ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н P. MENGOZZI

представено на 17 ноември 2009 година[1]

1. Настоящото дело, което се основава на серия от преюдициални въпроси, отправени от Oberlandesgericht Düsseldorf, дава възможност на Съда да разгледа още веднъж въпроса за разграничението между обществените поръчки за строителство и осъществяваната от публичноправните органи дейност по регламентиране на градоустройството.

2. По-конкретно в основата на делото, с което е сезирана запитващата юрисдикция, стои продажбата на земя от публичноправен орган на частен субект. Обикновено такова положение може да породи съмнения относно наличието на държавна помощ[2]. В настоящия случай обаче не изглежда да са изразени такива съмнения. Напротив, спецификата на настоящия случай се състои във факта, че публичноправният орган е решил да прехвърли земята на оферента, който според общинските власти, разполагащи с правомощия в областта на териториалното устройство, е показал, че има най-добрите и интересни планове за използване и застрояване на земята. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали в този контекст трябва да се приложат разпоредбите относно обществените поръчки, и по-специално тези в областта на концесии за строителство.

I — Правна уредба

3. Разпоредбите, относно които е призован да се произнесе Съдът, се съдържат в Директива 2004/18/ЕО[3] (наричана по-нататък „Директивата“).

1 — Език на оригиналния текст: италиански.

2 — Очевидно е, че държавна помощ е налице, когато публичен недвижим имот се прехвърля на цена, която е по-ниска от пазарната. Вж. в това отношение по-специално Съобщение на Комисията относно елементите на държавна помощ при продажба на земя и сгради от публични органи (ОВ C 209, 1997 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3,стр. 56).

3 — 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 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282).

4. Член 1 от Директивата предвижда:

„За целите на настоящата директива се прилагат определенията в параграфи от 2—15“.

2. а) „Обществени 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) „Обществени поръчки за строителство“ са обществени поръчки с обект изпълнение или проектиране и изпълнение на строителни работи, свързани с една от дейностите по смисъла на приложение I, или строеж, или извършване, независимо с какви средства, на строеж, отговарящ на изискванията на възлагащия орган. „Строеж“ е резултатът от строителство, който е достатъчен сам по себе си да изпълнява икономическа или техническа функция.

[…]

3. „Концесия за строителство“ представлява договор от същия вид като обществените поръчки за строителство с изключение на факта, че насрещната престация за строителството, което трябва да се извърши, се състои или единствено в право да се експлоатира строежът, или в това право заедно с плащане.

II — Факти, спор по главното производство и преюдициални въпроси

5. През октомври 2006 г. чрез съобщения в интернет и пресата Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (федерална агенция за управление на публичните недвижими имоти, наричана по-нататък „Bundesanstalt“) обявява, че възнамерява да продаде земя от около 24 хектара в община Wildeshausen. Земята е била заета по-конкретно от казарма, чието предназначение е било променено през първите месеци на 2007 г.

6. В публикуваното от Bundesanstalt съобщение се уточнява, че допустимото използване на терена следва да бъде съгласувано с община Wildeshausen.

7. През май 2007 г. поръчана от Bundesanstalt експертиза оценява стойността на терена на 2,33 милиона евро.

8. Още през ноември 2006 г. дружеството Helmut Müller GmbH (наричано по-нататък „Helmut Müller“) е представило оферта за закупуване на земята на цена от 4 милиона евро, като обаче обвързва офертата с условието устройственият план за тази зона да бъде съобразен с неговите проекти. Това предложение не е прието.

9. През януари 2007 г. Bundesanstalt кани евентуалните заинтересовани лица да подадат оферта за земята без предварително определен устройствен план. В този контекст Helmut Müller прави оферта за закупуване от 1 милион евро. Друго дружество — Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (наричано по-нататък „GSSI“), обаче прави оферта от 2,5 милиона евро.

10. Впоследствие община Wildeshausen иска от оферентите да представят собствените си проекти за използването на въпросната зона. Тези проекти са обсъдени с общината в присъствието и на Bundesanstalt. На 24 май 2007 г. общинският съвет на Wildeshausen отдава предпочитание на проекта на GSSI, изразявайки готовност да започне процедура по изготвянето на застроителен план въз основа на този проект. В решението на общинския съвет обаче изрично се посочва, че това предпочитание не следва да се счита за обвързващо по отношение на правомощията на общината в областта на градоустройството, които общинският съвет си запазва правото да упражнява свободно.

11. На 6 юни 2007 г. Bundesanstalt продава земята на GSSI. Договорът за продажба по никакъв начин не указва бъдещото предназначение на прехвърления терен.

12. Продажбата на земята е оспорена пред националните съдилища от Helmut Müller, което поддържа по-специално, че тази продажба трябвало да бъде извършена въз основа на нормите в областта на обществените поръчки.

13. Сезирана със спора, запитващата юрисдикция отправя следните преюдициални въпроси:

„1) Понятието за обществена поръчка за строителство по член 1, параграф 2, буква б) от [Директива 2004/18] изисква ли строителните работи да се извършват фактически или физически

за възлагащия орган и в негов пряк икономически интерес?

2) Доколкото понятието за обществена поръчка за строителство по член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 не позволява да не се вземе предвид елементът на придобиване, може ли съгласно втората визирана в тази разпоредба хипотеза да се допусне, че такова придобиване е налице, когато строителството трябва да задоволи определена обществена цел за възлагащия орган (например във връзка с урбанистичното развитие на част от населеното място) и когато договорът предоставя на възлагащия орган правомощието да гарантира, че обществената цел ще бъде постигната и че строежът ще се реализира за тази цел?

3) В първата или във втората хипотеза по член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 понятието за обществена поръчка за строителство предполага ли изпълнителят на строителството пряко или непряко да е задължен да извърши строителните работи? Необходимо ли е изпълнението на това задължение да може да се иска по съдебен ред?

4) В третата хипотеза по член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 понятието за обществена поръчка за строителство предполага ли изпълнителят да е задължен да извърши строителните работи, или те да представляват предмета на поръчката?

5) Понятието за обществена поръчка за строителство по смисъла на третата хипотеза по член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 включва ли поръчките, чрез които — посредством уточнените от възлагащия орган изисквания — трябва да се гарантира, че подлежащият на изпълнение строеж ще се използва за определена обществена цел, и чрез които (по силата на договора) на възлагащия орган същевременно се предоставя правомощието (в негов собствен непряк интерес) да гарантира, че строежът действително може да бъде предназначен за задоволяването на определената обществена цел?

6) Може ли да се говори за „изисквания на възлагащия орган“ по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18, когато строителните работи трябва да се извършат съгласно проверени и одобрени от възлагащия орган планове?

7) Съгласно член 1, параграф 3 от Директива 2004/18 трябва ли да се приеме,

че не е налице концесия за строителство, когато концесионерът е или ще стане собственик на земята, върху която трябва да се строи, или когато концесията е предоставена за неограничен срок?

8) Намира ли Директива 2004/18 приложение (като последица от което за възлагащия орган възниква задължението да започне процедура за възлагане на поръчката), когато продажбата на земята от трето лице и възлагането на обществена поръчка за строителство настъпват по различно време, като при сключването на сделката за земята обществената поръчка за строителство все още не е била възложена, но към този момент възлагащият орган е имал намерението да възложи такава поръчка?

9) Следва ли различните, но взаимно свързани сделки за отчуждаване на земята и за възлагане на обществена поръчка за строителство да се разглеждат като едно цяло от гледна точка на правилата в областта на възлагането на обществени поръчки, когато това възлагане се е предвиждало към момента на сключването на договора за продажба на земята и заинтересованите лица съзнателно са създали тясна връзка от материална и евентуално хронологическа гледна точка между различните договори (вж. Решение от 10 ноември 2005 г. по дело Комисия/Австрия, C-29/04, Recueil, стр. I-9705)?“

III — Предварителни бележки

A — *Съдебната практика на запитващата юрисдикция*

14. За да бъдат разбрани отправените от запитващата юрисдикция преюдициални въпроси, е необходимо да се направи едно уточнение. По-специално трябва да се отбележи, както изтъква и самата национална юрисдикция в акта за преюдициално запитване, че актуалната съдебна практика на запитващата юрисдикция (Oberlandesgericht Düsseldorf) се характеризира с някои особености, които я противопоставят на по-голямата част от съдебната практика и доктрина в областта на правото относно обществените поръчки.

15. По-специално запитващата юрисдикция се ръководи от схващането, че предимно урбанистичното естество на дадена процедура по принцип не изключва приложимостта на общностните правни норми в областта на обществените поръчки. В това отношение националната юрисдикция се позовава на практиката на Съда по дело Ordine degli architetti и др.[4] и по дело Комисия/Франция[5].

16. На второ място, от съдебната практика по дело Auroux и др.[6] запитващата юрисдикция извежда принципа, че

4 — Решение от 12 юли 2001 г. (C-399/98, Recueil, стр. I-5409).

5 — Решение от 20 октомври 2005 г. (C-264/03, Recueil, стр. I-8831).

6 — Решение от 18 януари 2007 г. (C-220/05, Сборник, стр. I-385).

приложимостта на общностните норми в областта на обществените поръчки е напълно независима от обстоятелството, че възлагащият орган възнамерява да придобие собствеността върху строежите, които следва да бъдат реализирани, или дори само да ги владее и ползва. С други думи общностната правна уредба в областта на обществените поръчки може да намери приложение, независимо от това дали съществува елемент на материално придобиване на имот от възлагащия орган. По-специално търсената от възлагащия орган полза може да има и нематериален характер, като се състои например, както в настоящия случай, в постигането на определени цели, свързани с урбанистичното развитие на общинската територия[7].

17. Въз основа на тази съдебна практика разглежданата в главното производство ситуация се тълкува от запитващата юрисдикция по следния начин. На дружеството GSSI била предоставена концесия за строителство[8], към която трябвало да се приложат релевантните разпоредби от общностното право[9]. Фактът, че дружеството GSSI придобива право на собственост върху съответните имоти, не противоречало на това тълкуване, тъй като понятието „концесия“, както е определено в Директивата, не изключвало нито неограничения срок на същата, нито признаването в полза на концесионера на право на собственост върху имота, който е предмет на концесията.

18. Според запитващата юрисдикция фактът, че община Wildeshausen, макар да е изразила предпочитанията си към предложения от дружеството GSSI устройствен план, не е формално обвързана да одобри този план, не представлявало елемент, който може да постави под въпрос нейното тълкуване на събитията. В подкрепа на позицията си, че дори настъпило след възлагането на обществената поръчка събитие, ако имало решаващо значение за възлагането, може да бъде взето предвид за целите на правната преценка на съответния случай, националният съд се позовава по-специално на Решение на Съда по дело Комисия/Австрия (известно като „Mödling“)[10]. В противен случай лесно

7 — Всъщност след постановяването на акта за преюдициално запитване германското законодателство е изменено със Закона за модернизиране на правото относно обществените поръчки от 20 април 1999 г. (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I S. 790), с който се изменя член 99 от GWB (Закон за защита на конкуренцията), като между другото се уточнява, че в случай че е налице третата хипотеза от определението за обществена поръчка за строителство, е необходимо възлагащият орган да получи пряка икономическа полза. Вж. също бележка под линия 35 по-долу.

8 — Не е достатъчно ясно обаче кой субект е възложил тази концесия. Самата Комисия, която в това отношение по-скоро е склонна да приеме позицията на запитващата юрисдикция, бе принудена да признае по време на съдебното заседание, че в настоящия случай както Bundesanstalt, така и община Wildeshausen имат някои типични за тази роля характеристики, като в това отношение не е възможно да се даде предимство на една от двете.

9 — Според акта за преюдициално запитване няма съмнения относно факта, че предвидените за прилагането на Директивата прагове са далеч надхвърлени в настоящия случай. Всъщност, тъй като сама по себе си стойността на земята не надхвърля праговете, разсъжденията на националната юрисдикция са без съмнение хипотетични. От друга страна, с оглед на постоянната съдебна практика, според която по принцип националните съдилища следва да преценяват релевантността на въпросите с оглед решаването на спора, считам, че в настоящия случай Съдът трябва да отговори на въпросите на Oberlandesgericht Düsseldorf. Вж. в това отношение например Решение от 15 декември 1995 г. по дело Bosman (C-415/93, Recueil, стр. I-4921, точка 61), Решение от 7 септември 1999 г. по дело Beck и Bergdorf (C-355/97, Recueil, стр. I-4977, точка 22), Решение от 7 юни 2007 г. по дело van der Weerd и др. (C-222/05—C-225/05, Сборник, стр. I-4233, точка 22) и Решение от 17 юли 2008 г. по дело Corporación Dermoestética (C-500/06, Сборник, стр. I-5785, точка 23).

10 — Решение от 10 ноември 2005 г. (C-29/04, Recueil, стр. I-9705).

могъл да бъде засегнат полезният ефект на разпоредбите на общностното право.

19. Както отбелязах по-горе обаче, самата запитваща юрисдикция признава, че тълкуването, което дава на общностното право, в частта му, приложима към настоящия случай, съвсем не се споделя единодушно. Следователно с преюдициалните си въпроси Oberlandesgericht Düsseldorf иска от Съда да установи по същество дали това тълкуване е правилно или не.

Б — *Разликите в текста на член 1 от Директивата на различните езици*

20. В текста на член 1 от Директивата на повечето езици[11] се предвиждат три различни вида „обществена поръчка за строителство“. Става дума по-специално за:

— изпълнение, евентуално придружено от проектиране, на строителни *работи*[12] от посочените в приложение I към Директивата видове (първи вариант),

— изпълнение, евентуално придружено от проектиране, на *строеж*[13] (втори вариант),

— извършване, независимо с какви средства, на *строеж*[14], отговарящ на изискванията на възлагащия орган (трети вариант).

21. Непосредствено след това в Директивата се уточнява, че под „строеж“[15] се разбира „резултатът от строителство, който е достатъчен сам по себе си да изпълнява икономическа или техническа функция“.

22. Веднага трябва да се отбележи, че текстовете на Директивата на различни езици разкриват някои различия с определено значение.

23. Най-напред има различия, които произтичат от използването на термини, които невинаги са съгласувани в трите

11 — Не на всички обаче: например вторият посочен вариант не се среща в текста на португалски език.

12 — На немски език: „von Bauvorhaben“; на английски език: „of works“; на френски език: „travaux“; на испански език: „de obras“; на нидерландски език: „van werken“; на португалски език: „de trabalhos“; на гръцки език: „εργασιών“; на италиански език: „di lavori“.

13 — На немски език: „eines Bauwerks“; на английски език: „a work“; на френски език: „d'un ouvrage“; на испански език: „de una obra“; на нидерландски език: „van een werk“; на гръцки език: „ενός έργου“; на италиански език: „di un'opera“.

14 — На немски език: „einer Bauleistung“; на английски език: „of a work“; на френски език: „d'un ouvrage“; на испански език: „de una obra“; на нидерландски език: „van een werk“; на португалски език: „de uma obra“; на гръцки език: „ενός έργου“; на италиански език: „di un'opera“.

15 — На немски език: „Bauwerk“; на английски език: „work“; на френски език: „ouvrage“; на испански език: „obra“; на нидерландски език: „werk“; на португалски език: „obra“; на гръцки език: „έργο“; на италиански език: „opera“.

посочени варианта: това по-специално проличава, ако се разгледат термините, до които прибягват някои от текстовете на различни езици, както е посочено в бележките под линия, отнасящи се до въпросните варианти.

24. Освен това в текста на немски език са налице две други значителни различия. На първо място, в третия вариант се уточнява, че изпълнението на предвидените там дейности трябва да бъде осъществено „от трети лица“ (durch Dritte) — уточнение, което липсва в текста на останалите езици[16]. На второ място, дейността в третия вариант не е означена като „строеж“ (Bauwerk), а като „строителна дейност“ (Bauleistung), което води до това, че съгласно немския текст последващото определение за „строеж“ изглежда приложимо само към втория, но не и към третия вариант[17].

25. Наличието на горепосочените текстуални проблеми в голяма степен обезсмисля търсенето на „правилното“ тълкуване на разпоредбите посредством чисто буквален анализ, особено ако този анализ се ограничава до текста на един-единствен език. Всъщност само систематичното и телеологично тълкуване, съчетани с известна доза здрав разум при тълкуването, могат да ръководят търсенето на смисъла, който следва да се придава на разпоредбите.

IV — Правен анализ

А — *Предпоставка: понятието за обществена поръчка за строителство*

26. За да се даде възможно най-пълен отговор на отправените от запитващата юрисдикция въпроси, необходимо е в самото начало да се определят основните характеристики на една обществена поръчка за строителство.

27. Добре е най-напред да се уточни, че става дума за понятие, което спада изключително към общностното право, така че квалификацията на дадено положение въз основа на националното право на

16 — Ще отбележа обаче, както направи по-специално австрийското правителство по време на съдебното заседание, че съдържащото се в текста на немски език уточнение всъщност не прави този текст различен, а може би просто „по-специфичен“ в сравнение с текстовете на останалите езици. Всъщност, като се има предвид структурата на въпросната разпоредба, изглежда трудно, дори при позоваване на текстовете на други езици, да се открие случай, който попада в третия вариант, при който строежите не са извършени от „трето лице“. Във всеки случай трябва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика формулировката на разпоредба от общностното право на един език не би могла да служи като единствена основа за тълкуването на тази разпоредба или да ѝ бъде отдаден приоритет в това отношение спрямо текстовете на останалите езици. Вж. в това отношение Решение от 27 март 1990 г. по дело Cricket St. Thomas (C-372/88, Recueil, стр. I-1345, точка 18) и Решение от 19 април 2007 г. по дело Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, Сборник, стр. I-3225, точка 19).

17 — Тези особености на текста на немски език произтичат още от Директива 89/440/ЕИО на Съвета от 18 юли 1989 година за изменение на Директива 71/305/ЕИО относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 210,стр. 1). Директива 89/440 въвежда за първи път в общностния правен ред трояко определение за обществена поръчка за строителство.

държава членка не е релевантна в настоящия случай[18].

28. Що се отнася до предмета на поръчката, както видяхме по-горе, Директива 2004/18 разграничава три основи категории. В резюме обаче може да се каже, че по смисъла на член 1 от посочената директива в понятието за обществена поръчка за строителство се включва, от една страна, извършването на специфични строителни работи, спадащи към изброените в приложение I към Директивата видове, а от друга страна, извършването на строежи. С други думи понятието обхваща както строителна дейност, независимо от това че резултатът от строителните работи представлява имот с определен и/или завършен характер, така и дейност по изграждането, евентуално и посредством трети лица, на специфични „завършени“ имоти. Тези имоти, чийто „завършен“ характер е определен в Директивата чрез посочването, че те изпълняват „икономическа или техническа функция“, обикновено се определят като „строежи“.

29. Въпросът дали отделните специфични ситуации, които трябва да бъдат анализирани, попадат в приложното поле на Директива 2004/18, естествено трябва да бъде разглеждан във всеки отделен случай. Струва ми се обаче, че по принцип един гъвкав подход, основан не толкова върху тройната диференциация, съществуваща в текста на член 1 на повечето езици, а по-скоро върху двойната диференциация строителни работи/строеж, както бе изложено по-горе, позволява в повечето случаи да се разреши въпросът относно наличието на обективните предпоставки за прилагането на Директивата.

30. Независимо от възприетия подход, не трябва да се забравя обаче, че елементът, който характеризира всички обществени поръчки за строителство, е наличието на строителния елемент. С други думи извършваните дейности трябва да включват изграждането на имоти. Обикновената покупко-продажба на вече съществуващи имоти всъщност изрично е изключена от приложното поле на Директивата[19].

31. Самият член 1 от Директивата определя изрично други съществени характеристики на поръчката за строителство. В действителност се посочва, че поръчката за строителство е *договор*, сключен в *писмена форма*, с *определен паричен интерес*. Последната характеристика означава, че на престацията на изпълнителя съответства насрещна престация на публичноправния орган, която не е непременно

18 — Вж. Решение по дело Auroux и др., посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 40.

19 — Вж. член 16 от Директивата.

парична, но която, разбира се, е парично оценима[20].

32. Както е известно обаче, самата директива предвижда алтернатива на „типичния“ модел, при който публичноправният орган плаща (в широк смисъл, както видяхме) на изпълнителя на строеж. При алтернативния модел, който е този на концесията за строителство, „насрещната престация за строителството, което трябва да се извърши, се състои или единствено в право да се експлоатира строежът, или в това право заедно с плащане“. Според запитващата юрисдикция в настоящия случай трябва да се приложи уредбата на концесията за строителство, тъй като публичноправният орган се ограничава до това да позволи на лицето, което възнамерява да извърши определени строителни работи, да ползва изцяло в съответствие с нормите на вещното право построеното в резултат на неговата строителна дейност. Този въпрос ще бъде по-подробно обсъден по-долу, по-специално в рамките на анализа на седмия преюдициален въпрос.

33. Следващата бележка, която трябва да се направи, се отнася до целта, преследвана от публичноправните органи чрез строежите и/или строителните работи, които възнамеряват да извършат. Както се уточнява в практиката на Съда обаче, преследваната цел е ирелевантна с оглед приложимостта на нормите на Директивата[21]. Следователно от значение е единствено наличието на определените в нормативната уредба обективни предпоставки.

34. Причината, поради която общностната правна уредба не се интересува от целите, които публичноправните органи преследват във всеки конкретен случай, е, че — както подсказват съображенията на Директивата — основната цел на общностната правна уредба в областта на обществените поръчки е премахването на ограниченията на основните свободи и поощряването на ефективна конкуренция[22]. Следователно става дума за гледната точка на лица, които биха могли да бъдат заинтересовани от извършването на строителните работи: за тези лица очевидно е без значение целта, която публичноправният орган възнамерява да преследва.

35. Макар широките и амбициозни цели на Директивата да трябва да се вземат предвид при тълкуването ѝ, те все пак не трябва да водят до схващането, че въз основа на целта на тази правна уредба

20 — Например, вместо да плаща парична сума, публичноправният орган може да освободи дадено лице от заплащането на някои данъци (вж. Решение по дело Ordine degli Architetti и др., посочено по-горе в бележка под линия 4, точки 76—86).

21 — Решение от 15 януари 1998 г. по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др. (C-44/96, Recueil, стр. I-73, точка 32). Вж. също Решение от 18 ноември 2004 г. по дело Комисия/Германия (C-126/03, Recueil, стр. I-11197, точка 18) и Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau (C-26/03, Recueil, стр. I-1, точка 26).

22 — Вж. по-специално второто съображение от Директива 2004/18, както и преди това второто и десетото съображение от отменената Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199,стр. 54). Вж. също така в това отношение Решение по дело Ordine degli Architetti и др. (посочено по-горе в бележка под линия 4, точка 52) и Решение от 12 декември 2002 г. по дело Universale-Bau и др. (C-470/99, Recueil, стр. I-11617, точка 51 и цитираната съдебна практика).

нейното приложно поле може да се разширява неограничено. По-специално следва да се отбележи, че някои специфични сектори, при които Директивата не намира приложение, вече са посочени в текста ѝ: имат се предвид по-специално членове 11—16. Следователно е недопустимо едно чисто „функционално“ тълкуване на Директивата, направено единствено с оглед на основните цели на същата.

36. Всъщност от перспективата на „функционално“ тълкуване, каквото по-специално изглежда подкрепя Комисията, се поставя ключовият въпрос за определяне на критерия, въз основа на който трябва да се прилага Директивата. Самата Комисия обаче посочва, че основното ѝ опасение е, че някои лица могат да получат предимство, без преди това да са били поставени в положение на равенство с другите потенциално заинтересовани да получат такова предимство лица. В случай като настоящия предимството би се изразявало в увеличаването на стойността на земя поради факта, че публичноправният орган е разрешил извършването на някои строителни работи върху тази земя. Следователно, ако се следва тълкуването на Комисията, всяко „увеличаване на стойността“ на недвижим имот, което се дължи на дейност на публичноправните органи, би трябвало да се урежда от разпоредбите на Директивата. Очевидно е обаче, че ако се възприеме такава позиция, възниква опасността да трябва да се приеме хипотезата — колкото и абсурдна да е тя — че *всяка градоустройствена дейност* следва да се урежда от разпоредбите на Директивата: по дефиниция обаче мерките, уреждащи възможността за извършване на строителни работи, изменят дори съществено стойността на земите, за които се прилагат.

37. В действителност никой не поддържа такава крайна позиция. Трябва да се подчертае обаче, че тя представлява логичната последица от чисто функционалното тълкуване на Директивата.

38. Вярно е, че в някои области, както е известно, практиката на Съда се придържа изрично към „функционално“ тълкуване на разпоредбите на общностното право. В областта на правото относно обществените поръчки това е така, по-специално що се отнася съответно до понятията „възлагащ орган“ и „публичноправна организация“[23]. В това отношение най-напред следва да се отбележи обаче, че в тези случаи функционалното тълкуване се използва, за да се изясни обхватът на специфично понятие, а не за да се определи общо приложното поле на цялата правна уредба в областта на обществените поръчки. Освен това в посочените случаи прибягването до функционалното тълкуване има за цел главно да предотврати допускането на съществени пропуски, които биха могли да разкрият обширни възможности за злоупотреби: имам предвид например случая, в който типичната функция на публичноправна организация

23 — Вж. например Решение по дело Universale-Bau и др. (посочено по-горе в бележка под линия 22, точка 53), Решение от 13 декември 2007 г. по дело Bayerischer Rundfunk и др. (C-337/06, Сборник, стр. I-11173, точка 37) и Решение от 10 април 2008 г. по дело Ing. Aigner (C-393/06, Сборник, стр. I-2339, точка 37).

се поема в момент, последващ учредяването на дадено дружество, без изменение на неговия устав[24], или в случая, в който публичното финансиране (в конкретния случай на организация за радиоразпространение) не е извършено чрез прякото превеждане на публични средства, а чрез налагането на задължение за плащане на вноска на всички притежатели на приемник[25].

39. Следователно, струва ми се очевидно, че напротив, приложното поле на Директивата трябва да се определи чрез позоваване, на първо място, на обективните предпоставки, определени от самата директива. Това естествено не означава, че трябва да се избягват всякакви съображения от „функционален“ характер. Всъщност очевидно е, че преследваните от Директивата цели са една от основните отправни точки при тълкуването[26]: те обаче не могат да бъдат единственият критерий и не могат да заобикалят волята на законодателя при определяне на приложното поле на правната норма.

40. Сега ще пристъпя към разглеждането на преюдициалните въпроси. Поради логическата връзка между тях най-напред ще се спра на първия, втория, петия и шестия въпрос.

24 — Решение по дело Universale-Bau и др., посочено по-горе в бележка под линия 22.

25 — Решение по дело Bayerischer Rundfunk и др., посочено по-горе в бележка под линия 23. Вж. също за аналогична ситуация Решение от 11 юни 2009 г. по дело Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Сборник, стр. I-4779, точка 57).

26 — Вж. например Решение от 17 ноември 1983 г. по дело Merck (292/82, Recueil, стр. 3781, точка 12), Решение от 14 октомври 1999 г. по дело Adidas (C-223/98, Recueil, стр. I-7081, точка 23) и Решение от 7 юни 2005 г. по дело VEMW и др. (C-17/03, Recueil, стр. I-4983, точка 41).

Б — *Първият и вторият въпрос*

41. С първите два въпроса, които могат да бъдат разгледани заедно, запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали обществена поръчка за строителство по смисъла на Директива 2004/18 изисква обектът на поръчката да бъде материално придобит от публичноправния орган имот, който представлява пряк икономически интерес за последната. При положителен отговор, тоест когато — за да използвам думите на запитващата юрисдикция — не е възможно „да не се вземе предвид елементът на придобиване“, от Съда се иска да установи дали това просто да се преследва като цяло определена обществена цел, например урбанистичното развитие на общината, може да представлява такъв елемент.

1. Позиции на страните

42. Позициите, възприети от представилите становища по настоящото производство страни, покриват твърде широк спектър.

43. От една страна, германското правителство, подкрепяно по този въпрос от Bundesanstalt и до голяма степен от

австрийското правителство, твърдо поддържа, че елементът на придобиване трябва да е налице, за да може да се говори за обществена поръчка за строителство. Всъщност това правителство твърди, че не трябва да става дума непременно за материално придобиване и че дори обикновена икономическа полза за публичноправния орган може да бъде достатъчна. Това, което според германското правителство обаче не е достатъчно, е просто да се преследва като цяло определена обществена цел, както в настоящия случай. Що се отнася до Решение на Съда по дело Auroux и др. — което, както видяхме, е от ключово значение за позицията, към която клони националната юрисдикция — германското правителство отбелязва, че в делото, по което е постановено това решение, наличието на пряка икономическа полза за публичноправния орган се е подразбирало, така че Съдът не смята за нужно да съсредоточи вниманието си върху този въпрос. Това обаче в никакъв случай не трябва да се тълкува като изключване на необходимостта от изискването за икономическа полза — изискване, което, макар да не е посочено изрично от Директивата, е имплицитно заложено в нейната структура. Що се отнася до доводите за необходимостта от гарантиране на полезния ефект на Директивата и предотвратяването на опасността от злоупотреби, според германското правителство те не могат да позволят Директивата тихомълком да се прилага извън рамките на нейния естествен обхват. Евентуалната необходимост от предотвратяване на злоупотреби извън сектора на обществените поръчки трябва да бъде посрещната чрез използването на различни нормативни инструменти, но не и Директива 2004/18.

44. Диаметрално противоположна на позицията на германското правителство обаче е позицията на Комисията. По-специално, според нея единственият определящ елемент с оглед даване на отговор на запитващата юрисдикция се състои в това, че текстът на Директивата не изисква публичноправният орган да придобие каквото и да било от трето лице, за да е налице обществена поръчка за строителство. Следователно да се изисква наличието на елемента на придобиване означавало да се въведе условие, което не е предвидено в нормативната уредба.

45. Накрая, нидерландското правителство възприема междинна позиция. Според него по-специално, макар придобиването на строежа от страна на публичноправния орган да не е необходимо — с оглед и на практиката на Съда — все пак за да е налице обществена поръчка за строителство, е необходимо да съществува пряк икономически интерес за публичноправния орган. В зависимост от случая този пряк икономически интерес може да се изразява по-специално или в икономическо предимство за публичноправния орган, или в това, което нидерландското правителство определя като „икономически риск“, поет от същия орган. Според нидерландското правителство в случая, с който е сезирана запитващата юрисдикция, такъв икономически интерес не съществува или поне не личи от предоставените от националната юрисдикция данни.

2. Съображения

46. Според мен правилното тълкуване на Директива 2004/18 е някъде по средата между двете „крайни“ позиции на германското правителство и на Комисията. Освен това не споделям напълно и становището на нидерландското правителство, което по мое мнение се позовава твърде много на елемент с икономически характер при определянето на понятието за обществена поръчка за строителство.

47. Според мен, за да може да се отговори на отправените до Съда въпроси, е важно да се тръгне от начина, по който следва да се тълкува Решение по дело Auroux и др.[27] Както знаем, случаят, който е в основата на делото, по което е постановено това решение, се отнася до общински орган, който без конкурентна процедура е поверил на друг възлагащ орган реализирането на дейност по урбанистично развитие. В този контекст вторият възлагащ орган е трябвало, използвайки частично отпуснати от общината средства, да извърши различни строежи, предназначени отчасти да бъдат продадени на трети лица и отчасти да бъдат прехвърлени на общинската администрация. Съдът приема, че е налице обществена поръчка за строителство, като за тази цел счита, че е без значение дали е било предвидено първият възлагащ орган, тоест общината, да стане собственик на целия или на част от подлежащия на реализиране строеж или не[28].

48. Вярно е, както отбелязва германското правителство, че при обстоятелствата по това дело не са били налице съмнения относно това, че поне отчасти някои от строежите, които е следвало да бъдат извършени, са щели да бъдат от пряка полза за общинския орган. Също толкова вярно е обаче, че избраната от Съда широка формулировка според мен изключва необходимостта от това прякото придобиване от публичноправния орган да се разглежда като условие за обществена поръчка за строителство.

49. От друга страна, трябва обаче да бъде посочена друга характеристика на случая, разглеждан в цитираното по-горе Решение по дело Auroux и др. В този случай общинският орган е внесъл значителна парична сума и е бил пряко ангажиран заедно с втория възлагащ орган за извършването на исканите строителни работи.

50. Понятието за обществена поръчка за строителство, макар да следва да се тълкува широко, за да се избегнат евентуални злоупотреби, не може, както вече отбелязах по-горе, да се разширява неограничено[29]. Такова „функционално“ тълкуване не може напълно да пренебрегне ограниченията на приложното поле на Директивата. Всъщност, макар несъмнено да е вярно, че основната цел на директивите в областта на обществените поръчки е благоприятстването на конкуренцията между предприятията и отварянето на пазарите, вярно е също така, че — извън приложното поле на Директивата — тази цел трябва да

27 — Решение, посочено в бележка под линия 6 по-горе.

28 — Пак там, точка 47.

29 — Вж. по-горе, точка 35 и сл.

се преследва чрез използването на подходящи и различни законови инструменти, без прекомерно да се разширява обхватът на разпоредбите в областта на обществените поръчки.

51. Следователно с определена прецизност трябва да се очертаят контурите на това приложно поле, които следва да представляват абсолютни граници за прилагането на нормите на Директивата.

52. Струва ми се обаче, че разглеждането на правната норма в нейната цялост, като се има предвид и даваното ѝ до момента от Съда тълкуване, позволява да се изведе основният принцип, според който за включването на определена дейност в областта на правото относно обществените поръчки за строителство е необходимо да съществува стабилна *пряка връзка* между публичноправния орган и строителните работи или строежите, които следва да бъдат извършени. Тази връзка обикновено произтича от факта, че строителните работи или строежите се извършват по инициатива на публичноправния орган.

53. Следователно, обратно на това което твърди запитващата юрисдикция, не е достатъчна чисто нематериална и непряка полза. Също така не е достатъчен единствено фактът, че подлежащата на преценка дейност като цяло съответства на обществения интерес. Всъщност трябва да се отбележи, че в случаите, когато дейността изисква разрешение от страна на публичноправния орган (какъвто обикновено е случаят с всички строителни дейности), за да може да бъде разрешена, тази дейност очевидно трябва да съответства на обществения интерес, който представлява отправен критерий при дейността по издаване на разрешения на публичноправните органи. Съществуването по принцип на обществен интерес, който обосновава даването на разрешение за осъществяването на дейността, следователно не може да представлява решаващият критерий за определянето на случаите, които влизат в това приложно поле, поради опасността неконтролирано да се разшири приложното поле на Директивата. По-специално трябва да се има предвид, че разрешението за строеж, тоест типичният израз на правомощията на администрацията *обективно* в областта на градоустройството, по правило се свежда до премахване на ограничение за развитието на инициатива, предприета от частноправен субект, а не от публичноправния орган.

54. Считам, че да се изисква наличието на пряка връзка между публичноправния орган и строежите или строителните работи, които следва да бъдат извършени, позволява да се съчетаят противоположните по правило нужди от предотвратяване на злоупотреби, от една страна, и от избягване на неконтролирано разширяване на приложното поле на Директивата,

от друга страна. По-специално тази формулировка е в пълно съответствие с констатацията на Съда във вече неколкократно цитираното Решение по дело Auroux и др., според която нито придобиването на собственост, нито прякото използване на строежите от публичноправния орган са необходими условия за прилагането на правната уредба относно обществените поръчки. Това съдебно решение обаче не може да обоснове подход, който напълно се абстрахира от тясна връзка между публичноправните органи и строежите, които следва да бъдат извършени: според мен именно критерият за пряката връзка може да представлява подходящ израз на тази необходима връзка.

55. Тази пряка връзка очевидно може да бъде констатирана преди всичко при положения, в които публичноправният орган придобива пряко собствеността върху имота, който следва да бъде изграден. Очевидно става дума за най-типичната хипотеза и повечето от случаите, в които Директивата намира приложение, попадат в този референтен модел. Сходни с това типично положение са и положения, при които, макар публичноправният орган да не придобива собственост върху имотите, които следва да се изградят, те във всички случаи представляват пряко икономическо предимство за този орган. Може да става дума например за случаи, в които публичноправните органи придобиват върху изградените имоти право, което, макар да е различно от правото на собственост, все пак позволява, поне в определена степен, ползването на имота.

56. Втора хипотеза на пряка връзка между публичноправния орган и строежа или строителните работи, които следва да бъдат извършени, според мен може да бъде идентифицирана в случаите, когато за извършването на строежа и/или строителните работи публичноправният орган използва публични ресурси. Очевидно в по-голямата част от случаите става въпрос за положения, които попадат и в посочената в предходната точка първа хипотеза, тъй като при най-класическия модел на използване на публични ресурси за извършването на строителни работи или строежи, тоест този на обществената поръчка, публичноправните органи плащат, за да придобият собствеността върху имотите, които ще бъдат изградени. Освен това, както видяхме, публични ресурси могат да се използват и при модела на концесията, макар те да не могат да покрият цялата стойност на строежите или на строителните работи, които следва да бъдат извършени.

57. Тази втора хипотеза обаче обхваща и ситуациите, при които срещу изразходваните пари или други публични ресурси публичноправният орган не придобива собствеността върху имотите, които следва да се изградят. Както уточнява Съдът в Решение по дело Auroux и др., придобиването на собствеността всъщност не е задължителен елемент. Впрочем напълно в съответствие с изискванията за справедливост и спазване на основните принципи на Директивата изглежда това, че когато публичноправните органи възнамеряват да използват публични ресурси, изборът на лицата, които ще получат тези ресурси,

се извършва при спазване на предоставените от Директивата гаранции.

58. От само себе си се разбира, че в тази хипотеза попадат и ситуациите, при които използваните публични ресурси нямат паричен характер: имам предвид например случая, когато за извършването на строежите или строителните работи на разположение на изпълнителя или на концесионера публични земи се предоставят безвъзмездно или на цена, по-ниска от пазарната.

59. Трета и последна хипотеза на пряка връзка между публичноправния орган и строителните работи или строежите, които следва да се реализират, се отнася до случаи, при които тези строителни работи и/или строежи, извън наличието на първата и втората хипотеза, във всички случаи са резултат от инициатива на самия публичноправен орган. Такъв е по-специално случаят, когато публичноправните органи по своя инициатива започват процедура, която води до извършването на строителни работи или строежи. Именно ситуация от този вид е разглеждана от Съда в цитираното вече Решение по дело Auroux и др.[30]

60. Третата и последна хипотеза обаче изисква важно уточнение. Осъществяваната в този контекст от публичноправния орган дейност трябва да надхвърля обикновеното упражняване на правомощията, признати по принцип на този орган в областта на градоустройството. Всъщност само по този начин може да се прокара ясна разграничителна линия между дейността, която попада в приложното поле на Директивата, и „нормалната“ градоустройствена дейност, която сама по себе си не попада в това приложно поле. По-конкретно преценката относно вида на дейността, която публичноправният орган осъществява във всеки конкретен случай, трябва да бъде извършвана от националната юрисдикция индивидуално за всеки отделен случай.

61. В този контекст не може да се изключи, че дори осъществяването на някои свързани с териториалното устройство дейности може да бъде предмет на договор, който попада в приложното поле на Директивата. Това обаче изисква наличието на пряка връзка в посочения в предходните точки смисъл между публичноправния орган и строителните работи или строежите, които следва да бъда извършени. Обикновеното преследване на обществения интерес чрез прибягването до обичайните правомощия в областта на градоустройството не е достатъчно за прилагането на общностните норми в областта на поръчките и концесиите.

62. В настоящия случай естествено запитващата юрисдикция следва да прецени дали такава пряка връзка е налице или не. Ще отбележа обаче, че с оглед на предоставената на Съда от националната юрисдикция информация ми се струва, че трудно може да се приеме съществуването на пряка връзка. Всъщност, от

30 — Решение, посочено по-горе в бележка под линия 6, точка 42.

една страна, безспорно е, че в настоящия случай публичноправният орган няма да придобие никакъв имот и няма да получи никакво пряко икономическо предимство. Изглежда не е налице и нито една от другите евентуални ситуации, при които може да се констатира пряка връзка, тъй като община Wildeshausen не е предприела никаква специална инициатива за извършването на строежите, като се е ограничила до това да прецени различните проекти, които са ѝ били предоставени, нито пък е трябвало да поеме разходите за строителните работи. По същия начин тези свързващи елементи не са налице и по отношение на Bundesanstalt.

дали „изискванията на възлагащия орган“, за които се отнася посоченият вариант, могат да се състоят само в това, че публичноправният орган има правомощието да гарантира, че строителните работи или строежите, които следва да бъдат извършени, са в съответствие с обществения интерес.

65. От друга страна, с шестия въпрос от Съда се иска да установи дали посочените „изисквания на възлагащия орган“ могат всъщност да се състоят в признатото на публичноправния орган правомощие да проверява и одобрява строителните планове.

B — *Петият и шестият въпрос*

1. Доводи на страните

63. Петият и шестият преюдициален въпрос се отнасят единствено до третия „вариант“ на понятието за обществена поръчка за строителство[31] и в известна степен представляват възпроизвеждане в рамките на този вариант на проблемите, поставени в рамките на първите два въпроса, и по-специално във втория въпрос.

66. Всички представили становища страни с единственото очевидно изключение на Helmut Müller по принцип са съгласни с факта, че при ситуация като тази по главното производство не са изпълнени условията, за да е налице обществена поръчка за строителство по смисъла на третия вариант.

64. По-специално с петия въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи

67. По-специално Комисията, нидерландското и френското правителство настояват върху необходимостта от провеждането на разграничение между „активна“ роля на публичноправния орган, при която

31 — Вж. точка 20 по-горе.

последната поема инициативата за изпълнението на строежите или на строителните работи, или във всеки случай оказва решаващо влияние, и чисто „пасивна“ роля, при която функциите на публичноправните органи се свеждат до одобрение и контрол по отношение на проектите, изготвени от частноправни субекти. В тази втора хипотеза не била налице обществена поръчка, а ставало дума най-много за осъществяването от публичноправния орган на нейните обичайни функции по планиране, одобрение, контрол и т.н.

68. От своя страна германското правителство основава позицията си на довода, че за да бъде налице третият вариант на понятието за обществена поръчка за строителство, е необходимо да са изпълнени условията, които това правителство счита за необходими за наличието на един от първите два варианта, сред които по-специално условието за пряка икономическа полза за публичноправния орган.

2. Съображения

69. Изборът на запитващата юрисдикция при формулирането на въпросите си до Съда да раздели проблематиката, свързана с първите два варианта на понятието за обществена поръчка за строителство, предмет по-специално на втория въпрос, от тази, свързана с третия вариант, която е в основата на петия и шестия въпрос, произтича от желанието от буквалната формулировка на третия вариант да се изведе съществено разширяване на приложното поле на Директивата.

70. Безспорно е обаче, както Комисията уместно подчертава в своето становище, че третият вариант на понятието за обществена поръчка за строителство в действителност е бил създаден, за да се избегне заобикалянето на правната уредба чрез включването на ситуации от различно естество, които не биха могли да се определят предварително по изчерпателен начин.

71. Както отбелязах по-горе обаче, буквалната формулировка на правната уредба не може да се използва, за да се разширява нейният обхват по напълно неконтролиран начин. По-специално, ако „изискванията на възлагащия орган“ можеха да обхванат всички функции по одобрение и планиране в областта на градоустройството, с които разполагат публичноправните органи, приложното поле на Директивата би било прекомерно разширено.

72. Всъщност изложените по-горе във връзка с първите два преюдициални въпроса съображения трябва да се приложат и по отношение на третия вариант. Няма никаква причина да се счете, че при

третия вариант с оглед възможността за прилагане на Директива 2004/18 може да се изключи необходимостта от пряка връзка между публичноправния орган и строежите или строителните работи, които следва да се извършат.

Г — *Частични изводи*

73. В края на моя анализ на първия, втория, петия и шестия преюдициален въпрос предлагам Съдът да отговори на тези въпроси, като постанови, че за да е налице обществена поръчка за строителство или концесия за строителство по смисъла на Директива 2004/18, е необходимо да съществува пряка връзка между възлагащия орган и строителните работи или строежите, които следва да се извършат. Тази пряка връзка може да се изразява по-специално във факта, че построеното ще бъде придобито от публичноправния орган или че то му предоставя пряко икономическо предимство, или пък във факта, че възлагащият орган е поел инициативата за реализирането или поема поне част от разходите за него.

Д — *Третият и четвъртият въпрос*

74. С третия и четвъртия въпрос Oberlandesgericht Düsseldorf по същество иска да се установи дали при понятието за обществена поръчка за строителство е от същностно значение изпълнителят да поеме задължение да извърши строителните работи или строежа. Тези привидно необичайни въпроси се обясняват с това, че в делото, с което е сезиран националният съд, е безспорно, че с придобиването на земите техният приобретател не поема никакво задължение за извършване на строителни работи.

75. Всички представили становища страни като цяло са съгласни относно необходимостта на тези въпроси да се отговори утвърдително, без в техните позиции да се очертават съществени различия. Само дружеството Helmut Müller, жалбоподател в главното производство, по очевидни причини предлага на Съда да възприеме обратния подход на запитващата юрисдикция, според която това задължение не е необходимо.

76. Струва ми се обаче очевидно, че на тези въпроси следва да се отговори утвърдително и че задължението за извършване на строителните работи и/или строежите представлява задължителен елемент, за да може да съществува обществена поръчка за строителство или концесия за строителство.

77. На първо място и основно, това произтича от разпоредбите на самата

Директива 2004/18, която, както видяхме, определя обществената поръчка за строителство като договор с определен паричен интерес. Следователно в самата основа на понятието е заложена идеята за размяна на престации между възлагащия орган, който заплаща определена цена (или като алтернатива предоставя право на ползване), и изпълнителя, който следва да извърши строителните работи или строежите. Следователно синалагматичният характер на обществената поръчка е очевиден. Явно в противоречие с този характер би било да се приеме, че след като е постигнал да му бъде възложена поръчката, изпълнителят можа просто едностранно и без никакви последици да реши, че няма да изпълни договореното. Да се приеме обратното би означавало на изпълнителя да се признае дискреционно правомощие по отношение на изискванията и нуждите на възлагащия орган.

78. Различен и концептуално отделен въпрос, който също поставя запитващата юрисдикция, се отнася до това дали за да е налице обществена поръчка за строителство, е необходимо да може да се иска по съдебен ред изпълнението на евентуалното задължение, поето от изпълнителя по отношение на публичноправния орган. С други думи националният съд иска да се установи дали трябва да бъде предвидена възможността при липса на изпълнение възлагащият орган да действа по съдебен ред, за да задължи изпълнителя да изпълни задължението си.

79. Ако чрез тази формулировка запитващата юрисдикция възнамерява да отправи до Съда въпрос дали в областта на обществените поръчки по смисъла на Директива 2004/18 в националния правен ред непременно трябва да се предвидят механизми, чрез които изпълнителят да може да бъде задължен да извърши предвидените в договора строеж или строителни работи, струва ми се, че отговорът трябва да бъде отрицателен, тъй като в Директивата не може да бъде открито никакво указание в този смисъл.

80. Това обаче не означава, че евентуалното неизпълнение на задълженията от страна на изпълнителя може да бъде ирелевантно. Всъщност не трябва да се забравя, че — както отбелязах по-горе — една обществена поръчка за строителство е договор във всяко едно отношение, тоест правен акт, който в различните национални правни системи винаги и във всички случаи се характеризира със своя обвързващ характер. Както основателно отбелязва германското правителство в своето становище, за да може да се говори за обществена поръчка за строителство, е необходимо изпълнителят да е договорно задължен да извърши предвидената престация. Последиците от евентуално неизпълнение обаче са оставени на националното право: нищо не пречи в случай на неизпълнение от страна на изпълнителя националното право на дадена държава да предвиди например разваляне на договора, възлагане на поръчката на друг изпълнител и правото публичноправният орган да поиска от първия изпълнител обезщетение за вреди.

81. Следователно предлагам на Съда да отговори на третия и четвъртия преюдициален въпрос, като постанови, че

понятието за обществена поръчка за строителство и понятието за концесия за строителство по смисъла на Директива 2004/18 предполагат, че изпълнителят е договорно задължен по отношение на публичноправния орган за договорената престация. Последиците от евентуално неизпълнение на задълженията от изпълнителя следва да се определят от националното право.

1. Позиция на страните

83. Най-ясната позиция по въпроса е тази на германското правителство, което по принцип изключва съвместимостта на института на концесията с наличието на право на собственост. Всъщност по дефиниция концесията предполага възложителят на концесията да бъде титуляр на правата, които прехвърля на концесионера.

Е — *Седмият въпрос*

82. Със седмия въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали е налице концесия за строителство по смисъла на Директива 2004/18, когато „концесионерът“ е титуляр на право на собственост, което само по себе си му дава право да използва имота, предмет на концесията[32]. В по-общ смисъл въпросът се отнася до допустимостта според общностното право на концесия за неограничен срок.

84. От своя страна нидерландското и австрийското правителство, без да изключват напълно съвместимостта на концесията с правото на собственост, считат, че в настоящия случай ролята на публичноправния орган е била силно ограничена, за да е налице концесия. Всъщност според тези правителства за целта било необходимо публичноправните органи да предоставят на концесионера най-малкото точни указания относно строителните работи и/или строежите, които следва да бъдат извършени.

85. Само Комисията възприема по-отворена позиция. Позовавайки се по-специално на факта, че характерният елемент на концесията за строителство е това, че концесионерът носи икономическия риск, свързан с извършването на строителните работи или строежите, Комисията счита, че в настоящия случай този икономически риск може да бъде открит в несигурността за „концесионера“ относно приемането от публичноправния орган на неговите строителни проекти, за чието осъществяване е

32 — За да бъдем точни, при формулирането на въпроса запитващата юрисдикция се позовава на собствеността на *земята*, върху която следва да се извършат строителните работи или строежите. Както обаче отбелязва самият съд в мотивите на акта за преюдициално запитване, съгласно германското право правото на ползване на дадена сграда е пряка последица от правото на собственост на земята, върху която е построена сградата. Следователно истинският проблем, който стои в основата на въпроса, е именно този за отношението между концесия и право на собственост.

било необходимо най-напред да се пристъпи към възмездното придобиване на земята.

88. Според самата етимология на термина концесията е призната на даден субект възможност да ползва определен имот, върху който в противен случай не би могъл да има никакви права.

2. Съображения

86. От определена гледна точка седмият въпрос е най-проблематичният, поне по принцип. Въпросът за съвместимостта между концесия за строителство и право на собственост всъщност има значителни отражения както на теория, така и на практика.

89. При определянето на концесията за строителство Директива 2004/18 от своя страна говори само за „правото да се експлоатира строежът“, предоставено като компенсация за лицето, което го изгражда.

87. Изборът на даден публичноправен орган да прибегне до концесия за строителство може да бъде свързан с различни причини. В някои случаи това може да е желанието за използване на специфичния опит на частния сектор или за по-ефективното извършване на строителните работи. Няма съмнение обаче, че в повечето случаи изборът на концесията е свързан с изисквания от финансов характер. Всъщност използването на този институт позволява осъществяването на строежи в обществен интерес, без да се натоварва бюджетът на административно-териториалната единица[33].

90. Макар обаче това „право на експлоатация“ да може да се тълкува широко, с оглед на смисъла и структурата на въпросната правна норма ми се струва, че трябва да се изключи възможността за наличие на концесия за строителство, при която на концесионера е признато правото на собственост върху извършените строежи.

33 — Вж. относно това ratio legis тълкувателно съобщение на Комисията относно концесиите в общностното право (ОВ C 121, 2000 г., стр. 2, точка 1.2), както и поскорошното съобщение на Комисията до Европейския парламент, Съвета, Европейския икономически и социален комитет и Комитета на регионите относно публично-частното партньорство и общностното право в областта на обществените поръчки и концесиите от 15 ноември 2005 г. (COM(2005) 569 окончателен, точка 1).

91. Всъщност, на първо място, както отбелязва по-конкретно германското правителство, фактът, че в Директивата се говори за признато на концесионера право на експлоатация, изглежда логично налага,

че концесионерът не може да има върху имота по-широко право — като правото на собственост.

92. Също така това положение, освен че трудно се съчетава с формулировката на съответната норма, би лишило публичноправните органи от нещо, което ми се струва една от основните характеристики на концесията за строителство — възможността за публичноправния орган един ден да влезе във владение на построеното, евентуално дори само с цел да възложи отново правото на експлоатация върху него.

93. С други думи проблемът се поставя не толкова поради обективните характеристики на правото на собственост, свързани с възможността за ползване на имота, а поради безсрочния по принцип характер на това право. Следователно предоставеното на концесионера право на експлоатация в никакъв случай не може да бъде признато за неограничен срок независимо от правното основание, въз основа на което то може да се упражнява.

94. Освен това не трябва да се забравя също, че при типичния модел на концесия по общностното право най-важният отличителен елемент, който служи по-специално за разграничаване на концесията от обществената поръчка, се състои в това, че при концесията съществува носен от концесионера икономически риск, докато такъв риск не съществува при обществените поръчки[34]. За да признае наличието на такъв вид риск в разглеждания случай, Комисията трябва да го свърже с факта, че при упражняването на своите функции в областта на градоустройството публичноправните органи биха могли след придобиването на земята от заинтересованото лице да откажат разрешенията за строеж на проектираните строежи. Тази „непредвиденост“ обаче изглежда представлява не толкова риск, свързан с икономическата експлоатацията на строежите, колкото нормалната несигурност, в която се намира всеки частноправен субект, нуждаещ се от приемането на дискреционна мярка на публичноправния орган.

95. Освен това икономическият риск, който характеризира предвидената от Директивата концесия за строителство, явно е пряка последица и от ограничената продължителност на самата концесия. Напротив, едно безсрочно право върху имотите, които следва да се изградят, позволява по принцип да се изключи наличието на икономически риск, тъй като с течение на времето винаги е възможно

34 — Вж. Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точка 40) и Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Комисия/Италия (C-437/07, точки 29—31). Този риск не трябва непременно да е завишен, тъй като има дейности, в които той по своята същност е намален: той обаче трябва да представлява цялата или във всички случаи значителна част от риска, който би поел публичноправният орган, ако осъществяваше пряко тази дейност (Решение от 10 септември 2009 г. по дело Eurawasser, C-206/08, Сборник, стр. I-8377, точки 69—77).

да се преодолеят евентуални фази на затруднения, възникнали при тяхната експлоатация.

96. Накрая, има още един елемент, който е в полза на ограничаването във времето по принцип на концесиите по общностното право. В настоящото заключение вече бе отбелязано неколкократно, че като цяло основната цел на общностната правна уредба в областта на обществените поръчки е максималното благоприятстване на конкуренцията чрез премахване на всички ограничения на основните свободи. От тази гледна точка да се признае възможността за концесии с неограничен срок би означавало да се изключи — във вреда на конкуренцията и ефективността — възможността в бъдеще експлоатацията на строежите евентуално да се осигурява от други лица съгласно по-ефективни методи и критерии.

97. Последиците от гореизложеното са две. От една страна, по принцип не могат да се предоставят концесии за неограничен срок[35]. От друга страна, на едно лице не може да бъде предоставена концесия върху имот, на който то вече е собственик, освен ако въз основа на националното право след определен период публичноправният орган придобие върху имота право на собственост или аналогично право.

98. В заключение предлагам на Съда да отговори на седмия преюдициален въпрос, като постанови, че концесия за строителство по смисъла на Директива 2004/18 в никакъв случай не може да предвижда на концесионера да се признае безсрочно право върху имота, предмет на концесията.

Ж — *Осмият и деветият въпрос*

99. Предвид техния предмет осмият и деветият преюдициален въпрос също могат да бъдат разгледани заедно. С осмия въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали правната уредба по Директива 2004/18 трябва да се прилага още от момента, в който даден публичноправен орган, макар все още да не е решил формално да пристъпи към възлагането на обществена поръчка, прехвърля земя с намерението впоследствие да възложи свързана с нея поръчка. От своя страна

35 — Следователно, струва ми се, че е коректен и в съответствие с общностното право посоченият по-горе в бележка под линия 7 нов германски закон, който наред с другото въвежда определение за концесия за строителство, в което изрично се посочва ограниченият във времето характер на признатото на концесионера право.

деветият въпрос се отнася до възможността прехвърлянето на земята и последващото възлагане да се разглеждат като едно цяло от правна гледна точка.

100. Както се вижда, и двата въпроса се отнасят до възможността да се предотвратят евентуални злоупотреби с право, насочени към избягване на прилагането на общностните разпоредби в областта на обществените поръчки чрез прилагане на тези норми по начин, който не взема предвид типичния хронологичен ред, посочен в Директивата.

101. Трябва да се отбележи, че предвид отговорите, които предлагам да бъдат дадени на предходните преюдициални въпроси, и по-специално на седмия въпрос, вероятно е излишно на запитващата юрисдикция да се предлага разрешение относно осмия и деветия въпрос, тъй като следва да се изключи възможността за съвместимост на поръчка или концесия за строителство по смисъла на общностното право с правото на собственост, което предполагаемият изпълнител/концесионер има върху съответните имоти. За пълнота, и в случай че Съдът не сподели моя подход към предходните въпроси, ще изложа обаче накратко становището си по този въпрос.

102. От представилите становища по настоящото дело страни само Комисията изразява склонност да приеме предпочитания от запитващата юрисдикция подход. Всъщност, макар да посочва, че националните юрисдикции са тези, които трябва да преценяват всеки отделен случай, Комисията признава, че по принцип в случай като този по главното производство Директива 2004/18 може да намери приложение още от момента, в който органът реши да прехвърли земята. Всички останали страни обаче, макар и с известни нюанси, считат, че обикновеното намерение на публичноправния орган е ирелевантно.

103. Няма съмнение, че — както отбелязва самата запитваща юрисдикция — при отговора на осмия и деветия въпрос не може да се пренебрегне постановеното от Съда в Решение по дело Mödling[36]. В това дело Съдът е бил изправен пред ситуация, в която австрийска община е възложила пряко услугата по събиране на отпадъци на дружество, изцяло контролирано от същата община, която няколко дни по-късно прехвърля 49 % от това дружество на частноправен субект. В резултат Съдът приема, че при наличието на очевидна „изкуствена конструкция“[37], чийто резултат по същество се изразява в изключване на полезния ефект на директивите в областта на възлагането на поръчки, правната преценка на разглеждания случай

36 — Посочено по-горе в бележка под линия 10.
37 — Пак там, точка 40.

може да се извърши, „като се вземат предвид всички тези фази и техните цели, а не в зависимост от стриктно хронологичното им развитие“[38].

104. Струва ми се очевидно, че разсъжденията на Съда в Решение по дело Mödling се основават на два стълба. Първият, посочен изрично, е необходимостта от запазване на полезното действие на Директивата[39]. Вторият стълб, имплицитен, но по същество представляващ обратната страна на медала, е желанието за предотвратяване на злоупотребите с право.

105. Постановеното от Съда с Решение по дело Mödling със сигурност може да се генерализира и следователно позволява да се поддържа, че за да се избегнат злоупотреби с право и да се гарантира полезният ефект на общностната правна уредба в областта на обществените поръчки, два формално отделни, включително и от хронологична гледна точка, акта могат да се разглеждат като едновременно приети, дори като представляващи един-единствен правен акт.

106. Тази преценка трябва естествено да бъде направена от националния съд, който разполага с всички необходими фактически и правни елементи за тази цел. По очевидни причини обаче, свързани с необходимостта да се гарантира правната сигурност, следва да са изпълнени някои стриктни условия. По-специално между прехвърлянето на земята и възлагането на поръчката не трябва да е изтекло прекалено много време и трябва да са налице убедителни доказателства, че още към момента на прехвърляне на земята администрацията е възнамерявала да възложи поръчката. С изключение на случаите на явна злоупотреба, в които желанието да се заобиколят нормите е очевидно от самото начало, само преценка ex post може да отчете адекватно всички посочени елементи.

107. Следователно предлагам на Съда при необходимост да отговори на осмия и деветия преюдициален въпрос, като постанови, че при наличието на ясни признаци относно желанието за заобикаляне на общностните разпоредби в областта на обществените поръчки и концесиите при правната преценка на даден случай може да се счете, че представляват един-единствен правен акт двата формално отделни, включително и от хронологична гледна точка, акта на прехвърлянето на земята и на възлагането на поръчка или концесия върху същата. Националният съд следва въз основа на всички обстоятелства по делото да прецени наличието на такова намерение за заобикаляне.

38 — Пак там, точка 41.
39 — Пак там, точка 42.

V — Заключение

108. В заключение предлагам на Съда да отговори на отправените от Oberlandesgericht Düsseldorf въпроси по следния начин:

„За да е налице обществена поръчка за строителство или концесия за строителство по смисъла на 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 е необходимо да съществува пряка връзка между възлагащия орган и строителните работи или строежите, които следва да се извършат. Тази пряка връзка може да се изразява по-специално във факта, че построеното ще бъде придобито от публичноправния орган или че то му предоставя пряко икономическо предимство, или пък във факта, че възлагащият орган е поел инициативата за реализирането или поема поне част от разходите за него.

Понятието за обществена поръчка за строителство и понятието за концесия за строителство по смисъла на Директива 2004/18 предполагат, че изпълнителят е договорно задължен по отношение на публичноправния орган за договорената престация. Последиците от евентуално неизпълнение на задълженията от изпълнителя следва да се определят от националното право.

Концесия за строителство по смисъла на Директива 2004/18 в никакъв случай не може да предвижда на концесионера да се признае безсрочно право върху имота, предмет на концесията.

При наличието на ясни признаци относно желанието за заобикаляне на общностните разпоредби в областта на обществените поръчки и концесиите при правната преценка на даден случай може да се счете, че представляват единединствен правен акт двата формално отделни, включително и от хронологична гледна точка, акта на прехвърлянето на земята и на възлагането на поръчка или концесия върху същата. Националният съд следва въз основа на всички обстоятелства по делото да прецени наличието на такова намерение за заобикаляне.“