Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 9 юни 2022 година [1]

Съединени дела C-383/21 и C-384/21

Société de logement de service public (SLSP) „Sambre et Biesme“, SCRL (C-383/21)
Commune de Farciennes (C-384/21)
срещу
Société wallonne du logement

(Преюдициално запитване, отправено от Conseil d'État (Държавен съвет, действащ като Върховен административен съд, Белгия)

„Преюдициално запитване — Директива 2014/24/ЕС — Обществени поръчки — Услуги, строителство и строително предприемачество — Възлагане „in house“ — Правен субект „in house“, контролиран съвместно от няколко възлагащи органа — Приложимост на Директивата“

1. В Белгия едно дружество за обществено жилищно настаняване и една община решават да сключат рамково споразумение за обществени поръчки. Споразумението предвижда да не се обявява процедура за конкурентно възлагане за обществената поръчка за техническа помощ за изграждане на жилища и за обществената поръчка за услуги по установяване на наличието на азбест, а те да бъдат възложени пряко на трети, също публичноправен субект.

2. Органът, определен от валонското правителство да упражнява надзор над дружествата за обществено жилищно настаняване, отменя посоченото по-горе споразумение, тъй като приема, че в случая не са налице условията за пряко възлагане на обществените поръчки.

3. Всяка една от страните по споразумението обжалва неговата отмяна, тъй като счита, че прякото възлагане е съвместимо с Директива 2014/24/ЕС [2]. Спорът стига до най-висшата съдебна инстанция в административното правораздаване в Белгия, която отправя две отделни преюдициални запитвания до Съда.

[1] Език на оригиналния текст: испански.

[2] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65), изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2015/2170 на Комисията от 24 ноември 2015 г. (ОВ L 307, 2015 г., стр. 5).

I. Правна уредба. Директива 2014/24

4. Съгласно съображение 31:

„Съществува значителна правна несигурност до каква степен договорите за поръчки, сключени между субекти в публичния сектор, следва да бъдат обхванати от правилата за обществените поръчки. Съдебната практика на Съда на Европейския съюз в тази област се тълкува по различен начин от държавите членки и дори от възлагащите органи. Следователно е необходимо да се поясни в кои случаи правилата за обществените поръчки не се прилагат по отношение на договорите за поръчки, сключени в рамките на публичния сектор.

Това пояснение следва да се основава на принципите, установени в съдебната практика на Съда на Европейския съюз в тази област. Сам по себе си фактът, че и двете страни по договора са публични органи, не изключва прилагането на правилата за обществените поръчки. Прилагането на правилата за обществените поръчки обаче не следва да засяга свободата на публичните органи да изпълняват възложените им задачи за осигуряване на обществени услуги, като използват собствените си ресурси, което включва възможността за сътрудничество с други публични органи.

[…]“.

5. В съображение 33 се посочва:

„Възлагащите органи следва да могат да решат да предоставят съвместно обществени услуги посредством сътрудничество, без да са задължени да използват определена правна форма. Това сътрудничество може да обхваща всички видове дейности, свързани с изпълнението на услуги и задължения, възложени на участващите органи или поети от тях, като задължителни или доброволни задачи на местните или регионалните органи или услуги, възложени на конкретни органи съобразно публичното право. Услугите, предоставяни от различните участващи органи, не трябва непременно да бъдат еднакви; те могат и да се допълват взаимно.

Предвидените в настоящата директива правила не следва да се прилагат за договорите за съвместно предоставяне на обществени услуги, при условие че последните са сключени изключително между възлагащи органи, че осъществяването на това сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес, и че никой частен доставчик на услуги не е поставен в по-изгодна позиция в сравнение с конкурентите си.

За да отговаря на тези условия, сътрудничеството следва да се основава на концепция за сътрудничество. Това сътрудничество не налага всички участващи органи да поемат изпълнението на основните договорни задължения, ако съществува ангажимент за оказване на принос към съвместното изпълнение на съответната обществена услуга. Освен това осъществяването на сътрудничеството, включително финансовите трансфери между участващите възлагащи органи, следва да се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес“.

6. Член 12 („Обществени поръчки между субекти в публичния сектор“) гласи:

„1. Обществена поръчка, която се възлага от възлагащ орган на частноправно или публичноправно юридическо лице, попада извън обхвата на настоящата директива, когато са изпълнени всички условия по-долу:

а) възлагащият орган упражнява върху съответното юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена;

б) повече от 80 % от дейността на контролираното юридическо лице се извършва при изпълнението на задачи, възложени му от контролиращия възлагащ орган или от други юридически лица, контролирани от същия възлагащ орган; и

в) в контролираното юридическо лице няма пряко частно капиталово участие, с изключение на форми на частно капиталово участие, които не са свързани с контролни или блокиращи правомощия, които се изискват от разпоредби на националното законодателство в съответствие с Договорите и които не оказват решаващо влияние върху контролираното юридическо лице.

[…]

3. Възлагащ орган, който не упражнява върху публичноправно или частноправно юридическо лице контрол по смисъла на параграф 1, може въпреки това да възложи на това юридическо лице обществена поръчка, без да прилага настоящата директива, ако са изпълнени всички условия по-долу:

а) възлагащият орган упражнява съвместно с други възлагащи органи върху това юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена;

б) повече от 80 % от дейността на това юридическо лице се извършва при изпълнението на задачи, възложени му от контролиращите възлагащи органи или от други юридически лица, контролирани от същите възлагащи органи;

[…]

За целите на първа алинея, буква а) възлагащите органи упражняват съвместно контрол върху дадено юридическо лице, когато са изпълнени всички условия по-долу:

i) органите по вземане на решение на контролираното юридическо лице са съставени от представители на всички участващи възлагащи органи. Отделни представители могат да представляват няколко или всички участващи възлагащи органи;

ii) тези възлагащи органи са в състояние съвместно да упражнят решаващо влияние върху стратегическите цели и значимите решения на контролираното юридическо лице; и

iii) контролираното юридическо лице не преследва интереси, които са в противоречие с интересите на контролиращите възлагащи органи.

4. Договор за поръчка, сключен изключително между два или повече възлагащи органа, попада извън обхвата на настоящата директива, когато са изпълнени всички условия по-долу:

а) поръчката установява или осъществява сътрудничество между участващите възлагащи органи, за да се гарантира, че задълженията им за предоставяне на обществени услуги се изпълняват с оглед постигането на общи за тях цели;

б) осъществяването на това сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес; и

в) участващите възлагащи органи извършват на свободния пазар по-малко от 20 % от дейността, свързана със сътрудничеството.

[…]“.

II. Фактите, производствата и преюдициалните въпроси

7. Société de logement de service public Sambre et Biesme [3] е публичноправен субект, учредено под формата на кооперативно дружество с ограничена отговорност. Основни акционери в него са общините Фарсиен и Езо-Прел. То е част от мрежа от дружества за обществено жилищно настаняване във Валония (Белгия).

8. През 2015 г. SLSP Sambre et Biesme и община Фарсиен решават да изградят „екоквартал“ във Фарсиен с около 150 обществени и частни жилища. Поради мащаба на проекта страните ползват услугите на Intercommunale pour la gestion et la réalisation d’études techniques et économiques [4] — също субект, учреден под формата на кооперативно дружество с ограничена отговорност.

9. IGRETEC се състои изключително от публичноправни юридически лица. През 2016 г. негови съдружници са над 70 общини (включително община Фарсиен) и над 50 други „публични органи“. Общините разполагат с 5 054 351 дружествени дяла с право на глас, а останалите публични органи — със 17 126 подобни дяла.

10. В устава на IGRETEC мнозинството от гласовете и председателството на отделните органи на управление са запазени за общините. Решенията на тези органи се вземат с мнозинство от гласовете на общините съдружници.

11. Към момента на настъпване на фактите в управителния съвет на IGRETEC участва общински съветник от община Фарсиен, който е член и на управителния орган на SLSP Sambre et Biesme.

[3] Дружество за обществено жилищно настаняване Sambre et Biesme (наричано по-нататък „SLSP Sambre et Biesme“).

[4] Междуобщинско предприятие за управление и осъществяване на технически и икономически проучвания (наричано по-нататък „IGRETEC“).

12. На 29 октомври 2015 г. SLSP Sambre et Biesme решава да придобие един дружествен дял в капитала на IGRETEC на стойност 6,20 EUR, за да може да ползва услугите му. По този начин то получава статут на съдружник в междуобщинското предприятие, макар и с чисто символичен дял [5].

13. През януари 2017 г. община Фарсиен и SLSP Sambre et Biesme изготвят проект на рамково споразумение за определяне на съответните права и задължения при проектирането и изграждането на екоквартала във Фарсиен. Споразумението съдържа следните клаузи:

— съгласно член 1 страните вземат решение за съвместно възлагане на обществени поръчки за услуги, строителство и строително предприемачество и определят като възлагащ орган община Фарсиен, която да действа от тяхно име и сама да взема всяко решение относно възлагането на поръчките,

— съгласно член 5 [6] „страните се споразумяват, че община Фарсиен сключва с IGRETEC […] споразумение за съдействие при управлението на строителни работи, за правни и екологични услуги, при това в рамките на отношенията „in house“ между всяка от страните, членуващи в посоченото междуобщинско предприятие“,

— с цел съгласуване на вземането на решения при изпълнението на рамковото споразумение, в приложението към споразумението се предвижда създаването на управителен комитет [7],

— въпреки че IGRETEC не е страна по рамковото споразумение, то има свои представители в управителния комитет и освен това поема неговия секретариат.

14. На 9 февруари 2017 г. управителният съвет на SLSP Sambre et Biesme решава: а) „да одобри сключването на рамково споразумение за съвместни обществени поръчки с община Фарсиен“ и б) „да не обявява процедура за възлагане за обществената поръчка за услуги по установяване на наличието на азбест“, за която преди това е одобрил техническа спецификация, „с оглед на отношенията „in house“ между [SLSP Sambre et Biesme] и IGRETEC“. Техническата спецификация е описана като първи етап от изпълнението на проекта за изграждане на екоквартал във Фарсиен.

15. На 10 февруари 2017 г. представителят на SWL за SLSP Sambre et Biesme подава жалба пред самото SWL срещу двете посочени по-горе решения (наричани по-нататък „спорните решения“). SWL действа от името на правителството на Валония като орган, упражняващ надзор над дружествата за обществено жилищно настаняване.

16. На 25 февруари 2017 г. SWL отменя спорните решения, поради това, че обществената поръчка за техническа помощ (член 5 от рамковото споразумение) и обществената поръчка за услуги по установяване на наличието на азбест са възложени на IGRETEC без провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка.

[5] Този дял представлява 0,0000000197 % от дяловете, даващи право на глас (т. 26 от акта за преюдициално запитване по дело C-383/21) и 0,0000049 % от дяловете (т. 39 от акта за преюдициално запитване по дело C-384/21).

[6] Озаглавен „Избор на съдействие за управлението на строителни работи във връзка с изпълнение на обществени поръчки за услуги, строителство и строително предприемачество и за изпълнение на плановете за обновяване на градската среда“.

[7] Управителният комитет се състои от четирима представители на община Фарсиен, двама на SLSP Sambre et Biesme, двама на IGRETEC и двама на Société wallonne du logement (Валонско дружество за жилищно настаняване, наричано по-нататък „SWL“). Решенията на комитета се вземат с консенсус.

17. Според SWL:

— съществува основателно съмнение, че SLSP Sambre et Biesme упражнява решаващо влияние върху IGRETEC, доколкото притежава само един дял от дружествения капитал на IGRETEC, чийто устав отрежда преобладаваща роля на общините,

— определянето на община Фарсиен като водещ възлагащ орган на проекта (член 1 от рамковото споразумение) не е достатъчно, за да се обоснове прякото възлагане на договорите на IGRETEC от името на отделните страни по споразумението, дори ако в отношенията си с IGRETEC община Фарсиен може индивидуално да се ползва от изключението „in house“. В рамките на съвместна обществена поръчка отделните партньори се обединяват около изготвянето на поръчката, но обичайните процедури за възлагане на обществена поръчка трябва да се спазват от всеки партньор.

18. Тъй като решенията на SWL подлежат на обжалване пред административна юрисдикция, SLSP Sambre et Biesme и община Фарсиен подават поотделно жалби за отмяна на спорните решения.

19. Conseil d'État (Държавен съвет, действащ като Върховен административен съд, Белгия), който трябва да се произнесе по жалбите, отправя до Съда две преюдициални запитвания.

20. В първото преюдициално запитване (дело C-383/21) запитващата юрисдикция поставя следните въпроси:

„1) Следва ли член 12, параграф 3 от Директива 2014/24/ЕС […] да се тълкува в смисъл, че има директен ефект?

2) При утвърдителен отговор на първия въпрос, следва ли член 12, параграф 3 от споменатата Директива 2014/24/ЕС да се тълкува в смисъл, че условието възлагащият орган — в случая дружество за обществено жилищно настаняване — да бъде представляван в органите за вземане на решения на контролираното юридическо лице — в случая междуобщинско кооперативно дружество — е изпълнено само защото лице, заседаващо в управителния съвет на междуобщинското кооперативно дружество в качеството си на общински съветник на другия участващ възлагащ орган — в случая община — поради изключително фактически обстоятелства и без правна гаранция за представителство, е също член на управителния орган в дружеството за обществено жилищно настаняване, а общината е акционер (не единствен) както на контролирания правен субект (междуобщинското кооперативно дружество), така и на дружеството за обществено жилищно настаняване?

3) При отрицателен отговор на първия въпрос, следва ли да се приеме, че възлагащ орган — в случая дружество за обществено жилищно настаняване — „участва“ в органите за вземане на решения на контролираното юридическо лице — в случая междуобщинско кооперативно дружество — само защото лице, заседаващо в управителния съвет на междуобщинското кооперативно дружество в качеството си на общински съветник на друг участващ възлагащ орган — в случая община — поради изключително фактически обстоятелства и без правна гаранция за представителство, е също член на управителния орган в дружеството за обществено жилищно настаняване, а

общината е акционер (не единствен) както на контролирания правен субект (междуобщинското кооперативно дружество), така и на дружеството за обществено жилищно настаняване?“.

21. Във второто преюдициално запитване (дело C-384/21), в допълнение към посочените по-горе въпроси, запитващата юрисдикция поставя следните въпроси:

„4) Следва ли член 12, параграф 4 от Директива 2014/24/ЕС […] да се тълкува в смисъл, че има директен ефект?

5) При утвърдителен отговор на предходния въпрос, следва ли член 12, параграф 4 от споменатата Директива 2014/24/ЕС да се тълкува в смисъл, че допуска без предварително обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка да се възлагат поръчки за задачи по оказване на съдействие при управление на строителни работи и за предоставяне на правни и екологични услуги на възлагащ орган — в случая междуобщинско кооперативно дружество — когато тези задачи попадат в обхвата на сътрудничеството между два други възлагащи органи — в случая община и дружество за обществено жилищно настаняване — когато е безспорно, че общината упражнява върху междуобщинското кооперативно дружество съвместен контрол „in house“, и когато общината и дружеството за обществено жилищно настаняване членуват в междуобщинското кооперативно дружество в сектора „проектиране, управление и централен орган за покупки“ от предмета му на дейност, за който именно се отнасят задачите, които тези възлагащи органи възнамеряват да му възложат и които съответстват на дейности, извършвани на пазара от дружества за проектантски и управленски услуги, специализирани в областта на проектирането, изпълнението и реализацията на проекти?“.

III. Производството пред Съда

22. Преюдициалните запитвания постъпват в Съда на 24 юни 2021 г. Те са съединени за целите на писмената и устната фаза на производството, както и на съдебното решение.

23. Писмени становища представят SLSP Sambre et Biesme, община Фарсиен, белгийското правителство и Комисията. Всички те участват в съдебното заседание, проведено на 30 март 2022 г.

IV. Анализ

A. Предварителни бележки

24. По указание на Съда настоящото заключение се отнася до първия въпрос по двете дела и до четвъртия и петия въпрос по второто дело.

Б. Първи преюдициален въпрос по дело C-383/21 и първи и четвърти преюдициален въпрос по дело C-384/21

25. Запитващата юрисдикция посочва, че белгийският закон, който транспонира във вътрешното право Директива 2014/24, все още не е бил действащ към момента на настъпване на фактите по спора, въпреки че срокът за транспониране е бил изтекъл [8].

26. Жалбоподателите във всяко едно от двете производства по обжалване твърдят, че член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24 има директен ефект, тъй като съдържа безусловни и достатъчно точни разпоредби, които установяват права за правните субекти и правните субекти могат да ги предявят в спор срещу държавата и нейните административни органи като цяло [9].

27. Белгийското правителство и Комисията [10] са на противното мнение. Те твърдят, че член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24 не отговаря на условията за пораждане на директен ефект, доколкото, казано накратко:

— възлагащите органи и публичноправните субекти, попадащи в обхвата на директивите за обществените поръчки, не са „частноправни субекти“, ползващи се с права, които биха могли да предявят в спор срещу държавата,

— посочените разпоредби не налагат задължение на държавата за действие или въздържане от действие в полза на икономическите оператори.

28. Решението, което предлагам по-долу (прилагането в настоящия спор на член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24), на практика би могло да се постигне, като се приеме, че евентуалният директен ефект на посочените параграфи е от полза за участващите правни субекти, които биха могли да се позоват на него в спор срещу държавата, или като се твърди, че при нетранспониране в срок на Директивата тези субекти са обвързани от посочените разпоредби. Според мен е правилна втората теза.

1. Директен ефект, безусловен характер и възможност за позоваване от публичните органи на член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24

29. Според мен подходът, залегнал в основата на тези преюдициални въпроси, не е най-подходящият. Ако беше такъв, отговорът би трябвало да бъде в смисъла, поддържан от SWL в първоначалния спор и възприет от белгийското правителство и Комисията в настоящото производство.

30. В подкрепа на този отговор ще припомня, че основната цел на доктрината относно т.нар. „директен ефект“, развита от Съда във връзка с директивите, е да се защитят частноправните субекти. Тя им позволява да упражняват права, които са им предоставени от директивите и които те не биха могли да претендират по друг начин поради липса на необходимите мерки за прилагане на национално равнище.

[8] Крайният срок за привеждане на националното право в съответствие с Директива 2014/24 е 18 април 2016 г. Белгийският закон за транспониране е приет на 17 юни 2016 г. Той се прилага от 30 юни 2017 г., след влизането в сила на указ за изпълнение от 18 април 2017 г.

[9] Становище на община Фарсиен, точка 33 и сл.; и становище на SLSP Sambre et Biesme, точка 34 и сл.

[10] Становище на белгийското правителство, точка 17 и сл., и точка 80 и сл.; становище на Комисията, точка 12 и сл. SWL поддържа същото виждане пред запитващата юрисдикция.

31. Постоянната практика на Съда относно директния ефект на директивите, по-конкретно на нетранспонираните в срок или на неправилно транспонираните, установява кой може да се позовава на такъв директен ефект и при какви предпоставки.

32. В неотдавнашно решение от 8 март 2022 г. Съдът е постановил:

— „[…] когато от гледна точка на съдържанието им разпоредбите на една директива са безусловни и достатъчно точни, частноправните субекти могат да се позовават на тях пред националните съдилища в спорове с държавата, ако тя не е транспонирала в срок директивата в националното право или ако я е транспонирала неправилно […]“ [11].

— „[…] разпоредба на правото на Съюза, от една страна, е безусловна, когато създава задължение, което не е съпроводено от никакво условие и чието изпълнение или действие не зависи от приемането на акт било на институциите на Съюза, било на държавите членки, и от друга, е достатъчно точна, за да може частноправен субект да се позовава на нея и съдът да я прилага, когато създава задължение по недвусмислен начин […]“ [12].

— „[…] дори дадена директива да оставя на държавите членки известна свобода на преценка при приемането на условията и реда за нейното прилагане, може да се счита, че разпоредба от тази директива е безусловна и точна, при положение че възлага по недвусмислен начин на държавите членки конкретно задължение за резултат, без никакви придружаващи условия по отношение на прилагането на установеното в нея правило […]“ [13].

33. С оглед на тези съображения считам, че публичноправните субекти като община Фарсиен и SLSP Sambre et Biesme, които са само еманация на държавата в широк смисъл, не могат да се позовават в спор срещу нея на (хипотетичен) директен ефект на член 12 от Директива 2014/24.

34. От една страна, дори ако се приеме, че посоченият член съдържа в параграфи 3 и 4 „достатъчно точна“ формулировка, трудно би могло да се твърди, че той е „безусловен“ и че възлага недвусмислено задължение на държавите членки. Обратно, той разрешава на държавите членки, ако сметнат за уместно, да изключат от приложното поле на Директива 2014/24 договорите за поръчки, сключени между субекти в публичния сектор.

35. Съдът посочва, че разпоредбата на член 12, параграф 1 от Директива 2014/24, „която […] се свежда до уточняване на условията, които възлагащият орган трябва да спазва, когато желае да сключи вътрешна сделка, води само до *овластяване* на държавите членки да изключат подобна сделка от приложното поле на Директива 2014/24“ [14].

[11] Решение по дело Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Директен ефект) (C-205/20, EU:C:2022:168, т. 17).

[12] Пак там, точка 18.

[13] Пак там, точка 19.

[14] Решение от 3 октомври 2019 г., Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; наричано по-нататък „решение Irgita“, т. 43); курсивът е мой. Впоследствие определение от 6 февруари 2020 г., Pia Opera Croce Verde Padova (C-11/19, EU:C:2020:88, т. 40—46).

36. В същата насока Съдът постановява, че Директива 2014/24 „не задължава държавите членки да използват процедура за възлагане на обществена поръчка“ и „тя не може и да ги принуждава да прибягват до вътрешна сделка, когато са изпълнени условията, предвидени в член 12, параграф 1“ [15]. Същото се отнася до параграфи 3 и 4 от посочения член.

37. Това твърдение е в съответствие със свободата на държавите членки „по отношение на избора на начина на предоставяне на услуги, с който възлагащите органи ще удовлетворяват свои собствени потребности“ [16].

38. От друга страна, както вече посочих, общинските и публичноправните субекти (дори да са под формата на търговски дружества) не могат да се позовават в спор срещу държавата на евентуалния „директен ефект“ на член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24. В отношенията си с държавните органи, упражняващи контрол върху решенията им, общинските субекти не са „частноправни субекти“, които могат да се позовават на директния ефект.

39. Поради посочените съображения и макар да не считам за необходимо в настоящия спор да се дава отговор на въпроса относно директния ефект на член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24, ако Съдът реши да разгледа този въпрос, широко разискван в съдебното заседание, споделям виждането, изразено там от белгийското правителство и от Комисията.

40. Член 12 от Директива 2014/24 определя минималните условия по отношение на право, чието упражняване, нека повторя, държавите членки могат напълно да изключат. Ако не го изключат, единствената възможна хипотеза на директен ефект на член 12 (на който би могъл да се позове само икономически оператор, който счита, че е претърпял вреда) би била тази, при която възлагащ орган възнамерява да заобиколи разпоредбите относно обществените поръчки и да прибегне до вътрешна сделка или до хоризонтално сътрудничество при отсъствието на предвидените в посочения член минимални условия.

2. Прилагане на член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24 за публичните органи

41. Изложеното дотук обаче не означава, че член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24 не намира приложение в случая.

42. Прилагането за публичните органи на член 12, параграфи 3 и 4 преди транспонирането на Директивата не произтича от евентуалния директен ефект, какъвто могат да имат подобни разпоредби, а от „задължението за всички държавни органи да се съобразяват с разпоредбите на директивите (член 288, трета алинея ДФЕС), както и да сътрудничат по лоялен начин и да гарантират цялостното изпълнение на задълженията, произтичащи от Договорите или от актовете на институциите (член 4, параграф 3 ДЕС) [17].

[15] Решение Irgita, точка 46.

[16] Пак там, точка 45 във връзка със съображение 5 от Директива 2014/24, съгласно което „никоя разпоредба на настоящата директива не задължава държавите членки да възлагат с договори или да прехвърлят на външни лица предоставянето на услуги, които желаят да предоставят сами или да организират по различен начин, а не чрез договори за обществени поръчки по смисъла на настоящата директива“.

[17] По този въпрос следвам заключението на генералния адвокат Wahl по дело Portgás (C-425/12, EU:C:2013:623, т. 52).

43. Следователно подходящият отговор на първия въпрос от двете преюдициални запитвания би следвало да се съсредоточи най-вече върху обвързаността на публичните органи от Директива 2014/24 (по отношение на нейния *задължителен* ефект, както го квалифицира Комисията в съдебното заседание), когато тя все още не е транспонирана, въпреки че срокът за това е изтекъл.

44. Съдът е потвърдил това прилагане [18].

45. Това означава, що се отнася до участващите в двата спора възлагащи органи, чийто публичноправен характер не се оспорва, че те са обвързани от Директива 2014/24 от датата, към която е трябвало да бъде транспонирана [19].

46. При липсата на транспониране и независимо дали член 12, параграфи 3 и 4 от Директива 2014/24 има директен ефект, за да могат частноправните субекти да се позовават на него в спор срещу публични органи или подчинени на тях правни субекти, последните, доколкото действат като възлагащи органи, са задължени да спазват изискванията, предвидени в посочената разпоредба.

47. При положение че с оглед да получат необходимите услуги за осъществяването на своите проекти община Фарсиен и SLSP Sambre et Biesme са предпочели да не прибягват до пазара и да избегнат обичайните процедури за възлагане на обществени поръчки, към датата на настъпване на фактите за тях са били приложими условията, предвидени в член 12 от Директива 2014/24.

48. След транспонирането на Директивата, по отношение на сътрудничеството между публичноправни субекти, било то вертикално („in house“) или хоризонтално, не следва да се прилагат процедурите за възлагане на обществени поръчки, ако при упражняването на своята свобода държавата членка е решила да се възползва от възможностите за изключване от приложното поле на Директива 2014/24, предоставени от член 12 от нея, както е тълкуван от Съда [20].

49. При тези обстоятелства, когато една държава е допуснала механизми за междуведомствено сътрудничество, които са изключени от процедурите, предвидени в Директива 2014/24, нейните възлагащи органи трябва да спазват изискванията по член 12, параграфи 3 и 4 от нея, ако възнамеряват да не прибягват до пазара, за да получат определени услуги или доставки.

[18] Решение от 12 декември 2013 г., Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, т. 34).

[19] След (правилното) транспониране, правилата за обществените поръчки и изключенията от тях са тези, които се предвиждат в националното законодателство. В съдебното заседание е посочено, че белгийският законодател по същество е възпроизвел съдържанието на член 12 от Директива 2014/24 в Закона от 17 юни 2016 г. Той обаче е можел и да не го направи. Следователно (теоретично) е възможно транспониране, при което да не се упражни правото на изключване, предвидено в член 12.

[20] Изискването това тълкуване да бъде ограничително, като се твърди, че хипотезите по член 12 от Директива 2014/24 са „изключения“ или „дерогации“ от нейното прилагане, е шаблонна фраза. Без да разглеждам каква трябва да бъде насоката на тълкуването, трябва да отбележа още веднъж, че посоченият член определя приложното поле на Директивата. Само по себе си това не е изключение от нея (вж. представеното от мен заключение по дело Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, т. 37 и 38).

B. Пети преюдициален въпрос по дело C-384/21

1. Предмет

50. Петият преюдициален въпрос по дело C-384/21 се отнася до изключението от приложното поле на Директива 2014/24, посочено в член 12, параграф 4 от нея.

51. За разлика от изключението по член 12, параграфи 2 и 3 от Директива 2014/24, съгласно което възлагащ орган (или няколко) трябва да упражнява контрол върху спечелилия оферент, изключението по параграф 4 се основава на сътрудничеството между възлагащи органи, между които не съществува такова контролно правоотношение.

52. Преюдициалният въпрос се поставя във връзка с доводите, представени от община Фарсиен при условията на евентуалност, ако се направи заключението, че с оглед на отношенията между SLSP Sambre et Biesme и IGRETEC не са изпълнени условията по член 12, параграф 3 от Директивата [21].

53. Община Фарсиен твърди, че при липсата на предвидения в посочения параграф съвместен контрол все пак било възможно хоризонтално сътрудничество между възлагащи публични органи в съответствие с член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. Сътрудничеството между нея самата, SLSP Sambre et Biesme и IGRETEC било такова сътрудничество.

54. От прочита на становището на община Фарсиен правя извода, че според нея отношенията между участващите публичноправни субекти могат да се разглеждат по два начина:

— според първия, който тя изглежда предпочита, налице е хоризонтално сътрудничество, което според община Фарсиен и SLSP Sambre et Biesme трябва да служи за осъществяването на проекта за изграждане на екоквартал, а според IGRETEC — за изпълнението на задачите му в полза на неговите съдружници, а именно да допринесе за техните проекти. Следователно споразумението между страните било насочено към постигането на общи цели [22],

— според втория, отношенията „in house“ между общината и IGRETEC предполагат, че когато общината възлага на IGRETEC предоставянето на определени услуги, тя прибягва до свои собствени структурни звена, което трябва да бъде взето предвид в рамките на сътрудничеството ѝ с SLSP Sambre et Biesme [23].

55. И в двата случая отношенията биха попаднали в обхвата на член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. Следователно не би било необходимо обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка.

[21] От формулировката на въпроса следва, че според запитващата юрисдикция община Фарсиен упражнява върху IGRETEC контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена, но че случаят с отношенията между SLSP Sambre et Biesme и IGRETEC не е такъв.

[22] Становище на община Фарсиен, точка 115 и сл., по-специално точки 143 и 145.

[23] Пак там, точка 115 и сл., по-специално точки 139 и 140.

2. Сътрудничество по член 12, параграф 4 от Директива 2014/24

56. Съгласно член 12, параграф 4 от Директивата договор за обществена поръчка попада извън нейния обхват, когато са изпълнени кумулативно трите условия, изброени в букви а), б) и в) от разпоредбата [24].

57. Съмненията на националната юрисдикция се отнасят до понятието „сътрудничество“ по смисъла на посочения член, чието тълкуване трябва да бъде самостоятелно [25].

58. Посочвал съм по друг повод [26], че разпоредбата не само отразява практиката на Съда преди кодификацията: тя я уточнява и я прави по-гъвкава, като доближава до известна степен съдържащите се в нея изисквания до тези в други формулировки, които позволяват определени договори между субекти в публичния сектор да бъдат изключени от приложното поле на Директива 2014/24 [27].

59. Така се обясняват следните характеристики на хоризонталното сътрудничество, при което не се прилагат формализираните процедури за възлагане на обществени поръчки, предвидени в Директива 2014/24:

— не се изисква, както при предишната съдебна практика [28], сътрудничеството да служи за съвместното изпълнение на задача за обществена услуга, която е обща за всички участващи възлагащи органи [29],

— допуска се сътрудничеството да се отнася до (или да се осъществява чрез) обслужващи дейности спрямо обществени услуги, доколкото тези дейности допринасят за действителното извършване на обществените услуги [30],

[24] Освен тези условия междуведомственото сътрудничество трябва във всички случаи да спазва основните правила на Договора за функционирането на ЕС, по-конкретно свързаните със свободното движение на стоки, свободата на установяване и свободата на предоставяне на услуги, както и принципите на равно третиране, недопускане на дискриминация, взаимно признаване, пропорционалност и прозрачност. Относно забраната за сътрудничество между възлагащи органи, което води до поставянето на частно предприятие в привилегировано положение спрямо конкурентите му, вж. решение от 28 май 2020 г., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, т. 63 и сл.; т. 3 от диспозитива).

[25] Решение от 4 юни 2020 г., Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436; наричано по-нататък „решение Remondis II“, т. 24).

[26] Заключение по дело Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, т. 26–28).

[27] Преди Директива 2014/24 Съдът отказва да признае хоризонтално сътрудничество при прякото възлагане на договори за поръчки, свързани с обслужващи дейности спрямо обществена услуга, като например архитектурни или инженерни проучвания и почистване на помещения: вж. решение от 19 декември 2012 г., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce и др. (C-159/11, EU:C:2012:817), за първия случай, и решение от 13 юни 2013 г., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), за втория случай. При все това може да се твърди, че основание за такъв отказ не е спомагателният характер на услугата, а обстоятелството, че споразумението между страните не е насочено към съвместното изпълнение на общи задачи за обществена услуга: позовавам се на точка 34 от решение Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce и др. и точка 39 от решение Piepenbrock. Така или иначе, ограничението отпада в сега действащата директива.

[28] Освен посочените решения в горната бележка под линия, вж. решения от 9 юни 2009 г., Комисия/Германия (C-480/06, EU:C:2009:357, т. 37), и от 8 май 2014 г., Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, т. 35). Такова е и становището на Комисията, изразено в Предложение за директива на Европейския парламент и на Съвета относно обществените поръчки (COM/2011/0896 final), член 11, параграф 4, буква а).

[29] Решение от 28 май 2020 г., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, т. 57 и 58 и диспозитив).

[30] Пак там, точки 59 и 60 и диспозитив. В представеното от мен заключение по това дело (C-796/18, EU:C:2020:47, т. 84 и 85), твърдя, че обслужващите дейности трябва да бъдат „непосредствено и неотделимо свързани с обществената услуга“ и „до такава степен [да] имат характер на средство, че самата услуга [да] зависи от тях, за да може да се извърши като такава обществена услуга“. Въпреки че формулировката на Съда е друга, не считам, че е по-малко строга.

— услугите, предоставяни от възлагащите органи, не трябва непременно да бъдат еднакви; ако се спазва изискването за общност на целите, които освен това трябва да бъдат свързани с обществения интерес, те могат да се допълват взаимно [31],

— ако съществува ангажимент за оказване на принос към съвместното изпълнение на обществената услуга, не е необходимо страните да имат еднакво участие в сътрудничеството; то може да се основава на разделение на задачите или на известна специализация [32].

60. Необходимо е обаче сътрудничеството между страните да е насочено към постигането на *общи за всички тях цели*. Това е съществен елемент на хоризонталното сътрудничество, който го отличава от прякото възлагане на поръчки на правни субекти, контролирани от възлагащия орган.

61. Такова е виждането, което Съдът изразява в решение Remondis II, посочвайки „свързаното със съвместното извършване на определена дейност вътрешноприсъщо измерение“ на сътрудничеството по член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. Това измерение се конкретизира по-специално в изготвянето на споразумението за сътрудничество посредством определянето на общи потребности и на решения за тяхното посрещане [33].

62. Освен това хоризонталното сътрудничество се основава на *концепция за сътрудничество*, т.е. то се изразява във взаимни ангажименти на участниците. Тези ангажименти надхвърлят изпълнението на определена услуга, от една страна, и възнаграждението за нейното изпълнение, от друга, както се уточнява в решение Remondis II [34].

[31] Като пример за допълващи се услуги може да се посочат дейностите по събиране и третиране на отпадъци, упоменати в решение от 9 юни 2009 г., Комисия/Германия (C-480/06, EU:C:2009:357), или преподавателската и изследователската дейност на публичните университети, както посочва генералният адвокат Mengozzi в представеното от него заключение по дело Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:23, т. 59). На практика предоставената от Директива 2014/24 гъвкавост може да се окаже неработеща, тъй като разликата в същността на услугите, предоставяни от отделните възлагащи органи, не им позволява да определят *общи* за всички тях цели. В такъв случай би липсвал един необходим елемент на сътрудничеството. Възможно е също тази разлика да бъде пречка за *съвместното* изпълнение на съответните услуги поради липса на интерес от страна на един възлагащ орган по отношение на услугите, предлагани от друг, или защото допълването на услугите не е взаимно, а едностранно. При тези обстоятелства, ако правоотношенията между страните се ограничават до това възлагащият орган, който е заинтересован от услугата на другия, да я закупува срещу определена цена, не е налице сътрудничество по смисъла на член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. Вероятно не би трябвало да се говори и за взаимодействие, ръководено *единствено от съображения, свързани с обществения интерес*, каквото е изискването по посочения параграф, буква б): получаването на определена сума срещу услуга не е цел, свързана с обществения интерес. Допълващите услуги (по-точно „задачи“ за обществена услуга) са упоменати в съображение 14 (aa) от Предложението за директива на Европейския парламент и на Съвета относно обществените поръчки, приложено към Докладна записка на Генералния секретариат, документ на Съвета 14971/12 от 19 октомври 2012 г. Изключването на сътрудничеството от Директивата е изрично обвързано с условието допълващите се услуги да могат да се изпълняват „съвместно“. С оглед на това, че е изложено за изчерпателност, отпадането на изискването от окончателния текст е без значение.

[32] Съображение 33, трета алинея от Директива 2014/24. Идеята вече е била изложена в работния документ на службите на Комисията относно прилагането на правото на ЕС в областта на обществените поръчки към отношенията между възлагащите органи (сътрудничество в публичния сектор), SEC(2011) 1169 окончателен, от 4 октомври 2011 г., точка 3.3.2.

[33] Решение Remondis II, точки 32 и 33.

[34] Пак там, точка 27.

63. Изразът „концепция за сътрудничество“, съдържащ се в съображение 33 от Директива 2014/24, е равнозначен на предложението да се изисква „реално сътрудничество“, „включващо взаимни права и задължения на страните“ [35]. Изключва се възможността единият от възлагащите органи да бъде „обикновен купувач“ [36] на съответното строителство, услуга или доставка.

64. *Реалният* характер на сътрудничеството е от съществено значение при всяко споразумение, при което се прави позоваване на член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. Тази характеристика позволява да се разграничи тази форма на хоризонталното сътрудничество от вертикалното сътрудничество („in house“), както и от договорите, за които се прилагат процедурите за възлагане на обществени поръчки, при които едната страна изпълнява задача съобразно спецификации, зададени от другата страна, която на свой ред се ограничава до заплащане на възнаграждение [37].

3. При първоначалното дело

а) Първи сценарий

65. Община Фарсиен представя един първи сценарий в подкрепа на наличието на отношения на хоризонтално сътрудничество между нея самата, SLSP Sambre et Biesme и IGRETEC.

66. Ще припомня накратко, че:

— SLSP Sambre et Biesme и община Фарсиен предприемат инициатива за съвместно изпълнение на съответните проекти за саниране на жилища и обновяване на градската среда в един определен квартал,

— за целта те сключват рамково споразумение за обществени поръчки, по което IGRETEC не е страна,

— присъединяването на IGRETEC е в резултат на възлагането на услуги, необходими за изпълнението на проекта за изграждане на екоквартал. Възлагането се извършва след решение на двата възлагащи органа да се обединят за осъществяването на проекта.

67. Според мен така описаното тристранно правоотношение не попада в обхвата на член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. Преценката ми съвпада с тази на запитващата юрисдикция, според която „обстоятелството, че [IGRETEC] изпълнява задачи в рамките на споразумението, сключено между община Фарсиен и SLSP Sambre et Biesme за осъществяването на съвместен проект за изграждане на екоквартал във Фарсиен, не означава, че самото IGRETEC сътрудничи на проекта, нито че преследва обща цел със страните, подписали споразумението“ [38].

[35] Предложение за директива на Европейския парламент и на Съвета относно обществените поръчки от 20 декември 2011 година (COM(2011) 896 окончателен, член 11, параграф 4, буква а).

[36] Изразът се съдържа в Докладна записка на Генералния секретариат, документ на Съвета 14971/12 от 27 април 2012 г., точка 38. В решение Remondis II съответства на точка 29.

[37] Хоризонталното сътрудничество не изключва финансови трансфери между участниците, но при условие че, нека повторя, приносът на единия от тях се свежда до плащане.

[38] Акт за преюдициално запитване по дело C-384/21, точка 56.

68. Няколко са основанията, които ме карат да потвърдя преценката на запитващата юрисдикция, споделяна и от Комисията, с оглед на описаните от запитващата юрисдикция факти. Трябва да подчертая, че последната има изключителната компетентност да определи фактическата обстановка по спора, което предполага да се прецени участието на отделните правни субекти и преследваната от всеки един от тях цел.

69. Първо, както отбелязва запитващата юрисдикция в посочения по-горе смисъл, липсва общност на цели, която да обосновава сътрудничество между трите правни субекта по смисъла на член 12, параграф 4 от Директива 2014/24[39].

70. Въз основа на анализа на устава на IGRETEC и на участието на IGRETEC в разглежданите проекти Conseil d'État (Държавен съвет) изтъква, че изпълняваните в случая задачи от IGRETEC съответстват на „сектор I“ от предмета му на дейност, а именно дейности, извършвани на пазара от дружества за проучвателни и управленски услуги, специализирани в областта на изпълнението на проекти, а не на „сектор II“, посветен на икономическото, социалното и туристическото развитие на областта, и по-конкретно на строителството, финансирането и ползването на определена недвижима собственост[40].

71. Второ, липсва и измерението сътрудничество, изразяващо се първоначално в определянето на потребности и решения, които са общи за страните, възнамеряващи да си сътрудничат. На този етап чрез професионалното участие на IGRETEC община Фарсиен и SLSP Sambre et Biesme могат да определят и да разберат кои са потребностите на проекта за екоквартал, който двете страни желаят да изградят. При IGRETEC обаче става въпрос за чужди потребности.

72. Трето, струва ми се, че стратегията относно най-добрия начин за споделяне и общо ползване на ресурсите на страните се ограничава до община Фарсиен и SLSP Sambre et Biesme, макар те да работят по решения, предложени от IGRETEC[41]. В действителност IGRETEC не предоставя съвместно с общината и с SLSP Sambre et Biesme никаква обществена услуга.

73. Накрая, присъединяването на IGRETEC към правоотношенията между двата възлагащи органа[42] чрез споразумението за съдействие при управлението на проекти и за правни и екологични услуги не отговаря на изискванията за реално сътрудничество. Чрез споразумението община Фарсиен и SLSP Sambre et Biesme не се ангажират по отношение

[39] Акт за преюдициално запитване по дело C-384/21, стр. 56. Становищата на страните не разкриват обща за всички тях цел, ако съществува такава, и такава цел не е очевидна за един външен наблюдател. Според мен настоящите дела са показателни за трудностите, които посочих в бележка под линия 31. Пример за сътрудничество за (и чрез) предоставянето на допълващи се услуги с една и съща цел е договорът, разгледан в решение на Съда от 9 юни 2009 г., Комисия/Германия (C-480/06, EU:C:2009:357): вж. точка 37 от него. Общата цел в посочения случай е рационализиране на третирането на отпадъци във възможно най-близката инсталация.

[40] Акт за преюдициално запитване по дело C-384/21, точки 56 и 57. Трябва да се отбележи обаче, че предпоставка за изключването от приложното поле на Директива 2014/24 съгласно член 12 е за възлагащия орган да съществува възможност за избор между получаване на услугата чрез междуведомствено сътрудничество (вертикално или хоризонтално) или чрез прибягване до пазара. По принцип услугите, които се получават чрез сътрудничество между публичноправни субекти, могат да се получат (и) на пазара.

[41] Предложенията му се отнасят най-вече до аспекти като брой жилища, събаряне или саниране на съществуващи жилища, прибягване до частни капиталови инвестиции, вид обществена поръчка и други подобни.

[42] Всъщност, както посочва Комисията (т. 33 от писменото ѝ становище), IGRETEC не се явява като възлагащ орган. Няма данни за това каква би могла да бъде услугата, която IGRETEC „придобива“ и която би трябвало да възложи чрез състезателна процедура, ако не е налице сътрудничество.

на IGRETEC с нищо различно от това, което биха направили при процедура за възлагане на обществена поръчка: те търсят услуги, които IGRETEC предлага, срещу единственото задължение за плащане.

б) Втори сценарий

74. Вторият сценарий предвижда комбинация от хоризонтално и вертикално сътрудничество, при която IGRETEC, контролирано от единия от двамата участници в хоризонталното сътрудничество (община Фарсиен), предоставя услуга и за другия (SLSP Sambre et Biesme), като услугата се заплаща от двамата.

75. Според община Фарсиен, когато тя възлага на IGRETEC съдействие при управлението на проекти, правни и екологични услуги, тя използва собствените ресурси на общината. Това обстоятелство трябвало да се вземе предвид и в контекста на сътрудничеството между нея самата и SLSP Sambre et Biesme.

76. Не смятам, че е възможно да приема този аргумент, който самата община Фарсиен представя като вторичен (в рамките на довод, който на свой ред е изтъкнат при условията на евентуалност спрямо основната теза) и може би поради тази причина не го доразвива.

77. Ако разбирам правилно позицията на община Фарсиен, тя защитава виждането, че двата правни субекта — страни в отношенията на вертикално сътрудничество (IGRETEC и самата община) — са, въз основа на тези отношения, една страна за целите на хоризонталното сътрудничество с трета страна[43]. Следователно не било необходимо и двата субекта да подпишат рамковото споразумение с SLSP Sambre et Biesme.

78. Не споделям този довод. При вертикалното сътрудничество („in house“) възлагащият орган и изпълняващият поръчката субект, върху който възлагащият орган упражнява контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена, са формално различни правни субекти както преди, така и след сключването на договор за обществена поръчка.

79. Следователно наличието на правоотношения „in house“ между община Фарсиен и IGRETEC не е достатъчно, за да се приеме, че са изпълнени условията за хоризонтално сътрудничество с SLSP Sambre et Biesme.

Заключение

80. С оглед на изложените съображения предлагам на Съда да отговори на Conseil d'État (Държавен съвет, действащ като Върховен административен съд, Белгия) по следния начин:

„1) Възлагащ орган, който желае да възложи обществена поръчка, попадаща в приложното поле на Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, без да прилага предвидените в Директивата процедури за възлагане,

[43] Точка 146 in fine от становището на община Фарсиен: „По дефиниция отношенията „in house“ позволяват [IGRETEC] да бъде приравнено на община Фарсиен“. Въпреки че в съдебното заседание представителят на общината изтъква „функционална и органична връзка“ между двата правни субекта, той поддържа довода, основан на правоотношенията „in house“ между тях.

трябва да спазва условията по член 12 от нея от крайната дата за транспониране във вътрешното право на Директивата, ако към този момент транспонирането не е извършено.

2) Член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че:

– изключва наличието на сътрудничество между възлагащи органи, когато правоотношението, което ги свързва и в рамките на което те се ангажират да предоставят съответните услуги, не преследва общи за всички тях цели,

– не обхваща правоотношение между независими възлагащи органи, при което единият получава услуга от другия единствено срещу парично плащане“.