



ЕВРОПЕЙСКА КОМИСИЯ

Неофициален превод на документа от
4.10.2011 г. SEC (2011) 1169
окончателен на ГД „Вътрешен пазар и
услуги“.

РАБОТЕН ДОКУМЕНТ НА СЛУЖБИТЕ НА КОМИСИЯТА

**относно прилагането на правото на ЕС в областта на обществените поръчки към
отношенията между възлагащите органи (сътрудничество между публични
институции)**

СЪДЪРЖАНИЕ

1.	Въведение	4
2.	Общ принцип: правото на ЕС в областта на обществените поръчки е приложимо по отношение на договорите между възлагащите органи.....	5
3.	Осъществяване на обществени задачи със собствени средства — сътрудничество между публични институции, което може да попадне извън приложното поле на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки	7
3.1.	Преглед на различните понятия, развити в съдебната практика	7
3.2.	Сътрудничество чрез самостоятелни правни субекти („институционализирано/вертикално сътрудничество“, „съдебна практика относно вътрешната обвързаност“).....	8
3.2.1.	Собственост върху капитала на вътрешния субект	10
3.2.2.	Първи критерий по дело Teskal: достатъчен контрол върху вътрешния субект (организационна зависимост).....	11
3.2.3.	Втори критерий по дело Teskal: основната част от дейността на вътрешния субект трябва да бъде ограничена до поверените му от контролиращия орган/контролиращите органи задачи (икономическа зависимост)	14
3.2.4.	Допълнителни открити въпроси по отношение на евентуалното взаимодействие с вътрешните субекти.....	15
3.3.	Неинституционализирано/хоризонтално сътрудничество с цел съвместно изпълнение на обществени задачи.....	16
3.3.1.	Съществени характеристики на попадащото извън приложното поле на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки хоризонтално сътрудничество между възлагащите органи	16
3.3.2.	Разграничаване на действителното „сътрудничество“ от обичайния договор за обществена поръчка.....	17
3.3.3.	Евентуални ограничения във връзка с търговските дейности на пазара.....	17
3.4.	Резюме.....	18
4.	Осъществяване на обществени задачи чрез външни средства — други видове отношения между публични институции	22
4.1.	Преразпределяне на компетентността между публичните органи	22
4.2.	Извъндоговорно възлагане на задачи	24
4.3.	Връзка между правилата в областта на обществените поръчки и някои изключителни права.....	25

4.4.	Отношения между възлагащите органи в рамките на съвместни или централни споразумения за покупка.....	27
------	---	----

1. ВЪВЕДЕНИЕ

В съответствие с директивите на ЕС в областта на обществените поръчки през 2009 г. бяха обявени договори за обществени поръчки на стойност 420 милиарда евро. Целта на тези разпоредби е да се гарантира, че доставчиците от целия вътрешен пазар могат да се конкурират за получаването на съответните обществени поръчки¹. Същевременно разпоредбите на ЕС не ограничават свободата на възлагащия орган да използва собствените си административни, технически или други средства при изпълнение на поверените му обществени задачи, без да е задължен да се обръща към външни субекти, които не са част от неговите структури.

Дискутирано бе дали директивите на ЕС в областта на обществените поръчки следва да се прилагат и в различни случаи, при които възлагащите органи целят да осигурят съвместно осъществяването на своите обществени задачи. Съдът на Европейския съюз (наричан по-долу „Съдът“) потвърждава, че не може автоматично да се приеме, че договорите за обществени услуги между възлагащи органи попадат извън приложното поле на правото на ЕС в областта на обществените поръчки. От практиката на Съда обаче също е видно, че някои форми на сътрудничество между възлагащи органи не могат да бъдат квалифицирани като договори за обществени поръчки.

Следователно трябва да се прави разграничение между, от една страна, дейностите по възлагането на обществени поръчки, по отношение на които икономическите оператори следва свободно да се конкурират в съответствие с правилата на ЕС в областта на обществените поръчки, и от друга страна, различните споразумения, които възлагащите органи могат да използват, за да осигурят осъществяването на обществените си задачи, и които не попадат в приложното поле на директивите на ЕС в областта на обществените поръчки.

Понастоящем възлагащите органи, които желаят да установят сътрудничество, често са затруднени да определят в кои случаи се прилагат директивите на ЕС в областта на обществените поръчки.

Необходимостта от внасяне на яснота по въпроса бе подчертана в доклада на Европейския парламент, който призовава *„Комисията и държавите-членки да предоставят на широката общественост информация относно правните*

¹ Целият пазар на обществени поръчки в ЕС се оценява на около 17 % от БВП на ЕС. С директивите на ЕС в областта на обществените поръчки се урежда единствено възлагането на договори, чиято стойност надхвърля определен таван. През 2009 г. стойността на тези договори възлизаше на 3,6 % от БВП на ЕС. По отношение на останалата част от пазара на обществените поръчки държавите-членки трябва да съблюдават принципите на правото на ЕС за недискриминация и равно третиране на оферентите и т.н., доколкото поръчката, която предстои да бъде възложена, представлява интерес за предприятия, установени в друга държава-членка.

последници от тези решения²“ [относно сътрудничество между публични институции].

С настоящия документ се цели да бъдат удовлетворени тези изисквания. С него се цели извършването на обширен преглед на съществуващата практика на Съда на ЕС. Той консолидира и обобщава тази съдебна практика, като извежда някои заключения от нея, доколкото констатациите на Съда позволяват това. Той не съдържа нови правила или изисквания. Негова цел е по-скоро да се допринесе за по-доброто разбиране и прилагане на съществуващата правна рамка. Той ще бъде от полза за всички заинтересовани страни в областта на обществените поръчки и по-специално за публичните органи на всички равнища на управление³. Представените в настоящия документ насоки се ограничават до сектора на обществените поръчки и не засягат правилата на ЕС относно конкуренцията и държавните помощи.

След като е напомнено, че договорите за обществена поръчка, сключени между възлагащи органи, са обект на директивите на ЕС в областта на обществените поръчки (раздел 2), в документа биват разгледани различни форми на сътрудничество между възлагащи органи, които могат да бъдат изключени от обхвата на въпросните правила (раздел 3), както и други видове отношения в контекста на правото на ЕС в областта на обществените поръчки (раздел 4).

Настоящият работен документ на службите на Комисията има само указателен характер и не може да се счита, че обвързва тази институция по какъвто и да било начин. Следва да се отбележи, че във всички случаи тълкуването на правото на ЕС в крайна сметка се извършва от Съда на Европейския съюз.

2. ОБЩ ПРИНЦИП: ПРАВОТО НА ЕС В ОБЛАСТТА НА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ Е ПРИЛОЖИМО ПО ОТНОШЕНИЕ НА ДОГОВОРИТЕ МЕЖДУ ВЪЗЛАГАЩИТЕ ОРГАНИ

Директивите на ЕС в областта на обществените поръчки се прилагат, когато възлагащите органи и възложителите сключват с друг правен субект възмездни договори. При тези споразумения е без значение дали страната по договора е частноправен или публичноправен субект. Това става ясно от съответните разпоредби на директивите, както и от практиката на Съда.

² Доклад по собствена инициатива на ЧЕП Heide Rühle „Ново развитие в областта на обществените поръчки“ (Резолюция на Европейския парламент от 18 май 2010 г. относно новото развитие в областта на обществените поръчки (2009/2175(INI)).

³ Със „Зелената книга относно модернизирването на политиката на ЕС в областта на обществените поръчки — Към по-ефективен европейски пазар на обществените поръчки“ (СОМ(2011) 15 окончателен, Брюксел, 27.1.2011 г.) бе поставено началото на обществено допитване с цел да се установи начинът, по който да бъде преобразуван секторът на обществените поръчки в бъдеще. С настоящия работен документ се цели изясняване на съществуващото правно положение до приемането и прилагането на нови законодателни актове.

Член 1, параграф 8 от Директива 2004/18/ЕО⁴ („Директивата за публичния сектор“) гласи следното:

*„Понятията „изпълнител на строителство“, „изпълнител на доставки“ и „изпълнител на услуги“ означават всяко физическо или юридическо лице или **публичноправно образование** или група от такива лица и/или организации, които предлагат на пазара, съответно, изпълнението на строителство и/или строеж, стоки или услуги.“* (курсивът е добавен)

Член 1, параграф 7 от Директива 2004/17/ЕО⁵ („Директивата за комуналните услуги“) гласи, че:

*„Понятията „изпълнител на строителство“, „изпълнител на доставки“ и „изпълнител на услуги“ означават всяко физическо или юридическо лице, или **възложител** по смисъла на член 2, параграф 2, букви а) или б), или група от такива лица и/или възложители, които предлагат на пазара, съответно изпълнението на строителство и/или строеж, стоки или услуги.“* (курсивът е добавен)

Съответно Съдът установява, че *„обстоятелството, че изпълнителят на услуги е публично образование, отделно от получателя на услугите, не препятства прилагането на [директивата]“*⁶. При прилагането на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки *„по принцип е достатъчно договорът да е бил сключен между местен орган и юридически отделно от него лице“*⁷. Следователно изключването от обхвата на националното право в областта на обществените поръчки на *„отношенията между публичните институции, техните публични органи, и в по-общ смисъл, организацията с нестопанска цел, спрямо които се прилага публичното право, независимо от характера на тези отношения“*⁸ би довело до неправилно транспониране на директивите на ЕС в областта на обществените поръчки.

⁴ Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, 30.4.2004 г., стр. 114—240).

⁵ Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, 30.4.2004 г., стр. 1—113).

⁶ Решение по дело C-480/06 Комисия/Германия (Recueil 2009 г., стр. I-04747, точка 33).

⁷ Решение по дело C-107/98, Teckal Srl/Comune di Viano и Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (Recueil 1999 г., стр. I-08121, точка 50).

⁸ Решение по дело 84/03 Комисия/Испания (Recueil 2005 г., стр. I-00139, точка 40).

3. ОСЪЩЕСТВЯВАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНИ ЗАДАЧИ СЪС СОБСТВЕНИ СРЕДСТВА — СЪТРУДНИЧЕСТВО МЕЖДУ ПУБЛИЧНИ ИНСТИТУЦИИ, КОЕТО МОЖЕ ДА ПОПАДНЕ ИЗВЪН ПРИЛОЖНОТО ПОЛЕ НА ПРАВИЛАТА НА ЕС В ОБЛАСТТА НА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

3.1. Преглед на различните понятия, развити в съдебната практика

Практиката на Съда в областта на обществените поръчки показва, че правото на ЕС не ограничава свободата на възлагащия орган⁹ да използва собствените си административни, технически или други средства при изпълнение на поверените му обществени задачи, без да е задължен да се обръща към външни субекти, които не са част от неговите структури¹⁰.

Когато в рамките на изпълнението на обществена задача възлагащият орган използва собствените си средства, без да се сключва възмезден договор, правото на ЕС в областта на обществените поръчки не се прилага, тъй като от гледна точка на едно и също юридическо лице положението е вътрешно, т.е. в рамките на своята организация възлагащият орган разполага с всички необходими средства. Пример: общинският съвет предоставя транспортни услуги на своята територия посредством вътрешното си транспортно подразделение.

Освен това възможността за извършване на обществени задачи със собствени средства може също да бъде прилагана в сътрудничество с други възлагащи органи. Няколко възлагащи органи могат взаимно да се подпомагат. Ако в рамките на това сътрудничество не е предвидено възнаграждение или размяна на реципрочни права и задължения, не е налице предоставяне на услуги по смисъла на правото на ЕС в областта на обществените поръчки. При тези обстоятелства не се прилага правото на ЕС в областта на обществените поръчки. Пример: обща спогодба между съседни общини за обмен на музикалните им групи в рамките на градските празненства.

Когато възлагащите органи сключват помежду си възмездни договори (т.е. предвиждащи реципрочни права и задължения), възниква въпросът дали те могат да бъдат изключени от приложното поле на директивите на ЕС в областта на

⁹ В контекста на разглежданото сътрудничество между публични институции това се отнася единствено за действията на „възлагащите органи“ по смисъла на Директива 2004/18/ЕО, а не за „публичните предприятия“ съгласно определението в Директивата за комуналните услуги или за частните дружества, които извършват дейност въз основа на специални или изключителни права, по смисъла на Директива 2004/17/ЕО. По отношение на „възлагащите органи“, попадащи в обхвата на определението за „възложители“ в Директивата за комуналните услуги, трябва да бъде отбелязано, че тяхното специфично положение в рамките на сътрудничеството между публични институции до момента не е било изрично разглеждано от Съда. Заключениеята относно „възлагащите органи“ би следвало по принцип да се прилагат *mutatis mutandis* и когато те действат в качеството си на „възложители“, освен при наличието на значителни различия в приложимите разпоредби. Трябва също да се отбележи, че в член 23 от Директивата за комуналните услуги се съдържат разпоредби за определени форми на сътрудничество между публични институции (възможни са дори тристранни отношения).

¹⁰ Решение по дело C-26/03, Stadt Halle и RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (Recueil 2005 г., стр. I-00001, точка 48).

обществените поръчки въпреки общото правило, съгласно което договорите между различни юридически лица попадат в техния обхват. Според практиката на Съда това е възможно при определени обстоятелства. Сътрудничеството, провеждано между възлагащите органи с цел съвместно осигуряване на осъществяването на обществените задачи, може да предвижда възлагането на договори, без да възниква задължението за прилагане на правото на ЕС в областта на обществените поръчки. Такова сътрудничество може да се осъществи под формата на съвместен контрол върху трето лице, на което е поверено изпълнението на задачата („вертикално/институционализирано сътрудничество“). Евентуално то може да се проведе без да се налага създаването на нов правен субект или специалното определяне на такъв („хоризонтално/неинституционализирано сътрудничество“).

3.2. Сътрудничество чрез самостоятелни правни субекти („институционализирано/вертикално сътрудничество“, „съдебна практика относно вътрешната обвързаност“)

Според установената практика директивите на ЕС в областта на обществените поръчки се прилагат, когато възлагащите органи сключват договори за обществени поръчки, т.е. писмени възмездни договори с трето лице с предмет изпълнение на строителство, доставка на стоки или предоставяне на услуги по смисъла на директивите. Те се прилагат и когато възлагащите органи сключват концесионни договори съгласно Директивата за публичния сектор.

В Решение по дело *Teckal*¹¹ Съдът тълкува това правило функционално. Той определя два кумулативни критерия за изключването на отношенията между възлагащия орган и друго юридическо лице от обхвата на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки. Според Съда тези отношения не попадат в приложното поле на правото на ЕС в областта на обществените поръчки, ако:

- (1) възлагащият орган упражнява върху юридическото лице **контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си служби, и**
- (2) същевременно това юридическо лице **извършва съществена част от своите дейности съвместно с контролиращия възлагач орган или органи**¹².

Следователно в съответствие с **автономията на възлагащите органи по отношение на вътрешната им организация** Съдът установява, че правото на ЕС

¹¹ Решение по дело C-107/98, *Teckal*, точка 50. „За да определи дали съществува договор, националният съд трябва да установи дали е имало споразумение между две отделни лица. В това отношение [...] по принцип е достатъчно договорът да е бил сключен между, от една страна, местен орган, и от друга страна, юридически отделно от него лице. В противен случай такова положение може да възникне единствено ако местният орган упражнява върху съответния субект контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си служби, и същевременно този субект извършва съществена част от дейностите си съвместно с контролиращия местен орган или органи.“

¹² Вследствие на решението на Съда Държавният съвет на Италия достигна до заключението, че AGAS е вътрешно дружество на Viano (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Решение № 2605 от 9 май 2001 г.).

в областта на обществените поръчки (в т.ч. не само директивите, но и принципите на Договора) не се прилага, ако възлагащият орган сключва договор с трето лице, което е чисто **формално, но не и реално независимо от него**. Тази съдебна практика обхваща случаите, при които третото лице **не се финансира с частен капитал и е зависимо както в организационно, така и в икономическо отношение** от възлагащия орган. Пример: общинският съвет предоставя транспортни услуги на своята територия посредством изцяло притежавано и контролирано от него транспортно дружество.

В последващите си решения¹³ Съдът уточни, че в обхвата на понятието за вътрешна обвързаност може да се включи и сътрудничеството между публични институции, като установява, че двата критерия по дело *Teckal* могат да бъдат съвместно изпълнени от няколко възлагащи органа. Пример: два общински съвета предоставят транспортни услуги на своята територия посредством транспортно дружество, притежавано и контролирано съвместно от тях.

За целите на настоящия документ такова сътрудничество се квалифицира като „институционализирано“ или „вертикално“, тъй като при него възлагащите органи възлагат изпълнението на задачата на отделно дружество, съвместно притежавано и контролирано от тях, което предоставя услугата.

Тази дерогация за вътрешни субекти бе призната от Съда по отношение както на обществените поръчки и концесионните договори, обхванати от директивите на ЕС в областта на обществените поръчки, така и на концесиите за услуги, попадащи иначе в приложното поле на принципите на Договора.

В този контекст следва да се отбележи, че докато отношенията между, от една страна, контролиращия възлагащ орган или органи и, от друга страна, контролирания субект могат да бъдат изключени от обхвата на правото на ЕС в областта на обществените поръчки поради тяхната вътрешна обвързаност, организацията, която отговаря на критерии за вътрешен субект, би попаднала по принцип в категорията „публичноправна организация“, която по отношение на възлаганите от нея поръчки е задължена да спазва правото на ЕС в областта на обществените поръчки.

В следващия раздел подробно са описани релевантните критерии, установени в практиката на Съда относно вътрешната обвързаност, които трябва да бъдат преценени, преди да се реши дали е приложимо правото на ЕС в областта на обществените поръчки.

¹³ Решение по дело C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle* и *Région de Bruxelles-Capitale* (Recueil 2008 г., стр. I-08457) и Решение по дело C-573/07, *Sea Srl/Comune di Ponte Nossa* (Recueil 2009 г., стр. I-08127).

3.2.1. Собственост върху капитала на вътрешния субект

Според съдебната практика възлагащият орган не може да упражнява вътрешен контрол върху даден субект, когато едно или повече частни предприятия също притежават право на собственост върху въпросния субект¹⁴. Такъв е случаят, дори когато възлагащият орган може самостоятелно да взема всички решения във връзка с посочения субект независимо от частното участие в собствеността. Мотивите на Съда са, че отношенията между възлагащия орган и неговите подразделения се ръководят от съображения и изисквания, присъщи на преследването на цели от обществен интерес. За сметка на това всяка частна капиталова инвестиция в дадено предприятие е породена от съображения, присъщи на частните интереси, и преследва цели от различно естество¹⁵. Това важи също и за „чистите капиталови инжекции“, извършвани от частно дружество във вътрешния субект (т.е. покупка на акции, а не предоставяне на стандартни кредити¹⁶), дори и когато не се предвижда оперативното участие.

- Вероятност за потенциално бъдещо участие на частен капитал

По принцип наличието на частно участие в капитала на дружеството, на което е възложена обществената поръчка, трябва да бъде установено **към момента на възлагането**¹⁷¹⁸. Бъдещото откриване на капитала на дружеството за частни инвестиции се отчита единствено, ако към момента на възлагането на обществената поръчка на дружеството съществува реална перспектива за такова откриване в краткосрочен план¹⁹.

Съществуването на чисто теоретична възможност частно лице да придобие участие в капитала на вътрешния субект само по себе си не нарушава вътрешните отношения между възлагащия орган и неговото дружество²⁰.

¹⁴ „За разлика от това, участието, дори и миноритарно, на частно предприятие в капитала на дружеството, в което въпросният възлагач орган също участва, при всички положения изключва възможността възлагащият орган да упражнява върху дружеството контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си служби.“ (Решение по дело C-26/03., Stadt Halle, точка 49).

¹⁵ Решение по дело C-26/03, Stadt Halle, точка 50.

¹⁶ Кредитът няма да се счита за „стандартен“, ако за неговото погасяване се предвижда възможност той да бъде преобразуван в акции на вътрешния субект.

¹⁷ Решение по дело C-26/03, Stadt Halle, точки 15 и 52; и Решение по дело C-573/07, Sea, точка 47.

¹⁸ Наличието на специални обстоятелства може по изключение да наложи отчитането на събития, настъпили след датата на възлагане на въпросната обществена поръчка. Такъв по-специално е случаят, при който скоро след възлагането на въпросната обществена поръчка на дружеството изпълнител неговите акции, притежавани до момента изцяло от възлагащия орган, биват прехвърлени на частно предприятие посредством механизъм, специално разработен за заобикаляне на съответните правила на ЕС (вж. в този смисъл Решение по дело C-29/04 Комисия/Австрия (Recueil 2005 г. стр. I-9705, точки 38—41).

¹⁹ Sea, точка 50.

²⁰ Виж Съобщението на ИПЧП, бележка под линия 14. Тази позиция бе междуременно потвърдена от Съда на ЕС по дело C-371/05, Комисия/Италия (Recueil 2008 г. стр. I-00110, точка 29).

Ако обаче поръчката бъде възложена на дружеството, като въз основа на дерогацията за вътрешни субекти не е била проведена конкурентна тръжна процедура, последващото придобиване на дял от дружеството, извършено от частни инвеститори към който и да е момент от срока на валидност на договора за обществена поръчка, би представлявало **изменение на съществено условие** за възлагането на поръчката. При тези обстоятелства за поръчката трябва да се проведе конкурентна тръжна процедура²¹.

- Притежаване на целия капитал на вътрешния субект от публичния сектор

От друга страна, едноличната собственост на възлагащите органи следва да се счита за признак за съществуването на необходимия за дерогацията за вътрешни субекти контрол, но не и за фактор, който е решаващ *per se*²².

Този признак бива отхвърлен, когато възлагащите органи създадат дружество със стопанска цел, което е напълно независимо от тях. Това е описано и по дело *Parking Brixen*, където към момента на възлагането субектът е бил притежаван от един възлагач орган, но се е ползвал със значителна независимост²³ (вж. следващия раздел), поради което Съдът отхвърля неговия статут на вътрешен субект.

3.2.2. *Първи критерий по дело Teckal: достатъчен контрол върху вътрешния субект (организационна зависимост)*

Възлагащият орган трябва да упражнява върху вътрешния субект *„контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си служби“*²⁴. Начинът, по който контролът се упражнява, не е съществен, т.е. може да бъде **по силата на частноправни или публичноправни правомощия**. За да бъде установено дали е изпълнено изискването за „подобен контрол“, *„трябва да бъдат отчетени всички правни разпоредби и релевантни обстоятелства. [...] Трябва да е налице възможност за упражняване на решаващо влияние върху стратегическите цели и важните решения.“*²⁵

В тази връзка трябва да бъдат отчетени следните елементи:

- Съвместен контрол върху вътрешния субект, упражняван от няколко възлагащи органа

²¹ Sea, точка 53.

²² Решение по дело C-340/04, Carbotermo SpA и Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio и AGESP SpA. (Recueil 2006 г. стр. I-04137, точка 37): „фактът, че възлагащият орган притежава самостоятелно или с други публични органи целия капитал на успешен оферент, показва, без да има решаващо значение, че възлагащият орган упражнява върху дружеството контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си служби“.

²³ Решение по дело C-458/03, Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen и Stadtwerke Brixen AG. (Recueil 2005 г. стр. I-08585, точка 70).

²⁴ Решение по дело C-107/98, Teckal, точка 50.

²⁵ Решение по дело C-458/03, Stadt Halle, точка 65. Решение по дело C-371/05, точка 24.

С решението си по дело *Coditel* Съдът определя някои нови принципи във връзка с първия критерий по дело *Teckal*. Съдът пояснява, че макар да е необходимо контролът, упражняван върху вътрешния субект, да бъде ефективен, неговото индивидуално упражняване не е от съществено значение. По този начин той потвърждава принципа, че **контролът по смисъла на първия критерий по дело Teckal може да бъде упражняван съвместно.**

Съдът обосновава това по-общо тълкуване с мотива, че по-строгото прилагане на този критерий би осуетило прилагането на дерогацията по дело *Teckal* в по-голямата част от случаите, при които е налице сътрудничество между възлагащите органи. Съдът също така установява, че **процедурите, които контролиращите органи използват при вземането на съвместни решения, са несъществени.** Например гласуването с мнозинство няма да обезсили осъществявания от всички участващи възлагащи органи (съвместен) контрол²⁶. Следователно, „ако публичен орган придобие миноритарно участие в акционерно дружество с изцяло публичен капитал, за да му възложи управлението на обществена услуга, контролът, който участващите в това дружество органи упражняват спрямо него може да бъде квалифициран като аналогичен на този, който упражняват върху своите собствени служби, когато се упражнява съвместно от тези органи“^{27,28}.

- Достатъчно широки правомощия върху вътрешния субект

За да изпълни първия критерий по дело *Teckal*, възлагащият орган трябва да запази достатъчно равнище на контрол, за да може да ограничава свободата на действие на разглеждания субект.

В Решение по дело *Coditel* фактът, че **управителните органи** на концесионера са били **съставени** единствено от представители на участващите в сътрудничеството възлагащи органи, бе отчетен като ясен показател за наличието на вътрешен контрол.

Сама по себе си **правно-организационната форма** на вътрешния субект не е решаваща, но може да служи като показател. Например в Решение по дело *Coditel* Съдът подчертава, че вътрешният субект е учреден не под формата на акционерно дружество, „което може да преследва цели независимо от своите акционери, а под формата на междуобщинско кооперативно дружество“. Според приложимото национално право последното не може да има търговски характер²⁹.

²⁶ C-324/07, *Coditel*, точка 51.

²⁷ C-573/07, *Sea*, точка 63.

²⁸ В Решение по дело C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti* (Recueil 2005 г. стр. I-07287) Съдът прецени, че миноритарното участие от 0,97 % е твърде малко, за да позволи на общината да упражнява вътрешен контрол върху концесионера. Впоследствие обаче тази позиция бе преразгледана от Съда, който, допусна възможността за упражняване на съвместен контрол от няколко възлагащи органа (които самостоятелно притежават единствено миноритарен дял) върху вътрешния субект.

²⁹ *Coditel*, точка 37.

В Решение по дело *Carbotermo*³⁰ Съдът установява, че контролът на един възлагащ орган върху друг субект, който се състои единствено от **свободата на действие, предоставена на мнозинството от акционерите по силата на дружественото право**, може би не е достатъчен, за да представлява контрол по смисъла на първия критерий по дело *Teckal*. Правомощията на възлагащия орган да оказва влияние върху решенията на въпросния субект са значително ограничени при подобни случаи³¹. Аналогично, ако възлагащият орган може да оказва влияние върху решенията на субекта единствено чрез **холдингово дружество**, това може да доведе до отслабване на контрола, евентуално упражняван от възлагащия орган. Следователно може да не бъде изпълнен първият критерий по дело *Teckal*³².

В Решение по дело *Sea*³³ вътрешният субект е акционерно дружество. Въпреки че тази правно-организационна форма не изключва възможността за осъществяване на вътрешен контрол, Съдът подробно проучи специфичните правомощия на възлагащите органи, и най-вече тези, позволяващи им да контролират управителните органи на вътрешния субект и надхвърлящи обичайните разпоредби, приложими при такъв контрол в акционерно дружество.

- Потенциална независимост/пазарна ориентация на вътрешния субект

В решенията по делата *Coditel* и *Sea* Съдът преценява, че ако контролираният субект е получил пазарна ориентация и се е ползвал със значителна независимост, която би отслабила упражнявания от възлагащите органи контрол, вече не е изпълнен първият критерий по дело *Teckal*. В тази връзка трябва да бъдат отчетени **материалният и географският обхват** на дейностите на контролирания субект, както и **възможностите му да установява отношения с предприятия от частния сектор**³⁴. Липсата на пазарна ориентация на контролирания субект би могла да бъде установена, когато **географският обхват** на дейностите на контролирания субект е ограничен върху територията на възлагащите органи, които го притежават, а **сферата на неговите дейности** (т.е. преследваните от него цели)³⁵ е ограничена до изпълнението на поверените му от възлагащите органи задачи. Тази проверка показва, че за разлика от дело *Parking Brixen* при делата *Coditel* и *Sea* е съществувал вътрешен контрол.

Контролираният субект може да **установява отношения с предприятия от частния сектор**, при условие че те само допълват основната дейност на предприятието, т.е. управлението на обществените услуги³⁶. Пълната забрана на отношения с предприятия от частния сектор би обезсмислила прилагането на втория критерий по дело *Teckal*.

³⁰ Вж. бележка под линия 22.

³¹ *Carbotermo*, точка 38, *Parking Brixen* точка 70.

³² *Carbotermo*, точки 38 и 39.

³³ Вж. бележка под линия 27.

³⁴ C-324/07, *Coditel*, точка 36, C-573/07, *Sea*, точка 73.

³⁵ *Coditel*, точка 38, *Sea* точки 74—76.

³⁶ C-573/07, *Sea*, точки 79—80.

Пример: ако основната дейност на вътрешния субект е събиране и избирателно сортиране на отпадъци за контролиращите възлагащи органи, може да се наложи извършване на спомагателна дейност — продажба на определени категории отпадъци на специализирани дружества от частния сектор с цел тяхното рециклиране³⁷.

3.2.3. *Втори критерий по дело Teskal: основната част от дейността на вътрешния субект трябва да бъде ограничена до поверените му от контролиращия орган/контролиращите органи задачи (икономическа зависимост)*

За да може да се възползва от дерогацията за вътрешни субекти, **основната част от дейността на контролирания субект** трябва да бъде извършвана съвместно с контролиращия възлагащ орган или органи. С този критерий се цели да бъде гарантирано, че правото на ЕС в областта на обществените поръчки е приложимо, когато субект, контролиран от един или няколко възлагащи органи, участва на пазара и следователно вероятно се конкурира с други предприятия³⁸.

В Решение по дело *Carbotermo* Съдът установява, че прагът от 80 %, предвиден по отношение на оборота в Директивата за комуналните услуги, над който възложените на свързани предприятия договори могат да попаднат извън приложното поле на въпросната директива, не може да бъде използван като референтно равнище за целите на Директивата за публичния сектор³⁹.

В същото решение обаче Съдът прави някои съществени пояснения по отношение на понятието „основна част от дейността“⁴⁰. Според Съда този критерий е изпълнен, само когато дейностите на вътрешния субект са предназначени **основно** за възлагащия орган. Всички други дейности следва да бъдат единствено със **страничен характер**.

За тази оценка са от значение **всички дейности, които вътрешният субект извършва в рамките на възложената от възлагащия орган поръчка. Това съображение е релевантно независимо от самоличността на бенефициера** (бил той самият възлагащ орган или ползвателят на услугите) или на плащащото на изпълнителя лице (възлагащия орган или трета страна, ползвател на услугите), както и от територията, на която услугите биват предоставяни.

³⁷ C-573/07, *Sea*, точка 78.

³⁸ *Carbotermo*, точка 60.

³⁹ *Carbotermo*, точка 55. (Това решение се отнася за „старата“ Директива за комуналните услуги (93/38). В член 23 от „новата“ Директива за комуналните услуги (2004/17/ЕО) обаче се предвижда аналогичен праг от 80 % по отношение на оборота, над който възложените на свързани предприятия договори могат да попаднат извън приложното поле на въпросната директива)

⁴⁰ *Carbotermo*, точки 63—68.

Ако вътрешният субект се контролира съвместно от няколко възлагащи органи, условието относно „основната част от дейността“ може да бъде изпълнено, когато вътрешният субект извършва тези дейности заедно с всички посочени органи, а не задължително само с един от тях. Следователно, **когато вътрешният субект е контролиран от няколко възлагащи органи, трябва да бъдат взети предвид всички негови дейности, извършвани съвместно с всички тези органи**⁴¹.

3.2.4. *Допълнителни открити въпроси по отношение на евентуалното взаимодействие с вътрешните субекти*

Посочените по-долу въпроси не са били пряко разглеждани в практиката на Съда до момента, но биха могли реално да възникнат:

- Възможно ли е участието на частен капитал в контролиращия орган?

Въпросът относно потенциалното използване на частен капитал в контролиращия орган може да възникне във връзка с публичноправни организации като не може да бъде изключено, че въпреки това те биха били в състояние да упражняват вътрешен контрол върху друг субект.

- Възможно ли е „възходящо възлагане на поръчка“ (т.е. контролираният субект да възложи договор на дружеството майка)?

По отношение на „възходящото възлагане на поръчки“ може да бъде отбелязано, че логиката на вътрешната обвързаност, т.е. липсата на два субекта с независими волеизявления, продължава да бъде приложима.

- Възможно ли е сключването на договори между „вътрешни равнопоставени свързани дружества“ (договори между два вътрешни субекта, контролирани от едно дружество майка)?

При „договорите между вътрешни равнопоставени свързани дружества“ няма взаимен контрол, т.е. контролът се извършва от дружеството майка. Приложимата съдебна практика изглежда не изключва обичайните договори за обществена поръчка, сключени между такива дружества („вътрешни равнопоставени свързани дружества“), от обхвата на разпоредбите в областта на обществените поръчки, тъй като нито едно от тях не контролира другото. Все пак ако например възлагащият орган, който притежава и контролира два вътрешни субекта, поръча определени стоки от едното вътрешно дружество и ги достави пряко на другото, това положение би могло поне формално да съблюдава съдебната практика.

⁴¹ Carbotermo, точки 70—71.

3.3. Неинституционализирано/хоризонтално сътрудничество с цел съвместно изпълнение на обществени задачи⁴²

3.3.1. Съществени характеристики на попадащото извън приложното поле на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки хоризонтално сътрудничество между възлагащите органи

В решението си по дело *Hamburg*⁴³ Съдът допуска съществуването на сътрудничество между публични институции извън понятието за използване на съвместно контролирани вътрешни субекти. Съдът подчерта, че правото на ЕС не изисква от възлагащите органи да използват определена правно-организационна форма, за да изпълняват съвместно задълженията си за предоставяне на обществена услуга⁴⁴. За целите на настоящия документ този вид сътрудничество се определя като „неинституционализирано“ или „хоризонтално“, включващо различни възлагащи органи.

До момента това е единственото решение на Съда относно сътрудничество между публични институции, което не включва съвместно контролирани вътрешни субекти. Заключението, до което Съдът достига, изглежда се основава на редица специфични обстоятелства, релевантни за този конкретен случай.

Въпреки това, като бъдат отчетени общоприложимите аспекти на решението, изглежда целесъобразно въз основа на него да се изведе заключението, че възлагащите органи могат да установяват хоризонтално сътрудничество помежду си (без да създават съвместно контролиран „вътрешен“ субект), предполагащо сключването на споразумения, които попадат извън приложното поле на правото на ЕС в областта на обществените поръчки, когато са изпълнени най-малко следните условия:

- споразумението обхваща единствено възлагащите органи и не се предвижда участието на частен капитал⁴⁵;
- за разлика от обичайния договор за обществена поръчка по своето естество споразумението представлява реално сътрудничество, целящо съвместно осъществяване на общи задачи; както и

⁴² Съдът не му дава конкретно определение, поради което не е уточнено дали то се отнася за задачи, i) действително извършени от възлагащия орган, ii) които той може законосъобразно да извърши, или iii) които той трябва да извърши по силата на правно задължение. Според становището на службите на Комисията това понятие може да се тълкува в по-широк смисъл.

⁴³ Вж. бележка под линия 6.

⁴⁴ Пак там, точка 47.

⁴⁵ В решението си по дело *Hamburg* Съдът използва термина „публични органи“, но според становището на службите на Комисията в подобно хоризонтално сътрудничество биха могли да участват всички категории възлагащи органи, включително и публичноправни организации. От друга страна, от критерия, непозволяващ участието на частен капитал в подобно хоризонтално сътрудничество, логически следва, че публичноправните организации с частно капиталово участие няма да могат да участват в него.

- тяхното сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес.

3.3.2. *Разграничаване на действителното „сътрудничество“ от обичайния договор за обществена поръчка*

Съгласно Решение по дело *Hamburg* сътрудничеството има за цел **съвместно осигуряване на осъществяването на обществените задачи, които всички партньори в сътрудничеството трябва да извършват**. Това съвместно осъществяване се характеризира с участието и насрещните задължения на договорните партньори, които водят до постигане на взаимни ползи от сътрудничеството. То не изисква непременно всеки от партньорите в сътрудничеството да участва поравно в действителното осъществяване на задачите — сътрудничеството може да бъде основано на разпределение на задачите или на определена специализация. Договорът обаче трябва да преследва постигането на **обща цел** — съвместното осъществяване на обща задача.

Пример: когато общата цел на партньорите в сътрудничеството е обработката на отпадъци, те биха могли да си разпределят съответните задачи, като единият осигури събирането, а другият изгарянето на отпадъците.

Общият прочит на съдебната практика предполага, че по своето естество споразумението представлява реално сътрудничество, различно от обичайния договор за обществена поръчка, при който едната страна изпълнява определена задача срещу възнаграждение⁴⁶. Подобно едностранно възлагане на задача от един възлагащ орган на друг не може да се счита за сътрудничество.

Пример: доставка на електроенергия за административните сгради на един град, осъществявана от доставчик на комунални услуги на друг град без предварителна процедура по възлагане на обществена поръчка.

Сътрудничеството се ръководи от съображения, свързани с преследването на цели от обществен интерес. Ето защо то може да предвижда взаимни права и задължения, но не и **финансови трансфери** между публичните партньори в сътрудничеството, с изключение на тези, които са свързани с възстановяването на действителните разходи за строителство/услуги/доставки: предоставянето на услуги срещу възнаграждение е характерен елемент на договорите за обществени поръчки, които са обект на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки.

3.3.3. *Евентуални ограничения във връзка с търговските дейности на пазара*

Съдът установява, че сътрудничеството трябва да се ръководи само от съображения, свързани с обществения интерес. Следователно то няма да бъде освободено, ако следва (основно се ръководи от) други и най-вече търговски съображения. Ето защо в рамките на сътрудничеството партньорите принципно не

⁴⁶ Вж. Решение по дело C-275/08 Комисия/Германия (Recueil 2009 г. стр. I-00168).

трябва да осъществяват пазарна дейност. С други думи споразумението за сътрудничество не трябва да включва дейности, които ще бъдат предлагани на открития пазар⁴⁷.

Пример: ако партньорите в сътрудничеството по дело *Hamburg* бяха построили завод за изгаряне на отпадъци, разполагащ с по-висок от необходимия им капацитет, с цел да търгуват свободния капацитет на открития пазар, тяхното сътрудничество нямаше да се ръководи единствено от съображения и изисквания, свързани с обществения интерес.

3.4. Резюме

С оглед на изложеното по-горе може да бъде установено, че обичайните договори за обществена поръчка, сключени между възлагащи органи, продължават да бъдат обект на задължения за възлагане на обществени поръчки (например покупка на определени услуги от друг възлагащ орган). Възлагащите органи могат обаче да изградят институционализирани или неинституционализирани структури за съвместно сътрудничество⁴⁸.

Според становището на службите на Комисията двете форми на вертикално и хоризонтално сътрудничество между публичните институции осигуряват на възлагащите органи две възможности да организират осъществяването на своите обществени задачи извън приложното поле на правото на ЕС в областта на обществените поръчки. Съдът недвусмислено потвърждава, че правото на ЕС не изисква от възлагащите органи да използват определена правно-организационна форма, за да изпълняват съвместно задълженията си. Макар от структурна гледна точка да съществуват два вида сътрудничество между публични институции,

⁴⁷ Ако поради практически съображения подобно пълно изключване би било в противоречие с ръководещия сътрудничеството обществен интерес (например икономически обосновано използване на ресурсите), може да бъде допуснато извършването на изцяло спомагателни и странични дейности със субекти, неучастващи в сътрудничеството (например умерено използване на неподвижен свободен капацитет).

⁴⁸ Бяха изтъкнати аргументи, че влизането в сила на Договора от Лисабон може да промени тълкуването на практиката на Съда. Вярно е, че въведените с Договора от Лисабон съществени промени оказват влияние върху правната система на ЕС като цяло, което трябва да бъде отчетено и при тълкуването на вторичното законодателство на ЕС. Едно от съществените изменения вследствие на Договора от Лисабон е признаването на самоуправлението на регионалните и местните органи (член 4, параграф 2 от ДФЕС). Освен това в член 1 от Протокол № 26 относно услугите от общ интерес се признава основната роля и широката свобода на действие на националните, регионалните и местните органи за предоставяне, възлагане и организиране на услуги от общ икономически интерес, така че да се доближават максимално до потребностите на ползвателите. С тези разпоредби се потвърждава правото на властите да изберат начина, по който да изпълняват услугите, които са задължени да предоставят на обществото. От друга страна е ясно, че това право, което не е било поставяно под въпрос преди, трябва да бъде упражнявано в съответствие с други правни разпоредби на ЕС. Следователно може да се наложи някои от решенията, взети от възлагащите органи, да бъдат съобразени с правото на ЕС в областта на обществените поръчки. Правото на ЕС не принуждава възлагащите органи да наемат външни изпълнители, а гарантира, че привличането на отделен субект (публичен или частен) на търговски принцип от страна на възлагащите органи става по прозрачен и недискриминационен начин.

попадащи извън обхвата на правото на ЕС в областта на обществените поръчки, за тях са налице някои общи характеристики.

- Използване на собствени средства в рамките на сътрудничеството

Възлагащият орган може да изпълнява публичните си задачи чрез собствените си средства, без да прибегва до услугите на лица, различни от собствените му служби, или може да извършва това в сътрудничество с други възлагащи органи⁴⁹ както чрез институционализирано сътрудничество в рамките на съвместно контролиран вътрешен субект, така и без да установяват подобна институционализирана форма.

- Участие вземат единствено възлагащи органи без частен капитал

Второ, от практиката на Съда става ясно⁵⁰, че с цел да бъде изключено от прилагането на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки, всяко сътрудничество между публични институции трябва да остане изцяло публично. Поради това участието на частен капитал в един от сътрудническите си субекти ще възпрепятства изключването на сътрудничеството от правилата в областта на обществените поръчки⁵¹.

- Липса на пазарна ориентация

Ако сътрудническите си субекти са ориентирани към пазара, те се конкурират пряко с частни оператори, преследват същите търговски цели и използват идентични инструменти. В сътрудничество, което е освободено от правилата в областта на обществените поръчки и чиято цел е изпълнение на обществена задача, по принцип следва да участват само субекти, които като цяло не преследват търговски цели на пазара. Това произтича основно от изискването, че партньорите в сътрудничеството трябва да бъдат възлагащи органи. Статутът на публичните органи налага ограничения върху техните дейности, докато публичноправните организации „трябва да бъдат създадени „с конкретната цел да отговорят на нужди от общ интерес, които не са от промишлен или търговски характер“.

Освен това при вертикално сътрудничество основната част от дейностите на вътрешния субект трябва да бъдат предназначени за възлагащите органи, които го контролират. Всяка извършвана на пазара дейност трябва да остане второстепенна по отношение на тези основни дейности, тъй като евентуалната пазарна ориентация би обезсилила съвместния контрол, необходим за вертикалното сътрудничество.

По отношение на хоризонталното сътрудничество Съдът установява, че когато сътрудничеството между публичните органи се ръководи единствено от съображения и изисквания, свързани с преследването на цели от обществен интерес, то не нарушава основната цел на правилата на ЕС в областта на

⁴⁹ Coditel, точки 48 и 49; Hamburg, точка 45.

⁵⁰ Решение по дело C-26/03, Stadt Halle.

⁵¹ Stadt Halle; Hamburg, точки 44 и 47.

обществените поръчки — свободното движение на услуги и въвеждането на лоялна конкуренция във всички държави-членки⁵². Такъв е случаят, когато сътрудничеството не включва никакви търговски съображения.

- Вид на връзката между партньорите в сътрудничеството

В решението си по дело *Hamburg* Съдът подчерта, че правото на ЕС не изисква от възлагащите органи да използват определена правно-организационна форма, за да изпълняват съвместно задълженията си за предоставяне на обществена услуга. Въпреки че такова изискване не съществува, при разглеждане на двете форми на вертикално и хоризонтално сътрудничество следва да бъде отбелязано, че видът на връзката между сътрудническите си субекти е различен и трябва да бъде отчетен.

При институционализираното сътрудничество наличието на (съвместен) вътрешен контрол може да доведе до изключването от режима на обществените поръчки на споразумение, което по принцип е обхванато от този режим. С други думи дерогацията за вътрешни субекти се отнася за иначе обхванат договор за обществена поръчка, предвиждащ изпълнението на дадена задача срещу възнаграждение.

За разлика от това, за да може неинституционализираното сътрудничество да бъде разграничено от обичайния договор за обществена поръчка е важно то да има характеристики на сътрудничество с взаимни права и задължения, които надхвърлят „изпълнението на задача срещу възнаграждение“, и целта на това сътрудничество да не е от търговско естество.

⁵² Hamburg, точка 47.

Обобщаваща таблица

I. Договор за обществена поръчка между независими възлагащи органи — прилагане на правилата в областта на обществените поръчки

II. Обществена задача, осъществявана съвместно от възлагащите органи посредством собствените им средства

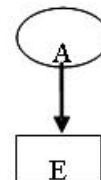
а) вътрешен контрол (възлагащият орган възлага договора на вътрешния си субект)

3 общи условия:

- вътрешният субект не се финансира с частен капитал;
- възлагащият орган упражнява (или възлагащите органи съвместно упражняват) върху вътрешния субект контрол, подобен на този, който възлагащият орган упражнява върху собствените си служби;
- съществена част от дейностите на вътрешния субект е предназначена за контролиращия възлагащ орган/контролиращите възлагащи органи.

Един възлагащ орган, контролиращ своя вътрешен субект

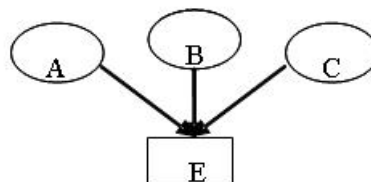
А е възлагащ орган, а Е е отделен правен субект, зависим както в



организационно, така и в икономическо отношение от А.

Няколко възлагащи органи, контролиращи съвместно вътрешния субект

А, В и С са възлагащи органи, а Е е самостоятелен правен субект, зависим както в организационно, така и в икономическо отношение от трите



възлагащи органа.

б) сътрудничество между възлагащите органи без да се изгражда специфична структура

3 условия:

- споразумението обхваща единствено възлагащите органи и не се предвижда участието на частен капитал;
- за разлика от обичайния договор за обществена поръчка по своето естество споразумението представлява реално сътрудничество, целящо съвместно осъществяване на общи задачи; и
- тяхното сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес.

4. ОСЪЩЕСТВЯВАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНИ ЗАДАЧИ ЧРЕЗ ВЪНШНИ СРЕДСТВА — ДРУГИ ВИДОВЕ ОТНОШЕНИЯ МЕЖДУ ПУБЛИЧНИ ИНСТИТУЦИИ

В настоящия раздел са разгледани случаите, при които поверената на възлагащия орган задача от обществен интерес се осъществява изцяло чрез външни средства, принадлежащи на възлагащия орган. Такъв би бил случаят, когато **компетентността** за дадена обществена задача бъде прехвърлена като такава на друг публичен орган. **Осъществяването** на определена задача може също да бъде поверено на друг субект. Това може да стане i) без да се установяват договорни отношения или ii) чрез ангажиране на друг възлагащ орган, който получава изключителните права, или iii) чрез съвместно възлагане на обществени поръчки с други възлагащи органи или чрез централни органи за покупки.

4.1. Преразпределяне на компетентността между публичните органи

От правна гледна точка компетентността за осъществяване на обществена задача може да се разглежда като изключително задължение и право за изпълнение на въпросната задача чрез собствени административни, технически или други средства или чрез ангажирането на външни субекти. Понятието компетентност за осъществяване на дадена обществена задача включва официалните правомощия, необходими за определяне на регулаторната рамка за изпълнение на задачата на равнището на съответния орган.

Самата структура на националната администрация не попада в обхвата на правомощията на ЕС. Следователно всяка държава-членка сама (ре-)организира своята администрация, като в рамките на тази реорганизация разрешава прехвърлянето на компетентност за осъществяването на определени обществени задачи между отделните публични органи. (По своето естество описаният тук процес не предполага участието на субекти с частен или смесен капитал.)

С правилата в областта на обществените поръчки се цели да бъдат уредени положенията, при които възлагащият орган възлага обществени поръчки за стоки, услуги или строителство, т.е. закупува продукцията на определени стопански дейности с цел задоволяване на личните си нужди или тези на гражданите. Възлагащият орган, който прехвърля цялата компетентност за определена обществена задача, не закупува услуги за собствените си нужди. Вместо това той прехвърля на друг субект отговорността за извършване на определена задача.

Прехвърлянето на компетентност за определена обществена задача между два възлагащи органа не се ръководи от правилата в областта на обществените поръчки, които отчасти се основават на член 56 от ДФЕС (предишен член 49 от ДЕО), т.е. свободното предоставяне на услуги.

Прехвърлянето на компетентност за осъществяването на определена обществена задача между два публични органа изисква да бъдат прехвърлени както официалните правомощия, така и съответните стопански дейности. Например в областта на управлението на отпадъците прехвърлянето на цялата компетентност означава прехвърляне както на правото да се определят тарифи, въвеждат правила за събирането, сортирането, съхранението и обработката на отпадъци, така и на правото да се управляват и впоследствие извършват задачите съгласно тези правила. Всички тези права формират официалните пълномощия. Към тези права спада и правото да се определи по какъв начин да се извършват конкретните стопански дейности, необходими за осъществяване на обществената задача (например събиране, транспортиране, съхранение, изхвърляне и рециклиране на отпадъци) — от самия публичен орган или от упълномощена от него трета страна.

Въпреки че в държавите-членки има случаи на прехвърляне на компетентност, това не е конкретно отчетено нито в законодателството на ЕС, нито в практиката на Съда на ЕС.

В един случай⁵³ Съдът се позовава на прехвърлянето на официални правомощия, при което държава-членка иска прехвърлянето на компетентност от публичен орган към трето лице. Според разглежданата съдебна практика **не** се е състояло прехвърляне на компетентност, ако:

- публичният орган, който първоначално е бил компетентен, запазва главната отговорност за проекта, тъй като той има правно задължение да не се отказва от изпълнението на своите задачи;
- новият субект може да предприеме правно релевантни действия, след като е получил одобрение от първоначално компетентния публичен орган; и
- за осъществяването на своите задачи новият субект е финансиран от първоначално компетентния публичен орган, което не му оставя свобода на действие.

Следователно в рамките на реорганизацията на публичната администрация основната характеристика на прехвърлянето на компетентност между два публични органа е неговата изчерпателност. Органът, който прехвърля компетентността, не запазва никаква отговорност. Бенефициерът на прехвърлянето трябва да упражнява компетентността по независим начин и на своя отговорност.

⁵³ Решение по дело C-264/03 Комисия/Франция (Recueil 2005 г. I-08831, точка 54). Вж. също Заключение на генерален адвокат Maduro от 24 ноември 2004 г., точки 39—41.

По-специално прехвърлящият орган не запазва правото да следи за изпълнението на стопанските дейности, извършвани в рамките на съответната обществена задача. Тези стопански задачи биват извършвани под ръководството на бенефициера на прехвърлянето.

Това обаче не изключва възможността прехвърлящият орган да може да оказва известно влияние върху конкретната организация на извършването на въпросната обществена задача. Служителите на прехвърлящия публичен орган могат на практика да членуват в изпълнителните или управителните органи на бенефициера, получил компетентността за извършване на въпросната обществена задача. Прехвърлящият орган може също да си запази правото да получава определена информация.

Въз основа на това може да се достигне до заключението, че правото на ЕС в областта на обществените поръчки няма да бъде приложимо, ако например няколко публични органа решат да създадат нов субект, на който изцяло да прехвърлят конкретна компетентност, или ако публичен орган реши да прехвърли своя компетентност на вече съществуващ субект, като впоследствие бенефициерът изпълнява публичната задача по напълно независим начин и на своя отговорност и прехвърлящите публични органи не осъществяват никакъв контрол върху предоставяната услуга.

4.2. Извъндоговорно възлагане на задачи

Директивите на ЕС в областта на обществените поръчки предполагат съществуването на договор, което изисква най-малко два, юридически отделни субекта, които вземат решения независимо един от друг⁵⁴. По своето естество договорът представлява съгласуване на насрещни волеизявления, което предполага, че страните по него могат да решат дали желаят да установят или прекратят договорните правоотношения⁵⁵. Друг показател за съществуването на договор е способността на страните да договарят действителното съдържание на предоставяните услуги, както и тарифите за тези услуги⁵⁶. Договорът предполага наличието на взаимни задължения. Ако не е сключен договор, директивите на ЕС в областта на обществените поръчки не се прилагат. Съгласно практиката на Съда, ако даден субект осъществява дейност въз основа на своите задължения, произтичащи от националното законодателство, а не на договорна основа, дейността не попада в приложното поле на директивите на ЕС в областта на обществените поръчки.

⁵⁴ Teckal, точка 51.

⁵⁵ Решение по дело C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) и Administración del Estado (Recueil 2007 г. стр. I-02999, точка 54) и Решение по дело C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado (Recueil 2007 г. стр. I-12175, точка 55).

⁵⁶ Пак там.

Конкретно в Решение по дело *Tragsa*⁵⁷ Съдът установява, че съгласно приложимото национално законодателство държавното предприятие Tragsa не е имало избор дали да приеме задачата или тарифите за своите услуги, като в ролята си на спомагателна и техническа служба на възлагащия орган то е било задължено по закон да изпълни неговото искането. Съдът приема, че правоотношенията между Tragsa и използващия неговите услуги възлагащ орган нямат договорен характер, а във всяко отношение имат вътрешен, зависим и подчинен характер⁵⁸. Следователно директивите на ЕС в областта на обществените поръчки не се прилагат спрямо тези отношения.

Трябва обаче да се отбележи, че прилагането на Договора за функционирането на Европейския съюз не е обвързано със съществуването на договор. Договорът се прилага, когато възлагащият орган „възлага изпълнението на стопански дейности на трета страна“⁵⁹. От друга страна, Съдът също отчита дерогацията за вътрешни субекти в контекста на Договора.

4.3. Връзка между правилата в областта на обществените поръчки и някои изключителни права

Ако възлагащ орган е получил изключително право по смисъла на член 18 от Директива 2004/18/ЕО, другите възлагащи органи могат да възложат съответните договори за предоставяне на услуги единствено на него. Основната причина за въвеждането на тази разпоредба бе да се избегнат конкурентните процедури за възлагане в случаите, при които по силата на съществуващо изключително право въпросният договор може окончателно да бъде възложен на един единствен субект.

В общите разисквания понятието „изключителни права“ би могло да обхваща твърде различни случаи — от запазването на цял икономически сектор за публичните органи до изключителното предоставяне на една определена задача на едно определено предприятие. Не всяко изключително право обаче оправдава освобождаването на възлагането на договор за обществена услуга. В член 18 е предвидено, че съответното изключително право трябва да бъде предоставено по силата на публикувани закони, подзаконови или административни разпоредби, съвместими с Договора. Освен това **член 18 се отнася единствено за правата, предоставени на определени органи от публичния сектор да доставят на този сектор определени услуги на изключителен принцип.** Фактът, че това изключение е ограничено само до възлагането на договори на субекти, които от своя страна са възлагащи органи, осигурява конкурентни процедури за възлагане на обществени поръчки на пазарите надолу по веригата, тъй като получилият изключително право възлагащ орган трябва да прилага директивите на ЕС в областта на обществените поръчки по отношение на собствените си поръчки.

- Съвместимост с Договора

⁵⁷ Решение по дело C-295/05, Tragsa.

⁵⁸ Решение по дело C-295/05, Tragsa, точка 51.

⁵⁹ Parking Brixen, точка 61.

Публикуваните закони, подзакони или административни разпоредби трябва да са съгласувани със съответните разпоредби на Договора, конкретно с член 49 (предишен член 43 от ДЕО) и член 56 от ДФЕС (предишен член 49 от ДЕО), както и с правилата и принципите, произтичащи от тези членове. Тези правила и принципи предвиждат недискриминация, прозрачност, пропорционалност, взаимно признаване и защита на правата на отделните лица.

Предоставянето на изключителни права, които по дефиниция ограничават свободата на другите субекти да извършват услуги, е оправдано само при определени условия⁶⁰.

Следователно изключителното право трябва да бъде обосновано с дерогация, изрично предвидена в Договора (упражняване на публична власт (член 51 от ДФЕС (предишен член 45 от ДЕО), съображения за обществен ред, обществена сигурност и обществено здраве (член 52 от ДФЕС (предишен член 46 от ДЕО), или в съответствие с практиката на Съда — с императивни изисквания от общ интерес, които са подходящи за постигане на преследваната от тях цел, не надхвърлят необходимото за нейното осъществяване и биват във всяко едно отношение прилагани на недискриминационен признак^{61,62}.

- Изисква ли условието за недискриминация изключителното право да бъде предоставяно на конкурентен принцип?

Както бе посочено, член 18 се отнася за правата, предоставени на определени органи от публичния сектор да доставят на този сектор определени услуги на изключителен принцип. Ако ограничаването на свободното предоставяне на услуги е оправдано от императивно изискване от общ интерес, едно от условията, които трябва да бъдат изпълнени, е въпросната мярка да не бъде дискриминационна. Това като цяло изключва поставянето на който и да било частен субект в по-изгодна позиция от неговите конкуренти. Следователно не е ясно как при

⁶⁰ Решение по дело 203/08, *The Sporting Exchange Ltd*, търгуващо под името *Betfair/Minister van Justitie* (все още непубликувано, 2010 г., точки 23—25); Решение по дело C-124/97, *Markku Juhani Läära, Cotswold Microsystems Ltd и Oy Transatlantic Software Ltd/Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) и Suomen valtio* (финландската държава), (Recueil [1999 г.] стр. I-06067, точки 29—31); Решение по дело C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional и Bwin International Ltd/Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa* (Recueil 2009 г. стр. I-07633, точки 52—55).

⁶¹ Решение по дело № C-243/01 *Gambelli* (Recueil 2003 г. стр. I-13031, точка 65); Дело C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda и др./Commissariaat voor de Media*, [1991 г.] Recueil стр. I-04007.

⁶² Решенията за предоставяне на изключителни права могат освен това да доведат до нарушаване на Договора, ако изискванията за обществените услуги, които трябва да бъдат изпълнени от доставчика на услуги, не са определени по подходящ начин (Решение по дело C-66/86, *Silver Line Reisebüro* (Recueil 1989 г. стр. I-803), ако доставчикът на услуги е очевидно неспособен да задоволи търсенето (Решение по дело C-41/90, *Höfner* (Recueil 1991 г. стр. I-1979) или ако съществува алтернативен начин за изпълняване на изискванията, който ще има по-малко неблагоприятен ефект върху конкуренцията (Решение по дело T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij* Recueil 1999 г. стр. II-2329). Условието, че предоставянето на изключителни права е съвместимо с Договора, не е изпълнено и когато мярката, с която те биват предоставяни, е несъвместима с вторичното законодателство на ЕС (Решение по дело C-220/06, *Comgeos*, точки 64—66.)

предоставянето на изключително право на финансиран с частен капитал възлагащ орган (каквото може да бъде случаят с публичноправните организации) този принцип би могъл да бъде спазен при липсата на прозрачна процедура, гарантираща равно третиране⁶³. От друга страна, ако получателят на изключителното право е държавен орган, например възлагащ орган без частен капитал, това може да не е наложително предвид историята и предназначението на член 18, а също и скорошната съдебна практика при сходни положения⁶⁴.

4.4. Отношения между възлагащите органи в рамките на съвместни или централни споразумения за покупка

Съвместното възлагане на обществени поръчки може да се извършва под различна форма — от организирането на една специална обща покана за представяне на оферти при систематична специализация (т.е. един възлагащ орган е отговорен за определен тип процедури за възлагане на обществени поръчки, които се прилагат от всички участващи субекти, а друг провежда друг тип процедура за възлагане на обществени поръчки и т.н.) до изграждането на специална структура (орган) за съвместно възлагане на обществени поръчки. В зависимост от избрания метод самите отношения между отделните участници могат да попаднат в рамките или извън приложното поле на правилата на ЕС в областта на обществените поръчки.

При обикновеното административно сътрудничество за изготвянето на общи спецификации, което не налага сключването на възмездни договори между страните (например когато сътрудничеството между публичните органи се ограничава до организирането на обща покана за представяне на оферти), те съвместно прилагат правила относно обществените поръчки, но тяхното сътрудничество не попада в обхвата на тези правила. В член 1, параграф 9 от Директива 2004/18/ЕО определението за възлагащи органи включва, наред с другото, асоциации от един или няколко такива органи, т.е. един или няколко регионални или местни органи или публичноправни организации. Тази разпоредба може да представлява интерес в контекста на сътрудничеството между публични институции.

Освен това в държавите-членки бяха разработени определени централизираните техники за покупка. Централните органи за покупки са възлагащите органи, отговорни за придобиванията или възлагането на обществени поръчки/сключването на рамкови споразумения от името на други възлагащи органи. Член 11 от Директива 2004/18/ЕО изрично постановява, че възлагащите органи могат да придобиват строителство, доставки и/или услуги от или чрез централизиран орган за покупки. Централните органи за покупки могат да функционират или като търговци на едро (те купуват с цел останалите органи да могат да купуват от тях), или като посредници, които осъществяват процедурите по възлагане и управлението на договорите с цел останалите органи да могат да купуват **чрез** тях. И в двата случая не е необходимо да се организира процедура по възлагане на обществена поръчка във връзка с отношенията между централния

⁶³ Виж, по аналогия, Решение по дело C-203/08, *Sporting Exchange Ltd.*, параграфи 47 и 50.

⁶⁴ Пак там, точки 59—60.

орган за покупки и ползващите неговите услуги органи, при условие че самият централен орган за покупки възлага своите договори, спазвайки приложимата директива на ЕС за обществените поръчки.

ПРИЛОЖЕНИЕ I

Списък на делата

Дело С-480/06 Комисия/Германия [2009 г.] Recueil стр. I-04747.

Дело С-107/98, Teckal Srl/Comune di Viano и Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, [1999 г.] Recueil стр. I-08121.

Дело С-84/03, Комисия/Испания, [2005 г.] Recueil стр. I-00139.

Дело С-26/03, Stadt Halle и RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, [2005 г.], Recueil стр. I-00001.

Дело С-324/07, Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle и Région de Bruxelles-Capitale, [2008 г.] Recueil стр. I-08457.

Дело С-573/07, Sea Srl/Comune di Ponte Nossa, [2009 г.] Recueil стр. I-08127.

Дело С-29/04 Комисия/Австрия [2005 г.] Recueil стр. I-09705.

Дело С-340/04, Carbotermo SpA и Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio и AGESP SpA., [2006 г.] Recueil стр. I-04137.

Дело С-458/03, Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen и Stadtwerke Brixen AG., [2005 г.] Recueil стр. I-08585.

Дело С-371/05, Комисия/Италия, [2008 г.] Recueil стр. I-00110.

Дело С-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti, [2005 г.] Recueil стр. I-07287.

Дело 275/08, Комисия/Германия, [2009 г.] Recueil стр. I-00168.

Дело С-264/03 Комисия/Франция [2005 г.] Recueil стр. I-08831.

Дело С-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) и Administración del Estado, [2007 г.] Recueil стр. I-02999.

Дело 203/08, The Sporting Exchange Ltd, търгуващо под името Betfair/Minister van Justitie, [2010 г.] все още непубликувано.

Дело С-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd и Oy Transatlantic Software Ltd/Kihlakunnansuuttaja (Jyväskylä) и Suomen valtio (финландската държава), [1999 г.] Recueil стр. I-06067.

Дело С-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional и Bwin International Ltd/Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, [2009 г.] Recueil стр. I-07633.

Дело C-243/01, Gambelli, [2003 г.] Recueil стр. I-13031.

Дело C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda и др./Commissariaat voor de Media, [1991 г.] Recueil стр. I-04007.

Дело C-66/86, Silver Line Reisebüro, [1989 г.] Recueil стр. I-803.

Дело C-41/90, Höfner, [1991 г.] Recueil стр. I-1979.

Дело T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, [1999 г.] Recueil стр. II-2329.

Дело C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado, [2007 г.] Recueil стр. I-12175.