ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-ЖА J. КОКОТТ
представено на 13 март 2008 година [1]

I — Увод

1. В настоящия случай австрийският Bundesvergabeamt представя за разглеждане пред Съда изключително широк кръг от въпроси за тълкуване на различни разпоредби на общностното право в областта на обществените поръчки. Става въпрос основно за тълкуване на понятието „възлагане“ по смисъла на правото в областта на възлагане на обществени поръчки. Най-вече следва да се изясни при какви обстоятелства изменението на съществуващ договор трябва да се разглежда като ново възлаган е на обществена поръчка за услуги с последицата, че преди това евентуално трябва да се проведе процедура по възлагане и на отхвърлените предприятия се полага правна защита.

2. Основа на това преюдициално запитване е ожесточен спор за извършването на услуги от информационни агенции за австрийските федерални органи, при който pressetext Nachrichtenagentur, сравнително нов доставчик на услуги на австрийския пазар, оспорва по съдебен ред традиционно поддържани между Република Австрия и съществуващата отдавна Austria Presse Agentur договорни отношения, които през 2000 г., 2001 г. и 2005 г. са били предмет на изменения.

II — Правна уредба

A — *Общностна правна уредба*

3. Общностната правна уредба по този случай се съдържа в две директиви от правото в областта на възлагане на обществени поръчки, а именно:

— Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане

1 — Език на оригиналния текст: немски.

на обществени поръчки за услуги [2] (наричана по-нататък „Директива 92/50“) и

— 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 [3], изменена с Директива 92/50 (наричана по-нататък „Директива 89/665“) [4].

Релевантни разпоредби на Директива 92/50

4. Член 1, буква е) от общите разпоредби на дял I от Директива 92/50 включва следното определение за понятие:

„[По смисъла на тази директива] „процедури на договаряне“ са онези национални процедури, при които възлагащите органи се обръщат към подбрани доставчици на услуги и договарят условията на поръчката с един или няколко от тях“. [неофициален превод]

5. Извадка от член 3, също от дял I от Директива 92/50, гласи:

„(1) При възлагане на обществени поръчки за услуги или при организиране на конкурс за проект възлагащите органи прилагат процедури, които съответстват на разпоредбите на настоящата директива.

(2) Задължение на възлагащите органи е да не допускат дискриминиране на доставчици на услуги.

[…]“ [неофициален превод]

6. Под заглавие „Двустепенно приложение“[неофициален превод] в дял II от Директива 92/50 са включени членове 8—10 със следното съдържание:

2 — ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50. Тази директива е отменена и заменена с Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116). Последното изменение обаче е следвало да бъде транспонирано в националното право едва към 31 януари 2006 г. Освен това, тъй като то не е било транспонирано преди тази дата в австрийското право, то няма значение за обстоятелствата по главното производство, които се отнасят до 2000 г., 2001 г. и 2005 г.

3 — ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237.

4 — Други изменения на тази директива се съдържат в Директива 2007/66/ЕО на Европейския Парламент и Съвета от 11 декември 2007 година относно изменението на Директиви 89/665/ЕИО и 92/13/ЕИО на Съвета **с оглед повишаване на ефективността на процедурите за преразглеждане при възлагане на обществени поръчки** (ОВ L 335, стр. 31, наричана по-нататък „Директива 2007/66“). Последните изменения обаче са влезли в сила едва от 9 януари 2008 г. и следва да се транспонират до 20 декември 2009 г.; следователно те не са от значение за обстоятелствата по главното производство.

„Член 8

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

Член 9

Обществените поръчки с предмет услуги, посочени в приложение I Б, се възлагат в съответствие с членове 14 и 16.

Член 10

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

7. Дял III от Директива 92/50 е озаглавен „Избор на процедурите по възлагане и провеждане на конкурси“. В него се съдържа член 11, параграф 3, който включва следната разпоредба:

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

[…]

б) ако по технически или творчески причини или по причини, свързани със защитата на изключителни права, услугите могат да бъдат извършени само от един определен доставчик;

[…]“ [неофициален превод]

8. В дял VI от Директива 92/50 е включен член 31, параграф 3 от който гласи:

„Ако по важна причина доставчик на услуги не е в състояние да представи изискваните от възлагащия орган доказателства, той може да докаже икономическото и финансовото си състояние с други документи, които възлагащият орган приеме за подходящи.“ [неофициален превод]

Релевантни разпоредби от Директива 89/665

9. В член 1 от Директива 89/665 е предвидено следното:

„(1) Държавите-членки предприемат необходимите мерки, за да гарантират, че по отношение на процедурите за възлагане на обществени поръчки, попадащи в приложното поле на Директиви 71/305/ЕИО и 77/62/ЕИО и 92/50/ЕИО, решенията, взети от възложителите, могат да бъдат ефективно обжалвани и по-специално възможно най-бързо в съответствие с условията, посочени в следващите членове […] с мотива, че тези решения са нарушили правото на Общността в областта на обществените поръчки или националните норми, транспониращи това право.

(2) Държавите-членки гарантират, че не съществува дискриминация между предприятията, които биха могли да претендират за нанесена им щета в контекста на процедура за предоставяне на поръчка, в резултат от разграничаването, което настоящата директива прави между националните норми, транспониращи правото на Общността и другите национални норми.

(3) Държавите-членки гарантират, че производствата по обжалване са достъпни, съгласно подробни правила, които държавите-членки могат да установят, поне за всяко лице, което има или което е имало интерес от спечелването на процедурата за възлагане на поръчка за доставки или за строителство, и което е било или би могло да претърпи вреди от твърдяно нарушение. По-специално, държавите-членки могат да изискат лицето, което е поискало преразглеждането, да уведоми предварително възложителя за твърдяното нарушение и за намерението си да поиска обжалване.“

10. В член 2 от Директива 89/665 се казва:

„(1) Държавите-членки гарантират, че мерките, приети относно производствата по обжалване, уточнени в член 1, включват правомощия, които да позволяват:

[…]

б) да се отменят или да се гарантира отмяната на решения, взети неправомерно […];

в) да се обезщетят лицата, ощетени от дадено нарушение.

(2) Правомощията, предвидени в параграф 1, могат да бъдат предоставени на отделни органи, отговорни за различни аспекти на производството по обжалване.

[…]

(5) Държавите-членки могат да предвидят, когато са поискани обезщетения с мотива, че дадено решение е взето неправомерно, оспореното решение да трябва първо да бъде отменено от орган, притежаващ необходимите правомощия.

[…]“

Б — *Национална правна уредба*

11. От австрийското право трябва да се изтъкне § 331 от Bundesvergabegesetz, в редакцията му, влязла в сила на 1 февруари 2006 г.[5] (наричан по-нататък „BVergG 2006“), който представлява правната основа за установителното производство пред Bundesvergabeamt и в частност гласи:

„(1) Предприятие, което има интерес от сключването на договор, попадащ в обхвата на този федерален закон, може — доколкото е пострадало от твърдяното правонарушение — да поиска установяване, че

1. изборът на пряко възлагане или процедура за възлагане на поръчка без предварително обявление е бил неправомерен поради нарушаване на този федерален закон или на правилниците за неговото прилагане, или поради нарушаване на непосредствено приложимо общностно право, или

[…]

4. че възлагане, извършено пряко в полза на предприятие без участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка на други предприятия, е било явно недопустимо съгласно разпоредбите на този закон.“

12. Съобразно § 332, алинеи 2 и 3 от BVergG 2006 предвиденото в § 331 от BVergG 2006 правото на установяване се губи най-късно шест месеца след възлагането на обществената поръчка.

5 — BGBl. I, бр. 17/2006

13. От § 132, алинея 3 от BVergG 2006 следва, че едно успешно по своя резултат искане по § 331, алинея 1, точка 4 от посочения закон води до нищожност на договорните отношения към момента на влизане в сила на установителното решение.

14. Трябва да се прави разлика между установителното производство и иска за обезщетение за вреди, който е от компетентността на австрийските граждански съдилища, а не на Bundesvergabeamt. Съобразно § 341, алинея 2 от BVergG 2006 иск за обезщетение за вреди е допустим само при вече успешно приключено установително производство.

III — Факти и спор по главното производство

15. В основата на това производство се намират обстоятелства, които на база на предоставените в акта за преюдициално запитване данни могат да бъдат обобщени по следния начин.

1. *Участващите в производството информационни агенции*

16. Austria Presse Agentur (наричано по-нататък „APA“) е учредено като кооперативно дружество[6] в Австрия след Втората световна война[7], като почти всички австрийски ежедневници, както и австрийското радио и телевизия, ORF, са членове на това кооперативно дружество. Заедно с дружествата от този концерн APA е основният оператор на австрийския пазар на информационни агенции и по традиция предоставя на Република Австрия различни услуги от областта на дейност на информационните агенции.

17. Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (наричано по-нататък PN) извършва дейност на австрийския пазар на информационни агенции от 1999 г., но досега е изготвило незначителен брой прессъобщения за австрийските федерални власти. Също така в PN са наети по-малко сътрудници журналисти, отколкото в APA, и то не разполага с такъв голям архив като APA. През 2004 г. PN предлага на Република Австрия услуги от областта на дейност на информационните агенции, но това предложение не води до сключване на договор.

6 — От документите по делото става ясно, че се касае за регистрирано кооперативно дружество с ограничена отговорност (Genossenschaft mit beschränkter Haftung).

7 — Още през 1849 г. във Виена е била учредена организация, предшестваща APA — „Österreichische Correspondenz“.

2. *Спорните договорни отношения между APA и Република Австрия*

18. През 1994 г., тоест преди присъединяването си към Европейския съюз, Република Австрия сключва с APA така наречения „основен договор“, който предвижда предоставянето на определени услуги срещу възнаграждение[8]. Този основен договор позволява на австрийските федерални власти главно да се запознават с актуална информация и да я ползват (т.нар. „основна услуга“), да искат информация и прессъобщения от историческо естество от база данни на APA, наречена „APADok“, а и да ползват услугата на APA за предоставяне на оригинални текстове „OTS“ както за своя информация, така и за разпространяване на собствените си прессъобщения. Базата данни APADok включва данните от основната услуга от 1 януари 1988 г., както и OTS съобщенията от 1 юни 1989 г.

19. Основният договор е сключен за неопределен срок, но съдържа клауза, с която страните се отказват от възможността да го прекратят преди 31 декември 1999 г. Този договор съдържа и разпоредби относно датата на първото увеличение на цените, максималния размер на всяко увеличение и индексацията на цените въз основа на индекса на потребителските цени от 1986 г., като референтната стойност е изчисленият за 1994 г. индекс.

8 — По данни на участващия в производството Präsidiums des Bundeskanzleramt става дума за актуализиране на вече съществуващи от 1946 г. договорни отношения

20. През септември 2000 г. APA учредява дъщерното дружество APA-OTS Originaltext-Service GmbH (наричано по-нататък „APA-OTS“), в което притежава 100 % участие. Между двете дружества съществува споразумение за прехвърляне на загуби и печалби, от което според APA и APA-OTS произтича, че от финансова, организационна и икономическа гледна точка APA-OTS е част от предприятието на APA и трябва да осъществява и управлява дейността си съгласно указанията на APA. Освен това APA-OTS трябва да прехвърля годишната си печалба на APA, като от своя страна това дружество трябва при необходимост да покрива годишните загуби на APA-OTS.

21. APA прехвърля на APA-OTS дейността си във връзка с OTS услугата за предоставяне на оригинални текстове. Република Австрия е уведомена за тази промяна през октомври 2000 г. Сътрудник на APA, оправомощен да представлява това дружество, уверява австрийските власти, че в резултат на това прехвърляне на дейност APA отговаря „солидарно“ с APA-OTS и че „съществуващата обща доставка“ остава непроменена. Според посоченото от него Bundeskanzleramt тогава се съгласява OTS услугата да се предоставя от APA-OTS и оттогава изплаща възнаграждение за тази услуга пряко на APA-OTS.

22. През 2001 г. разпоредбите относно възнагражденията в основния договор от 1994 г. са изменени с първо допълнително споразумение. Наред с преизчисляването на възнагражденията от австрийски шилинги в евро, това допълнително споразумение определя максимално

възнаграждение [9] за включването в OTS на съобщения на австрийските федерални служби за 2002 г., 2003 г. и 2004 г., което не може да бъде увеличавано. Допълнително е приета и клауза за стабилността на възнагражденията чрез актуализация по нов индекс, приемник на използвания в основния договор индекс.

23. През октомври 2005 г. в основния договор, в редакцията му след първото допълнително споразумение, са направени още две изменения с второ допълнително споразумение, което поражда действие, считано от 1 януари 2006 г.: отстъпката от цената на онлайн достъпа до информационните услуги на APA е увеличена от 15 % на 25 % и страните се споразумяват за подновяване на отказа от прекратяване на договора до 31 декември 2008 г.

3. *Производството пред Bundesvergabeamt (установително производство)*

24. PN моли Bundesvergabeamt за правна защита срещу действията във връзка с включването на APA-OTS като доставчик на услуги за Република Австрия и двете допълнителни споразумения към основния договор между APA и Република Австрия, които по негово мнение нарушават правото в областта на възлагането на обществените поръчки.

25. С искания, направени на 4 и 19 юли 2006 г., PN моли Bundesvergabeamt съобразно § 331 от BVergG 2006 да установи, че разделянето на поръчката в резултат на преструктурирането на APA през 2000 г., както и сключените през 2001 г. и 2005 г. допълнителни споразумения, които PN определя като „фактическо възлагане“, са неправомерни; при условията на евентуалност PN иска също така да бъде установено, че изборът на разглежданите процедури за възлагане е незаконосъобразен [10].

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

9 — Тези максимални възнаграждения се прилагат само за предавани *онлайн* съобщения.

10 — Съгласно акта за преюдициално запитване основното искане на PN се базира на § 331, алинея 1, точка 4, а искането, направено при условията на евентуалност — на § 331, алинея 1, точка 1 от BVergG 2006.

IV — Преюдициално запитване и производство пред Съда

27. С решение от 7 ноември 2006 г., изготвено на 10 ноември 2006 г. и постъпило в Съда на 13 ноември 2006 г., Bundesvergabeamt решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли терминът „възлагане“, употребен в член 3, параграф 1 от Директива 92/50, както и терминът „се възлагат“ в членове 8 и 9 от същата директива, да се разбират в смисъл, че обхващат и хипотезата, в която възлагащият орган се съгласява в бъдеще да приема услугите на доставчик, учреден като капиталово дружество, след като преди това услугите са предоставяни от друг доставчик, който е единственият акционер в дружеството доставчик, което е негов правоприемник, и същевременно контролира последното, като му дава указания? В подобна хипотеза има ли правни последици обстоятелството, че възлагащият орган няма гаранция дали дяловете от капитала на доставчика правоприемник няма да бъдат прехвърлени на трети лица през целия период, за който е възложена първоначалната обществена поръчка? Аналогично, какви са правните последици от липсата на гаранция за възлагащия орган за това дали съставът на съдружниците в първоначалния доставчик, учреден като кооперативно дружество, няма да се промени през целия срок на договора?

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

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

4) В случай че е налице възлагане на обществена поръчка, тоест при утвърдителен отговор на някой от трите предходни въпроса: Трябва ли член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50 или други разпоредби от общностното право, като например принципът за прозрачност,

да се разбират в смисъл, че оправомощават възлагащия орган да възлага доставки в рамките на една-единствена обществена поръчка за услуги посредством процедура на договаряне без предварително публикувано обявление за обществена поръчка, когато част от доставките на услуги включва изключителни права от вида, посочен в член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50? Или пък принципът за прозрачност или други разпоредби на общностното право предвиждат задължението при възлагане на обществена поръчка, свързана основно с нерезервирани доставки, все пак да се публикува обявление за обществена поръчка, преди да се възложи обществената поръчка, за да се позволи на заинтересованите предприятия да проверят дали действително са възложени доставки, за които са предоставени изключителни права? Или разпоредбите на общностното право в областта на възлагането на обществени поръчки изискват в подобна хипотеза доставките да се възлагат в рамките на отделни процедури за възлагане, в зависимост от това дали са предмет на изключителни права, за да се позволи поне частично провеждане на процедурата при условията на състезателност?

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

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

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

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

28. PN, APA, APA-OTS, Република Австрия и Комисията на Европейските общности са представили писмени и устни становища в производството пред Съда. Писмено становище са предоставили също австрийското федерално канцлерство в качеството му на възложител на обществени поръчки и правителството на Литва; устно становище е изразено от френското правителство.

V — Допустимост на преюдициалното запитване

29. Преди да се занимая по същество с преюдициалните въпроси, ще направя няколко кратки предварителни бележки относно допустимостта на преюдициалното запитване.

1. *Относно правото на Bundesvergabeamt да отправя преюдициално запитване*

30. Австрийският Bundesvergabeamt е установен със закон, постоянен орган със задължителна компетентност в случаи, които попадат в рамките на правото в областта на обществените поръчки, при които държавата е възложител [11]. Той взема решения в рамките на състезателно производство въз основа на правните норми на австрийското федерално законодателство едновременно като първа и последна инстанция [12]. По отношение на изпълнението на възложените им задачи членовете на Bundesvergabeamt не са обвързани от ничии указания и се назначават за срок от най-малко пет години, а отчасти и безсрочно [13].

11 — § 291 от BVergG 2006.

12 — § 291, алинея 2, точка 2 от BVergG 2006.

13 — §§ 292 и 295 от BVergG 2006.

31. Затова Bundesvergabeamt е юрисдикция по смисъла на член 234 ЕО [14] и има право да отправя преюдициални запитвания до Съда. Съдът съответно вече многократно [15] е отговарял на преюдициални запитвания на Bundesvergabeamt [16].

2. *По допустимостта на преюдициалното запитване като цяло*

32. Изразената от APA и APA-OTS критика по отношение на сложната и трудно разбираема формулировка на преюдициалното запитване принципно не променя обстоятелството, че като цяло преюдициалните въпроси са разбираеми. Разясненията на Bundesvergabeamt в акта за преюдициално запитване отразяват достатъчно точно фактическата и правна рамка на въпросите, както и защо в настоящия случай Bundesvergabeamt ги счита за релевантни по отношение на решението.

33. От акта за преюдициално запитване следва по-специално че преюдициалното запитване цели изясняване на въпроса дали в националното производство се налага събирането на подробни доказателства за определени факти или спорът по главното производство може да бъде решен и без такова събиране на доказателства.

34. По този въпрос трябва да се отбележи, че националната юрисдикция решава на кой етап от производството следва да постави преюдициален въпрос на Съда [17]. Препращащата юрисдикция е длъжна в достатъчна степен да представи фактическата и правната рамка, намираща се в основата на запитването за тълкуване на общностното право, както и да предостави на Съда всички данни, които са му необходими, за да даде полезен отговор на това запитване [18]. Обратно на становището на APA и APA-OTS, такъв е случаят тук. Затова не може да се възрази срещу допустимостта на преюдициалното запитване като цяло.

14 — По отношение на установената съдебна практика относно понятието за юрисдикция вж. Решение от 17 септември 1997 г. по дело Dorsch Consult (C-54/96, Recueil, стр. I-4961, точка 23), Решение от 31 май 2005 г. по дело Syfait и др. (C-53/03, Recueil, стр. I-4609, точка 29) и Решение от 18 октомври 2007 г. по дело Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Сборник, стр. I-8817, точка 19).

15 — Вж. Решение от 14 ноември 2002 г. по дело Felix Swoboda (C-411/00, Recueil, стр. I-10567, по-специално точки 25—28), Решение от 18 март 2004 г. по дело Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, Recueil, стр. I-2549) и Решение от 2 юни 2005 г. по дело Koppensteiner (C-15/04, Recueil, стр. I-4855). Според акта за преюдициално запитване настоящата организационна форма на Bundesvergabeamt въз основа на BVergG 2006 по същество съответства на тази по случая Koppensteiner.

16 — По подобен начин Съдът е признал съществуваща по онова време в Германия федерална комисия за контрол върху възлагането на обществени поръчки за юрисдикция, която може да отправя преюдициално запитване (Решение по дело Dorsch Consult, посочено в бележка под линия 144, точка 38).

17 — Решение от 10 юли 1984 г. по дело Campus Oil и др. (72/83, Recueil, стр. 2727, точка 10), Решение от 12 юни 2003 г. по дело Schmidberger (C-112/00, Recueil, стр. I-5659, точка 39) и Решение от 17 април 2007 г. по дело AGM-COS.MET (C-470/03, Сборник, стр. I-2749, точка 45).

18 — Решение по дело Schmidberger (посочено в бележка под линия 17, точки 40 и 41).

3. *По допустимостта на шести въпрос в частност*

35. Специален проблем с допустимостта се поставя по отношение на шестия преюдициален въпрос, който се отнася до тълкуването на понятията „вреди“ и „ощетен“ в член 1, параграф 3 и в член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665.

36. В делото по главното производство, тоест производство въз основа на § 331 от BVergG 2006, Bundesvergabeamt е компетентен единствено за *установяване на евентуални нарушения* на правото в областта на възлагане на обществени поръчки, а не за *присъждане на обезщетение,* което е запазено за австрийските граждански съдилища [19]. Затова на Съда не могат да се поставят преюдициални въпроси, отнасящи се до предоставянето на обезщетение или до предпоставките за това [20].

37. С оглед на казаното дотук шестият въпрос е допустим само доколкото засяга условията за допустимост на производството по обжалване съгласно член 1, параграф 3 от Директива 89/665. Доколкото обаче шестият въпрос се отнася до член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665, той е недопустим, защото последната разпоредба засяга непосредствено присъждането на обезщетение за вреди.

4. *Междинно заключение*

38. Предвид гореизложеното настоящото преюдициално запитване по принцип е допустимо, с изключение на тази част от шести въпрос, която се отнася до член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665.

VI — Анализ по същество на преюдициалните въпроси

39. Изключително обемното преюдициално запитване има по същество за цел да изясни при какви условия изменението на съществуващ договор може да се разглежда като възлагане на обществена поръчка за услуги с последицата, че преди това евентуално трябва да се проведе процедура по възлагане и на отхвърлените предприятия се полага правна защита.

19 — Австрия се е възползвала от описаните в член 2, параграф 2 на Директива 89/665 възможности за прехвърляне на правомощията в производството по обжалване при възлагане на обществени поръчки върху няколко инстанции.

20 — Решение от 19 юни 2003 г. по дело GAT (C-315/01, Recueil, стр. I-6351, точка 38).

40. Доста интересният следващ въпрос, дали правото в областта на обществените

поръчки или други разпоредби на общностното право поставят някакви граници пред сключването на безсрочни договори с продължително изпълнение, не е предмет на настоящото производство. Тъй като неограниченият във времето основен договор от 1994 г. е сключен преди присъединяването на Австрия към Европейския съюз [21], този проблем не налага по-подробно изясняване, дори и като предварителен въпрос [22].

А — *По първия, втория и третия въпрос*

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

42. Този проблем все още не е подробно изяснен в практиката на общностните съдилища [23].

1. Предварителна бележка: критерият за съществено изменение на договор

43. Изменение на съдържанието на договора по време на действие на договора може да се наложи преди всичко при договори с продължително изпълнение и при договори с по-дълъг срок, ако разпоредбите на договора вече се оказват неподходящи, например поради непредвидено изменение на външните обстоятелства. Изменение на съдържанието на договора спрямо новите обстоятелства може да допринесе за по-доброто осъществяване на целта на договора.

44. Ако обаче първоначалният договор е имал за предмет обществена поръчка, последващите изменения в съдържанието му винаги ще повдигат въпроса дали (евентуално отново) следва да бъде проведена процедура по възлагане. Тук постоянно ще възниква конфликт между стремежа към максимално ефективно продължаване на изпълнението на поръчката, от една страна, и задължението за

21 — Вж. по този въпрос Решение от 24 септември 1998 г. по дело Tögel (C-76/97, Recueil, стр. I-5357, точки 53 и 54). За разлика от спорните по настоящото производство действия от 2000 г., 2001 г. и 2005 г., проведени във времевия обхват на приложение на общностното право, директивите в областта на обществените поръчки все още не са били приложими към основния договор, тъй като през 1994 г. Австрия все още не е била членка на Европейския съюз.

22 — Относно специфичната хипотеза за обвързването на безсрочен договор с отказ от прекратяване вж. описаното по-долу, най-вече точка 74 от това заключение.

23 — Преюдициално запитване, отправено от германския Oberlandesgericht Rostock, не завършва с решение на Съда (дело C-50/03, заличено на 9 ноември 2004 г.).

гарантиране на равни възможности на настоящите и потенциалните изпълнители, от друга страна.

45. По принцип не е изключено от самото начало последващи изменения в съдържанието на съществуващи договори (евентуално отново) да отговарят на условията за възлагане на обществена поръчка с последицата, че се налага провеждане на процедура по възлагане. Всъщност съгласно постоянната съдебна практика правните понятия, които определят приложното поле на директивите в областта на обществените поръчки, следва да се тълкуват широко [24].

46. В крайна сметка тълкуването на понятието за възлагане на обществена поръчка следва да се придържа към целите на съответната директива. Координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки трябва да премахне пречките пред свободното движение на стоки и услуги и следователно да защити интересите на стопанските субекти от други държави-членки [25]. Трябва да се изключи опасността възлагащите органи да предпочетат национални оференти или кандидати и при възлагането на обществени поръчки да се ръководят от съображения, които не са икономически [26].

47. Съобразно това и Директива 92/50 има за своя основна цел осъществяването на свободното движение на услуги и отварянето на пазарите на държавите-членки за лоялна и възможно най-всеобхватна конкуренция [27]. Това изисква прозрачни и недискриминационни методи на действие при процедурите по възлагане на обществени поръчки за услуги, за да се гарантират равните възможности на всички възможни доставчици на услуги.

48. С оглед на тази цел не всички изменения в договори за възлагане на обществени поръчки за услуги, дори и незначителни, изискват предварителна процедура по възлагане. Само *съществени изменения в договора*, които в конкретния случай могат да накърнят конкуренцията на съответния пазар и да доведат до предпочитане на съдоговорителя на възлагащия орган пред други възможни доставчици на услуги, оправдават извършването на нова процедура по възлагане [28].

24 — По отношение на широкото тълкуване на различни понятия за определяне на приложното поле на директивите областта на обществените поръчки вж. Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Adolf Truley (C-373/00, Recueil, стр. I-1931, точка 43), Решение от 8 септември 2005 г. по дело Espace Trianon и Sofibail (C-129/04, Recueil, стр. I-7805, точка 73) и Решение от 29 ноември 2007 г. по дело Комисия/Италия (C-119/06, Сборник, стр. I-168*, точка 43).

25 — 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), Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия (C-507/03, Сборник, стр. I-9777, точка 27) и Решение от 13 декември 2007 г. по дело Bayerischer Rundfunk и др. (C-337/06, Сборник, стр. I-11173, точка 38); вж. също второ и шесто съображение от Директива 92/50.

26 — Решение по дело University of Cambridge (посочено в бележка под линия 25, точка 17), Решение по дело Felix Swoboda (посочено в бележка под линия 155, точка 45) и Решение по дело Bayerischer Rundfunk и др. (посочено в бележка под линия 255, точка 36).

27 — Решение от 11 януари 2005 г. по дело град Halle и RPL Lochau (C-26/03, Recueil, стр. I-1, точки 44 и 47) и Решение по дело Bayerischer Rundfunk и др. (посочено в бележка под линия 255, точка 39).

28 — В този смисъл вж. също Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Комисия/Франция (C-337/98, Recueil, стр. I-8377, точки 46, 50 и 51) и Решение от 29 април 2004 г. по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Recueil, стр. I-3801, точка 117), където има позоваване на *съществени* разпоредби на договора, съответно на условия на поръчката.

49. В частност съществено изменение в договора е налице винаги когато не може да се изключи, че други доставчици на услуги са били възпрепятствани да кандидатстват за възлагане на обществена поръчка поради първоначалните по-неизгодни условия или че с оглед на новите договорни условия те вече биха се заинтересували от това да кандидатстват за възлагане на обществена поръчка, или че кандидатурата на отпаднал по-рано оферент би могла да има успех с оглед на новите договорни условия [29].

50. Тези предварителни размисли представляват основата на моите пояснения по първите три преюдициални въпроса.

2. По първия въпрос

а) Първа част на първия въпрос: включване на APA-OTS

51. С първата част на първия въпрос Bundesvergabeamt иска по същество да се установи дали положение, при което възлагащият орган приема изпълнението на част от тази поръчка да бъде прехвърлено върху дъщерно дружество на изпълнителя, по отношение на което изпълнителят има право да дава нареждания и в което има участие от 100 %, дори и ако това участие от 100 % да не е гарантирано за целия срок на договора, следва да се разглежда като ново възлагане на вече съществуваща обществена поръчка за услуги по смисъла на Директива 92/50.

52. В основата на този въпрос стои извършеното от APA през 2000 г. прехвърляне на OTS услугите върху неговото дъщерно дружество APA-OTS. Без значение дали вследствие на това преструктуриране в рамките на групата APA се е стигнало до „разделяне на договора“, встъпване в договора, новация или встъпване в дълг [30], безспорно е, че от този момент насетне APA-OTS извършва пряко описаните дейности със съгласието на Bundeskanzleramt и възнаграждението за тях е изплащано пряко на APA-OTS.

53. Във всеки случай по отношение на практическото изпълнение на договора през 2000 г. се стига до частична смяна на доставчика на услугите.

29 — Наистина в практиката невинаги ще бъде лесно да се прави разлика между съществени и несъществени изменения на договора, защото се налага преценка на обстоятелствата по всеки отделен случай. Употребата на неопределени и нуждаещи се от тълкуване правни понятия все пак не би могла да бъде избегната в нито една област на правото. И в правото в областта на обществените поръчки тя съвсем не е непозната.

30 — В това отношение страните по главното производство като че ли не са постигнали единодушие. В акта за преюдициално запитване също не се използва единна терминология. Задача на Bundesvergabeamt е обаче да изясни гражданскоправната квалификация на операцията.

54. Смяната на доставчика на услуги по време на действието на обществена поръчка a priori предполага съществено изменение на договора, ако изпълнението на обществената поръчка бъде изцяло или частично поверено на предприятие, което не е трябвало да се конкурира с други оференти и чийто избор не е почивал на сравнение с евентуални други оференти. Подобно действие крие опасност от заобикаляне на правото в областта на обществените поръчки и може да наруши конкуренцията на съответния пазар, както и да доведе до предпочитане на новия доставчик на услуги пред другите възможни доставчици на услуги.

55. Все пак от специфичните обстоятелства на конкретния случай може да следва, че промените на доставчика на услуги по изключение не водят до съществени изменения в договора. Тук попадат по-специално следните две хипотези.

56. Първата хипотеза засяга *включването на подизпълнители* от страна на съдоговорителя на възлагащия орган. За да не се допусне прекомерно стесняване на кръга от възможни доставчици на услуги, Директива 92/50 дава изрична възможност на възлагащия орган да позволи възлагането на договори за подизпълнение на трети лица [31]. Характерно за тази хипотеза е, че основният изпълнител, дори и след възлагане на договор за подизпълнение, носи цялата договорна отговорност за изпълнението на обществената поръчка за услуги като цяло или най-малкото е солидарно отговорен.

57. Втората хипотеза засяга *изцяло вътрешни организационни изменения* от страна на съдоговорителя на възлагащия орган. Тук може да се включи и участието на някое от дъщерните дружества на съдоговорителя в изпълнението на договора. Колко тясна трябва да бъде обвързаността на изпълнителя със съответното негово дъщерно дружество не е необходимо да се определя окончателно в настоящия случай. При всички случаи се обхващат онези дъщерни дружества, които изпълнителят контролира по подобен на отделите в собственото му предприятие начин. Затова включването на дъщерно дружество в изпълнението на договора наподобява вътрешнофирмено възлагане [32] от страна на доставчика на услуги, което не предизвиква — във всеки случай от икономическа гледна точка —съществени изменения в условията за изпълнение на обществената поръчка.

58. И в двете упоменати хипотези е гарантирано, че промяната на доставчика на услугите не води до нарушаване на конкуренцията и следователно до значителни изменения в договора.

31 — Вж. член 25 и член 32, параграф 2, букви в) и з) от Директива 92/50, както и Решение от 2 декември 1999 г. по дело Holst Italia (C-176/98, Recueil, стр. I-8607, точки 26 и 27). Възлагането на договори за подизпълнение за *съществени части* от обществената поръчка може обаче да бъде ограничено съгласно националното право (Решение по дело Siemens и ARGE Telekom, посочено в бележка под линия 155, точка 45).

32 — Относно условията за приемане на вътрешнофирмено възлагане вж. по-специално Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Teckal (C-107/98, Recueil, стр. I-8121, точка 50), Решение по дело град Halle и RPL Lochau (посочено в бележка под линия 277, точка 49), Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точка 62) и Решение от 19 април 2007 г. по дело Asemfo (C-295/05, Сборник, стр. I-2999, точка 55); относно понятието за вътрешнофирмено възлагане вж. моето заключение, представено на 1 март 2005 г. по дело Parking Brixen, точки 1 и 2.

59. Действие като спорното тук прехвърляне на OTS услугите върху APA-OTS през 2000 г. на пръв поглед наподобява възлагането на договор за подизпълнение от страна на APA (първата хипотеза). В подкрепа на това заключение е обстоятелството, че въпросните услуги вече се предоставят от друго юридическо лице, а не от APA, като обаче APA отговаря солидарно за изпълнението на цялата обществена поръчка за услуги, включително и за поетите от APA-OTS дейности.

60. При по-обстойно разглеждане обаче структурна единица като APA-OTS не прилича толкова на самостоятелен подизпълнител на APA, колкото на собствен фирмен отдел на APA. Действие като включването през 2000 г. на APA-OTS в изпълнението на обществената поръчка представлява чисто вътрешна реорганизация на доставчика на услуги APA (втората хипотеза).

61. Безспорно е, че част от дължимите от APA услуги вече се изпълняват от друго юридическо лице — APA-OTS. От икономическа гледна точка обаче APA-OTS не е трето лице, защото се контролира изцяло от дружеството майка APA. Не само собствеността върху 100 % от дяловете от APA, но и полагащите му се права да дава нареждания, както и споразумението за прехвърляне на загуби и печалби, гарантират, че APA-OTS е контролирано от дружеството майка като собствен фирмен отдел. Поради това от икономическа гледна точка в условията за изпълнение на обществената поръчка не са настъпили съществени изменения.

62. Следователно действие като извършеното през 2000 г. не е довело до съществени изменения в договора и не е трябвало да се разглежда като (ново) възлагане на обществена поръчка за услуги.

63. На това не противоречи обстоятелството, че собствеността върху 100 % от дяловете на APA-OTS от страна на APA не е гарантирана за целия срок на изпълнение на обществената поръчка [33]. На теория APA може по всяко време да прехвърли дялове от APA-OTS в полза на трети лица. Определящи за подлежащия на изясняване в настоящия случай въпрос дали през 2000 г. се е стигнало до съществено изменение на договора и така до ново възлагане на обществена поръчка за услуги са обаче единствено конкретно предвидимите по онова време обстоятелства.

64. Принципът на правната сигурност налагат преценката на задължението за провеждане на процедура по възлагане да се извършва винаги ex ante, тоест към момента на сключване на правната сделка [34]. Още в момента на извършване на дадено действие трябва да бъде възможно да се установи, както от гледна точка на възлагащия орган и неговия търговски партньор, така и от гледна точка на отпадналите участници, дали е трябвало да се проведе процедура по възлагане. Последващи обстоятелства могат в краен случай да се вземат предвид само ако

33 — Същото важи и за възможностите за прекратяване на споразумението за прехвърляне на загуби и печалби.

34 — Вж. моето заключение, представено на 1 март 2005 г. по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 32, точка 56). Въпросът за *конкретната предвидимост* на прехвърлянето на дялове в полза на трети лица играе важна роля и в Решение от 10 ноември 2005 г. по дело Комисия/Австрия (C-29/04, Recueil, стр. I-9705, точки 38—41), Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точки 30—32) и Решение по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 32, точка 67, буква в).

настъпването им е било безспорно предвидимо към момента на действието.

65. От документите по делото личи, че към момента на обвързването на APA-OTS с изпълнението на обществената поръчка не са съществували конкретни индикации за възможна предстояща продажба на дялове от страна на APA. При тези обстоятелства поддържам оценката си, че действие като извършеното през 2000 г. не е довело до съществени изменения на договора и следователно не е налагало провеждането на процедура по възлагане.

б) Втора част на първия въпрос: състав на APA

66. Bundesvergabeamt иска освен това да се установи дали във връзка с действие като извършеното през 2000 г. възможна промяна в състава на съдружниците на APA по време на действие на договора би имала значение.

67. Такава промяна би имала значение в областта на обществените поръчки само ако доведе поне до частична смяна на доставчика на услугата и следователно трябва да се разглежда като съществено изменение на договора.

68. Ако доставчикът на услуги е например обикновено съдружие без собствена правосубектност, всеки участник в съдружието е обвързан по принцип с права и задължения по договора с възлагащия орган. Тогава изменение в състава на съдружието би могло да доведе до пълно или частично възлагане на обществената поръчка на предприятие, което не е трябвало да се конкурира с други оференти в процедурата по възлагане и чийто избор не е почивал на сравнение с евентуални други оференти. Като се вземат предвид описаните по-горе изключения [35], това би било съществено изменение на договора [36].

69. Ако обаче доставчикът на услуги е юридическо лице, самото то се превръща в съдоговорител на възлагащия орган, а възможни следващи промени в състава на притежателите на дялове няма да доведат до съществено изменение на договора [37].

35 — Виж по-горе, точки 55—58 от това заключение.

36 — Решението от 23 януари 2003 г. по дело Makedoniko Metro und Michaniki (C-57/01, Recueil, стр. I-1091, точка 61) само пояснява, че уредбата на състава на сдружения от оференти е от компетенцията на държавите-членки. Следователно държавите-членки са длъжни да определят дали промените в състава на сдруженията от оференти изобщо са допустими. Различен е обаче поставеният тук въпрос дали подобни промени *след* възлагане на обществената поръчка следва да се разглеждат като съществени изменения на договора и съответно осъществяват отново фактическия състав за възлагане на обществена поръчка. Последното е въпрос от общностното право.

37 — Ако всяка промяна в собствеността на дадено юридическо лице се приеме като повод за провеждане на нова процедура по възлагане, възлагането на обществени поръчки на акционерни дружества, които се котират на борсата, при които акционерите се променят почти ежедневно, би било практически невъзможно.

70. В настоящия случай от документите по делото става ясно, че АРА е „регистрирано кооперативно дружество с ограничена отговорност“. Затова може да се приеме, че АРА има правосубектност. Следователно в зависимост от установеното от Bundesvergabeamt не съдружниците на АРА, а самото АРА следва да се разглежда като съдоговорител на Република Австрия. При такава хипотеза евентуални промени в състава на съдружниците не водят до съществено изменение на договора.

3. По третия въпрос

71. С третия си въпрос Bundesvergabeamt иска да се установи по същество дали е налице ново възлагане на обществена поръчка за услуга по смисъла на Директива 92/50, ако възлагащият орган и доставчикът на услугата изменят съществуващ между тях договор за услуги по време на срока на този договор така, че:

— уговорен по-рано, но вече изтекъл отказ от прекратяване бъде подновен за три години и

— определени възнаграждения се различават от досега уговорените, защото от този момент отстъпката от цената се увеличава с десет процентни пункта.

72. В основата на този въпрос е залегнало подписаното през 2005 г. между АРА и Република Австрия второ допълнително споразумение към основния договор.

а) Първа част на третия въпрос: подновяване на отказа от прекратяване на договора

73. Първата част на третия въпрос засяга уговореното през 2005 г. подновяване на вече изтекъл отказ от прекратяване на съдоговорителите.

74. Проблем от гледна точка на правото в областта на обществените поръчки би създало уговарянето на отказ от прекратяване на договора за дълъг период в допълнение към безсрочен договор с продължително изпълнение или дори пълното изключване на прекратяването от страна на възлагащия орган. В дългосрочен план такова споразумение би изключило всякаква конкуренция между възможните доставчици на услуги и би противоречало изцяло на заложените в директивите за обществените поръчки цели.

75. Различен е обаче отказът от прекратяване, подобен на уговорения през 2005 г. отказ за срок от три години. Подобен отказ от прекратяване не може предварително да се разглежда като недопустим от гледна точка на правото в областта на обществените поръчки. Все пак трябва да се провери дали този отказ е трябвало да бъде предмет на процедура по възлагане. Това зависи от обстоятелството дали отказът от прекратяване следва да се счита за съществено изменение на съществуващия основен договор [38].

76. За да бъде квалифициран като съществено изменение на договора, отказ от прекратяване със срок няколко години следва да е в състояние да доведе до нарушаване на конкуренцията на съответния пазар, както и да доведе до предпочитане на новия доставчик на услуги пред другите възможни доставчици на услуги [39].

77. Това може да се случи само по изключение, а именно когато при уговарянето на отказа от прекратяване на договора съществуват конкретни индикации, че в противен случай възлагащият орган би се оттеглил от съществуващия договор през предвидения срок на отказа от прекратяване. Само тогава други възможни доставчици на услуги биха могли сериозно да се надяват изцяло или частично да изместят настоящия доставчик на услуги по време на този срок.

78. По този въпрос на първо място следва да се отбележи, че възлагащият орган не е имал правно задължение да прекрати предсрочно договорно отношение, което е възникнало, без да е налице нарушение на действащото право; присъединяването на Австрия към Европейския съюз не поражда задължение за възлагащия орган за прекратяване на вече съществуващия основен договор или пък за откриване на нова процедура за сключването му [40]. Затова макар прекратяването на договора за услуги с APA да е било правно допустимо за Република Австрия след изтичането на първоначално уговорения (през 1994 г.) отказ от прекратяване, то в никакъв случай не е било задължително.

79. На второ място — като се имат предвид евентуалните заключения, които трябва да бъдат направени от Bundesvergabeamt — през 2005 г. за Република Австрия не е съществувал икономически стимул за смяна на доставчика на услуги през уговорения, сравнително обозрим срок на отказа от прекратяване, т.е. до края на 2008 г. Доколкото става ясно, възлагащият орган е можел разумно да предположи, че до 2008 г. няма да разполага с равностойни оферти при по-изгодни условия, които биха оправдали разходите по смяната.

80. Затова според наличните данни уговореният през 2005 г. нов отказ от прекратяване за срок от три години не е пораждал

38 — Виж по-горе, точка 48 от настоящото заключение.

39 — Виж по-горе, точки 48 и 49 от настоящото заключение.

40 — В този смисъл вж. Решение по дело Tögel (посочено в бележка под линия 21, точки 53 и 54).

опасност от нарушаване на конкуренцията и следователно не трябва да се квалифицира като съществено изменение на основния договор.

б) Втора част на третия въпрос: споразумение за по-високи отстъпки от цените

81. Втората част на третия въпрос засяга уговорените през 2005 г. по-високи отстъпки от цените за онлайн справките в обхвата на информационните услуги на APA. Докато основният договор е предвиждал отстъпка от цената за австрийските федерални служби от 15 %, то считано от второто допълнително споразумение към този договор е била заложена отстъпка от цената в размер на 25 %.

82. Както вече стана дума [41], за ново възлагане на вече съществуваща обществена поръчка за услуга може да се говори само ако се предприема съществено изменение на договора. Това важи и за изменения на уговорените възнаграждения. Дори и самите начини на плащане да представляват съществен елемент от съдържанието на договора [42], не всяка промяна на първоначално уговорените разпоредби относно възнагражденията, при това и незначителна, следва автоматично да се разглежда като съществено изменение на договора.

83. Първо следва да се провери дали увеличението на първоначално предоставената отстъпка от цената с десет процента изобщо е представлявало *изменение в съдържанието* на приложимите спрямо обществената поръчка за услуги разпоредби за възнагражденията.

84. APA и APA-OTS изтъкват, че новата отстъпка от цената в размер на 25 % представлявала само логично продължение на и без това вече заложеното в основния договор. Всъщност и самият основен договор се позовавал на диференцираната тарифа на APA. Новата, по-висока отстъпка от цената следвало да се разглежда като равнозначна на въвеждането на нова, по-ниска тарифа в ценоразписа на APA.

85. По този въпрос следва да се обърне внимание, че конкретната преценка на релевантните в спора по главното производство факти е задължение на Bundesvergabeamt. В акта за преюдициално запитване, съставляващ единствената определяща фактическа рамка за настоящото преюдициално производство [43], изменението на процентните ставки от 15 % на 25 % се описва като „предоставяне на по-големи от предвидените по-рано отстъпки от някои цени“. Това е индикация за изменение на съдържанието на разпоредбите за възнагражденията.

41 — Вж. по-горе, точки 48 и 49 от настоящото заключение.

42 — В този смисъл Решение по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta (посочено в бележка под линия 288, точка 117).

43 — Решение от 29 април 2004 г., Orfanopoulos и Oliveri (C-482/01 и C-493/01, Recueil, стр. I-5257, точка 42) и Решение от 12 януари 2006 г., Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Recueil, стр. I-589, точка 21).

86. В полза на тази преценка е обстоятелството, че и първоначално уговорената отстъпка в цената от 15 % се е позовавала на „най-ниската официална тарифа“. Следователно още при сключване на основния договор през 1994 г. възлагащият орган е получил най-изгодната възможна тарифна ставка. При тези обстоятелства не е вероятно към онзи момент съдоговорителите да са планирали или дори считали за възможно преминаване към още по-изгодна ценова категория. Предоставянето през 2005 г. на увеличена отстъпка от цената с още десет процентни пункта, която отново е обвързана с най-ниската официална тарифа, се явява индикация за действително изменение на цената, а не само за логично продължение на и без това вече заложеното в основния договор изчисление на възнаграждението.

87. Промяна в цената обаче следва да се разглежда като *съществено изменение на договора* само когато е конкретно в състояние да наруши конкуренцията на съответния пазар и да доведе до предпочитане на един съдоговорител на възлагащия орган пред други възможни доставчици на услуги.

88. За да се прецени това, от една страна следва да се анализира обхватът на изменението на цената за съответната дейност, а от друга — това изменение на цената трябва да се съпостави със значението на въпросната обществена поръчка в нейната цялост.

89. Що се касае първо до промяната на самата цена, рискът от нарушаване на конкуренцията при понижение на цената е по-малък от този при повишение. Спадането на възнаграждението се отразява благотворно на възлагащия орган и освен това обикновено повишава за него рентабилността при изпълнение на поръчката.

90. Все пак предварително не може да се изключи и евентуално нарушаване на конкуренцията вследствие уговарянето на по-ниско възнаграждение. Това с право беше посочено от литовското правителство.

91. Определящо е винаги това какви условия би могъл да получи възлагащият орган на пазара *към момента на изменението на договора*. Ако след първоначалното възлагане на обществената поръчка цените на услугите, предмет на договора, общо са спаднали на пазара, самото споразумение за по-ниско от досегашното възнаграждение не гарантира спазването на принципа за конкурентност и рентабилност. По-скоро следва да се установи дали към момента на изменение на договора други възможни доставчици на услуги са могли да предложат желаната услуга на възлагащия орган на още по-изгодна цена от настоящия съдоговорител.

92. Според представените по делото данни обаче не съществуват конкретни индикации, че при провеждане на процедура по възлагане възлагащият орган е могъл да постигне още по-изгодна цена

за равностойна услуга, отколкото това е станало във второто допълнително споразумение към основния договор с APA като настоящ доставчик на услугата.

93. Що се касае накрая до значението на направената промяна в цената в съотношение към обществената поръчка в нейната цялост, следва да се вземе предвид, че увеличената отстъпка е била договорена само за част от услугата — онлайн справките от обхвата на информационните услуги на APA — а не за всички услуги, които APA трябва да предостави. Дори ако увеличението на отстъпката от цената с десет процента не е без значение за въпросната част от услугата, в съотношение към целия договор то притежава доста по-малка тежест.

94. В крайна сметка обаче Bundesvergabeamt трябва да установи значението на промяната в цената както за въпросната част от услугата, така и в съотношение към цялата обществена поръчка.

95. Въз основа на представените пред Съда данни не мисля, че изменение на цената вследствие на предоставеното с второто допълнително споразумение от 2005 г. увеличение на отстъпката би следвало да се разглежда като съществено изменение на договора.

4. По втория въпрос

96. С втория си въпрос Bundesvergabeam иска да се установи по същество дали е налице ново възлагане на обществена поръчка за услуга по смисъла на Директива 92/50, ако възлагащият орган и доставчикът на услугата изменят съществуващ между тях договор за услуги по време на срока на този договор така, че:

— договорените възнаграждения вече не се определят според националната валута, а в евро в съответствие с преминаването към еврото,

— включената в договора клауза за индексация е преформулирана с позоваване на индекса, следващ досега използвания,

— определени възнаграждения се различават от уговорените до този момент.

97. В основата на този въпрос е залегнало подписаното през 2001 г. между APA и Република Австрия първо допълнително споразумение към основния договор, в което са предвидени тези промени на възнагражденията.

98. Чисто технически изменения на договора, които не оказват значително влияние върху отношенията между възлагащия орган и неговия съдоговорител, изобщо не представляват изменение в съдържанието на договора. Те изобщо не могат да се разглеждат като съществени изменения на договора, които са изисквали провеждането на процедура по възлагане на обществена поръчка.

99. Ако съществуващ договор е бил изменен с оглед на преминаването към еврото, така че договорените до момента възнаграждения се предават в новата валута без тяхното фактическо повишаване или намаляване, то тогава не се касае за съществено изменение на договора, а единствено за техническа актуализация на съществуващ договор спрямо променените външни обстоятелства[44]. Част от тази техническа актуализация представлява и необходимото закръгляване в посока нагоре или надолу на новоопределените стойности в евро в съответствие с действащите правни разпоредби.

100. Позоваването на различна от първоначално договорената клауза за актуализация също може да се счита за чисто техническа промяна на договора, доколкото двата индекса са равностойни. Такава равностойност е указана в определението за преюдициално запитване, а именно че ставало дума за индекса, следващ досегашния. Bundesvergabeamt обаче следва допълнително да се увери дали начинът на действие на новия индекс е равностоен на този на досегашния индекс. Това означава по-специално че потребителските кошници или другите референтни величини, на които се позовават съответните индекси, трябва по същество да са равностойни.

101. Ако обаче съдоговорителите са използвали преизчисляването на валутата или смяната на индекса като повод за фактическо изменение на първоначално договорените възнаграждения, такава мярка излиза извън границите на чисто техническата актуализация на договора. Тогава не може предварително да се изключи наличието на съществено изменение на договора с последици върху конкуренцията между доставчиците на услуги.

102. В този случай съгласно определението за преюдициално запитване актуализациите на основния договор посредством първото допълнително споразумение са довели до определяне на максимални възнаграждения за включването на определени съобщения на федералните власти в OTS за 2002 г., 2003 г. и 2004 г., като тези възнаграждения не са подлежали на увеличаване.

103. Bundesvergabeamt следва да установи дали така са направени съществени изменения спрямо заложените в основния

44 — Все пак актуализация на договора поради промяната на валутата не е била абсолютно необходима, защото съществуващите правни рамкови условия вече са гарантирали, че в бъдеще на всички представени в местната валута суми ще се разбират като суми в евро, без от това да произтича изменение на съществуващите договорни задължения (вж. също членове 3 и 5 от Регламент [ЕО] № 1103/97 на Съвета от 17 юни 1997 година относно определени разпоредби, отнасящи се до въвеждането на еврото, ОВ L 162, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 10, том 1, стр. 81). Както обаче правилно изтъкват APA и APA-OTS, изрична актуализация на договора — особено при правоотношение по договор с продължително изпълнение като в настоящия случай —може да бъде целесъобразна с цел избягване на завишените административни разходи, свързани с постоянно повтарящото се преизчисляване на валутата.

договор възнаграждения. Във връзка с това от значение ще бъде какво развитие на определените в основния договор индексирани възнаграждения би могло да се очаква при обективна оценка според наличните през 2001 г. показатели.

104. Ако заложените за 2002 г., 2003 г. и 2004 г. максимални възнаграждения по същество съвпадат с цените, които по всяка вероятност биха произтекли и при прилагане на заложената в основния договор клауза за индексиране, то тогава не съществува съществено изменение на договора [45]. Ако обаче те значително се отклоняват от очакваното според основния договор ценово развитие, то следва да се разгледа въздействието на тази промяна върху конкуренцията, за което важат описаните по-горе във втората част на трети въпрос [46] критерии.

105. Въз основа на представените на Съда данни аз все пак съм на мнение, че подобни на договорените в първото допълнително споразумение ценови промени са били в рамките на предвидимото през 2001 г. годишно покачване на цените и дори само на това основание не представляват съществено изменение на договора.

45 — Договорените в първото допълнително споразумение максимални възнаграждения за ред за 2002 г., 2003 г. и 2004 г. не се различават значително. Като се има предвид провеждането на по-обстойна процедура по обжалване от страна на Bundesvergabeamt, такива незначителни разлики в цената от година на година като че ли се движат в рамките на очакваното през 2001 г. развитие на цената за следващите години.

46 — Виж по-горе точки 81—94 от това заключение.

Б — *По четвъртия и петия въпрос*

106. Четвъртият и петият въпрос на Bundesvergabeamt относно приложимата процедура по възлагане и доказването на възможността на даден доставчик за предоставяне на услуги предпоставят, че действия като тези от 2000 г., 2001 г. и 2005 г. се разглеждат изобщо като възлагане на обществена поръчка за услуги.

107. Въз основа на представените на Съда данни аз все пак съм на мнение, че нито едно от тези действия не е представлявало подобно възлагане [47]. Затова разглеждам четвъртия и петия въпрос само при условията на евентуалност.

1. По четвъртия въпрос

108. С четвъртия си въпрос Bundesvergabeamt иска по същество да се установи дали отделна обществена поръчка за услуга може да се възлага чрез процедура по договаряне без предварително публично обявление, ако предметът на

47 — Вж. също становището ми по първия, втория и третия въпрос (по-горе, точки 41—105 от това заключение).

поръчката засяга предимно нерезервирани услуги и ако изключително право по смисъла на член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50 съществува не за всички, а само за отделни услуги, които следва да бъдат извършени.

а) Резервирани и нерезервирани услуги

109. В членове 8—10 от Директива 92/50 е заложена разлика между резервирани и нерезервирани услуги. Първите са дефинирани в приложение I A към Директивата, а вторите — в приложение I Б. В основата на тази уредба стои обстоятелството, че поради техния специфичен характер на поръчки за неприоритетни услуги a priori не се придава трансгранично значение, което да оправдае възлагането им след процедура с покана за представяне на оферти [48].

110. Въз основа на твърденията на APA и APA-OTS Bundesvergabeamt прави извод, че при услугите от областта на дейност на информационните агенции като договорените в случая става въпрос за смесица от резервирани и нерезервирани услуги [49] със значителен стойностен превес на нерезервираните услуги.

111. Ако тази оценка се приеме за вярна [50], то за възложената на APA обществена поръчка за услуга общо се прилага режимът за нерезервираните услуги (член 10 от Директива 92/50). Ето защо се касае за обществена поръчка, която не е предмет на никаква специална процедура по възлагане по смисъла на дял III от Директива 92/50 [51].

б) Приложимост на изискването за прозрачност

112. Съгласно утвърдената съдебна практика основните правила от договора за ЕС като цяло и забраната за дискриминация по признак „гражданство“ в частност трябва да се спазват и при действия по възлагане на обществени поръчки, за които директивите в областта на обществените поръчки не предвиждат специални

48 — Решение по дело Комисия/Ирландия (посочено в бележка под линия 255, точка 25)

49 — APA и APA-OTS застъпват мнението, че техните документационни услуги следвало да се причислят към областите на дейност „Услуги от библиотеки“ („Library services“, CPC-референция, точка 96311), а OTS услугите — към областта на дейност „Електронни информационни услуги“ („Electronic message and information services“, CPC-референция, точка 75232).

50 — Актът за препращане дефинира фактическата рамка за отговор на преюдициалните въпроси; вж. също и посочената в бележка под линия 43 съдебна практика.

51 — Съгласно член 9, във връзка с член 10 от Директива 92/50, за такива поръчки следва да се прилагат (само) членове 14 и 16 от Директивата, които са без значение за поставените тук въпроси. Останалите предвидени в Директива 92/50 процедурни разпоредби, по-специално относно поканата за представяне на оферти с предварително обявление, не важат за тези поръчки (Решение по дело Комисия/Ирландия, посочено в бележка под линия 25, точки 23 и 24). Забраната за дискриминация съгласно член 3, параграф 2 от Директива 92/50 обаче важи (Решение от 27 октомври 2005 г. по дело Contse и др., C-234/03, Recueil, стр. I-9315, точка 47).

процедури по възлагане [52]. Съдът едва наскоро е пояснил, че това важи и за възлагане на обществени поръчки за нерезервирани услуги [53].

113. Следователно когато има сигурен трансграничен интерес от такава поръчка, за нея се прилага произтичащото от основните свободи *изискване за прозрачност* и поръчката не следва да се възлага при пълна липса на прозрачност [54].

114. Bundesvergabeamt следва да провери дали при предоставянето на услуги в областта на дейност на информационните агенции като тези, които в настоящия случай са предмет на договора, съществува сигурен трансграничен интерес [55]. Тук трябва да се вземат предвид по-специално следните гледни точки:

— В полза на трансграничния интерес говори обстоятелството, че много информационни агенции развиват международна дейност. Навлизането на PN на пазара през 1999 г. също показва, че австрийският пазар не е напълно безинтересен за нови доставчици.

— Както беше упоменато в устната фаза на производство, съществуващите към момента споразумения за сътрудничество между различни, действащи и на съответните родни пазари, информационни агенции не позволяват предварително да се изключи възможността някои от тези агенции да пожелаят в бъдеще да засилят личното си присъствие на място на пазар като австрийския.

— Срещу трансграничния интерес би могло да се изтъкне обстоятелството, че голяма част от нужните на австрийските федерални власти услуги са специфично обвързани с Австрия и регионалните събития в тамошните провинции.

52 — Решение по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 32, точка 46); вж. също Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точка 60), Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname (C-231/03, Recueil, стр. I-7287, точка 16), Решение от 20 октомври 2005 г. по дело Комисия/Франция (C-264/03, Recueil, стр. I-8831, точка 33), Решение по дело ANAV (посочено в бележка под линия 344, точка 18) и Решение от 14 юни 2007 г.по дело Medipac-Kazantzidis (C-6/05, Сборник, стр. I-4557, точка 33); вж. също Определение от 3 декември 2001 г. по дело Vestergaard (C-59/00, Recueil, стр. I-9505, точка 20).

53 — Решение по дело Комисия/Ирландия (посочено в бележка под линия 255, точка 29).

54 — Решение по дело Комисия/Ирландия (посочено в бележка под линия 255, точка 30); относно изискването за прозрачност вж. освен това Решение по дело Telaustria и Telefonadress (посочено в бележка под линия 522, точка 62), Решение по дело Coname (посочено в бележка под линия 522, точки 16 и 17), Решение по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 322, точки 46—49) и Решение по дело ANAV (посочено в бележка под линия 344, точки 18—21).

55 — Решение по дело Комисия/Ирландия (посочено в бележка под линия 255, точки 29 и 30); в същия смисъл Решение от 31 януари 2008 г. по дело Centro Europa 7 (C-380/05, Сборник, стр. I-349, точка 67).

в) Съдържание на изискването за прозрачност

115. Изискването за прозрачност означава по същество гарантирането на *подхо-*

дяща степен на публичност[56]. Досега обаче не е изяснено какви изисквания произтичат оттук за действията по възлагане на обществени поръчки, за които директивите за обществените поръчки не предвиждат специфични процедури по възлагане. Установено е единствено че изискването за прозрачност невинаги води след себе си задължение за отправяне на покана за представяне на оферти[57].

116. В крайна сметка възлагащият орган има задачата да прецени подходящата степен на публичност за всеки отделен случай, за да открие процедурата по възлагане за конкуренцията и да даде възможност за последваща проверка относно безпристрастното провеждане на процедурата[58].

117. По принцип изискването за прозрачност не следва да бъде тълкувано в смисъл, че винаги трябва да се прилага съответстваща във всеки детайл на директивите за обществените поръчки процедура по възлагане[59]. В противен случай разликата между действия по възлагане в обхвата и извън обхвата на тези директиви би била ненужна; това в голяма степен би лишило от смисъл и установените от общностния законодател финансови прагове.

118. Още повече от изискването за прозрачност не следват по-големи изисквания спрямо действията по възлагане, за които директивите за обществените поръчки не предвиждат специални процедури по възлагане, отколкото за онези действия по възлагане, за които директивите предвиждат такива процедури[60]. Директивите за обществените поръчки всъщност само конкретизират изискването за прозрачност с оглед на определени, особено значими действия по възлагане[61].

119. Следователно във връзка с обществени поръчки с предмет изцяло или предимно нерезервирани услуги изискването за прозрачност не може да налага по-висока степен на публичност, отколкото за поръчки с предмет изцяло или предимно резервирани услуги.

56 — Решение по дело Telaustria и Telefonadress (посочено в бележка под линия 522, точка 62), Решение по дело Coname (посочено в бележка под линия 522, точки 16 и 17), Решение по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 322, точка 49) и Решение по дело ANAV (посочено в бележка под линия 344, точка 21).

57 — Решение по дело Coname (посочено в бележка под линия 522, точка 21); неясно в това отношение е решението по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 322, точка 50), което в правнообвързващата си редакция на немски език говори за „Ausschreibung“ (покана за представяне на оферти), но всъщност вероятно се основава на неподходящ превод на френския израз „mise en concurrence“.

58 — Решение по дело Telaustria и Telefonadress (посочено в бележка под линия 522, точка 62), Решение по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 322, точки 49 и 50) и Решение по дело ANAV (посочено в бележка под линия 344, точка 21). Във връзка с това полезни указания съдържа и Съобщение на Комисията относно тълкуване на общностното право в областта на възлагане на обществени поръчки, които частично или не попадат в обхвата на директивите за обществените поръчки (ОВ C 179, 2006 г., стр. 2).

59 — Вж. във връзка с това моето заключение по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 322, точка 37).

60 — В този смисъл е и заключението на генералния адвокат Jacobs, представено на 2 юни 2005 г. по дело Комисия/Италия (C-525/03, Recueil, стр. I-9405, точка 47), заключението на генералния адвокат Stix-Hackl, представено на 14 септември 2006 г. по дело Комисия/Ирландия (C-532/03, Сборник, стр. I-11353, точка 111) и заключението на генералния адвокат Sharpston, представено на 18 януари 2007 г. по дело Комисия/Финландия (C-195/04, Сборник, стр. I-3351, точки 76 и 77); вж. също и моето заключение по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 322, точка 46).

61 — В този смисъл Решение по дело Комисия/Ирландия (посочено в бележка под линия 255, точки 27—29); вж. също и моето заключение по дело Parking Brixen (посочено в бележка под линия 322, точка 47).

120. По отношение на договори за услуги, които поради защитата на изключителни права [62] могат да се изпълняват само от един определен доставчик на услуги, това означава, че те могат винаги да бъдат възложени при процедура по договаряне без предварително публично обявление, независимо дали се касае за резервирани или нерезервирани услуги. Щом член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50 позволява такава процедура за резервирани услуги, то възлагането на нерезервирани услуги по тази процедура следва също да бъде допустимо. В това отношение съдържащите се в член 11, параграф 3 от Директива 92/50 съображения могат да бъдат отнесени и към нерезервираните услуги. Когато член 11, параграф 3 от Директива 92/50 не изисква предварително публично обявление, то и от изискването за прозрачност не може да следва нищо друго [63].

121. Подходяща прозрачност, която гарантира, че възлагането е открито за конкуренцията и дава възможност за последваща проверка относно безпристрастното провеждане на процедурата, може да се осигури при услуги по смисъла на член 11, параграф 3 от Директива 92/50 и чрез последващо публично обявление.

62 — Bundesvergabeamt следва да провери дали това изключително право съществува в настоящия случай.

63 — В този смисъл е и Съобщението на Комисията (посочено в бележка под линия 588, дял 2.1.4)

г) Възлагане на смесена обществена поръчка за услуги като единна поръчка

122. Остава да се провери дали обществена поръчка за услуга може да се възлага *като единна поръчка* чрез процедура по договаряне без предварително публично обявление, ако изключителното право по смисъла на член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50 съществува не за всички, а само за отделни услуги, които следва да бъдат извършени.

123. Принципно важи, че член 11, параграф 3 от Директива 92/50 следва да се тълкува в тесен смисъл като изключение от разпоредбите, гарантиращи действието на предоставените от Договора за ЕС права в областта на обществените поръчки за услуги [64]. По отношение на действия по възлагане с предмет съвкупност от услуги това означава, че прилагането на процедура по договаряне без предварително публично обявяване следва да се допуска само за конкретно обхванатите от член 11, параграф 3 услуги.

124. Подобно отделно възлагане на услуги по смисъла на член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50 обаче може да се разглежда само ако обществената

64 — Решение от 18 ноември 2004 г. по дело Комисия/Германия (C-126/03, Recueil, стр. I-11197, точка 23) и Решение от 10 април 2003 г. по дело Комисия/Германия (C-20/01 и C-28/01, Recueil, стр. I-3609, точка 58). Вж. също член 11, параграф 4 на Директива 92/50, според който „във всички останали случаи“ следва да се прилага открита или закрита процедура.

поръчка изобщо е делима. Следва да се вземе предвид не само теоретичната делимост на поръчката, но и целта и практическата полза от услугите в зависимост от това дали те се предоставят поотделно или от един изпълнител.

125. В настоящия случай APA и APA-OTS, Република Австрия и австрийското федерално правителство убедително представят тясната връзка между отделните, заложени в основния договор услуги в областта на дейност на информационните агенции. Следователно не би било оправдано редакционните статии да се представят от един доставчик, а реакциите на тези статии да се изпращат чрез друг доставчик, защото не е сигурно, че двамата доставчици обслужват един и същи краен потребител. На публикувана във вестник А статия не би могло да се отговори със становище във вестник Б. Освен това с оглед на лесната употреба от съществено значение е достъпът до свързани бази данни чрез единна потребителска платформа.

126. В полза на делимостта на частите на договора не говори например обстоятелството, че междувременно OTS услугите вече се изпълняват не от APA, а от APA-OTS, защото, както вече беше споменато, става дума за чисто вътрешна реорганизация от страна на доставчика на услугата; от стопанска гледна точка не е имало смяна на доставчика, тъй като APA по-скоро контролира APA-OTS като свой собствен фирмен отдел [65]. Следователно различните услуги остават свързани и достъпни по единен начин.

127. При запазване на правото на конкретното тълкуване на обстоятелствата от страна на Bundesvergabeamt, всичко това говори срещу делимостта на договора за услуги между Република Австрия и APA и следователно срещу задължението за отделно възлагане на различните части на договора.

128. Нищо не се променя и от обстоятелството, че договорът за услуги в случая е с предмет както резервирани, така и нерезервирани услуги. Справката с член 10 от Директива 92/50 показва, че изобщо не е необходимо резервираните и нерезервирани дейности да се възлагат отделно [66].

129. Различно би било, ако възлагащият орган своеволно или само с цел заобикаляне на разпоредбите в областта на обществените поръчки беше обединил отделните услуги в една обща поръчка за извършване на услуги [67]. В конкретния случай няма данни за това. Напротив, според предоставената на Съда информация основанията от обективен характер са били в полза на възлагането на всички въпросни услуги като едно цяло [68].

65 — Вж. също по-горе, точки 20, 61и 62 от това заключение.

66 — Виж също Решение по дело Felix Swoboda (посочено в бележка под линия 155, точки 56 и 60).

67 — Решение по дело Felix Swoboda (посочено в бележка под линия 155, точки 57 и 60).

68 — Вж. също точка 125 от това заключение.

д) Междинно заключение

130. Следователно в обобщение отговорът на четвъртия въпрос гласи:

Обществена поръчка за услуга може да се възлага като единна поръчка чрез процедура по договаряне без предварително публично обявление, ако предметът на поръчката засяга предимно нерезервирани услуги и ако изключително право по смисъла на член 11, параграф 3, буква б) от Директива 92/50 съществува не за всички услуги, които следва да бъдат извършени, а само за отделни услуги, освен ако отделните услуги не са обединени в единна поръчка своеволно или само с цел заобикаляне на разпоредбите в областта на обществените поръчки.

2. По петия въпрос

131. С петия въпрос Bundesvergabeamt иска да се установи по същество дали предприемач може да докаже възможността си за изпълнение на обществена поръчка за услуги единствено с твърдението, че друго предприятие е задължено по смисъла на член 82 ЕО да му предоставя определени данни при справедливи условия.

132. В основата на този въпрос стои обстоятелството, че извършването на услуги от областта на дейност на информационните агенции като изискваните в настоящия случай от австрийските федерални власти предполага достъп до подробен архив, в който по-специално могат да се търсят исторически информации и текстове. Според данните в определението за преюдициално запитване PN изобщо не разполага с исторически архив от данни, сравним с този на APA. APA също така не предоставя на конкурентите си достъп до своите архиви, поне не и с цел препродажба на включените там данни. В случая трябва да се установи дали като доказателство за наличие на възможност по смисъла на член 31 от Директива 92/50 PN може да твърди, че има право на достъп до архивите на APA, и най-вече до базата данни на APA, APADok.

133. По този начин се загатва за доктрината „essential facilities“, която се обсъжда в конкурентното право. Според съответната съдебна практика, в рамките на член 82 ЕО, но само при извънредни обстоятелства, отказът на предприятие с господстващо положение на пазара да предоставя на друго предприятие достъп до съществени блага, услуги или данни („essential facilities“) може да се разглежда като злоупотреба [69]. В такива случаи от член 82 ЕО може да се изведе задължение за предприятието с господстващо положение за договаряне.

69 — Решение от 6 април 1995 г. по дело RTE и ITP/Комисия, „Magill“ (C-241/91 P и C-242/91 P, Recueil, стр. I-743, точки 49—57), Решение от 26 ноември 1998 г. по дело Bronner (C-7/97, Recueil, стр. I-7791, точки 38—47) и Решение от 29 април 2004 г. по дело IMS Health (C-418/01, Recueil, стр. I-5039).

134. В настоящия случай обаче въпросът дали база данни като управлявания от APA архив APADok съдържа съществени за конкурентите му данни, т.е. дали е „essential facility“, и дали са налице извънредни обстоятелства, които биха задължили APA да предостави на конкурентите си достъп до неговите архиви при справедливи условия, може да остане отворен.

135. Всъщност доставчикът на услуги, който с оглед на допускането му до участие в процедурата по възлагане иска да се позове на средства на други структури или предприятия, трябва` да докаже, че *действително* разполага с тези средства[70]. В противен случай възлагащият орган не би могъл да направи адекватно сравнение на неговите възможности с тези на другите възможни доставчици на услуги. Ако възлагащият орган се довери само на *потенциалното* наличие у доставчика на въпросните средства, той се излага на риск да възложи поръчката на предприемач, чиито възможности биха се оказали недостатъчни впоследствие, т.е. при затруднения в достъпа до необходимите средства. Същевременно би могъл да лиши от поръчката друг, действително готов да извърши престацията предприемач. Подобен подход не отговаря нито на идеите за равни възможности на всички възможни доставчици на услуги, нито на принципа на рентабилност при процедурите по възлагане на обществени поръчки.

70 — Решение от 2 декември 1999 г. по дело Holst Italia (посочено в бележка под линия 311, точка 29), Решение по дело Siemens и ARGE Telekom (посочено в бележка под линия 155, точка 44) и Решение от 18 ноември 2004 г. по дело Комисия/Германия (посочено в бележка под линия 644, точка 22). За бъдещи случаи вж. също член 48, параграф 3 от Директива 2004/18, където тази съдебна практика е вече кодифицирана.

136. Следователно информационна агенция като PN не може само да твърди, че има право на достъп до архивите на APA, но трябва и конкретно да докаже действителното предоставяне на този достъп, например под формата на изрично съгласие или вече сключен лицензионен договор. В противен случай не би могла успешно да докаже възможностите си в процедура по възлагане чрез позоваване на архивите на APA.

137. Традиционно кратките срокове за вземане на решение в рамките на процедура по възлагане не допускат често доста продължителното изясняване на сложни правни въпроси във връзка с член 82 ЕО и доктрината „essential facilities“. Засегнатият предприемач първо трябва да приключи евентуален правен спор във връзка с това и едва тогава да кандидатства в процедура по възлагане на обществена поръчка.

138. Ето защо в отговор на петия въпрос следва да се посочи, че един предприемач не може да доказва възможностите си за изпълнение на обществена поръчка за услуга единствено с твърдението, че друго предприятие е задължено по смисъла на член 82 ЕО да му предоставя определени данни при справедливи условия.

B — *По шестия и седмия въпрос*

139. С шестия и седмия си въпрос Bundesvergabeamt иска информация относно обхвата на правната защита, полагаща се на отхвърлено от възлагащия орган предприятие. По смисъл въпросите също изискват действия като тези от 2000 г., 2001 г. и 2005 г. по принцип да се разглеждат като възлагане на обществена поръчка за услуги. Bundesvergabeamt твърди същото и в определението за преюдициално запитване.

140. Въз основа на представените на Съда данни, както вече упоменах, аз съм на мнение, че нито едно от тези действия не е представлявало подобно възлагане [71]. Затова разглеждам шестия и седмия въпрос само при условията на евентуалност.

1. По шестия въпрос

141. Шестият въпрос на Bundesvergabeamt има за предмет тълкуването на понятията „претърпявам вреди“ и „ощетен“, които се съдържат съответно в член 1, параграф 3 и в член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665. Както вече беше споменато [72], този въпрос е допустим само с оглед на член 1, параграф 3 от Директивата.

142. С въпроса си Bundesvergabeamt иска по същество да се установи дали се налага провеждането на производство по преразглеждане, ако жалбоподателят твърди, че е лишен от възможност за участие в процедура по възлагане на обществена поръчка поради неправомерна липса на публично обявление за възлагането, или жалбоподателят следва допълнително да докаже собствените си възможности за изпълнението на съответната обществена поръчка. Следователно трябва да се уточни въпросът *кой има право да прави искане* за преразглеждане.

143. Член 1, параграф 3 от Директива 89/665 позволява на държавите-членки да ограничават правото на искане за преразглеждане при възлагане на обществени поръчки [73] в две отношения: от една страна, изискване за интерес от страна на жалбоподателя към съответната обществена поръчка, а от друга — с изискването за претърпени вреди или за наличие на опасност от настъпване на вреди за жалбоподателя. По този начин се изключват колективните искове и способите за защита на кандидати без очевидно никакви шансове за успех.

71 — Вж. също моето изложение по първия, втория и третия въпрос (по-горе, точки 41—105 от това заключение).

72 — Вж. в това отношение точки 35—37 от това заключение.

73 — След разширяване на приложното поле на Директива 89/665 чрез Директива 92/50 позоваването на обществени поръчки за доставки и за строителство трябва да се разбира в смисъл, че обхваща всички обществени поръчки, тоест и поръчките за услуги. Съответната промяна само на член 1, параграф 1 на Директива 89/665, но не и на параграф 3, вероятно се дължи на редакционно недоглеждане на общностния законодател, коригирано за бъдещи случаи с Директива 2007/66.

144. Това обаче не трябва да накърнява полезното действие на Директивата [74]. Затова ограниченията на правото на искане следва да се тълкуват в светлината на двете цели на Директивата, от една страна, да се предостави на частноправните субекти *ефективна правна защита* във връзка с възлагането на обществени поръчки, а от друга — да се осигури подходящ *контрол на законността* на решенията на възлагащите органи.

145. Както следва от първо и второ съображение от Директива 89/665, целта ѝ е засилване на съществуващите механизми на държавно и общностно равнище, за да се гарантира фактическото прилагане на общностните директиви в областта на обществените поръчки; за тази цел държавите-членки са длъжни съгласно член 1, параграф 1 от Директивата да гарантират, че незаконосъобразните решения на възложителите могат да бъдат ефективно и възможно най-бързо обжалвани [75].

146. С оглед на това правото за подаване на искане в производството по преразглеждане на възлагане на обществени поръчки не трябва да бъде ограничавано прекомерно. По-специално за *допустимостта* на искането за преразглеждане не следва бъдат поставяни същите изисквания, както за неговата *обоснованост* [76].

147. Затова не може да става въпрос от засегнатия кандидат да се изисква конкретно доказателство още при подаване на искането, че за него действително са настъпили или има опасност да настъпят вреди. По-скоро за правото на искане в производството по преразглеждане трябва да е достатъчно и обстоятелството, че наред с правонарушението от страна на възлагащия орган, засегнатият кандидат *обосновано твърди* интерес към въпросната поръчка и *възможност* за настъпване на вреда.

148. Възможността за настъпване на вреда следва да се приеме, ако не може със сигурност да се изключи, че жалбоподателят е щял да получи поръчката при отсъствие на твърдяното правонарушение от страна на възлагащия орган. Ако както в настоящия случай обществената поръчка е била възложена по пътя на прякото възлагане [77] без предварително обявяване на процедурата по възлагане, то дори само от това претендирано като незаконосъобразно осуетяване на възможността за участие в процедурата по възлагане следва, че поръчката вероятно не е възложена на жалбоподателя и така за него са настъпили вреди [78].

74 — Решение от 19 юни 2003 г. по дело Fritsch, Chiari & Partner и др. (C-410/01, Recueil, стр. I-6413, точки 31 и 34), Решение от 12 декември 2002 г. по дело Universale-Bau и др. (C-470/99, Recueil, стр. I-11617, точка 72) и Решение от 12 февруари 2004 г. по дело Grossmann Air Service (C-230/02, Recueil, стр. I-1829, точка 42).

75 — Решение от 28 октомври 1999 г. по дело Alcatel Austria и др. (C-81/98, Recueil, стр. I-7671, точки 33 и 34), Решение по дело Fritsch, Chiari & Partner и др. (посочено в бележка под линия 744, точка 30), Решение по дело Universale-Bau и др. (посочено в бележка под линия 744, точка 74) и Решение по дело Grossmann Air Service (посочено в бележка под линия 744, точка 36).

76 — Единствено обстоятелството, че *в края на процедурата по преразглеждане* евентуално не могат да се установят настъпили или потенциални вреди, само по себе си не е достатъчно, за да изключи допустимостта на искането за преразглеждане; в този смисъл Решение от 19 юни 2003 г. по дело Hackermüller (C-249/01, Recueil, стр. I-6319, точка 27).

77 — Наречено също „свободно“ възлагане.

78 — В този смисъл също германският Bundesverfassungsgericht, Решение от 29 юли 2004 г. (2 BvR 2248/03, точка 36 в края).

149. При подаване на искането за преразглеждане от засегнатия кандидат също не следва да се търси конкретно доказателство за неговите възможности, нито доказателство, че би получил поръчката при отсъствие на твърдяното правонарушение [79]. В противен случай достъпът му до процедурата по преразглеждане би бил практически невъзможен или във всеки случай прекомерно затруднен [80]. Най-вече при аналогични на настоящия случаи на директно възлагане засегнатият кандидат трудно би могъл да предостави конкретно доказателство за възможностите си, тъй като при липса на предварително обявление на процедурата по възлагане не би разполагал с точни данни за поставените от възлагащия орган изисквания.

150. На основание невъзможността на засегнатия кандидат да изпълни поръчката искането за преразглеждане може да бъде отхвърлено като недопустимо още a limine само по изключение, и то ако към момента на подаване на искането невъзможността му е била толкова очевидна, че не налага подробна проверка. Всичко останало обаче е въпрос на обосноваване на искането.

151. Следователно в отговор на шестия въпрос следва да се посочи, че искане за преразглеждане по смисъла на член 1, параграф 3 от Директива 89/665 е допустимо, ако жалбоподателят обосновано посочи интереса си от обществената поръчка, незаконосъобразността и възможните настъпили или потенциални вреди. Ако обществената поръчка е била възложена без предварително обявление, то още от осуетяването на неговата възможност за участие в процедурата по възлагане следва, че за жалбоподателя вероятно са настъпили вреди, освен ако невъзможността му да изпълни поръчката не е очевидна.

2. По седмия въпрос

152. Със седмия си въпрос Bundesvergabeamt иска по същество да се установи дали е в съответствие с принципите за равностойност и ефективност националното право да предвижда за искането за провеждане на установително производство в областта на обществените поръчки, представляващо задължително условие за последващ иск за обезщетение за вреди, максимален шестмесечен преклузивен срок от датата на твърдяното противозаконно възлагане на обществена поръчка. Bundesvergabeamt се пита още дали принципът за ефективност изисква към упоменатия шестмесечен срок да се добавят евентуалните периоди, през които според националното право не е съществувало ефективно правно средство за защита.

153. В основата на този въпрос стои обстоятелството, че PN е представило исканията си за преразглеждане пред Bundesvergabeamt едва през юли 2006 г., наистина в рамките на шест месеца след влизане в сила от 1 февруари 2006 г. на новите процедурни разпоредби на § 331 от BVergG 2006, но повече от шест месеца след спорните тук действия от 2000 г., 2001 г. и 2005 г. Според Bundesvergabeamt директното възлагане („De-facto-Vergaben“) в Австрия може „да се оспорва ефективно“ едва след влизане в сила на § 331 от BVergG 2006.

79 — В същия смисъл Bundesverfassungsgericht (посочен в бележка под линия 788, точки 26 и 29).

80 — В същия смисъл — въпреки че се отнася до присъждането на обезщетение за причинени вреди — заключението на генералния адвокат Geelhoed, представено на 10 октомври 2002 г. по дело GAT (посочено в бележка под линия 200, точка 66).

154. Директива 89/665 не съдържа изрична уредба на сроковете, приложими според член 1 от Директивата към производствата по преразглеждане.

155. Затова отправна точка за отговора на поставения пред Съда въпрос представлява принципът за *процедурна автономност* на държавите-членки [81]. Според трайната съдебна практика при липса на общностна уредба във вътрешния правен ред на всяка държава-членка трябва да се посочат компетентните юрисдикции и да се определят процесуалните правила за съдебните производства, предназначени да гарантират защитата на правата, които правните субекти черпят от от общностното право, доколкото тези правила не са по-неблагоприятни от уреждащите аналогични вътрешноправни съдебни производства (принцип на равностойност) и не правят практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на правата, предоставени от общностния правен ред (принцип на ефективността) [82]. И двата принципа са заложени в член 1 от Директива 89/665: принципът на равностойност — в параграф 2, а принципът на ефективност — в параграф 1.

156. *Принципът за равностойност* е отражение на общия принцип за равно третиране и за недопускане на дискриминация [83], който изисква да не се третират по различен начин сходни положения и да не се третират еднакво различни положения, освен ако такова третиране не е обективно обосновано [84].

157. Във връзка с това Комисията, APA и APA-OTS основателно са посочили особеност, която характеризира производството по преразглеждане в областта на обществените поръчки. Така член 1, параграф 1 от Директива 89/665 изисква от държавите-членки да осигурят възможност за *възможно най-бързо обжалване* при нарушения в областта на възлагането на обществени поръчки. Така от една страна следва да се гарантира ефективна правна защита, а от друга — възможно най-скоро да се установи правна сигурност. Тази цел оправдава предвиждането на по-кратки срокове за исканията за преразглеждане по смисъла на Директива 89/665 в сравнение с давностните срокове, на които са подчинени исковете за обезщетение за вреди според общите правни разпоредби на вътрешното право.

158. Следователно, шестмесечен преклузивен срок за подаване на искания за преразглеждане като предвидения в § 332, алинеи 2 и 3 от BVergG 2006 не е в противоречие с принципа на равностойност,

81 — Решение по дело Universale-Bau (посочено в бележка под линия 744, точка 71); относно понятието *процедурна автономия* вж. Решение от 7 януари 2004 г. по дело Wells (C-201/02, Recueil, стр. I-723, точка 67), Решение от 4 юли 2006 г. по дело Adeneler и др. (C-212/04, Recueil, стр. I-6057, точка 95) и Решение от 28 юни 2007 г. по дело Bonn Fleisch (C-1/06, Сборник, стр. I-5609, точка 41).

82 — Решение от 19 декември 1968 г. по дело Salgoil (13/68, Recueil, 680, 693), Решение от 16 декември 1976 г. по дело Rewe-Zentralfinanz (33/76, Recueil, точка 5), Решение от 14 декември 1995 г. по дело Peterbroeck (C-312/93, Recueil, стр. I-4599, точка 12), Решение от 13 март 2007 г. по дело Unibet (C-432/05, Сборник, стр. I-2271, точки 39 и 43) и Решение от 7 юни 2007 г. по дело Van der Weerd и др. (C-222/05—C-225/05, Сборник, стр. I-4233, точка 28).

83 — Вж. моето заключение, представено на 9 януари 2008 г. по дело Impact (C-268/06, Сборник, стр. I-2483, точка 67); за принципа на равното третиране вж. трайната съдебна практика, не на последно място Решение от 12 септември 2006 г. по дело Eman и Sevinger (C-300/04, Recueil, стр. I-8055, точка 57), Решение от 3 май 2007 г. по дело Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Сборник, стр. I-3633, точка 56) и Решение от 11 септември 2007 г. по дело Lindorfer/Съвет (C-227/04 P, Сборник, стр. I-36, точка 63).

84 — В този смисъл, въпреки че се отнася до възстановяване на публични вземания, и Решение от 15 септември 1998 г. по дело Edis (C-231/96, Recueil, стр. I-4951, точка 37).

дори и ако според националното право общият давностен срок за предявяване на иск за обезщетение за вреди е по-дълъг.

159. С оглед *на принципа за ефективност* остава обаче да се разгледа дали преклузивен срок за подаване на искането за провеждане на установително производство като предвидения в австрийското право на практика не възпрепятства или не затруднява прекомерно засегнатото лице на по-късен етап да упражни правото си на иск за обезщетение за вреди по смисъла на член 2, параграф 1, буква в) от Директива 89/665.

160. Принципно установяването на разумни преклузивни срокове за използване на средства за правна защита не противоречи на изискването за ефективност, защото те представляват конкретно приложение на основополагащия принцип на правната сигурност [85].

161. Разумният характер на преклузивния срок следва да се оценява с оглед на вида и правните последици от съответното средство за правна защита, както и на разглежданите права и интереси на всички засегнати лица.

162. Следователно за искания за преразглеждане, насочени към обявяване на вече сключени договори за недействителни, било то с обратно действие или за в бъдеще, абсолютният преклузивен срок от шест месеца принципно е напълно разумен [86]. Изключително тежките правни последици от недействителността на вече сключен договор оправдават предвиждането на срок, който да тече независимо от това дали жалбоподателят е знаел за нарушението на правото в областта на обществените поръчки при възлагането на обществената поръчка или най-малкото е трябвало да знае. Както за възлагащия орган, така и за неговия съдоговорител съществува ясна и достойна за защита необходимост от правна сигурност по отношение на действителността на сключения договор.

163. Във връзка със случай като настоящия обаче трябва да се вземе предвид, че абсолютният преклузивен срок от шест месеца съгласно § 332, алинеи 2 и 3 от BVergG 2006 за искания за провеждане на установително производство по § 331, алинея 1 от същия закон се отнася не само за лицето, което преследва обявяването на недействителността на вече сключен договор, но и за лицето, което иска единствено да предприеме задължителна процедурно-правна стъпка, за да подготви последващ иск за обезщетение за вреди пред австрийските граждански съдилища.

164. Ако засегнатото лице научи за вреда, причинена въз основа на незаконосъобразно възлагане на поръчка без предварително обявяване (директно възлагане или de-facto-възлагане) след повече

85 — Трайна съдебна практика; вж. Решение по дело Rewe-Zentralfinanz (посочено в бележка под линия 822, точка 5), Решение по дело Edis (посочено в бележка под линия 844, точки 20 и 35) и Решение от 17 юни 2004 г. по дело Recheio — Cash & Carry (C-30/02, Recueil, стр. I-6051, точка 18); специално за Директива 89/665 вж. също Решение по дело Universale-Bau (посочено в бележка под линия 744, точка 76), Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Santex (C-327/00, Recueil, стр. I-1877, точка 50) и Решение от 11 октомври 2007 г. по дело Lämmerzahl (C-241/06, Сборник, стр. I-8415, точка 50).

86 — Вж. също член 2 е), параграф 1, буква б), във връзка с член 2, буква г), параграф 1 от Директива 89/665, в редакцията на Директива 2007/66.

от шест месеца, то вече дори не може да предяви иск за обезщетение за вреди пред гражданските съдилища, защото съгласно § 341, алинея 2 от BVergG 2006 е следвало преди това задължително да предяви искане за провеждане на установително производство, чийто срок обаче към този момент вече е бил изтекъл.

165. По този начин преклузивният срок по § 332, алинеи 2 и 3 от BVergG 2006 има действие извън действителното си приложно поле и влияе върху следващи производства, за които обаче е неподходящ със своята строгост. Що се отнася единствено до исковете за обезщетение за вреди, за възлагащия орган не съществува същата необходимост от правна сигурност, както по отношение на действителността на сключен договор.

166. Доколкото държава-членка се възползва от предвидените в член 2, параграфи 2 и 5 от Директива 89/665 възможности и обвърже претендирането на обезщетение за вреди с предварителното успешно провеждане на установително производство, действащите там срокове трябва да бъдат структурирани и прилагани така, че на практика да не възпрепятстват или да не затрудняват прекомерно осъществяването на правото на обезщетение за вреди [87].

167. Като цяло принципът на ефективността изисква срокът за подаване на искане за провеждане на установително производство, чрез което жалбоподателят само подготвя осъществяването на правото си на обезщетение за вреди, да не тече, преди жалбоподателят да е знаел или да е трябвало да знае за настъпването на вредата. Ако с искането за провеждане на установително производство обаче жалбоподателят цели обявяването на сключения от възлагащия орган договор за нищожен, могат да се предвидят и по-строги срокове, които текат независимо от узнаването или от възможността за узнаване на евентуалната вреда.

168. Националният съд следва по възможност да тълкува националното процесуално право така, че да се гарантира съблюдаването на произтичащото от Директива 89/665 задължение за ефективност и при необходимост да не прилага която и да било разпоредба, чието прилагане в конкретния случай би довело до противоречащ на общностното право резултат [88].

169. За случай като настоящия, свързан с директно възлагане без предварително обявяване на обществената поръчка, това означава, че срокът за подаване на искането за провеждане на установително производство не може да тече, преди засегнатото лице да е узнало или да е трябвало да знае за твърдяното нарушение при възлагането, доколкото това искане е задължителна предпоставка за последващ съдебен процес за присъждане на обезщетение за вреди.

87 — Върху значението на конкретното структуриране и практическото приложение на уредбата относно сроковете се набляга и в Решение по дело Lämmerzahl (посочено в бележка под линия 855, точки 52, 56 и 61).

88 — Решение по дело Santex (посочено в бележка под линия 855, точки 62—64) и Решение по дело Lämmerzahl (посочено в бележка под линия 855, точки 62 и 63).

170. В определението за преюдициално запитване Bundesvergabeamt посочва, че по негово мнение в настоящия случай може да се постигне съответстващ на общностното право резултат, ако, от една страна, новосъздаденото средство за правна защита по § 331, алинея 1, точка 4 от BVergG 2006 бъде приложено за действия преди влизането в сила на този закон, и от друга — ако съответните срокове се изчисляват с оглед на определени разпоредби на общото гражданско право, така че сроковете да не текат, преди жалбоподателят да е узнал за вредата, и да се удължават с периода, през който не е имало ефективно средство за правна защита.

171. В обобщение отговорът на седмия въпрос гласи:

Принципът на ефективността изисква член 1, параграф 1 от Директива 89/665 да се тълкува в смисъл, че за подаване на искане за преразглеждане, което според националното право е предпоставка за последващ съдебен процес за обезщетение за вреди, следва да се предостави разумен срок, който не може да започне да тече, преди засегнатото лице да е узнало или да е трябвало да знае за твърдяното нарушение при възлагането, и следва да се удължава с периода, през който липсва ефективно средство за правна защита. Националният съд трябва по възможност да тълкува националното процесуално право, така че този резултат да бъде постигнат, и при необходимост да не прилага която и да било разпоредба, чието приложение в конкретния случай би довело до противоречащ на общностното право резултат.

VII — Заключение

172. Предвид гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори само на първите три въпроса, поставени от австрийския Bundesvergabeamt, а именно, както следва:

1) Общо по първия, втория и третия въпрос:

Изменението на съдържанието на договор, който попада в приложното поле на Директива 92/50, през срока му на действие не налага провеждането

на процедура по възлагане на обществена поръчка, освен ако не се касае за съществено изменение на договора.

2) Конкретно по първия въпрос:

а) Не е налице съществено изменение на договора, когато възлагащият орган приеме изпълнението на част от тази поръчка да бъде прехвърлено върху дъщерно дружество на изпълнителя, който е негов едноличен собственик и контролира това дружество като собствен фирмен отдел. Обстоятелството, че на по-късен етап изпълнителят теоретично би могъл да продаде дялове от дъщерното дружество на трети лица, не променя този извод.

б) Ако доставчикът на услуги е юридическо лице, евентуалните последващи промени в състава на притежателите на дяловете му през срока на действие на договора не представляват съществено изменение на договора.

3) Конкретно по втория и третия въпрос:

а) Не е налице съществено изменение на договора, когато е извършена чисто техническа актуализация на договора с оглед на променени външни обстоятелства; в тях се включва и преизчисляването в евро на първоначално определените в местна валута възнаграждения и позоваването на нов индекс за извършване на индексиране, който представлява равностоен индекс, следващ досега използвания.

б) Не е налице съществено изменение на договора, когато към безсрочен договор за обществена поръчка бъде договорен отказ от прекратяване за срок от три години, освен ако съществуват конкретни индикации, че в противен случай възлагащият орган е щял да прекрати съществуващия договор по правни или икономически причини още през предвидения срок на отказа от прекратяване.

в) Въпросът дали промяната в съдържателно отношение на възнагражденията за част от услугите, които следва да бъдат извършени, представлява съществено изменение на договора зависи от значението на промяната в съответното възнаграждение както по отношение на съответната част от услугата, така и във връзка с обществената поръчка като цяло.