РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

10 април 2008 година *

По дело C-393/06

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 234 ЕО от Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Австрия) с акт от 17 август 2006 г., постъпил в Съда на 22 септември 2006 г. в рамките на производство по дело

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

срещу

Fernwärme Wien GmbH,

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: г-н K. Lenaerts, председател на състав, г-н G. Arestis, г-н E. Juhász (докладчик), г-н J. Malenovský и г-н T. von Danwitz, съдии,

* Език на производството: немски.

генерален адвокат: г-н D. Ruiz-Jarabo Colomer,
секретар: г-н B. Fülöp, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 11 октомври 2007 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, от адв. S. Sieghartsleitner и адв. M. Pichlmair, Rechtsanwälte,

— за Fernwärme Wien GmbH, от адв. P. Madl, Rechtsanwalt,

— за австрийското правителство, от г-н M. Fruhmann и г-н C. Mayr, в качеството на представители,

— за унгарското правителство, от г-жа J. Fazekas, в качеството на представител,

— за финландското правителство, от г-жа A. Guimaraes-Purokoski, в качеството на представител,

— за шведското правителство, от г-жа A. Falk, в качеството на представител,

— за Комисията на Европейските общности, от г-н X. Lewis, в качеството на представител, подпомаган от адв. M. Núñez-Müller, Rechtsanwalt,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 22 ноември 2007 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на релевантните разпоредби от Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3) и от 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, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116).

2 Запитването е отправено в рамките на спор между Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (наричано по-нататък „Ing. Aigner“) и Fernwärme Wien GmbH (наричано по-нататък „Fernwärme Wien“) по повод редовността на започната от последното тръжна процедура.

Правна уредба

Общностна правна уредба

3 Директива 2004/17 въвежда координиране на процедурите за възлагане на поръчки в специфични сектори, а именно във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги. Тази директива наследява, отменяйки я, отнасящата се до същия въпрос Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите (ОВ L 199, стр. 84).

4 Спецификата на обхванатите от Директива 2004/17 сектори се изтъква в третото съображение от тази директива, което гласи, че координиране в тези сектори е необходимо поради затворената природа на пазарите, в които възложителите действат, което се дължи на наличието на специални или изключителни права, предоставени от държавите-членки във връзка със снабдяването, предоставянето или действието на мрежите за осигуряване на въпросните услуги.

5 Член 2, параграф 1, буква а), втора алинея от Директива 2004/17 и член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18 предвиждат, че „възлагащи органи“, наред с другото, са „публичноправните органи“, а именно:

„[…] всеки орган:

— създаден със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес без промишлен или търговски характер,

— който има юридическа правосубектност и е

финансиран в по-голямата част от държавата, регионалните или местни органи или други публичноправни органи; или е обект на управленски контрол от страна на тези органи; или има административен, управителен или надзорен съвет, повече от половината от чиито членове са назначени от държавата, регионалните или местни органи или от други публичноправни органи“.

6 Както е посочено в член 2, параграф 1, буква б) от Директива 2004/17:

„По смисъла на настоящата директива

[…]

б) „публично предприятие“ е всяко предприятие, върху което възлагащите органи могат да упражняват пряко или косвено доминиращо влияние по силата на отношение на собственост, финансово участие в него или правилата, които го управляват.“

7 Член 2, параграф 2 от тази директива предвижда:

„Настоящата директива се прилага към възложителите, които:

а) са възлагащи органи или публични предприятия и които извършват една от дейностите, посочени в членове 3—7;

б) когато не са възлагащи органи или публични предприятия, упражняват като една от своите дейности някоя от дейностите, посочени в членове 3—7, или всякаква комбинация от тези случаи и които работят въз основа на специални или изключителни права, предоставени от компетентен орган на държава-членка.“

8 В членове 3—7 от Директива 2004/17 са изброени секторите на дейности, към които тази директива се прилага. Тези сектори са снабдяването с газ, топлинна енергия и електрическа енергия (член 3), снабдяването с вода (член 4), транспортните услуги (член 5), пощенските услуги (член 6) и търсенето и добива на нефт, газ, въглища и други твърди горива, както и пристанищата и летищата (член 7).

9 Член 3, параграф 1 от посочената директива предвижда:

„Доколкото се засягат газ и топлинна енергия, настоящата директива се прилага към следните дейности:

а) предоставяне или експлоатация на фиксирани мрежи за обществени услуги във връзка с производството, преноса или разпределението на газ или топлинна енергия; или

б) снабдяване с газ или топлинна енергия на такива мрежи.“

10 Член 9 от същата директива е формулиран по следния начин:

„1. Всяка поръчка, която има за предназначение да обхване няколко дейности, се подчинява на правилата, които се прилагат към дейността, за която тя е основно предназначена.

Изборът между възлагането на една поръчка и възлагането на няколко отделни поръчки не може да се направи с цел да се изключи тази поръчка от обхвата на настоящата директива или, в приложимите случаи, на Директива 2004/18/ЕО.

2. В случай че една от дейностите, за която е предназначена поръчката, се подчинява на настоящата директива, а някоя друга дейност — на горепосочената Директива 2004/18/ЕО, и ако е обективно невъзможно да се определи за коя от дейностите основно е предназначена поръчката, поръчката се предоставя в съответствие с горепосочената Директива 2004/18/ЕО.

[…]“.

11 Член 20, параграф 1 от същата директива, озаглавен „Поръчки, възложени за цели, различни от извършването на обхванатата дейност или от извършването на такава дейност в трета страна“, предвижда:

„Настоящата директива не се прилага към поръчки, които възложителите възлагат за цели, различни от извършването на техните дейности, както са описани в членове 3—7 или от извършването на такива дейности в трета страна, при условия, които не обхващат физическата употреба на мрежа или географска област в рамките на Общността.“

12 На последно място, член 30 от Директива 2004/17, озаглавен „Процедура за установяване на това дали дадена дейност е пряко изложена на конкуренция“, предвижда:

„1. Поръчки, които са предназначени да способстват изпълнението на дейност, спомената в членове 3—7, не са предмет на настоящата директива ако в държавата-членка, в която тя се осъществява, дейността е пряко изложена на конкуренция на пазарите, до които достъпът не е ограничен.

2. За целите на параграф 1 въпросът дали дадена дейност е пряко изложена на конкуренция се решава въз основа на критериите, които са в съответствие с разпоредбите на договора относно конкуренцията, такива като качествата на засегнатите стоки или услуги, наличието на алтернативни стоки или услуги, цените и същинското или потенциалното наличие на повече от един доставчик на въпросните стоки или услуги.

[…]“.

13 В дял II, глава II, раздел 3 от Директива 2004/18 са изброени обществените поръчки извън приложното поле на тази директива. Сред тях фигурират поръчки, възлагани във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги. Посветеният на тези поръчки член 12 предвижда:

„Настоящата директива не се прилага за обществени поръчки, които, съгласно Директива 2004/17/ЕО, се възлагат от възлагащи органи, извършващи една или повече от дейностите по членове от 3 до 7 от нея, и се възлагат за изпълнение на тези дейности, […].

[…]“.

14 Транспонирането на разглежданата по-горе общностна правна уредба в австрийското право се осигурява от Федералния закон относно възлагането на обществени поръчки (Bundesvergabegesetz) от 2006 г.

Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

15 Fernwärme Wien е създадено с учредителен акт от 22 януари 1969 г., с оглед да осигурява на територията на град Виена градското отопление на жилища, публичноправни субекти, офиси и предприятия. За тази цел то използва енергията, получена от изхвърлянето на отпадъци, вместо енергия, получена от невъзстановими източници.

16 Разполагащото с юридическа правосубектност Fernwärme Wien изцяло принадлежи на град Виена, който определя и освобождава управителите, както и членовете на надзорния съвет на предприятието, и ги освобождава от отговорност. Освен това посредством Kontrollamt der Stadt Wien (контролна служба на град Виена) общината е оправомощена да контролира икономическото и финансово управление на това предприятие.

17 Успоредно с дейността си по осигуряване на градско отопление, Fernwärme Wien се занимава и с общото планиране на хладилни инсталации за проекти с определено значение, свързани с недвижими имоти. В рамките на тази дейност то е изложено на конкуренцията на други предприятия.

18 На 1 март 2006 г. Fernwärme Wien започва тръжна процедура за изграждането на хладилни инсталации в бъдещ комплекс от търговски офиси във Виена, като посочва, че австрийското законодателство в областта на обществените поръчки не е приложимо към въпросната поръчка. Ing. Aigner взема участие в тази процедура, като представя оферта. След като на 18 май 2006 г. е уведомено, че офертата му повече няма да се разглежда поради наличието на неблагоприятни фактори, Ing. Aigner оспорва това решение пред препращащата юрисдикция, като изтъква, че трябвало да се прилагат общностните правила в областта на обществените поръчки.

19 Препращащата юрисдикция отбелязва, че дейностите на Fernwärme Wien се отнасят до експлоатацията на фиксирана мрежа за градско отопление, която несъмнено попада в приложното поле на Директива 2004/17. Напротив, дейностите на това предприятие във връзка с хладилните инсталации не попадат в приложното поле на тази директива. Следователно препращащата юрисдикция иска да установи дали тези последни дейности също спадат към приложното поле на разпоредбите на посочената директива в приложение mutatis mutandis на принципите, разработени в Решение от 15 януари 1998 г. по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др. (C-44/96, Recueil, стр. I-73, по-специално точки 25 и 26) — подход, който в доктрината обикновено се нарича „теория на заразяването“. В съответствие с даденото от препращащата юрисдикция тълкуване на това съдебно решение, когато дейности на определен орган попадат в приложното поле на директивите в областта на обществените поръчки, всички други дейности на този орган, независимо от евентуалния им промишлен или търговски характер, също попадат в приложното поле на директивите в тази област.

20 В хипотезата, при която посоченото по-горе решение по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др. би се отнасяло единствено до възлагащите органи, и по-специално до понятието за „публичноправен орган“, в смисъл че когато определен орган задоволява нужди от обществен интерес без промишлен или търговски характер, той следва да се счита за „публичноправен орган“ по смисъла на общностните правила, независимо дали упражнява успоредно и други дейности, които нямат подобен характер, препращащата юрисдикция иска да установи дали Fernwärme Wien представлява публичноправен орган, а именно възлагащ орган по смисъла на Директива 2004/17 или Директива 2004/18.

21 На последно място, препращащата юрисдикция иска да установи дали когато определен орган упражнява дейности без промишлен или търговски характер и успоредно с това дейности, които са изложени на конкуренцията, е възможно последните дейности да се разграничат и да не бъдат включвани в приложното поле на общностните правила в областта на обществените поръчки, ако може да се установи разделение между тези два типа дейности и следователно липса на икономически влияния между тях. В това отношение препращащата юрисдикция се позовава на точка 68 от заключение на генералния адвокат Jacobs от 21 април 2005 г. по делото, приключило поради оттеглянето на преюдициалното запитване с Определение за заличаване от 23 март 2006 г. по дело Impresa

Portuale di Cagliari (C-174/03), където се предлага да бъде смекчен в този смисъл принципът от Решение по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др., посочено по-горе.

22 С оглед на тези съображения Vergabekontrollsenat des Landes Wien решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Следва ли Директива 2004/17 [...] да се тълкува в смисъл, че възложител, който упражнява дейност, спадаща към някой от посочените в член 3 от тази директива сектори, попада в приложното поле на тази директива и по отношение на друга дейност, успоредно упражнявана в рамките на конкуренцията?

2) В случай че това би било така само за възлагащите органи: следва ли предприятие като [Fernwärme Wien] да се квалифицира като публичноправен орган по смисъла на Директива 2004/17 или Директива 2004/18 [...], ако доставя градско отопление на определена територия без реална конкуренция, или за сравнение следва да се използва пазарът за отопление и топла вода, който обхваща и енергийни източници като газ, петрол, въглища и т.н.?

3) Следва ли дейност, упражнявана в рамките на конкуренцията от дружество, което упражнява и друга дейност без промишлен или търговски характер, да се включи в приложното поле на Директива 2004/17 или Директива 2004/18, ако в резултат на ефикасни мерки като разделението на балансите и на счетоводствата може да се изключи кръстосано финансиране на упражняваните в рамките на конкуренцията дейности?“

По преюдициалните въпроси

По първия въпрос

23 С този въпрос препращащата юрисдикция иска да установи дали възложител по смисъла на Директива 2004/17, който упражнява дейности, спадащи към някой от посочените в членове 3—7 от тази директива сектори, е длъжен да прилага предвидената от тази директива процедура за възлагане на поръчки във връзка с дейности, които този субект успоредно упражнява при условия на конкуренция в сектори, които не се покриват от споменатите по-горе разпоредби.

24 С цел да се даде отговор на този въпрос, следва да се отбележи, че Директива 2004/17 и Директива 2004/18 разкриват значими различия помежду си по отношение както на субектите, засегнати от въведените с тези директиви правила, така и на своето естество и приложно поле.

25 На първо място, що се отнася до субектите, към които са приложими съответните разпоредби на посочените директиви, следва да се констатира, че за разлика от Директива 2004/18, която по силата на член 1, параграф 9, първа алинея от нея се прилага към „възлагащите органи“, визираните в Директива 2004/17 субекти са наречени в член 2 от последната „възложители“. От същия член 2, параграф 2, букви а) и б) е видно, че тази директива се прилага не само към възложителите, които са „възлагащи органи“, а и към тези, които са „публични предприятия“ или предприятия, които се ползват от „специални или изключителни права, предоставени от компетентен орган на държава-членка“, доколкото всички тези предприятия упражняват някоя от дейностите, посочени в членове 3—7 от споменатата директива.

26 На второ място, от членове 2—7 от Директива 2004/17 произтича, че осъществяваното с тази директива координиране не се разпростира до всички области на икономическата дейност, а се отнася до специфично определени сектори, за което впрочем указва обстоятелството, че тази директива обикновено се нарича „секторна директива“. Напротив, приложното поле на Директива 2004/18 обхваща почти всички сектори на икономическия живот, като по този начин оправдава обичайното ѝ название „обща директива“.

27 При тези обстоятелства на настоящия етап следва да се констатира, че общото приложение на Директива 2004/18 и ограниченото приложение на Директива 2004/17 изискват разпоредбите на последната да се тълкуват ограничително.

28 Границите между приложните полета на тези две директиви са очертани и от изрични разпоредби. Така член 20, параграф 1 от Директива 2004/17 предвижда, че тя не се прилага към поръчки, които възложителите възлагат за цели, различни от извършването на техните дейности, както са описани в членове 3—7 от същата директива. Съответствието на тази разпоредба в Директива 2004/18 е член 12, първа алинея, който предвижда, че тази директива не се прилага за обществени поръчки, които възлагащи органи, извършващи една или повече от дейностите по членове 3—7 от Директива 2004/17, възлагат за изпълнение на тези дейности.

29 В този смисъл приложното поле на Директива 2004/17 е стриктно ограничено, което не позволява установените в нея процедури да се разпростират извън това приложно поле.

30 Следователно посочените по-горе разпоредби не оставят никакво място за прилагане в рамките на Директива 2004/17 на подхода, наречен „теория на

заразяването“, разработен вследствие на посоченото по-горе решение по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др. Това съдебно решение е постановено от Съда в рамките на Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, стр. 54), а именно в област, която понастоящем попада в приложното поле на Директива 2004/18.

31 При това положение, както основателно отбелязват по-специално австрийското, унгарското и финландското правителство, а така също и Комисията на Европейските общности, в приложното поле на Директива 2004/17 попадат само поръчките, които субект с качеството на „възложител“ по смисъла на тази директива възлага във връзка със и за упражняването на дейности в секторите, изброени в членове 3—7 от посочената директива.

32 Такова впрочем е заключението, което произтича и от Решение от по дело Strabag и Kostmann (C-462/03 и C-463/03, Recueil, стр. I-5397, точка 37). В това решение Съдът приема, че ако дадена поръчка не спада към упражняването на една от уредените в секторната директива дейности, тя ще се определя от правилата, предвидени от директивите, които в зависимост от случая се отнасят до възлагането на поръчки за услуги, строителство или доставки.

33 С оглед на изложените по-горе съображения на първия поставен въпрос следва да се отговори, че възложител по смисъла на Директива 2004/17 е длъжен да прилага предвидената от тази директива процедура единствено за възлагането на поръчки, които са във връзка с дейности, които този субект упражнява в един или няколко от секторите, посочени в членове 3—7 от споменатата директива.

По втория въпрос

34 С втория си въпрос препращащата юрисдикция иска да установи дали субект като Fernwärme Wien трябва да се счита за публичноправен орган по смисъла на Директива 2004/17 или на Директива 2004/18.

35 В това отношение следва да се припомни, че както е видно от точка 5 на настоящото съдебно решение, разпоредбите на член 2, параграф 1, буква а), втора алинея от Директива 2004/17 и на член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18 съдържат идентично определение за понятието „публичноправен орган“.

36 От тези разпоредби произтича, че под „публичноправен орган“ се разбира всеки орган, който, първо, е създаден със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес без промишлен или търговски характер, второ, има юридическа правосубектност и, трето, или дейността му е финансирана в по-голямата част от държавата, регионалните или местни органи или други публичноправни орани, или е обект на управленски контрол от страна на тези органи, или има административен, управителен или надзорен съвет, повече от половината от чиито членове са назначени от държавата, регионалните или местни орани или от други публичноправни органи. В съответствие с практиката на Съда тези три условия имат кумулативен характер (Решение от 1 февруари 2001 г. по дело Комисия/Франция, C-237/99, Recueil, стр. I-939, точка 40 и цитираната съдебна практика).

37 Освен това понятието „публичноправен орган“ трябва да бъде тълкувано функционално предвид целта на общностните директиви в областта на възлагане на обществените поръчки да се изключи по-специално възможността орган, финансиран или контролиран от държавата, регионалните или местни органи или от други публичноправни органи, да допусне да се ръководи от съображения, които не са икономически (вж. в този смисъл Решение от 13 декември 2007 г. по дело Bayerischer Rundfunk и др., C-337/06, Сборник, стр. I-11173, точки 36 и 37, както и цитираната съдебна практика).

38 В конкретния случай е безспорно, че са изпълнени двата последни критерия, установени с посочената в точка 36 от настоящото решение правна уредба, като се има предвид, че Fernwärme Wien разполага с юридическа правосубектност и че град Виена изцяло притежава капитала на този субект и контролира икономическото му и финансово управление. Следователно остава да се разгледа дали този субект е създаден със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес без промишлен или търговски характер.

39 На първо място, що се отнася до целта на създаването на въпросния субект и до естеството на задоволяваните нужди, следва да се констатира, че както е видно от представената на Съда преписка, Fernwärme Wien е създадено със специфичната цел да осигурява на територията на град Виена отоплението на жилища, обществени сгради, предприятия или офиси чрез използването на енергията, получена при горенето на отпадъците. По време на съдебното заседание пред Съда бе изтъкнато, че понастоящем тази система за отопление обслужва около 250 000 жилища, многобройни офиси и промишлени съоръжения, както и практически всички обществени сгради. Осигуряването на отоплението на градска агломерация по екологосъобразен начин представлява цел, която безспорно спада към обществения интерес. Следователно не би могло да се оспорва, че Fernwärme Wien е създадено със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес.

40 В това отношение е без значение, че такива нужди се задоволяват или могат да се задоволяват и от частни предприятия. Съществено е, че става въпрос за нужди, които по съображения от обществен интерес държавата или регионален или местен орган са избрали като цяло да задоволяват сами или по отношение на които възнамеряват да запазят определящо влияние (вж. в този смисъл Решение от 10 ноември 1998 г. по дело BFI Holding, C-360/96, Recueil, стр. I-6821, точки 44, 47, 51 и 53, както и Решение от по дело Agorà и Excelsior, C-223/99 и C-260/99, Recueil, стр. I-3605, точки 37, 38 и 41).

41 На второ място, с цел да се провери дали задоволяваните от разглеждания в главното производство субект нужди имат характер, който не е промишлен или търговски, следва да се отчете съвкупността от релевантните юридически и фактически елементи, каквито са обстоятелствата, ръководили създаването на съответния орган, и условията, при които той упражнява дейността си. В това отношение е важно по-специално да се провери дали въпросният орган упражнява своите дейности при условия на конкуренция (вж. Решение от 22 май 2003 г. по дело Korhonen и др., C-18/01, Recueil, стр. I-5321, точки 48 и 49, както и цитираната съдебна практика).

42 Както беше посочено в точка 39 от настоящото съдебно решение, Fernwärme Wien е създадено със специфичната цел да осигурява отоплението на

територията на град Виена. Безспорно е, че не стремежът към печалби е ръководил създаването на този субект. Макар и да не е изключено тази дейност да генерира печалби, разпределяни под формата на дивиденти между акционерите на посочения субект, стремежът към такива печалби не представлява неговата основна цел (вж. в този смисъл Решение по дело Korhonen и др., посочено по-горе, точка 54).

43 По-нататък, по отношение на релевантната икономическа среда, или с други думи използвания за сравнение пазар, който трябва да се отчита, за да се провери дали въпросният субект упражнява дейностите си при условия на конкуренция, следва, както предлага генералният адвокат в точки 53 и 54 от своето заключение с оглед функционалното тълкуване на понятието „публичноправен орган", да се вземе предвид секторът, за който Fernwärme Wien е създадено, а именно снабдяването с градско отопление чрез използването на енергията, получена при горенето на отпадъците.

44 От акта за преюдициално запитване е видно, че в този сектор Fernwärme Wien се ползва от фактически квазимонополно положение, доколкото другите две дружества, които упражняват своите дейности в този сектор, са с незначителен размер и поради тази причина не могат да представляват действителни конкуренти. Освен това този сектор разкрива значителна самостоятелност, доколкото системата за градско отопление твърде трудно би могла да се замени от други видове енергия, тъй като това би изисквало съществени строителни работи за преобразуване. На последно място, град Виена придава особена значимост на тази система за отопление и поради екологични съображения. Така предвид натиска на общественото мнение градът не би позволил премахването на тази система, дори тя да трябва да работи на загуба.

45 Предвид тези различни данни, предоставени от препращащата юрисдикция, и както отбелязва генералният адвокат в точка 57 от своето заключение, Fernwärme Wien действително понастоящем се оказва единственото предприятие, което е в състояние да задоволява такива нужди от обществен интерес в разглеждания сектор, така че при възлагането на своите поръчки то би могло да допусне да се ръководи от неикономически съображения.

46 В посочените по-горе решения по дело BFI Holding (точка 49) и по дело Agorà и Excelsior (точка 38) Съдът изтъква, че съществуването на развита конкуренция може да представлява индиция в подкрепа на обстоятелството, че не става въпрос за нужда от обществен интерес без промишлен или търговски характер. При обстоятелствата по главното производство от преюдициалното запитване ясно е видно, че този критерий за съществуването на развита конкуренция далеч не е изпълнен.

47 Следва да се добави, че в това отношение е без значение, че освен задачата си от обществен интерес посоченият субект изпълнява и други дейности със стопанска цел, щом продължава да поема грижата за нуждите от обществен интерес, които специално е задължен да задоволява. Частта, която заемат упражняваните със стопанска цел дейности в рамките на цялостните дейности на този субект, също е ирелевантна за целите на квалифицирането му като публичноправен орган (вж. в този смисъл Решение по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др., посочено по-горе, точка 25, Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Adolf Truley, C-373/00, Recueil, стр. I-1931, точка 56, както и Решение по дело Korhonen и др., посочено по-горе, точки 57 и 58).

48 С оглед на изложените по-горе съображения на втория въпрос следва да се отговори, че субект като Fernwärme Wien трябва да се счита за публичноправен орган по смисъла на член 2, параграф 1, буква а), втора алинея от Директива 2004/17 и на член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18.

По третия въпрос

49 С третия си въпрос препращащата юрисдикция иска да установи дали всички поръчки, възложени от субект с качеството на публичноправен орган по

смисъла на Директива 2004/17 или на Директива 2004/18, следва да бъдат подчинени на правилата на едната или другата от тези директиви, когато чрез прилагането на ефикасни мерки е възможно ясно разделение между дейностите, които този орган упражнява в изпълнение на задачата си да задоволява нужди от обществен интерес, и дейностите, които той упражнява при условията на конкуренция — разделение, изключващо кръстосано финансиране между тези два вида дейности.

50 В това отношение следва да се припомни, че залегналата в основата на този въпрос проблематика за първи път е представлявала обект на разглеждане от страна на Съда по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др., приключило с посоченото по-горе решение, отнасящо се до тълкуването на Директива 93/37 относно обществените поръчки за строителство. В точка 35 от това решение Съдът стига до заключението, че независимо от тяхното естество всички поръчки, възлагани от орган с качеството на възлагащ орган, трябва да се подчиняват на правилата на тази директива.

51 Съдът отново изтъква тази позиция, що се отнася до обществените поръчки за услуги, в посочените по-горе решения по дело BFI Holding (точки 55 и 56) и по дело Korhonen и др. (точки 57 и 58), както и що се отнася до обществените поръчки за доставки — в посоченото по-горе Решение по дело Adolf Truley (точка 56). Тази позиция намира приложение и към Директива 2004/18, представляваща преработване на разпоредбите на всички предходни директиви в областта на възлагане на обществени поръчки, които тя наследява (вж. в този смисъл Решение по дело Bayerischer Rundfunk и др., посочено по-горе, точка 30).

52 Това заключение се налага и за субектите, които прилагат счетоводство, насочено към ясно вътрешно разделение между дейностите, които упражняват в изпълнение на задачата си да задоволяват нужди от обществен интерес, и дейностите, които упражняват при условия на конкуренция.

53 Всъщност, както подчертава генералният адвокат в точки 64 и 65 от своето заключение, допустимо е да възникват сериозни съмнения, че в действителност

е възможно да се установи подобно разделение между различните дейности на субект, който представлява единно юридическо лице, който има единен режим на имущество и собственост и чиито решения в областта на ръководство и управление се вземат по единен начин, при това дори при абстрахиране от многобройните други практически препятствия, що се отнася до контрола ex ante и ex post върху пълното разделение между различните сфери на дейност на съответния субект и върху принадлежността на разглежданата дейност към една или друга сфера.

54 При това положение предвид съображения за правна сигурност, прозрачност и предвидимост, които ръководят прилагането на процедурите за всички обществени поръчки, е необходимо придържане към практиката на Съда, изложена в точки 50 и 51 от настоящото решение.

55 Както е видно от точка 49 от настоящото решение обаче, въпросът на препращащата юрисдикция се отнася едновременно до Директива 2004/17 и Директива 2004/18.

56 В това отношение следва да се отбележи, че в рамките на разглеждането на втория преюдициален въпрос бе констатирано, че субект като Fernwärme Wien трябва да се счита за публичноправен орган по смисъла на Директива 2004/17 и Директива 2004/18. Освен това при разглеждането на първия преюдициален въпрос Съдът стигна до извода, че възложител по смисъла на Директива 2004/17 е длъжен да прилага предвидената в тази директива процедура единствено за възлагането на поръчки, които са във връзка с дейностите, които този субект упражнява в един или няколко от секторите, посочени в членове 3—7 от споменатата директива.

57 Следва да се уточни, че в съответствие с практиката на Съда в приложното поле на Директива 2004/17 попадат поръчките, които се възлагат в сферата на една от дейностите, изрично посочени в членове 3—7 от споменатата директива, както и поръчките, които макар и да са от различно естество, поради което обикновено могат да попаднат като такива в приложното поле на Директива 2004/18, служат за упражняването на определените в Директива 2004/17

дейности (вж. в този смисъл посоченото по-горе Решение по дело Strabag и Kostmann, точки 41 и 42).

58 Следователно възлаганите от субект като Fernwärme Wien поръчки попадат в приложното поле на предвидените от Директива 2004/17 процедури, доколкото имат връзка с дейност, упражнявана от този субект в секторите, посочени в членове 3—7 от тази директива. Напротив, всички други поръчки, възлагани от такъв субект във връзка с упражняването на други дейности, попадат в приложното поле на процедурите, предвидени от Директива 2004/18.

59 Следователно на третия въпрос трябва да се отговори, че поръчките, възлагани от субект с качеството на публичноправен орган по смисъла на Директива 2004/17 и Директива 2004/18, които са свързани с упражняването на дейности на този субект в един или няколко от посочените в членове 3—7 от Директива 2004/17 сектори, трябва да се подчиняват на предвидените от тази директива процедури. За сметка на това всички други поръчки, възлагани от този субект във връзка с упражняването на други дейности, попадат в приложното поле на процедурите, предвидени от Директива 2004/18. Всяка от тези две директиви се прилага без отлика между дейностите, които споменатият субект упражнява в изпълнение на задачата си да задоволява нужди от обществен интерес, и дейностите, които той упражнява при условия на конкуренция, дори и при наличие на счетоводство, което е насочено към разделението на секторите на дейност на този субект, с цел да се избегнат кръстосаните финансирания между тези сектори.

По съдебните разноски

60 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред препращащата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

1) **Възложител по смисъла на Директива 2004/17 на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, е длъжен да прилага предвидената от тази директива процедура единствено за възлагането на поръчки, които са във връзка с дейности, които този субект упражнява в един или няколко от секторите, посочени в членове 3—7 от споменатата директива.**

2) **Субект като Fernwärme Wien GmbH трябва да се счита за публичноправен орган по смисъла на член 2, параграф 1, буква а), втора алинея от Директива 2004/17 и на член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18 на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки.**

3) **Поръчките, възлагани от субект с качеството на публичноправен орган по смисъла на Директива 2004/17 и Директива 2004/18, които са свързани с упражняването на дейности на този субект в един или няколко от посочените в членове 3—7 от Директива 2004/17 сектори, трябва да се подчиняват на предвидените от тази директива процедури. За сметка на това всички други поръчки, възлагани от този субект във връзка с упражняването на други дейности, попадат в приложното поле на процедурите, предвидени от Директива 2004/18. Всяка от тези две директиви се прилага без отлика между дейностите, които споменатият субект упражнява в изпълнение на задачата си да задоволява нужди от обществен интерес, и дейностите, които той упражнява при условия на конкуренция, дори и при наличие на счетоводство, което е насочено към разделението на секторите на дейност на този субект, с цел да се избегнат кръстосаните финансирания между тези сектори.**

Подписи