ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н D. RUIZ-JARABO COLOMER
представено на 27 ноември 2007 година [1]

I — Въведение

1. Consiglio di Stato (Държавен съвет) на Италианската република иска на основание член 234 ЕО от Съда да установи дали член 30, параграф 4 от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство [2] надхвърля самата директива и урежда също възлагането на обществените поръчки, които не попадат в нейното приложно поле.

2. В Решение от 27 ноември 2001 г. по дело Lombardini и Mantovani [3] при тълкуване на тази разпоредба Съдът приема, че е „от съществено значение“ всеки оферент, за който се подозира, че е представил оферта с необичайно ниска цена, надлежно да изложи своята гледна точка и да предостави релевантни обяснения (точка 53).

3. Въпросът, който се поставя в настоящото запитване, е дали тази норма на позитивното право установява общ принцип на общностния правен ред, който се прилага за обществените поръчки, независимо дали те са уредени в секторните директиви [4].

4. Върховната италианска юрисдикция поставя този въпрос в много особен контекст: вътрешна правна уредба, която налага автоматичното изключване на този вид оферти в процедурите по възлагане на обществени поръчки със стойност под посочената в директивите, към която се прибавя практиката в тази категория обществени поръчки някои оференти да влияят върху резултата на процедурата по

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2 — ОВ L 199, стр. 54.

3 — C-285/99 и C-286/99, Recueil, стр. I-9233.

4 — Освен Директива 93/37 относно обществени поръчки за строителство, съществува Директива 77/62/ЕИО на Съвета от 21 декември 1976 г. (ОВ L 13, 1977 г., стр. 1), изменена впоследствие с Директива 93/36/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 г. (ОВ L 199, стр. 1) за обществените поръчки за доставки. Обществените поръчки за услуги и координирането на процедурите за тяхното възлагане са уредени в Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 г. (ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50). Тези норми (изменени с Директива 97/52/ЕО (ОВ L 328, стр. 1) бяха кодифицирани и обединени в един-единствен текст: 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 в ОВ L 182, 10.7.2008 г., стр. 282).

възлагане, като използват хитрина [5], която се изразява в това да се уговарят да представят подобни оферти с цел да бъде установен праг, определен не по нормалния ред, и да бъдат отстранени другите кандидати.

5. Следователно се оказва, че този преюдициален казус е от голямо значение, тъй като се отнася до основните принципи на общностното право, без да се забравя, че разрешението може да се основе единствено на правната система на Европейския съюз. Съдът трябва да разсъждава и в двете насоки, за да предостави на италианския юрисдикционен орган ефикасен отговор за разрешаването на спора.

II — Правна уредба

Общностно право

6. Членове 43 ЕО и 49 ЕО прогласяват свободите съответно на установяване и на предоставяне на услуги. Директива 71/305/ЕИО на Съвета от 26 юли 1971 г. [6], с която се слага началото на хармонизирането на законодателствата на държавите-членки в областта на възлагането на обществените поръчки, има за основна цел според текста на първо съображение едновременното осъществяване на тези две свободи. Тази директива, която урежда само поръчките на стойност, по-голяма или равна на един милион разчетни единици (осмо съображение), сочи като критерии за възлагането на поръчките най-ниската цена или икономически най-изгодната оферта (член 29, параграф 1) и предвижда, че ще има оферти с необичайно ниски цени, като прави възможно тяхното отхвърляне след изслушване на безразсъдния оферент (член 29, параграф 5).

7. При тълкуване на последното правило Съдът е решил, че решение за отхвърляне на оферта може да се приеме само след като на предприемача е дадена възможност да поясни своята оферта, тоест след прилагането на състезателно производство за проверка, като по този начин се отрича автоматичното изключване [7].

5 — Такива хитрини винаги са съществували; така Омир в *Одисея* описва многобройни примери за пословичната хитрост на Одисей, като например приключението от песен IX, когато героят, пленник на Полифем, напива последния и му казва, че неговото име е Никой; възползвайки се от предизвиканото от виното заспиване Одисей забива нагорещен кол от маслиново дърво в единственото око на циклопа; в отговор на виковете на циклопа за помощ себеподобните му го питат какво става и кой го напада, на което Полифем отговаря „Никой ме убива не със сила, а с хитрост“, като по този начин ги разубеждава да му се притекат на помощ (стих 408).

6 — Директива относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 185, стр. 5).

7 — В съответствие с Решение от 22 юни 1989 г. по дело Fratelli Costanzo (103/88, Recueil, стр. 1839, точки 16, 18 и 19), забраняващо служебното изключване на някои оферти, определени според механични критерии (точка 1 от диспозитива), която съдебна практика е потвърдена с Решение от 18 юни 1991 г. по дело Donà Alfonso (C-295/89, Recueil, стр. I-2967). По-рано е постановено Решение от 10 февруари 1982 г. по дело Transporoute (76/81, Recueil, стр. 417, точка 18).

8. Директива 71/305 търпи множество последващи изменения[8], което налага нейното кодифициране с Директива 93/37, насочено също към защита на свободата на установяване и на свободното предоставяне на услуги (второ съображение). Приложима за договорите над 5 милиона ECU (член 6, параграф 1) и вярна на предходните критерии за възлагане (член 30, параграф 1), тази Директива 93/37 възпроизвежда с малки изменения в член 30, параграф 4 съдържанието на стария член 29, параграф 5:

„Ако за дадена поръчка офертите изглеждат необичайно ниски по отношение на строителството, възлагащият орган преди да може да отхвърли тези оферти, писмено изисква подробности за съставните елементи на офертата, които той смята за подходящи и проверява тези съставни елементи, като взема предвид получените обяснения.

Възлагащият орган може да вземе предвид обясненията, които са обективно обосновани, включително икономичността на строителния метод, или избраното техническо решение, или изключително благоприятните условия, с които разполага оферентът при изпълнението на работата, или оригиналността на работата, предложена от оферента.

Ако в документите, отнасящи се до поръчката, е предвидено възлагането на поръчката на най-ниската офертна цена, възлагащият орган трябва да уведоми Комисията за отхвърлянето на оферти, които счита за прекалено ниски.

[…]“ [неофициален превод]

9. Директива 2004/18, която държавите-членки трябва да транспонират преди 31 януари 2006 г. (член 80, параграф 1), отменя Директива 97/37, считано от 31 март 2004 г. (членове 82 и 83). При възлагането на обществени поръчки за строителство, чиято стойност е равна или по-висока от 5 278 000 EUR [член 7, буква в)][9], възлагащите органи имат възможността да изключат офертите с необичайно ниски цени, след провеждане на състезателно производство за проверка (член 55, параграфи 1 и 2).

Б — *Италианското законодателство*

10. Член 30, параграф 4 от Директива 97/37 е транспониран в италианското

8 — Едно от тях засяга член 29, параграф 5 в неговата нова редакция според Директива 89/440/ЕИО от 18 юли 1989 г. (ОВ L 210, стр. 1).

9 — В съответствие с редакцията на Регламент (ЕО) № 2083/2005 на Комисията от 19 декември 2005 г. (ОВ L 333, стр. 28; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 7, стр. 275).

право с член 21, параграф 1 *bis* от Закон № 109/1994 от 11 февруари 1994 г., представляващ рамков закон в областта на обществената строителство [10], добавен към неговия първоначален текст с член 7 от Закон № 216/1995 от 2 юни [11]. Според съдържанието на тази разпоредба:

„В случай на възлагане на строителни работи на стойност, равна или по-висока от равностойността в евро на 5 милиона екю, при използване на критерия на най-ниската цена, посочен в параграф 1, съответният административен орган преценява необичайния характер по смисъла на член 30 от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 г. на всяка оферта, при която намалението е равно или по-високо от средноаритметичната стойност на намаленията на всички допуснати оферти в проценти, с изключение на 10 %, закръглени към по-високата единица, от офертите, при които намалението е съответно по-голямо или по-малко, увеличена със средноаритметичната разлика между намаленията, които надвишават посочената по-горе средноаритметична стойност.

За тази цел в срок от шестдесет дни от датата на представянето на офертите публичната администрация взема предвид единствено обясненията, основани на икономичността на строителния метод, избраните технически решения или изключително благоприятните условия, с които разполага оферентът, като при всички случаи не се взимат предвид обясненията относно всички елементи, чиято минимална стойност е определена в законови, подзаконови или административни разпоредби или чиято стойност може да бъде определена въз основа на официални данни.

При подаването им офертите трябва да са придружени от обяснения за най-значимите съставни части на цената, указани в обявлението за обществена поръчка или в писмената покана и представляващи заедно поне 75 % от базовата стойност на поръчката.

Що се отнася единствено до обществените поръчки за строителство на стойност под общностния праг, съответният административен орган пристъпва към автоматично изключване на офертите, при които процентът на намалението е равен или по-висок от процента, установен в съответствие с първа алинея от настоящия параграф. Процедурата за автоматично изключване не се прилага, когато броят на действителните оферти е под пет.“ [12]

10 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (наричан по-нататък „GURI“) № 41 от 19 февруари 1994 г., стр. 5.

11 — GURI № 127 от 2 юни 1995 г., стр. 3. Този законов текст е резултат от приемането на Декрет-закон № 101/1995 от 3 април 1995 г. относно неотложните правила в областта на обществената строителство (GURI № 78 от 3 април 1995 г., стр. 8), изменен.

12 — Редакция съгласно член 7 от Закон № 415/1998 от 18 ноември 1998 г. (обикновено приложение към GURI № 284 от 4 декември 1998 г., стр. 5).

11. Законодателният декрет № 163 от 12 април 2006 г. [13] транспонира в националния правен ред Директива 2004/18. В разпоредбите относно офертите с необичайно ниски цени (членове 86—88) вече не съществува последният параграф на член 21, параграф 1 *bis* от Закон № 109/94.

III — Споровете по главното производство

12. Със споразумение от 28 януари 2003 г. Comune di Torino решава занапред да не прилага член 21, параграф 1 *bis* от Закон № 109/94, за да избегне автоматичното изключване на офертите с необичайно ниски цени, като по този начин в рамките на възлагането от общината на обществените поръчки, включително тези, които не достигат общностния праг, такива оферти ще се проверяват при спазване на състезателното производство, въведено с Директива 93/37.

13. Италианските дружества SECAP SpA (дело C-147/06) и Santorso Soc. Coop. arl. (дело C-148/06) участват в две обществени поръчки на тази община за изпълнението на определени строителни работи [14], чиито стойности не надхвърлят посочения праг. Обявленията за обществени поръчки потвърждават, че ще се приложи критерият на най-голямото намаление, след проверка на нередовните оферти, без да се изключват автоматично по силата на споразумението от 28 януари 2003 г. тези от тях, които са с необичайно ниски цени. Техните оферти се оказват първи сред „редовните“, но преди да вземе решение, общинският орган приема, че офертите, които изглеждат необичайни, са сериозни, и възлага обществените поръчки на други оференти.

14. Двете дружества подават жалби до Tribunale amministrativo regionale de Piamonte и поддържат, че член 21, параграф 1 *bis* от Закон № 109/94 изключва автоматично офертите с необичайно ниски цени, като по този начин забранява на възлагащите субекти да изслушват оферентите и да разглеждат посочените оферти, преди да ги отхвърлят. Юрисдикционният орган не приема този довод и отхвърля жалбите, тъй като според него разпоредбата разрешавала автоматичното изключване на офертите с необичайно ниски цени, а не го налагала, поради което нямало пречка договарящата администрация да изслуша оферентите и да разгледа офертите.

15. Сезиран с жалби от жалбоподателите, Consiglio di Stato възприема тяхната теза и отменя даденото от Tribunale amministrativo regionale de Piamonte тълкуване, но не остава безразличен към

13 — GURI № 100 от 2 май 2006 г.

14 — Съответно преустройването на старинен замък в младежка туристическа спалня (4 699 999 EUR) и облагородяването на околната среда на улица „Francia“ между площадите „Statuto“ и „Bernini“ (5 172 579 EUR).

изтъкнатите от Comune di Torino изисквания на общностното право, поради което в съответствие с член 234 ЕО поставя на Съда следните въпроси:

„1) Прогласява ли основен принцип на общностното право нормата на член 30, параграф 4 от Директива 93/37/ЕИО или аналогичната ѝ норма, съдържаща се в член 55, параграфи 1 и 2 от Директива 2004/18/ЕО (ако се приеме, че последният е приложим), съгласно която когато цените на офертите изглеждат необичайно ниски по отношение на строителството, преди да може да отхвърли тези оферти, възлагащият орган трябва писмено да изиска уточнение на съставните елементи на офертата, които сметне за уместни, и да провери тези съставни елементи, като вземе предвид представените обяснения?

2) При отрицателен отговор на предходния въпрос — ако не притежава характеристиките на основен принцип на общностното право — представлява ли нормата на член 30, параграф 4 от Директива 93/37/ЕИО или аналогичната ѝ норма, фигурираща в член 55, параграфи 1 и 2 от Директива 2004/18/ЕО (ако се приеме, че е приложим последният), съгласно която когато цените на офертите изглеждат необичайно ниски по отношение на строителството, преди да може да отхвърли тези оферти, възлагащият орган трябва писмено да изиска уточнение на съставните елементи на офертата, които той сметне за уместни, и да провери тези съставни елементи, като вземе предвид представените обяснения, подразбиращо се следствие или „производен принцип“ от принципа на конкуренция, разглеждан заедно с принципа на административна прозрачност и с принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, и трябва ли следователно да се счита за непосредствено приложима и имаща върховенство над евентуално несъобразените с нея национални разпоредби, приети от държавите-членки за уреждане на процедурите по възлагане на обществени поръчки, по отношение на които общностното право не се прилага пряко?“

IV — Производството пред Съда

16. С определение от 10 май 2006 г. председателят на Съда съединява двете дела поради обективната връзка помежду им.

17. Предприятията — жалбоподатели в главните производства, Comune di Torino, италианското, германското, австрийското, словашкото, френското, литовското и нидерландското правителство, както и Комисията, представят писмени становища, които са с различна насоченост,

но могат да се групират в две категории: едната, подкрепяща защитаваната от Comune di Torino теза, която включва Литва, Словакия [15] и Комисията, и другата, включваща всички останали участници в това запитване, която поддържа, че на преюдициалните въпроси трябва да се отговори отрицателно. В съдебно заседание от 25 октомври 2007 г. се явяват и са изслушани представителите на Santorso Soc. coop. arl, на Comune di Torino, на правителствата на Италия, Германия и Литва, както и на Комисията.

V — Анализ на преюдициалните въпроси

18. Двата въпроса на Consiglio di Stato се свеждат на практика до един-единствен въпрос, целящ да се установи дали член 30, параграф 4 от Директива 93/37, който налага провеждането на състезателно производство във връзка с офертите с необичайно ниски цени, преди да се вземе решение за тяхното евентуално изключване, урежда обществените поръчки, които не влизат в неговото приложно поле, с други думи, дали относно този вид обществени поръчки тази разпоредба не допуска държавите-членки да вземат решение за автоматичното изключване на този вид оферти.

19. Следователно е уместно да се изследва естеството на тази норма, за да се определи дали тя е част от първичното общностно право и надхвърля Директива 93/37.

A — *Отправна точка*

20. Анализът се опира на солидни основи, здраво установени в съдебната практика, която вече разгледах [16]; процедурите за възлагане на обществени поръчки, които поради различни причини (количествени или концептуални), остават извън приложното поле на директивите в тази област, се подчиняват на правния ред на Европейския съюз, ето защо неговите основни принципи, и в частност основните свободи на движение, се явяват непреодолими бариери.

21. Тази идея, изразена в съображение 2 от Директива 2004/18 [17], съществува

15 — Макар и с някои нюанси спрямо позицията на Литва и на Comune di Torino, като поддържа отхвърлянето на първия преюдициален въпрос, словашкото правителство отказва да разграничи правилото на член 30, параграф 4 от Директива 93/37 от прогласените в Договора принципи, като по този начин се приближава към решението на общината.

16 — Заключение от 8 ноември 2006 г. по дело Комисия/Италия (C-412/04, висящо пред Съда), точки 44—47.

17 — „Възлагането на поръчки, които са сключени в държавите-членки за сметка на държавата, регионалните или местните органи и други публичноправни организации, се извършва при съблюдаване на принципите на Договора, и по-специално на принципите на свободно движение на стоки, свобода на установяване и свободно предоставяне на услуги, както и на принципите, произтичащи от тях, като принципа на равнопоставеност, принципа на недискриминация [другаде в текста: „принципа на недопускане на дискриминация“], принципа на взаимно признаване, принципа на пропорционалност и принципа на прозрачност [...].“

отдавна в аналите на Съда [18]. В Решението от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress [19] е установено, че възлагащите органи са длъжни да спазват нормите на Договора при възлагането на поръчки, които не се обхващат от секторните директиви (точка 60) [20], като тази съдебна практика е потвърдена в Решението от 18 юни 2002 г. по дело HI (точка 47) [21] и последвана наскоро по напълно естествен начин, без позоваване на никакъв прецедент, в Решение от 21 юни 2005 г. по дело Coname [22].

22. По-нататък, в Определение от 3 декември 2001 г. по дело Vestergaard [23] се подчертава, че сам по себе си фактът, че специалните и строги процедури, предвидени от тези директиви, не са подходящи за обществени поръчки с малка стойност, не означава, че последните са изключени от приложното поле на общностното право, като се има предвид, че те също трябва да спазват Договора (точки 19—21) [24], ако представляват интерес за оператори, установени в други държави-членки [25]. Решението от 20 октомври 2005 г. по дело Комисия/Франция [26] набляга на това (точка 33).

23. Определянето на икономически праг за прилагане на директивите по отношение на обществените поръчки се основава на презумпция: поръчките с ниска стойност не привличат установените извън националните граници оператори, следователно нямат значение за Общността. Тази презумпция iuris tantum допуска обаче доказване на противното, ето защо, както Комисията поддържа в своето писмено становище, не е изключено обществена поръчка с ниска стойност да представлява интерес за чужди предприемачи, зависещ например от мястото на изпълнението, което е близко до тяхната страна, или защото поръчката е от полза за тяхната търговска стратегия.

18 — Както и в тези на Комисията, по-конкретно в „Тълкувателно съобщение на Комисията относно приложимото общностно право при възлагането на поръчки, за които директивите за обществените поръчки се прилагат частично или не се прилагат“ (ОВ C 179, 2006 г., стр. 2, по-специално стр. 5 и 6).

19 — C-324/98, Recueil, стр. I-10745.

20 — В това дело — от Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 199, стр. 84), заменена с Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3).

21 — C-92/00, Recueil, стр. I-5553. Всъщност това решение се отнася в по-голяма степен за процедура, която не е предвидена в правната уредба, отколкото за поръчка, която не е обхванатата от директивата: Договорът изисква да съществува способ за защита срещу решението за отмяна на обществената поръчка, който не е предвиден в Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), изменена с Директива 92/50.

22 — C-231/03, Recueil, стр. I-7287. В точка 16 от това решение се напомня, че възлагането на концесия от този вид (за управление на обществена услуга за разпространение на газ от дружество с мажоритарно публичен капитал) не е уредено от нито една от директивите, които уреждат сферата на обществените поръчки. При липсата на специална уредба последиците на общностното право, свързани с предоставянето на подобни концесии, трябва да се анализират в светлината на първичното право, и по-специално на основните свободи, предвидени в Договора. В същия смисъл са Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parkíng Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точка 46) и Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 18).

23 — C-59/00, Recueil, стр. I-9505.

24 — Това определение квалифицира като противоречаща на член 28 ЕО съдържащата се в спецификация на обществена поръчка за строителство клауза, която без да дава повече обяснения, изисква да се използват стоки с определена марка.

25 — A contrario sensu точка 20 от Решение по дело Coname.

26 — C-264/03, Recueil, стр. I-8831.

24. Следователно не може да се отрече условният характер на това количествено ограничение, тъй като нищо не пречи обществена поръчка с ниска стойност да привлече вниманието в други държави-членки, което е притегателният фактор за общностното право и неговите цели. Като следствие от това процедурите за възлагане на тези обществени поръчки, които въпреки че не представляват голям интерес, придобиват европейско значение, трябва да спазват принципите на Договора, без с това да се засяга прилагането на по-стриктни координиращи разпоредби за обществени поръчки над определената в директивите стойност [27].

25. Една от тези разпоредби, а именно член 30, параграф 4 от Директива 93/37, приложима ratione temporis към споровете в главните производства, възпроизведена в член 55, параграфи 1 и 2 от Директива 2004/18, забранява автоматичното изключване на офертите с необичайно ниски цени. Впрочем Consiglio di Stato иска да се установи дали тази забрана представлява основен принцип на общностното право или поне следствие от принципа на конкуренция във връзка с принципа на административна прозрачност и принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, от спазването на които се ръководи и възлагането на обществени поръчки, необхванати от посочените директиви.

27 — Следва да се напомни втората част на второ съображение от Директива 2004/18.

Б — *По-малко от основен принцип...*

26. Понятията „основен принцип“ или „основна норма“, използвани в цитираната от мен съдебна практика, имат точно определено съдържание. Те не се отнасят до съществуващите в латентно състояние в Договора аксиологични елементи, нито до която и да било мярка, приета за постигане на неговите цели, а се намират точно между тези две крайности, в текста на първичното право — там, където „учредителите“ на Общността са записали целите, които си поставят, с основните средства за тяхното постигане. Беглият прочит на членове 2 ЕО и 3 ЕО показва, че те се отнасят до безпрепятственото придвижване на хора, стоки, услуги и капитали, гарантирано от съответните свободи на движение (членове 23 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО), към които се добавя като общовалидна ценност, вдъхновяваща проекта за интеграция между различни страни, пълното премахване на дискриминацията, основана на гражданството (член 12 ЕО).

27. Тази теза, подобна на тезата в съображение 2 от Директива 2004/18, се загатва също и в споменатите решения. Този принцип на равно третиране на гражданите на различните държави-членки е посочен в точка 60 от Решение по дело Telaustria и Telefonadress; освен това в точки 42 и 47 от Решение по дело HI се прави позоваване на свободата на установяване и на свободното предоставяне

на услуги; ratio decidendi на Определение по дело Vestergaard се основава на друга свобода на движение, а именно тази на стоките (точка 21); накрая в Решение по дело Coname отново е направено позоваване на членове 43 ЕО и 49 ЕО, за да се отхвърли непряка дискриминация, основана на гражданството.

28. Налага се изводът, че „основните принципи“ на Договора, които могат да променят правомощията на държавите-членки в процедурите за възлагане на обществени поръчки, необхванати от предприетата от секторните директиви координация, съвпадат с принципите, посочени от същите директиви в техните преамбюли, които Съдът е откроил.

29. Впрочем това обстоятелство не трябва да учудва никого, тъй като както се подчертава в съображение 2 от Директива 2004/18, нейните разпоредби произтичат от тези принципи; всъщност директивите преследват ограничена незабавна цел, а именно посочената координация на процедурите, за да се насърчи развитието на ефективна конкуренция в областта на обществените поръчки [28] в името на постигането на основните свободи на европейската интеграция. В частност се цели премахване на пречките за свободно движение и защита на интересите на икономическите оператори на държава-членка, желаещи да продават стоки или услуги на възлагащите субекти от други държави-членки [29].

30. Обратната страна на тази картина показва, че залогът е двоен: премахване на риска да се предпочитат националните оференти *(buy national)* и на риска компетентният възлагащ орган да се ръководи от съображения, различни от финансовите [30] (по този начин първостепенният критерий за възлагане на обществена поръчка е винаги този за най-ниската цена или за икономически най-изгодната оферта).

31. В този контекст първият преюдициален въпрос заслужава единствено отрицателен отговор, доколкото автоматичното изключване на офертите с необичайно ниски цени при възлагане на обществени поръчки за строителство не противоречи на нито един основен принцип на Договора; всъщност горепосочените основни свободи или забраната за допускане на дискриминация не

28 — Решение по дело Fratelli Costanzo, точка 18.

29 — Решение от 10 ноември 1998 г. по дело BFI Holding (C-360/96, Recueil, стр. I-6821, точка 41), Решение от 3 октомври 2000 г. по дело University of Cambridge (C-380/98, Recueil, стр. I-8035, точка 16) и Решение от 1 февруари 2001 г. по дело Комисия/Франция (C-237/99, Recueil, стр. I-939, точка 41).

30 — Решение от 15 януари 1998 г. по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др. (C-44/96, Recueil, стр. I-73, точка 33), Решение по дело BFI Holding, точка 42, Решение по дело University of Cambridge, точка 17 и Решение по дело Комисия/Франция (C-237/99, точка 42).

изискват във всички случаи и непременно да бъде изслушан оферентът, който представя оферта от този вид, преди да се реши каква ще е съдбата на последната.

32. Това е така, наред с други съображения, тъй като принципът на ефективност, който се прилага и в рамките на общностното право на обществените поръчки, налага своята логика. Накрая, управлението на обществените интереси изисква подобна ефективност, която понякога е несъвместима с ритъма на претоварена с гаранции процедура за подбор [31].

34. Вече изложих, че в Решението по дело Lombardini и Mantovani предвидената в тази норма процедура по изслушване е разгледана като „основна“ [32]. Зад прилагателното се крие убеждението, че е абсолютно необходима проверка в състезателно производство на офертите с необичайно ниски цени, за да се постигне ефективна конкуренция в областта на обществените поръчки и да се гарантира свободното движение, което предполага, както отбелязвам в заключението по двете дела, участие на оферентите на равна нога, без никаква дискриминация (точка 24).

В — *но повече от обикновена норма на позитивното право*

1. Имплицитните принципи

33. Член 30, параграф 4 от Директива 93/37 не е и дискреционна, или дори произтичаща от приумица на законодателя разпоредба, която няма никаква връзка с реалността и можеше и да не съществува.

35. Недопускането на дискриминация, в частност ако тя е основана на гражданството, включва задължение за прозрачност, гарантиращо на всеки потенциален оферент подходящо обявяване, чрез което обществените поръчки се поставят на конкурентна основа и се улеснява контролът за безпристрастното провеждане на процедурата по възлагане, както произтича от Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Unitron Scandinavia и 3-S (точки 61 и 62) [33].

31 — Точка 30 от моето заключение от 5 юни 2001 г. по делото, по което е постановено Решение Lombardini и Mantovani.

32 — Самото решение подчертава, че в съответствие с посочената разпоредба възлагащият орган е длъжен да идентифицира подозрителните оферти, да позволи на съответните предприятия да докажат, че са сериозни, да прецени релевантността на обясненията, направени от заинтересованите лица и да вземе решение относно приемането или отхвърлянето на посочените оферти (точка 55).

33 — Дело C-275/98, Recueil, стр. I-8291. В същия смисъл вж. горепосочените Решение по дело Telaustria и Telefonoadress (точки 61 и 62) и Решение по дело Parking Brixen (точка 49).

36. В този дух изглежда легитимно да се постави въпросът, както прави Consiglio di Stato, дали, макар че не изразява принцип на правото на Европейския съюз, посоченият член 30, параграф 4 от Директива 93/37 не разкрива едно от неговите следствия, които не могат да бъдат пренебрегнати и трябва да се прилагат по отношение на обществените поръчки, винаги когато те представляват общностен интерес, без значение дали са уредени от директивите.

37. С други думи, ако автоматичното изключване на оферти с необичайно ниски цени нарушава тези следствия, трябва ли разглежданото правило да се прилага към поръчки, които не попадат в приложното поле на Директива 93/37?

2. Оферентите и понятието за оферта с необичайно ниска цена

38. Понятието за оферта с необичайно ниска цена не се основава на абстракции; напротив, то се определя с оглед на поръчката, която следва да се възложи, и във връзка със строителството [34], за което се отнася. Следователно то обединява характеристиките на неопределено правно понятие, което a priori е неуточнено, но е предвидимо в зависимост от особеностите на поръчката.

34 — Точка 32 от заключението по дело Lombardini и Mantovani.

39. Тази характеристика е подчертана в италианската система, която уточнява понятието с оглед на съдържанието на поръчката и на цената на различните предложения посредством математически механизъм за определяне на прага на необичайния характер.

40. Конкурентите, на които благодарение на рекламата е известно строителството и неговото естество, подготвят своите проекти, без да ги огласяват, така че всеки познава единствено своя проект. По принцип като се има предвид, че системата възнаграждава офертата с най-ниска цена или икономически най-изгодната оферта, предложенията се нагаждат в голяма степен в търсене на най-сниженатa цена, дори с риск да се засегне печалбата на дружеството.

41. Следователно за всички съществува риск след отваряне на пликовете да се окаже, че тяхната оферта е сред офертите с необичайно ниски цени.

42. Това равновесие обаче е нарушено, когато един от конкурентите разполага с данни, които могат да повлияят върху определянето на прага на необичайно ниската цена, като по този начин се нарушава абсолютно необходимото равенство.

3. Картелите при представяне на офертите

43. При преценката на фактическите твърдения на Comune di Torino Consiglio di Statu рисува картина, която Съдът не може да игнорира, където автоматичното изключване на неразумните намаления, задължително по силата на член 21, параграф 1 *bis* от Закон № 109/1994, насърчава картелите между предприятията с цел да повлияят ex ante върху резултата на процедурата за подбор.

44. В подобна ситуация общностното право не остава безучастно.

45. Изглежда очевидно, че механичното изключване на офертите, които съгласно първия параграф на посочената разпоредба се оказват с необичайно ниски цени, не е само по себе си дискриминиращо, като се има предвид неговият обективен характер. В моето заключение по дело Lombardini и Mantovani посочвам, че италианското законодателство въвежда аритметичен и автоматичен механизъм за определяне на прага на необичайно ниските цени, който е в пълно съответствие с целта на Директива 93/37 и благоприятства определянето от пазара на прага, под който едно предложение се счита за необичайно. Всички кандидати остават равнопоставени, без никой от тях да се ползва от предимство при подготвянето на своето предложение (точки 33 и 35). Ето защо прякото отхвърляне на нередовните оференти, без да им се дава възможност да представят обяснения, не представлява дискриминация по отношение на никого.

46. Това обаче няма да е така, ако чрез незаконни споразумения група предприемачи, обикновено тези, които действат на пазара на територията, за която се отнася поръчката, се договорят да изготвят еднородни оферти с минимални различия, придаващи на офертите на конкурентите, останали извън тези споразумения, качеството на оферти с необичайно ниски цени, без да се даде възможност на конкурентите да се защитят, нито да докажат състоятелността на своя избор.

47. Следователно по този начин се накърняват прозрачността и здравословната конкуренция, които са принципи на общностното право в сектора на обществените поръчки, тъй като когато увредените лица са установени в други държави-членки, те трябва да имат възможност да изложат своята позиция, за да не се стигне до дискриминация, забранена от Договора. В съдебното заседание по това преюдициално производство Comune di Torino посочва, че вследствие на решението да не се прилага националната разпоредба се стигнало до значително намаление на офертите, направени с цел накърняване на свободната конкуренция.

48. В обобщение, при възлагането на обществени поръчки с общностно зна-

чение горепосочените принципи изискват договарящата администрация да изслушва в рамките на състезателно производство твърденията на предприемачите, чиито оферти са квалифицирани като оферти с необичайно ниски цени. Следователно те не допускат национално законодателство, което, що се отнася до обществените поръчки на стойност по-ниска от прага, предвиден в секторните директиви, налага автоматично изключване на тези оферти, без провеждане на изслушване.

4. Правото на добра администрация

49. Към това обективно и абстрактно измерение, което надхвърля индивидуалните интереси на предприемачите, участващи в процедура за подбор, се добавя друго субективно, в което техните права, и в частност забраната за лишаване от правото да се защитят в административното производство, придобиват голямо значение.

50. Тази забрана за лишаване от правото да се защитят е изрично възприета в правния ред на всички държави-членки и е част от правото на добра администрация, прогласено от Хартата на основните права на Европейския съюз [35] в член 41 от дял V, посветен на гражданството. Параграф 2 от този член признава правото на всяко лице да бъде изслушвано, преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него.

51. Хартата, чието значение Съдът наскоро е подчертал, в частност в Решение от 27 юни 2006 г. по дело Парламент/Съвет [36] и в Решение от 8 май 2007 г. по дело Advocaten voor de Wereld [37], изисква преди да бъде отстранен, оферентът да изложи своята гледна точка, за да убеди възлагащия орган в редовността на своята оферта.

52. Съгласен съм с Комисията, че взето само по себе си, това право не изисква винаги да бъде изслушван предприемачът, за който се твърди, че е безразсъден, като се има предвид, че той по принцип вече е защитен от безпристрастното разглеждане на офертите в съответствие с предварително определени, обективни и недискриминационни критерии. При все това конкурент, който рискува да бъде отстранен поради съществуването на уговорка между други участници, се намира в по-неблагоприятно положение, което би се утежнило, ако освен това не му се даде възможност да изложи твърденията си.

35 — ОВ C 364, 2000 г., стр. 1.

36 — Дело C-540/03, Recueil, стр. I-5769.

37 — Дело C-303/05, Сборник, 2007 г., стр. I-3633. Относно естеството на хартата вж. точки 76—79 от моето заключение по това дело.

53. Следователно правото на изслушване от администрацията предоставя аргументи срещу автоматичното изключване на офертите с необичайно ниски цени, тъй като, както посочих, понятието за „необичаен характер“ е неопределено правно понятие, която се уточнява за всеки отделен случай в зависимост от особеностите на кандидатите.

54. Ето защо с оглед на правото на добра администрация не се препоръчва премахване на състезателното производство за проверка на офертите преди произнасянето по тяхната уместност, дори и относно поръчки, които са извън секторните директиви, тъй като това ще доведе до намаляване на предвидените в директивите гаранции, наречени „средства за правна защита“ [38].

5. Свободата на преценка на държавите-членки

55. От всичко гореизложено следва, че общностното право не допуска национална правна уредба, която налага на възлагащите органи да отхвърлят автоматично офертите с необичайно ниски цени за обществените поръчки, които не са уредени от директивите относно координирането на процедурите за възлагане, а напротив, препоръчва да се даде на възлагащите органи възможност да преценяват в зависимост от особеностите на всеки отделен случай дали е удачно да се започне изслушване, за да се провери в състезателно производство тяхната структура [39].

56. Освен това автономността на държавите-членки ги освобождава от задължението да следват реда, предвиден в член 30, параграф 4 от Директива 93/37, като им позволява да определят способите за защита на правата, предоставени от общностния правен ред на гражданите, без други ограничения, освен произтичащите от принципите на равностойност и на ефективност, а именно: процедурите не могат да бъдат по-неблагоприятни от тези, които са предвидени за защита на правата, основани на вътрешния правен ред, и трябва да бъдат организирани по такъв начин, че да не правят трудно на практика или почти невъзможно осъществяването на преследваната цел [40].

38 — Горепосочената Директива 89/665 и Директива 92/13/ЕИО на Съвета от 25 февруари 1992 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно прилагането на правилата на Общността по възлагане на обществени поръчки на субекти, извършващи дейност във водния, енергийния, транспортния и телекомуникационния сектор (ОВ L 76, стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 43).

39 — Решение от 7 октомври 2004 г. по дело Sintesi (C-247/02, Recueil, стр. I-9215) отменя национална разпоредба, която налага на възлагащите органи единен критерий за възлагане на обществени поръчки, като по този начин ги лишава от възможността да вземат предвид естеството и особеностите на подобни поръчки и да изберат най-подходящия критерий за гарантиране на свободната конкуренция, а с това и най-добрата оферта (точка 40).

40 — Според постоянната съдебна практика, в която Решение от 16 декември 1976 г. по дело Rewe (33/76, Recueil, стр. 1989) представлява първото звено от веригата.

VI — Заключение

57. С оглед на горепосочените разсъждения предлагам на Съда да отговори на Consiglio di Stato на Италианската република по следния начин:

„Принципите на свободна конкуренция, на административна прозрачност и на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, които вдъхновяват общностното право на обществените поръчки, както и правото на добра администрация, не допускат национална правна уредба, която в процедурата за възлагане на обществени поръчки, неуредени от директивите в тази област, принуждава възлагащия орган да отхвърля офертите с необичайно ниски цени без никаква възможност за проверка в състезателно производство."