения съгласно член 226 ЕО срещу държава членка е напълно възможно в хипотезата, при която посочената държава не спазва задълженията, произтичащи за възложителите на държавите членки, при възлагането на обществени поръчки, от правилата и принципите, закрепени в Договора за ЕО. Следователно сам по себе си фактът, че в точка 1.3. от съобщението се споменава възможността за започване на такова производство изобщо не доказва — противно на твърдяното от Федерална република Германия — че посоченото съобщение създава нови задължения за държавите членки при възлагането на обществени поръчки и следователно е акт, който произвежда задължително правно действие.

151 Макар безспорно да е вярно, че тази точка от съобщението може да покаже на държава членка, че е налице действителен риск срещу нея да бъде започнато производство за установяване на неизпълнение на задължения в случай на неспазване на задълженията ѝ, произтичащи от първичното общностно право и припомнени в съобщението, това представлява само обикновена фактическа последица, а не обвързващо правно действие (вж. в този смисъл Решение на Съда от 11 ноември 1981 г. по дело IBM/Комисия, 60/81, Recueil, стр. 2639, точка 19 и Решение от 1 декември 2005 г. по дело Италия/Комисия, C-301/03, Recueil, стр. I-10217, точка 30).

152 Изтъкнатият от Федерална република Германия довод е в още по-голяма степен ирелевантен, тъй като започването на производство за установяване на неизпълнение на задължения по силата на член 226 ЕО не представлява акт, който има обвързващо или задължително действие. В рамките на посоченото производство тази част от него, която предхожда сезирането на Съда, представлява досъдебна фаза, чието предназначение е да се покани държавата членка да се съобрази със задълженията си, като Комисията изразява своето мнение чрез становище едва след като е дала възможност на държавата членка да представи своята позиция. Според практиката на Съда тази досъдебна фаза не съдържа

никакъв акт на Комисията, който да има задължителна сила (Решение на Съда от 1 март 1966 г. по дело Lütticke и др./Комисия, 48/65, Recueil, стр. 27, 39).

153 Освен това съгласно системата на членове 226 ЕО—228 ЕО определянето на правата и задълженията на държавите членки, както и преценката на тяхното поведение, могат да следват само от решение на Съда (вж. в този смисъл Решение на Съда от 27 май 1981 г. по дело Essevi и Salengo, 142/80 и 143/80, Recueil, стр. 1413, точки 15 и 16, и Решение на Съда от 29 септември 1998 г. по дело Комисия/Германия, C-191/95, Recueil, стр. I-5449, точка 45). От това следва, че — противно на доводите на Федерална република Германия — само решение на Съда може да има обвързващо действие в тази област.

154 Поради това доводите на Федерална република Германия и на встъпилите страни, че от започването на производство за установяване на неизпълнение на задължения в случай на неспазване на предвидената в съобщението процедура произтича обвързващо действие, трябва да бъдат отхвърлени.

155 Този резултат не може да бъде поставен под въпрос от довода на Федерална република Германия, изведен от точка 6 от заключението на генералния адвокат Tesauro към Решение от 16 юни 1993 г. по дело Франция/Комисия, точка 28 по-горе (Recueil, стр. I-3292), която подкрепяла изричното признаване на обвързващо правно действие, произтичащо от заплахата за започване на производство за установяване на нарушение.

156 За разлика от настоящия случай обаче, Комисията никога в хода на цялото производство, довело до Решение от 16 юни 1993 г. по дело Франция/Комисия, точка 28 по-горе, не е поставяла под съмнение задължителния характер на разглеждания акт. Изхождайки от тази хипотеза, генералният адвокат Tesauro е тълкувал започването на производство за установяване на неизпълнение на задължения като допълнителна индиция, за да предложи на Съда да не обявява служебно жалбата за недопустима, а да разгледа нейното съдържание

(заключение на генералния адвокат Tesauro към Решение от 16 юни 1993 г. по дело Франция/Комисия, точка 28 по-горе, точка 6). Освен това следва да се отбележи, че в посоченото решение Съдът не е възприел тази обосновка, на която се основава доводът на Федерална република Германия.

157 С оглед на констатациите, направени в точки 150—153 по-горе, доводът на Федерална република Германия, Кралство Нидерландия и Република Полша, който има за цел да установи самоограничаване от страна на Комисията чрез съобщението, трябва също да се отхвърли поне като ирелевантен. Освен това от текста на точка 1.3. от съобщението следва, че Комисията не възнамерява да започва производство за установяване на неизпълнение на задължения във всички случаи на неизпълнение, които са ѝ станали известни, а че ще започне производство за установяване на неизпълнение на задължения предвид присъщите на всеки конкретен случай обстоятелства и ще бъде водена от два основни критерия — тежестта на нарушението и отражението на нарушението върху вътрешния пазар.

158 Накрая, що се отнася до довода на Федерална република Германия, че Комисията се позовавала на съобщението като на законодателен акт и вече е образувала няколко производства за установяване на нарушения, за да се приложат принципите му, трябва да се констатира, че той не може да бъде възприет.

159 Що се отнася до посоченото от Федерална република Германия производство № 2005/4043 за установяване на нарушение, следва да се констатира, че в точка 7 от мотивираното становище Комисията действително се позовава на съобщението. Противно обаче на твърдяното от Федерална република Германия, съобщението не е споменато там като правно основание, а в края на посочената точка — като обикновено посочване в скоби. Разпоредителната част на мотивираното становище се основава на членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и на принципите на равно третиране, на прозрачност и на недопускане на дискриминация.

160 Същото се отнася и за двете решения, посочени от Федерална република Германия — Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе и Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия, точка 57 по-горе. В това отношение следва да се отбележи, че в Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе, Съдът е обявил жалбата на Комисията за недопустима, тъй като, основавайки жалбата на определени основни правила от Договора за ЕО, и по-конкретно на принципа на недопускане на дискриминация, който включва задължението за прозрачност, Комисията не е представила достатъчно доказателства, които да позволят на Съда да установи точно обхвата на нарушението на общностното право, в което се упреква държавата членка (Решение по дело Комисия/Финландия, точка 39 по-горе, точка 32). Що се отнася до Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия, точка 57 по-горе, трябва да се констатира, че от него следва, че обявяване ex post не може да гарантира подходящо обявяване и че това решение потвърждава наличието на задължение за предварително обявяване — нещо, което е признато от Федерална република Германия по време на съдебното заседание.

161 Що се отнася до изтъкнатия от Република Полша довод, че съобщението посочва на държавите членки, че за тях съществува риск да им бъде отказано общностно финансиране за някои направени разходи, трябва да се констатира, че става въпрос отново за обикновена фактическа последица, а не за обвързващо правно действие на посоченото съобщение (вж. точка 151 по-горе).

162 От всички изложени по-горе съображения следва, че съобщението не съдържа нови правила за възлагане на обществени поръчки, които отиват отвъд произтичащите от съществуващото общностно право задължения. При тези условия не може да се приеме, че съобщението произвежда задължително правно действие, което може да засегне правното положение на Федерална република Германия и на встъпилите страни, и следователно жалбата трябва бъде отхвърлена като недопустима.

По съдебните разноски

163 Съгласно член 87, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като Федерална република Германия е загубила делото, тя следва да бъде осъдена да заплати направените от Комисията съдебни разноски в съответствие с нейните искания.

164 Съгласно член 87, параграф 4, първа алинея от Процедурния правилник държавите членки, които са встъпили в делото, понасят направените от тях съдебни разноски. В настоящия случай страните, встъпили в подкрепа на Федерална република Германия, понасят направените от тях съдебни разноски.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (пети състав)

реши:

1) **Отхвърля жалбата като недопустима.**

2) **Федерална република Германия понася направените от нея съдебни разноски, както и тези, направени от Европейската комисия.**

3) Френската република, Република Австрия, Република Полша, Кралство Нидерландия, Европейският парламент, Република Гърция и Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия понасят направените от тях съдебни разноски.

Vilaras Prek Ciucă

Постановено в открито съдебно заседание в Люксембург на 20 май 2010 година.

Подписи

Съдържание

Обстоятелства в основата на спора ..... II - 2036

Производство ..... II - 2039

Искания на страните ..... II - 2041

По допустимостта ..... II - 2042

А — Предварителни бележки ..... II - 2042

Б — По съдържанието на съобщението ..... II - 2045

1. По първото твърдение за нарушение, изведено от наличието на задължение за предварително обявяване (точка 2.1.1. от съобщението) ..... II - 2046

а) Доводи на страните ..... II - 2046

Федерална република Германия ..... II - 2046

Встъпили страни ..... II - 2050

Комисията ..... II - 2055

б) Съображения на Общия съд ..... II - 2056

2. По второто твърдение за нарушение, изведено от уточняването на задълженията за обявяване (точка 2.2. от съобщението) ..... II - 2069

а) Доводи на страните ..... II - 2069

Федерална република Германия ..... II - 2069

Встъпили страни ..... II - 2071

Комисията ..... II - 2072

б) Съображения на Общия съд ..... II - 2072

Предварителни бележки ..... II - 2075

По точка 2.2.1. от съобщението ..... II - 2076

— По първото тире от точка 2.2.1. от съобщението ..... II - 2076

— По второто тире от точка 2.2.1 от съобщението..... II - 2077

— По третото тире от точка 2.2.1 от съобщението..... II - 2078

— По четвъртото тире от точка 2.2.1. от съобщението ..... II - 2079

— По петото тире от точка 2.2.1. от съобщението ..... II - 2080

По точка 2.2.2. от съобщението..... II - 2081

По точка 2.2.3. от съобщението..... II - 2083

3. По третото твърдение за нарушение, изведено от дерогациите от предварителното обявяване (точка 2.1.4. от съобщението)..... II - 2084

а) Доводи на страните ..... II - 2084

б) Съображения на Общия съд ..... II - 2086

4. По четвъртото твърдение за нарушение, изведено от производството за установяване на неизпълнение на задължения (точка 1.3. от съобщението)..... II - 2088

а) Доводи на страните ..... II - 2088

б) Съображения на Общия съд ..... II - 2090

По съдебните разноски ..... II - 2095