Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
P. MENGOZZI
представено на 27 февруари 2014 година[1]

Дело C-574/12

Centro Hospitalar de Setúbal, EPE
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
срещу
Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

(Преюдициално запитване, отправено от Supremo Tribunal Administrativo (Португалия)

„Обществени поръчки — Директива 2004/18/ЕО — Липса на задължение за провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка съгласно правото на Съюза (т.нар. „in house“ възлагане) — Изискване за „аналогичен контрол“ — Изпълнител, който е юридически самостоятелен субект спрямо възлагащия орган с правно-организационна форма на сдружение с нестопанска цел — Участие на частни интереси в изпълнителя — Изискване за извършване на основната част от дейността с възлагащите органи, които упражняват „аналогичен контрол“

1. С шестте преюдициални въпроса, отправени от португалския Supremo Tribunal Administrativo (Португалския върховен административен съд) по настоящото дело, от Съда отново се иска да уточни обхвата на изискванията, които трябва да бъдат налице, за да може възлагащият орган да се ползва от изключението за така нареченото вътрешно възлагане („in house“). По силата на това изключение, установено от Съда още в решението по дело Teckal[2] и предмет на вече обширна съдебна практика, възлагащият орган е освободен от задължението за провеждане на процедура за обществена поръчка при наличието на две условия — той да упражнява спрямо изпълнителя „аналогичен контрол“ на упражнявания спрямо собствените му служби и този субект да извършва основната част от дейността си с възлагащия орган или възлагащите органи, който или които упражнява(т) контрол върху него[3].

2. По настоящото дело се поставят неразглеждани досега въпроси, с което на Съда се дава възможност допълнително да уточни приложното поле на изключението за вътрешно възлагане. От една страна, от Съда се иска да определи обхвата на съдебната практика, която предвижда, че при наличието на частни интереси в изпълнителя се изключва възможността възлагащият орган да упражнява спрямо този субект контрол, аналогичен на упражнявания спрямо собствените му служби[4]. По-специално Съдът трябва да уточни дали възприетият в

1 — Език на оригиналния текст: италиански.

2 — Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Teckal (C-107/98, Recueil, стр. I-8121).

3 — Вж. по-специално Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau (C-26/03, Recueil, стр. I-1, точка 49), Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точка 62), Решение от 11 май 2006 г. по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (C-340/04, Recueil, стр. I-4137, точка 33), Решение от 19 април 2007 г. по дело Asemfo (C-295/05, Сборник, стр. I-2999, точка 55), Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Coditel Brabant (C-324/07, Сборник, стр. I-8457, точка 27), Решение от 10 септември 2009 г. по дело Sea (C-573/07, Сборник, стр. I-8127, точка 40), Решение от 29 ноември 2012 г. по дело Econord (съединени дела C-182/11 и C-183/11, точка 25) и Решение от 19 декември 2012 г. по дело Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce и др. (C-159/11, точка 32). В това отношение вж. и моето неотдавнашно заключение от 23 януари 2014 г. по дело Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13.

4 — Вж. точки 25 и 28.

съдебната практика стеснителен подход по отношение на участието на частни интереси в капитала на дружества изпълнители трябва да се прилага и в случаите, в които дружеството изпълнител е сдружение с нестопанска цел, чиито членове включват, освен възлагащите органи, и сдружения с благотворителна цел.

3. От друга страна, по настоящото дело от Съда се иска да уточни пределите на второто изискване от Решението по дело Teckal, а именно условието, според което изпълнителят трябва да извършва основната част от дейността си с възлагащия орган или възлагащите органи, който или които упражнява(т) контрол върху него.

I – Правна уредба

А– *Право на Съюза*

4. Съгласно член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18/ЕО[5] „[о]бществени поръчки“ са писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с обект изпълнение на строителство, доставяне на стоки или предоставяне на услуги по смисъла на настоящата директива“.

Б– *Национално право*

5. Съгласно член 5, параграф 2 от португалския кодекс за обществени поръчки[6], с който Директива 2004/18 се транспонира в националната португалска правна уредба, с оглед и на съдебната практика на Съда, „[нормативната уредба в областта на обществените поръчки] не се прилага и по отношение на договорите между възложител и друго образувание, независимо от техния предмет, когато:

a) възложителят самостоятелно или съвместно с други възложители упражнява върху дейността на това образувание контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си служби, и

b) съществената част от дейността на посоченото образувание е в полза на един или няколко възложители, които упражняват върху него контрол, аналогичен на посочения в предходната буква“.

II – Фактическа обстановка, национално производство и преюдициални въпроси

6. Centro Hospitalar de Setúbal ([Болница на Сетубал,] наричана по-нататък „CHS“), първи жалбоподател по делото пред запитващата юрисдикция, е португалска обществена болница.

5 — Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116).

6 — Приет с Декрет № 18/2008 от 29 януари 2008 г.

7. Serviço de Utilização Comum dos Hospitais ([Служба за общо ползване към болниците], наричана по-нататък „SUCH“), втори жалбоподател по делото пред запитващата юрисдикция, е сдружение с нестопанска цел, учредено с Декрет № 46.668 от 24 ноември 1965 г., което притежава самостоятелен устав[7]. Съгласно член 2 от устава предметът на дейност на SUCH е предоставянето на обществена услуга, като сдружението представлява средство за задоволяване на нуждите на членовете си и има за цел тяхното ефективно функциониране. Освен това SUCH подпомага осъществяването на политиката в областта на здравеопазването, като допринася в значителна степен за финансовата ефективност и стабилност на националната система на здравеопазването.

8. Съгласно член 7, параграф 1 от устава на SUCH негови членове могат да бъдат единствено образувания от публичния или социалния сектор, които предоставят здравни грижи или които извършват дейности по предоставянето на здравни грижи и по превенция и опазване на здравето. Съгласно параграф 2 от същия член SUCH трябва да гарантира, че мнозинството от гласовете в общото събрание принадлежи на лица, по отношение на които членът на правителството, отговарящ за здравеопазването, упражнява ръководство, контрол и надзор. Към момента на настъпване на релевантните по делото факти SUCH има 88 членове, сред които CHS и 23 частни института за социална солидарност, всички с нестопанска цел, 20 от които благотворителни (Misericórdias).

9. Съгласно член 3 от устава ръководството, контролът и надзорът по отношение на SUCH се упражняват от члена на правителството, отговарящ за здравеопазването, който има компетентност за назначаването на председателя и заместник-председателя на управителния съвет; за одобряването на решенията на общото събрание във връзка със сключването на заеми, които водят до равнище на нетна задлъжнялост, равно или надвишаващо 75 % от собствения му капитал, установен през предходната отчетна година; за изменението на устава и прекратяването на SUCH.

10. Съгласно член 5, параграф 3 от устава SUCH може да предоставя услуги на публичноправни образувания, които не са негови членове, или на национални или чуждестранни частни образувания при условията на конкуренция, стига това да не е във вреда на членовете му, а да е от полза за SUCH и за членовете му било от икономическа гледна точка, било от гледна точка на технологичната валоризация. В параграф 4 от същия член се уточнява, че SUCH трябва да гарантира, че поне 80 % от дейността му е в полза на неговите членове.

11. На 27 юли 2011 г. CHS сключва договор със SUCH с предмет доставка от страна на сдружението на храна за пациентите и персонала на CHS. Договорът е сключен за срок от пет години с възможност за подновяване и предвижда заплащането на цена от 1 295 289 EUR на годишна база, като общата цена за петгодишния срок на договора възлиза на 6 476 445 EUR. Доставката на услугите, които са предмет на договора, е възложена пряко от CHS на SUCH, без да се прибягва до процедурите по възлагане на обществени поръчки, предвидени в Директива 2004/18, тъй като според страните по договора същият се причислява към вътрешните отношения, които съществуват между SUCH и членуващите в него болници, сред които е и CHS.

12. Като счита, че прякото възлагане от страна на SUCH на доставката на услугите, предмет на сключения с CHS договор, е незаконосъобразно, тъй като е извършено без провеждането на процедура по възлагане на обществена поръчка и следователно е в нарушение на националната и европейската нормативна уредба в областта на обществените поръчки, Eurest (Португалия) — Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (наричано по-нататък „Eurest“), дружество, което предоставя същите услуги като тези, които са предмет на договора, както и страна по договор с

7 — Уставът на SUCH е променян многократно във времето. Текстът, който е в сила към момента на релевантната за делото фактическа обстановка, е приетият през октомври 2010 г.

CHS за доставката на храни, прекратен вследствие на сключването на договор между CHS и SUCH, подава жалба пред Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. В жалбата си Eurest иска, от една страна, отмяна на решението на управителния съвет на CHS за прекратяване на договора му с въпросната болница и от друга страна, отмяна на сключения между CHS и SUCH договор.

13. С решение от 30 януари 2012 г. Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada уважава жалбата и обявява за недействителен договора, сключен между CHS и SUCH. Посочената юрисдикция приема, че не е доказано изпълнението на условията за прилагане на изключението, предвидено в член 5, параграф 2 от кодекса за обществени поръчки, и че поради това за възлагането на предвидените в договора услуги е необходимо провеждане на процедура по възлагане на обществена поръчка. CHS и SUCH обжалват първоинстанционното решение пред Tribunal Central Administrativo do Sul, който с решение от 26 април 2012 г. отхвърля техните жалби. Както CHS, така и SUCH подават жалби срещу това решение пред Supremo Tribunal Administrativo, запитващата юрисдикция.

14. Преди всичко запитващата юрисдикция отбелязва, че не се оспорва фактът, че болница като CHS, като публичноправно юридическо лице, представлява възлагащ орган. Не се поставя под въпрос и фактът, че сключеният от нея договор със SUCH, юридически самостоятелно лице, представлява обществена поръчка за предоставяне на услуги. Запитващата юрисдикция посочва също така, че за да може тази обществена поръчка да бъде обект на вътрешно възлагане, е необходимо да бъдат изпълнени двете условия, предвидени в член 5, параграф 2 от кодекса за обществени поръчки, възпроизведен в точка 5 по-горе, с който се кодифицира съдебната практика по дело Teckal.

15. По-специално по отношение на първото условие, т.е. наличието на „аналогичен контрол“, запитващата юрисдикция посочва, че поради особения правен характер на SUCH, чиито членове включват и частни организации с предмет социална солидарност, възникват някои нови въпроси във връзка с практиката на Съда, според която участието, макар и миноритарно, на частно предприятие в капитала на дружество при всички случаи изключва възможността за наличието на такъв вид контрол [8], и по-специално във връзка с факта, че правото на Съюза предвижда, че за да се приеме, че е налице предприятие, не е необходимо въпросното образувание да е със стопанска цел. Освен това, като се позовава на решение, с което Сметната палата на Португалия не одобрява договора по делото и чиито мотиви са възприети в обжалваното решение, запитващата юрисдикция си задава въпроса дали изискването за аналогичен контрол може да бъде изпълнено в конкретния случай предвид броя на членовете на SUCH, които не са публичноправни образувания, неговата голяма самостоятелност и независимост по отношение на публичните органи, конкретния начин на функциониране на SUCH, и по-специално неговия управителен съвет, както и неговите размери и сложна структура.

16. По отношение на второто условие, необходимо за прилагането на изключението за вътрешното възлагане, запитващата юрисдикция си задава въпроса дали то може да бъде изпълнено, при положение че съгласно устава на SUCH сдружението може да реализира 20 % от собствения си оборот, като предоставя услуги в условията на конкуренция на трети лица, различни от членовете му.

8 — Вж. Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau, посочено по-горе, точки 49 и 50.

17. С оглед на тези съображения с определение за преюдициално запитване от 6 ноември 2012 г. запитващата юрисдикция счита за необходимо да спре висящото производство, за да отправи до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Съвместимо ли е с общностната съдебна практика относно „in house“ възлагането обществена болница да възложи, без да спазва законоустановената процедура за сключване на съответния договор, на сдружение с нестопанска цел — в което тя членува и което има за предмет предоставянето на обществена услуга в областта на здравеопазването и за цел повишаване на ефикасността и ефективността на членовете си — предоставянето на услугата по доставка на болнична храна, за което отговаря болницата, и по този начин да прехвърли на сдружението своите функции в тази област, при положение че съгласно устава на сдружението в него могат да членуват и образувания, които не са от публичния, а от социалния сектор, и че към момента на възлагането двадесет и трима от осемдесет и осемте членове са частни институции за социална солидарност от социалния сектор, някои от които са благотворителни?

2) Може ли да се счита, че изпълнителят е подчинен във връзка с взимането на решения на своите членове, които са публичноправни образувания, така че последните упражняват заедно или поотделно контрол, аналогичен на този, който упражняват върху собствените си служби, при положение че съгласно устава му изпълнителят трябва да гарантира, че мнозинството от гласовете принадлежи на членове, по отношение на които членът на правителството, отговарящ за здравеопазването, упражнява ръководство, контрол и надзор, и че по-голямата част от членовете на управителния му съвет са публичноправни субекти?

3) Може ли в светлината на общностната съдебна практика относно „in house“ възлагането условието за „аналогичен контрол“ да се счита за изпълнено, при положение че съгласно устава му изпълнителят е подчинен на министъра, отговарящ за здравеопазването, който е компетентен да назначава председателя и заместник-председателя на управителния съвет, да одобрява решенията на общото събрание за сключване на заеми, които биха довели до нетен размер на задълженията равен на или по-голям от 75 % от собствения капитал през предходната отчетна година, да одобрява решенията за изменение на устава, решенията на общото събрание за прекратяване на изпълнителя и да се разпорежда с имуществото му при прекратяване?

4) Възможно ли е отношенията му с членовете му, които са публичноправни образувания, да се квалифицират като обикновено вътрешно или „in house“ възлагане, като се има предвид, че изпълнителят е голяма организация със сложна структура, че негови членове са повечето служби и институции на Serviço Nacional de Saúde, включително най-големите болници на страната, че има предвиден оборот от около 90 милиона евро, извършва комплексна дейност в различни сфери и при твърде високи показатели, наема над 3 300 работници и участва в две обединения със стопанска цел и в две търговски дружества?

5) Възможно ли е условието за „in house“ възлагане да се приеме за изпълнено, по-специално с оглед на изискването за „съществена цел на дейността“, поставено от член 5, параграф 2, буква b) от ССР, като се има предвид, че според устава му изпълнителят може да предоставя при условията на конкуренция услуги на частни национални или чуждестранни образувания, (i) стига това да не е във вреда на членовете му и да е от полза за тях и за изпълнителя било от икономическа гледна точка, било от гледна точка на обогатяването и валоризирането на технологиите, (ii) стига фактурираната цена на услугите от този вид да не надвишава 20 % от общия годишен оборот през предходната отчетна година?

6) В случай че отговорът на някой от горните въпроси сам по себе си не е достатъчен, за да се установи дали са изпълнени условията, предвидени в член 5, параграф 2 от CCP, позволява ли общата преценка на отговорите на всички тези въпроси в светлината на общностната съдебна практика относно „in house“ възлагането да се заключи, че е налице такова възлагане?“.

III – Производство пред Съда

18. Определението за преюдициалното запитване постъпва в Съда на 7 декември 2012 г. Писмени становища са представени от CHS, SUCH, Eurest, португалското и испанското правителство, както и от Комисията, като всички те вземат участие и в съдебното заседание, проведено на 21 ноември 2013 г.

IV – Правен анализ

19. Преди всичко е необходимо да се отбележи, че видно от определението за преюдициално запитване, не се оспорва фактът, че сключеният между CHS и SUCH договор представлява обществена поръчка, както и че по отношение на самия договор по принцип се прилага правото на ЕС в областта на обществените поръчки, и по-специално разпоредбите на Директива 2004/18[9].

20. Спорният въпрос във висящото пред запитващата юрисдикция производство обаче, с който са свързани всички преюдициални въпроси, поставени на Съда от посочената юрисдикция, се отнася до приложимостта на изключението за т.нар. вътрешно възлагане към този договор за обществена поръчка.

A– *По първия преюдициален въпрос*

21. С първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска от Съда да установи дали изключението от прилагането на разпоредбите на Директива 2004/18, изведено от съдебната практика в областта на вътрешното възлагане, може да се приложи, при положение че изпълнителят е сдружение с нестопанска цел, чийто предмет на дейност е изпълнението на задачи от обществен интерес и чийто устав позволява участие на субекти не само от публичния, но и от социалния сектор, и при положение че към датата на възлагането на обществената поръчка една част, макар и миноритарна, от членовете на това сдружение не принадлежи към публичния сектор, а представлява организации от социалния сектор с нестопанска цел и по-специално извършва благотворителна дейност.

22. Този въпрос се отнася до първото от двете изисквания от Решението по дело Teckal, а именно упражняването от страна на даден възлагащ орган спрямо изпълнител на „аналогичен контрол“ на упражнявания спрямо собствените му служби[10]. Поради това е целесъобразно като встъпление да се припомни накратко обхватът на изискването за „аналогичен контрол“ в съответствие с изводите от съдебната практика.

9 — Не се оспорва това, че стойността на договора за обществена поръчка по делото пред запитващата юрисдикция, посочен в предходната точка 11, надвишава значително прага, установен в член 7, буква б) от изменената директива.

10 — Вж. точка 1 по-горе.

23. В това отношение Съдът установява, че аналогичен контрол е налице, когато изпълнителят подлежи на контрол, който позволява на възлагащия орган да влияе върху решенията му. Необходима е възможност за решаващо влияние както върху стратегическите цели, така и върху важните решения на правния субект. С други думи, възлагащият орган трябва да може да упражнява върху правния субект структурен и функционален контрол. Съдът изисква също посоченият контрол да е ефективен [11].

24. Освен това съгласно съдебната практика по отношение на правен субект, притежаван заедно от няколко публични органа, „аналогичният контрол“ може да се упражнява от тях съвместно, без да е необходимо да се упражнява от всеки един от тях поотделно [12].

25. Въпреки това съгласно установената съдебна практика участието, макар и миноритарно, на частно предприятие в капитала на дружество, в което участва и съответният възлагащ орган, при всички положения изключва възможността възлагащият орган да упражнява върху това дружество контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените му служби [13].

26. При тези обстоятелства, що се отнася по-конкретно до поставения пред Съда преюдициален въпрос, преди всичко е необходимо да се посочи, че фактът, че образуването изпълнител е учредено като сдружение с частноправно естество, ни най-малко не изключва прилагането на изключението за вътрешно възлагане [14]. Съдът вече многократно е приел прилагането на това изключение в случай на изпълнител с частноправна организационна форма, например акционерно дружество [15].

27. Що се отнася до факта, че изпълнителят по прякото възлагане е образувание с нестопанска цел, той е без значение за прилагането на изключението за вътрешно възлагане. В действителност прилагането на това изключение се основава на вътрешното отношение, което съществува между възлагащия орган и изпълнителя и поради което липсва съвпадане на две независими волеизявления, изразяващи различни законни интереси [16]. Поради тази причина не зависи нито от правно-организационната форма на изпълнителя, нито от факта, че изпълнителят е със стопанска или с нестопанска цел. Освен това от съдебната практика става ясно, че липсата на стопанска цел от страна на даден субект, и по-специално на дадено сдружение, по никакъв начин не изключва осъществяването на икономическа дейност и поради това по отношение на този субект не може да се изключи прилагането на разпоредбите на правото на Съюза в областта на обществените поръчки [17].

11 — Вж. Решение от 29 ноември 2012 г. по дело Econord (съединени дела C-182/11 и C-183/11, точка 27 и цитираната съдебна практика).

12 — Вж. Решение по дело Econord, посочено по-горе, точка 28 и цитираната съдебна практика.

13 — Вж. Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau, посочено по-горе, точка 49; Решение от 10 ноември 2005 г. по дело Комисия/Австрия (C-29/04, Recueil, стр. I-9706, точка 46), Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 31); Решение от 8 април 2008 г. по дело Комисия/Италия (C-337/05, Сборник, стр. I-02173, точка 38); Решение по дело Coditel Brabant, посочено по-горе, точка 30 и Решение по дело Sea, посочено по-горе, точка 46; Решение от 15 октомври 2009 г. по дело Acoset (C-196/08, Сборник, стр. I-09913, точка 53) и Решение от 22 декември 2010 г. по дело Mehiläinen et Terveystalo Healthcare (C-215/09, Сборник, стр. I-13749, точка 32).

14 — Вж. в този смисъл Решение по дело Sea, посочено по-горе, точка 41. В това отношение вж. също така точка 63 от заключението на генералния адвокат Stix-Hackl по дело Stadt Halle и RPL Lochau, посочено по-горе.

15 — Освен Решение по дело Sea, посочено в предходната бележка, вж. по-специално и Решение по дело ANAV, посочено по-горе, например точка 33 и Решение по дело Econord, посочено по-горе, например точки 29 и 32.

16 — В това отношение вж. по-подробно моето неотдавнашно заключение по дело Datenlotsen Informationssysteme, посочено по-горе, точка 41, където са посочени много други съдебни решения.

17 — Вж. Решение от 29 ноември 2007 г. по дело Комисия/Италия (C-119/06, Сборник, стр. I-0168, точки 37 и 41) и Решение от 23 декември 2009 г., по дело CoNISMa (C-305/08, Сборник, 2009 г., стр. I-12129, точка 45).

28. По отношение на обстоятелството, че сред членовете на изпълнителя има образувания не са само от публичния, но и от частния сектор, е необходимо да се припомни, както е посочено и в точки 2 и 25 по-горе, че в постоянната си практика Съдът посочва, че участието, макар и миноритарно, на частно предприятие в капитала на дружество, в което участва и възлагащият орган, който възнамерява да извърши вътрешното възлагане, изключва възможността възлагащият орган да упражнява върху това дружество контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените му служби.

29. Освен това, както отбелязва и самата запитваща юрисдикция, според съдебната практика упражняването на аналогичен контрол от възлагащия орган спрямо изпълнителя се изключва като възможност при наличието на частни интереси в последния под формата на участие на *частно предприятие* в *капитала* на *дружество*.

30. Въпреки това случаят със SUCH се различава от други подобни случаи, тъй като, от една страна, сдружението не е учредено в правно-огранизационната форма на дружество и следователно не разполага с капитал и от друга страна, членуващите частни образувания за социално подпомагане, които нямат публичноправен характер, не са задължително предприятия в тесен смисъл.

31. Поради това главният въпрос, поставен с първия преюдициален въпрос, се заключава точно в това — трябва ли в положение като това на SUCH да се прилага изведеният в съдебната практика принцип, според който наличието на частни интереси в изпълнителя изключва възможността възлагащият орган да упражнява спрямо него аналогичен контрол, и това да води до изключване на възможността за пряко възлагане в полза на този субект в съответствие с изключението за вътрешно възлагане?

32. В това отношение като начало искам да припомня, че Съдът многократно е постановил, че основната цел на нормативната уредба на Съюза в областта на обществените поръчки е свободното движение на стоки и услуги и отварянето за възможно най-широка конкуренция във всички държави членки [18]. Тази цел предполага задължението за всеки възлагащ орган да прилага правната уредба на Съюза в областта на обществените поръчки, при условие че са налице предвидените в нея предпоставки, и като последица от това всяко отклонение от изпълнението на това задължение трябва да се тълкува *стеснително* [19].

33. От тази гледна точка искам да отбележа, че съгласно съдебната практика има две основания, за да се приеме, че отсъства вътрешно отношение, което обосновава пряко възлагане при наличието на частни интереси в капитала на изпълнителя. От една страна, както посочва Съдът, отношението между даден публичен орган, който е възлагащ орган, и неговите служби се ръководи от съображения и нужди, свързани с осъществяването на целите от обществен интерес, докато всяко участие на частен капитал в предприятие се подчинява на съображения, свързани с частни интереси и на цели от различно естество [20].

18 — Вж. в този смисъл Решение по дело CoNISMa, посочено по-горе, точка 37 и цитираната съдебна практика, както и Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei, посочено по-горе, точка 58.

19 — Вж. по-специално Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau, посочено по-горе, точки 44 и 46, Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе, точка 63, както и Решение по дело ANAV, посочено по-горе, точка 26. В това отношение вж. също така и точка 38 от моето неотдавнашно заключение по дело Datenlotsen Informationssysteme, посочено по-горе.

20 — Вж. Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau, посочено по-горе, точка 50 и Решение по дело Комисия/Австрия, посочено по-горе, точка 47.

34. От друга страна, Съдът също така посочва, че възлагането на обществена поръчка на дружество със смесено публично-частно участие, без провеждането на процедура на конкурентен принцип, би накърнило целта за свободна конкуренция без нарушения и принципа за равно третиране на заинтересованите страни по-специално поради това че подобна процедура би предоставила на частно предприятие, което участва в капитала на въпросното дружество, предимство спрямо неговите конкуренти [21].

35. Считам, че и двата извода на Съда по отношение на участието на частно предприятие в капитала на дружество могат да се приложат, въз основа на наличните по делото сведения, в ситуация като тази на SUCH.

36. В действителност, от една страна, анализът, според който частните интереси се подчиняват на съображения, различни от съображенията, свързани с обществения интерес, според мен не се свежда единствено до случаите, в които е налице частно участие в дружество. Действително няма съмнение, че участието в изпълнител на субекти като частни образувания за подпомагане на социалната солидарност съответства на логика и интереси от частно естество, каквито могат да бъдат например милосърдните или благотворителните интереси, които, макар и достойни за уважение, не съвпадат задължително с обществения интерес. Всъщност тези цели, независимо че в някои случаи, теоретично, могат да бъдат определени като цели от общ интерес, имат свои характеристики, свързани с частен интерес, например от религиозно или свързано със сдружаване естество [22], и тези характеристики, въпреки че могат да допълнят обществения интерес, не са част от него.

37. От друга страна, тъй като не е изключено сдружения с нестопанска цел, каквито са благотворителните сдружения — членове на SUCH, да могат да упражняват икономическа дейност в конкуренция с други оператори и да могат да участват в процедури за възлагане на обществени поръчки [23], прякото възлагане на обществена поръчка, като се прилага изключението за вътрешно възлагане, може да предостави и в този случай, както и в случаите с дружествата, предимство на тези оператори спрямо техните конкуренти.

38. Изводът от предходните съображения според мен е, че с оглед на действащото право [24] не може да се приеме, че възлагащ орган може да упражнява контрол, аналогичен на упражнявания спрямо собствените му служби, по отношение на сдружение с нестопанска цел, в което членуват, макар и с миноритарно участие, субекти, които не са публичноправни образувания, които са с частноправно естество и които имат частни интереси, каквито са сдруженията с нестопанска цел с предмет благотворителна дейност или социална солидарност. От това според мен следва, че прякото възлагане на договор за обществена поръчка от страна на възлагащ орган на такъв субект въз основа на изключението за вътрешно възлагане трябва да се изключи като възможност. Очевидно от компетентността на запитващата юрисдикция е да извърши необходимите проверки по случая в това отношение.

39. В този контекст според мен все пак е необходимо да се посочат още някои съображения.

21 — Вж. Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau, посочено по-горе, точка 51.

22 — Изглежда, че случаят с Misericórdias, които членуват в SUCH, е точно такъв, въпреки че за това е необходимо запитващата юрисдикция да направи необходимите проверки.

23 — Решение по дело Комисия/Италия (C-119/06, посочено по-горе, точки 37 и 41) и Решение по дело CoNISMa, посочено по-горе, точка 45.

24 — В това отношение е необходимо да се отбележи, че в последния текст на Предложение за директива на Парламента и Съвета относно обществените поръчки (Документ № 11745/13 на Съвета), което все още е в процес на обсъждане в Съвета и на което се позова Комисията на съдебното заседание, се предвижда като условие за вътрешно възлагане отсъствието на пряко частно участие в капитала на юридическото лице, по отношение на което възлагащият орган упражнява аналогичен контрол, въпреки това има изключение, предвидено от национална правна уредба, по отношение на участията, с които не се предоставя контрол или блокиране на вземането на решения и които не позволяват упражняването на решаващо влияние по отношение на това юридическо лице. Не е изключено, в случай че тази разпоредба остане в окончателния текст на новата директива, това да доведе в някои определени случаи до тълкуване, което се различава от тълкуването въз основа на действащото право.

40. На първо място, фактът, че участието, дори и миноритарно, на субект, който се състои от образувания с частни интереси, въпреки че са с нестопанска цел, не позволява да се приеме с оглед на действащото право, че е налице вътрешно отношение между един или повече възлагащи органа и този субект, в никакъв случай не означава, че естеството и целите на образуванията за солидарност, доброволчество и благотворителност не могат да бъдат взети предвид в областта на правото на обществените поръчки. В това отношение не мога да не отбележа, от една страна, че солидарността изрично е посочена в член 2 от ДЕС като една от ценностите, които представляват отличителните черти на модела за европейско общество в съответствие с духа на Договорите [25]. От друга страна и в този ред на мисли, трябва да се констатира, че съображенията, свързани със социални аспекти и солидарност, не са необичайни за нормативната уредба в областта на обществените поръчки, както може да се заключи например от разпоредбите на член 26 от Директива 2004/18, който предвижда, че условията за изпълнение на обществена поръчка могат да са насочени към социалната сфера [26].

41. На второ място, необходимо е да се отбележи, че фактът, че уставът на сдружението с нестопанска цел, което е изпълнител на обществена поръчка, предвижда негови членове да могат да бъдат субекти не само от публичния, но и от частния сектор, не може сам по себе си да означава, че не е налице вътрешно отношение, в случай че към момента на възлагане на обществената поръчка в това сдружение се включват единствено публични органи. В действителност, да се приеме, че самата възможност, предвидена в устава, за участие на частни субекти в сдружение може безкрайно да създава несигурност по отношение на преценката дали характерът му е изцяло публичноправен или не, не е в съответствие с принципа на правната сигурност. Следователно, в случай че към момента на възлагане на обществената поръчка членовете на въпросното сдружение са единствено публични органи, предоставянето на възможност за участие на частни субекти в сдружението може да бъде взето предвид само ако към този момент има конкретни изгледи това да стане в краткосрочен план. Възможността частни лица да участват в дадено сдружение сама по себе си не е достатъчна, за да се заключи, че не е изпълнено свързаното с аналогичен контрол от страна на публичния орган условие [27].

42. В противен случай, ако обществена поръчка се възложи на сдружение, в което всички членове са публични органи, без да се провежда процедура за възлагане, обстоятелството, че впоследствие, но задължително в срока на действие на договора за поръчка, е допуснато участие на частни лица като членове на това сдружение, би представлявало промяна на съществено условие на обществената поръчка, което изисква провеждането на процедура за нейното възлагане [28].

43. От горепосочените съображение според мен става ясно, че на първия преюдициален въпрос, отправен от запитващата юрисдикция, е необходимо да се отговори в смисъл, че изключението от прилагането на нормативната уредба на Съюза в областта на обществените поръчки, предвидено за вътрешното възлагане, не може да се приложи, при положение че изпълнителят, на когото възлагащият орган възнамерява да възложи пряко обществената поръчка без провеждането на процедура за възлагане на обществена поръчка, е частноправно образувание, в което членуват, макар и с миноритарно участие, субекти, които имат частни интереси.

25 — От тази гледна точка може да се отбележи, че Съдът приема свободата на преценка на държавите членки точно по отношение на организацията на системата за социално подпомагане, като признава правото им да допускат частни оператори в тази система само при условие че те са с нестопанска цел. Вж. Решение от 17 юни 1997 г. по дело Sodemare и др./Regione Lombardia (C-70/95, Receuil, стр. I-03395, точка 32).

26 — Вж. в това отношение съображение 46 от директивата.

27 — Вж. в този смисъл точки 49, 50 и 51 от Решение по дело Sea, посочено по-горе.

28 — Вж. в този смисъл Решение по дело Sea, посочено по-горе, точка 53.

Б– *По втория и третия преюдициален въпрос*

44. С втория и третия преюдициален въпрос, които според мен могат да бъдат разгледани съвместно, запитващата юрисдикция иска да се установи дали е налице аналогичен контрол спрямо изпълнител при наличието на някои разпоредби в неговия устав, с които се предоставят определени правомощия в установените по устав органи на негови членове с публичноправно естество или на ресорния член на правителството.

45. По-специално с втория преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска от Съда да установи дали е налице аналогичен контрол, упражняван поотделно или съвместно, спрямо изпълнител от страна на неговите членове публичноправни субекти, в случай че съгласно устава си той трябва да гарантира, че мнозинството от гласовете в общото събрание принадлежи на членове, по отношение на които членът на правителството, отговарящ за здравеопазването, упражнява ръководство, контрол и надзор, както и че по-голямата част от членовете на управителния му съвет са публичноправни субекти.

46. С третия преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали е налице аналогичен контрол, в случай че изпълнителят съгласно устава си е подчинен на правомощията по надзор, упражняван от члена на правителството, отговарящ за здравеопазването, който има компетентност за назначаването на председателя и заместник-председателя на управителния съвет, както и за одобряването на определени решения на общото събрание, предвидени в член 3 от устава на SUCH[29].

47. От отговора на първия преюдициален въпрос става ясно, че се изключва възможността възлагащ орган да може да упражнява спрямо субект изпълнител аналогичен контрол на упражнявания спрямо собствените му служби, когато в този субект участват, макар и миноритарно, образувания, които имат частни интереси. Според мен пряко следствие от тази констатация, която е израз на стеснителното тълкуване по отношение на изключението съгласно посочената в точка 32 съдебна практика, е фактът, че не може участието в субект изпълнител на образувания с частни интереси да бъде поправено евентуално посредством разпоредби в устава му, с които се предоставят определени правомощия за контрол и надзор на останалите му публичноправни членове или на ресорния член на правителството. Според мен от това следва, че както на втория, така и на третия преюдициален въпрос трябва се отговори отрицателно.

48. Освен това отбелязвам също така, че фактът, че изпълнителят е подчинен на пряк[30] или непряк[31] надзор от страна на ресорния член на правителството, не означава непременно, че възлагащите органи упражняват, поотделно или съвместно, спрямо изпълнителя аналогичен контрол на упражнявания спрямо собствените си служби.

49. Всъщност е вярно, че правомощието за контрол спрямо органите, които по устав отговарят за вземането на решения, може, в зависимост от обстоятелствата на конкретния случай, да се счита за един от елементите, който позволява на възлагащите органи, които разполагат с него, да упражняват спрямо този изпълнител аналогичен контрол на упражнявания спрямо собствените им служби[32]. Хипотетично е вярно също така, че при определени конкретни

29 — Вж. точка 9 по-горе.

30 — Както в случая с разпоредбата от устава във връзка с третия преюдициален въпрос, т.е. член 3 от устава на SUCH.

31 — Както в случая с разпоредбата от устава във връзка с втория преюдициален въпрос, т.е. член 7, параграф 2 от Устава на SUCH.

32 — Вж. Решение по дело Sea, посочено по-горе, точка 89; в този смисъл също и Решение по дело Coditel Brabant, посочено по-горе, точка 34; вж. също така и точка 69 от Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе.

обстоятелства в даден случай[33] правомощията за контрол и надзор, възложени на публични органи, които от своя страна упражняват контрол спрямо изпълнителя, могат да допринесат за ограничаване на самостоятелната воля на последния, така че да може да се приеме наличието на аналогичен контрол, упражняван от въпросните възлагащи органи спрямо него.

50. Въпреки тези съображения наличието на аналогичен контрол трябва да се констатира по-специално по отношение на възлагащите органи, които трябва да го упражняват спрямо субекта, на когото желаят пряко да възложат обществената поръчка, а не по отношение на държавата посредством ресорния член на правителството.

51. С оглед на предходните съображения считам, че на втория и третия преюдициален въпрос трябва да се отговори в смисъл, че в случай на участие, макар и миноритарно, в даден субект на образувания с частни интереси разпоредби от устава на този субект, с които се предоставят определени правомощия за контрол или надзор на останалите публичноправни членове или на ресорния член на правителството, не позволяват да се приеме, че е налице аналогичен контрол спрямо този субект, обосноваващ прилагането на изключението за вътрешно възлагане.

B– *По четвъртия преюдициален въпрос*

52. С четвъртия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска от Съда да установи дали големият размер и сложната структура на изпълнителя, който развива дейност на цялата територия на страната, позволяват неговите отношения с членовете му, които са публичноправни образувания, да бъдат квалифицирани като вътрешни отношения и с това да се обоснове прякото възлагане на обществена поръчка.

53. Този преюдициален въпрос, както и предишните три, също се отнася до първото изискване от Решението по дело Teckal, т.е. наличието на аналогичен контрол. В преходната точка 23 припомних обхвата на това изискване, както то е изведено в съдебната практика, т.е. като форма на структурен, функционален и ефективен контрол. От друга страна, в предходната точка 27 припомних, че съгласно съдебната практика прилагането на изключението за вътрешно възлагане се основава на отсъствието на самостоятелност на изпълнителя.

54. При тези предпоставки става ясно, че големият размер и сложната структура на дадено образувание сами по себе си не представляват елемент, който позволява да се направи извод, че възлагащият орган упражнява ефективно структурен и функционален контрол спрямо субекта, и следователно да се квалифицира съществуващото между тях отношение като аналогичен контрол по смисъла на съдебната практика.

55. Въпреки това горепосоченото не означава, че тези аспекти не са от значение за анализа относно това дали е налице аналогичен контрол. В действителност големият размер и сложната структура на дадено образувание според мен могат да бъдат показателни и в рамките на една всеобхватна оценка на всички обстоятелства по конкретния случай могат да допринесат за извода, че това образувание разполага с такава самостоятелност, че да се изключи наличието на аналогичен контрол. Поради това считам, че на четвъртия преюдициален въпрос трябва да се отговори в този смисъл.

33 — При който все пак няма участие на частни интереси в субекта изпълнител.

Г– *По петия преюдициален въпрос*

56. С петия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска от Съда да установи дали изключението за вътрешно възлагане може да се приложи, ако изпълнител съгласно устава си може да предоставя при условията на конкуренция услуги на публичноправни образувания, които не членуват в него, както и на частни образувания, при условие че, на първо място, това не е във вреда на членовете му, а е от полза за тях и за изпълнителя, и на второ място, фактурираната цена на услугите от този вид не надвишава 20 % от общия годишен оборот през предходната отчетна година.

57. Докато първите четири преюдициални въпроса се отнасят до първото изискване от Решението по дело Teckal, т.е. наличието на аналогичен контрол, то петият преюдициален въпрос се отнася до второто изискване за прилагането на изключението за вътрешно възлагане, т.е. условието, според което изпълнителят трябва да извършва основната част от дейността си с възлагащия орган или възлагащите органи, който или които упражнява(т) контрол върху него.

58. В това отношение е необходимо да се припомни, че Съдът посочва, че това второ условие има за цел да гарантира по-специално, че нормативната уредба в областта на обществените поръчки се прилага и в случаите, когато субект, контролиран от едно или повече образувания, развива активна пазарна дейност и поради това може да бъде в конкуренция с други предприятия. В действителност Съдът отбелязва, че дадено предприятие не е непременно лишено от свобода на действие единствено поради факта че отнасящите се до него решения се вземат от публичното образувание, което го притежава, ако предприятието все пак може да упражнява съществена част от икономическата си дейност с други икономически оператори[34].

59. Съдът посочва също така, че въпросният субект извършва основната част от дейността си с органа или органите, който или които го притежава(т), единствено ако *съществената* и *основната* част от неговата дейност е предназначена изключително за въпросния орган (или въпросните органи) и ако поради това всяка друга дейност има *страничен* характер[35]. В случай че различни възлагащи органи упражняват аналогичен контрол спрямо субекта, дейността, която трябва да се вземе предвид, е извършваната от въпросния субект дейност с всички възлагащи органи[36].

60. Освен това в Решението по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales[37], без да се засягат необходимите проверки, които трябва да бъдат направени от запитващата юрисдикция, Съдът приема, че това условие е изпълнено, в случай че изпълнителят извършва с публичните органи и учреждения, които го притежават, средно приблизително 90 % от дейността си[38].

61. Като се има предвид горепосоченото, що се отнася преди всичко до предвидената в устава възможност за разглеждания изпълнител да предоставя услуги при условията на конкуренция на трети лица единствено при условие че това не е във вреда на членовете му, а е от полза за тях и за изпълнителя, считам, че доколкото това условие представлява ограничение за упражняването от страна на този субект на дейности при условията на свободна конкуренция, то не може да съставлява пречка за прилагането на второто условие от Решение по дело Teckal.

34 — Вж. Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei, посочено по-горе, точки 60 и 61.

35 — Същото решение, точки 62 и 63 (курсивът е добавен от мен).

36 — Същото решение, точки 70 и 71.

37 — Решение по дело Asemfo, посочено по-горе.

38 — Същото решение, точка 63.

62. От по-голямо значение обаче изглежда въпросът, с който се цели да се определи дали това условие е изпълнено, когато изпълнителят реализира 20 % от общия си годишен оборот с публичноправни образувания, които не членуват в него, както и с частни образувания, т.е. в полза на трети лица. В това отношение считам, че трябва, както се изисква и от посочената в точка 32 по-горе съдебна практика, да се възприеме подход на стеснително тълкуване на въпросното изключение. От тази гледна точка в ситуация, при която изпълнителят извършва при условията на свободна конкуренция, а не за органите, които го притежават, 20 % от дейността си, считам, че не може да се приеме, съгласно изискването, посочено в точка 59 по-горе, че той извършва *съществена и основна* част от своята дейност изключително за органите, които го контролират, и поради това всяка друга негова дейност има *страничен* характер. В действителност една пета от цялостната дейност на даден субект според мен не може да бъде определена, макар и само от количествена гледна точка, като *странична* дейност.

63. Поради това считам, че с оглед на действащото право [39] е необходимо да се отговори на петия преюдициален въпрос в смисъл, че изключението за вътрешно възлагане не може да се приложи, при положение че съгласно устава си изпълнител може да предоставя при условията на конкуренция услуги в полза на нечленуващи публичноправни образувания и частни организации в размер, който представлява до 20 % от общия му годишен оборот през предходната отчетна година.

Д– *По шестия преюдициален въпрос*

64. На шестия преюдициален въпрос, поставен от запитващата юрисдикция, е необходимо да се отговори единствено в случай че отговорът на някой от горните въпроси сам по себе си не е достатъчен, за да се установи дали са изпълнени условията за прилагане на изключението за вътрешно възлагане. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали общата преценка на отговорите на всички тези въпроси позволява да се заключи, че това изключение може да се приложи за случай като разглеждания от нея.

65. С оглед на отговорите на първите пет преюдициални въпроса считам, че ако Съдът се придържа към предложения от мен подход, може да се въздържи от отговор на този въпрос. В действителност от отговорите на тези въпроси, по-специално на първия и на петия преюдициален въпрос, става ясно, че в случай като разглеждания от запитващата юрисдикция въпросното изключение, с оглед на действащото право [40], не може да се приложи, независимо от евентуалната обща преценка на отговорите на тези въпроси. Поради това предлагам на Съда да не отговаря на този преюдициален въпрос.

V – Заключение

66. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Supremo Tribunal Administrativo преюдициални въпроси както следва:

Изключението от прилагането на нормативната уредба на Съюза в областта на обществените поръчки, предвидено по отношение на вътрешното възлагане, не може да се приложи, при положение че изпълнителят, на когото възлагащият орган възнамерява пряко да възложи

39 — В действителност е необходимо да се отбележи, че в последния текст на Предложение за директива на Парламента и Съвета относно обществените поръчки, посочено в бележка под линия 24 по-горе, изрично се предвижда изключението за вътрешно възлагане да може да се прилага, при условие че 80 % от дейността на изпълнителя се извършва с изпълнителя или изпълнителите, който или които го контролира(т) (вж. член 11, параграф 1, буква б). Очевидно е, че в случай че този праг бъде окончателно установен в директивата, това би било отражение на избора на законодателя, с който ще се промени действащото право. Според мен обаче това не играе никаква роля при тълкуването на действащото право.

40 — Вж. бележки под линия 24 и 38 по-горе.

обществена поръчка без провеждането на процедура за обществена поръчка, е частноправно образувание, в което членуват, макар и с миноритарно участие, субекти, които имат частни интереси. В този случай наличието в устава на изпълнителя на разпоредби, с които се предоставят определени правомощия за контрол или надзор на останалите публичноправни членове или на ресорния член на правителството, не позволяват да се приеме, че е налице аналогичен контрол спрямо този субект, обосноваващ прилагането на изключението за вътрешно възлагане.

Големият размер и сложната структура на дадено образувание могат да бъдат показателни и в рамките на една всеобхватна оценка на всички обстоятелства по конкретния случай могат да допринесат за извода, че това образувание разполага с такава самостоятелност, че да се изключи наличието на аналогичен контрол.

Изключението за вътрешно възлагане не може да се приложи, при положение че съгласно устава си изпълнител може да предоставя при условията на конкуренция услуги в полза на нечленуващи публичноправни образувания или на частни образувания в размер, който представлява до 20 % от общия му годишен оборот през предходната отчетна година.