

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

представено на 8 ноември 2006 година¹

I — Въведение

1. Комисията на Европейските общности предявява иск на основание член 226 ЕО, с цел да бъде установено от Съда, че Италианската република не е изпълнила задълженията си по членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и по директивите на Съвета относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (92/50/ЕИО от 18 юни 1992 година)², за доставки (93/36/ЕИО от 14 юни 1993 година)³, за строителство (93/37/ЕИО от 14 юни 1993 година)⁴ и в секторите на водоснабдяването, енергетиката,

транспорта и телекомуникациите (93/38/ЕИО от 14 юни 1993 година)⁵.

2. Според Комисията неизпълнението произтича от член 2, параграфи 1 и 5, член 17, параграф 12, член 27, параграф 2, член 28, параграф 4, член 30, параграф 6а, член 37б и член 37в, параграф 1 от Рамковия закон за общественото строителство (*legge quadro in materia di lavori pubblici*) (Закон № 109/94 от 11 февруари 1994 г.)⁶. Искът се основава на следните твърдения за нарушения: 1) изключване на смесените обществени поръчки от приложното поле на Закон № 109/94, ако строителните работи, които представляват странична дейност, са над 50 % от цената; 2) пряко възлагане на строителни работи или на строежи на притежателя на разрешение за строеж или на одобрен застроителен план, ако тези дейности са на стойност, по-ниска от прага за прилагане на Директива 93/37; 3) начина на

¹ — Език на оригиналния текст: испански

² — ОВ L 209, стр. 1; изменена с Директиви 97/52/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 октомври 1997 година (ОВ L 328, стр. 1) и 2001/78/ЕО на Комисията от 13 септември 2001 година (ОВ L 285, стр. 1); отменена, с изключение на член 41, считано от 31 януари 2006 г., с 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; и поправка ОВ L 182, стр. 282).

³ — ОВ L 199, стр. 1, също изменена, а впоследствие и отменена от директивите, споменати в бележка под линия.

⁴ — ОВ L 199, стр. 54, също изменена, а впоследствие и отменена от директивите, споменати в бележка под линия 2.

⁵ — ОВ L 199, стр. 84, изменена с Директиви 98/4/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 февруари 1998 година (ОВ L 101, стр. 1) и 2001/78, а впоследствие отменена с 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 поправка ОВ L 182, стр. 169).

⁶ — GURI, № 41 от 19 февруари 1994 г.; изменян неколkokратно.

възлагане на дейностите по проектиране, ръководене и проверка на строителните работи на стойност, по-ниска от общностните прагове; 4) възлагане на ръководенето на строителните работи на проектанта по проекта, когато нито възлагащият орган, нито други публични административни органи могат да го поемат; 5) начина на възлагане на проверките на трети лица и 6) концесионната система за строителните работи, финансирани с частни средства.

3. Тези твърдения за нарушения повдигат два въпроса от общ интерес, които следва да бъдат по-подробно разгледани: критериите за прилагане на общностните правила за обществените поръчки към смесените поръчки и спазването на принципите на прозрачност и равно третиране при възлагането на поръчки на стойност, по-ниска от предвидените от директивите прагове.

II — Правна уредба

A — Общностна правна уредба

1. Договор за ЕО

4. Съгласно член 43, първа алинея ЕО „[в] рамките на следващите разпоредби ограниченията върху свободата на установяване на граждани на държава-членка на

територията на друга държава-членка се премахват. Това премахване се прилага също и по отношение на ограниченията за създаване на представителства, клонове или дъщерни дружества от граждани на всяка държава-членка, установили се на територията на друга държава-членка“.

5. Член 49, първа алинея ЕО гласи, че „[в] следващите разпоредби се премахват ограниченията на свободното предоставяне на услуги в рамките на Общността по отношение на гражданите на държавите-членки, които са се установили в държава от Общността, различна от тази, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите“.

2. Директиви относно обществените поръчки

6. Директиви 92/50, 93/36, 93/37 и 93/38 са приети за едновременно прилагане в областта на обществените поръчки на свободата на установяване и на свободното предоставяне на услуги, закрепени в членове 43 ЕО и 49 ЕО. Сред всички разпоредби на тези директиви особено внимание следва да се отдели на правилата, които определят съответното им приложно поле и определят различни прагове за изключване на обществените поръчки, чиято стойност е по-ниска от посочената сума (член 7 от Директива 92/50, член 5 от Директива 93/36, член 6 от Директива 93/37 и член 14 от Директива 93/38).

7. При анализа на правните основания в подкрепа на иска ще се позова и на други конкретни разпоредби.

10. Член 3, параграф 3 от Декрет-закон № 157/1995 от 17 март 1995 г.⁸ установява същите разпоредби относно смесените поръчки за строителство и услуги, както и относно поръчките за услуги, които включват странична дейност.

Б — Италианското законодателство

8. Посочените по-горе директиви са въведени в италианския правен ред със Закон № 109/94, изменен с член 7 от Закон № 166 от 1 август 2002 г.⁷

2. Дейности по оборудване

1. Смесените поръчки

9. Член 2, параграф 1 от Закон № 109/1994, който очертава границите на понятието за обществено строителство, включва в това понятие строителните дейности, дейностите, свързани с разрушаване, възстановяване, преустройство, реставриране и поддръжка; той разпростира приложното поле на закона върху смесените поръчки за строителство, за доставки и услуги, както и върху поръчките за доставки или за услуги, които включват строителни работи, представляващи странична дейност, чиято стойност е оценена на повече от 50 % от цената.

11. Член 2, параграф 5 от Закон № 109/94 изключва от приложното му поле: а) непосредствено извършените от частноправни субекти дейности, разносните за които се приспадат от вноските, дължими за разрешителните за извършване на строителни дейности; б) дейностите, които произтичат от задълженията, посочени в член 28, параграф 5 от Закон № 1150 от 17 август 1942 г.⁹, и в) аналогичните на посочените по-горе дейности. Ако при наличие на няколко строежа стойността им, взета сама по себе си, е над общостните прагове, възлагането трябва да се осъществи съгласно Директива 93/37.

12. В тази връзка от членове 1 и 31 от Закон № 1150/42, както и от членове 3 и

7 — —Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti, GURI, № 181 от 3 август 2002 г.

8 — Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, GURI, № 104 от 6 май 1995 г.

9 — Legge urbanistica, GURI, № 244 от 16 октомври 1942 г.

11 от Закон № 10 от 28 януари 1977 г.¹⁰ произтича, че самият притежател на разрешение може да изпълни дейностите по оборудване, като приспадне изцяло или частично стойността от дължимите такси.

3. Дейности по проектиране, ръководене и проверка на строителните работи при поръчки на стойност, по-ниска от общностните прагове

13. Член 17, параграф 12 Закон № 109/94 разрешава на компетентните органи да възлагат услугите по проектиране и ръководене на строителни работи, чиято стойност е по-ниска от 100 000 EUR, на субектите, посочени в параграф 1, букви г), д), е) и ж), след като са се уверили в професионалния опит и в професионалните способности на избрания субект и са мотивирали този избор.

14. Член 30, параграф 6а от посочения закон дава възможност дейностите по извършване на проверка да се поверят на техническите отдели на възлагащите органи или на контролните органи, посочени в буква а) от същия параграф; когато общностните прагове не са достигнати, тези дейности може да се възложат на лица, ползващи се с доверието на възлагащия орган.

4. Ръководене на строителните работи

15. Съгласно член 27, параграф 2 от Закон № 109/94, ако в случаите по член 17, параграф 4 не могат да поемат дейностите по ръководене на строителните работи, възлагащите органи ги възлагат по ред: 1) на други публични административни органи; 2) на проектанта, който е отговорен за преписката, по смисъла на член 17, параграф 4; или 3) на други субекти, определени съгласно националната правна уредба.

5. Дейностите по проверка

16. Съгласно член 28, параграф 4 от Закон № 109/94 действията по изпитване са възложени на един, двама или трима високо- и тясноквалифицирани техници в зависимост от вида, сложността и стойността на строителните работи; те се назначават от възлагащите органи от средите на собствените им структури, освен в случай на липса на персонал, установена и потвърдена от лицето, отговорно за процедурата.

17. Тези правила трябва да се допълнят с член 188 от Указ № 554 на президента на Републиката от 21 декември 1999 г.¹¹ за

¹⁰ — Norme per la edificabilità dei suoli, GURI № 27 от 29 януари 1977 г.

¹¹ — Regolamento d'attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994 n° 109 e successive modificazioni, GURI, № 98 от 28 април 2000 г.

прилагане на Закон № 109/94. От параграфи 1, 3, 8, 9, 11, 12 и 13 от посочената разпоредба произтича, че в срок от 30 дни от приключването на строителните работи възлагащият орган възлага дейностите по проверка на сътрудниците си в зависимост от вида, категорията, сложността и стойността на дейностите и въз основа на предварително определени критерии; ако никой не отговаря на изискваните условия, се прибегва към външни специалисти, включени в списъци на Ministero dei Lavori Pubblici (Министерството на общественото строителство) и на регионите и автономните провинции. Възлагащият орган определя кой или кои от експертите отговарят на изискваните условия и са се дипломирали най-малко преди десет години — за строителни работи, които са на стойност, равняваща се или надвишаваща 5 000 000 EUR, или които включват структурни дейности — или преди най-малко пет години — за строителни работи на стойност, по-ниска от 1 000 000 EUR; като за тези експерти са въведени различни забрани. При липса на списък възлагащият орган може произволно да възложи въпросните дейности на всеки, който отговаря на предвидените условия.

6. Строителни работи, финансирани с частни средства

18. Членове 37а, 37б и 37в от Закон № 109/94 уреждат възлагането на обществено строителство, финансирано изцяло или частично от частни лица.

19. Член 37а позволява на частни лица да представят на възлагащите органи предложения за извършване на обществено строителство или на обществено полезни строителни дейности и да сключат съответните договори, които предвиждат финансирането и управлението на строителните работи; възлагащият орган публикува достатъчно рано индикативно известие.

20. Член 37б описва процедурата за подбор на строителния предприемач. На първо място, предложенията се преценяват от различни гледни точки: изграждане, градоустройство, околна среда, качество на проекта, функционалност, предназначение, обществена достъпност, ползи, разходи за управление и поддържане, продължителност на концесията, срокове за изпълнение на строителните работи, приложими тарифи, методи за корекция на тарифите и икономическа стойност на плановете. След като възлагащият орган се увери, че няма елемент, който да възпрепятства изпълнението на предложението, и след като изслуша строителния предприемач, ако същият желае това, възлагащият орган посочва предложението, за което преценява, че е от обществен интерес; в този случай съгласно член 37в, параграф 1 той прилага ограничена процедура, с която се цели да се предизвика подаване на други две оферти. Концесията се възлага чрез процедура на договаряне, в хода на която се разглеждат предложението на строителния предприемач и другите две оферти, при наличието на тази особеност, произтичаща от член 37б, *in fine*, че възлагането се прави в полза на строителния предприемач, който в хода на процедурата се съобрази с поисканите от възлагащия орган промени.

III — Досъдебна процедура

21. След като получава няколко оплаквания във връзка с действието на Закон № 109/94 и се запознава с проекта за изменението му, на 12 април 2002 г. Комисията се обръща към италианските власти, като им посочва, че някои разпоредби от този закон са несъвместими с общностното право.

22. С писмо от 17 юни 2002 г. и по време на проведено в Рим на 23 юли заседание Италианската република заявява готовност да внесе съответните изменения в Закон № 109/94.

23. След приемане на разглежданите промени със Закон № 166/2002 Комисията преценява, че някои разпоредби от посочения закон са в противоречие с общностния правен ред. На 19 декември 2002 г. тя отправя официално уведомително писмо до Италианската република. Неудовлетворена от получения отговор, на 15 октомври 2003 г. тя изпраща мотивирано становище до тази държава-членка, преди на основание член 226 ЕО да сезира Съда с иск за неизпълнение на задължения от държава-членка.

IV — Производство пред Съда

24. Исковата молба, постъпила на 24 септември 2004 г., има за цел да се установи, че като е приела разпоредбите, съдържащи се в член 2, параграф 1, член 17, параграф 12, член 27, параграф 2, член 30, параграф 6а, член 37б и в член 37в, параграф 1 от Закон № 109/94, последно изменен с член 7 от Закон № 166/2002, в член 2, параграф 5 от Закон № 109/94, последно изменен с разпоредбите на Закон № 166/2002 във връзка със Закон № 1150/42 и Закон № 10/77, впоследствие изменени и допълнени, в член 28, параграф 4 от Закон № 109/94 във връзка с член 188 от DPR № 554/99, в член 7 от Закон № 166/2002, посочен по-горе, и в член 3, параграф 3 от Декрет-закон № 157/95, Италианската република не е изпълнила задълженията си по Директиви 93/37/ЕИО, 93/36/ЕИО, 92/50/ЕИО и 93/38/ЕИО, по членове 43 ЕО и 49 ЕО и във връзка с произтичащите от тях принципи за прозрачност и равно третиране. Комисията иска също Италианската република да бъде осъдена да заплати съдебните разноски.

25. В писмената защита, внесена на 16 декември 2004 г., ответникът приканва Комисията да оттегли иска си и при условията на евентуалност иска от Съда да установи съответствието на внесените в италианското законодателство изменения, обект на критика в мотивираното становище, и да отхвърли твърденията за нарушение, свързани с „член 2, параграф 5 от Закон № 109/94“.

26. На 26 януари 2005 г. е внесена писмена реплика, а на 16 март — писмена дуплика.

обединяват елементи от различни категории¹³ с оглед на по-лесното достигане на преследваните от договарящите страни цели.

27. С определение от 6 април 2004 г. председателят на Съда разрешава Кралство Нидерландия, което внася становище на 14 юли 2005 г., и Република Финландия, която прави същото на 18 юли 2005 г., да встъпят в подкрепа на исканията на Италианската република¹², която от своя страна представя становище относно тези встъпления на 14 септември 2005 г.

30. В зависимост от съдържанието на задълженията¹⁴ съществуват безброй възможни комбинации, тъй като е възможно една сделка да включва няколко различни сделки, един договор да има няколко предмета, като при това положение всеки от тях може да включва различни престации.

28. След приключване на писмената фаза на производството никоя от страните не е поискала устно да представи становище и на 11 юли 2006 г. по делото вече е възможно да се изготви настоящото заключение.

31. Основната трудност е да се определят приложимите разпоредби, от които зависят дадени последици, каквито са например използването на по-строга процедура или изключването на някои оференти.

V — Смесени поръчки

29. Автономията на волята води до появата на нови договорни фигури, които

32. Определянето може да се направи въз основа на критерий на обединяване, като за различните части на една и съща поръчка се използват разпоредби от различни източници, или въз основа на

12 — Френската република също е допусната да встъпи, но не представя становище.

13 — Според Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 456, категорията като начин на мислене се използва „за по-точно характеризиране на някои видове правоотношения, и по-специално на някои видове субективни права и облигационни отношения от договорно естество“.

14 — Moreno Molina, J.A., и Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 36, подчертават, че тези договори предлагат богата и сложна казуистика.

критерий на поглъщане, като се спазва уредбата на поръчката, към която се числи преобладаващият елемент¹⁵.

33. Първият критерий откроява своеобразието на всяка категория, но предвид сериозните неудобства, които съдържа, той обикновено не се използва, освен например в случая на поръчки, които под формалната си на вид единна структура обединяват няколко отделни поръчки.

34. Вторият критерий обикновено се използва в по-сложни ситуации, каквито са изрично предвидените в директивите, основаващи се на предмета на поръчката:

— обществена поръчка с предмет едновременно стоки и услуги попада под действието на Директива 92/50, ако стойността на въпросните услуги надвишава тази на включените в поръчката стоки¹⁶,

15 — García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 91.

16 — Член 1, параграф 2, буква г), втора алинея от Директива 2004/18.

— обществена поръчка с предмет доставка на стоки, включваща и странични дейности като разполагане на място и монтажни действия, попада под действието на Директива 93/36¹⁷,

— обществена поръчка с предмет предоставяне на услуги, включваща странични дейности, попада под действието на Директива 92/50¹⁸,

— обществена поръчка с предмет концесия на обществено строителство попада под действието на особените правила за обявяване, установени в Директива 93/37¹⁹.

35. Освен това Директива 92/50 предвижда, че ако една и съща поръчка включва услуги, посочени в приложения ПА и ПБ, стойността на услугите определя приложимите правила за възлагане²⁰ (член 10)²¹. Директива 93/38 съдържа аналогична разпоредба (член 17).

17 — Член 1, параграф 2, буква в), втора алинея от Директива 2004/18.

18 — Член 1, параграф 2, буква г), трета алинея от Директива 2004/18.

19 — Член 1, параграф 3 и дял III (членове 56—65) от Директива 2004/18.

20 — В точки 31—36 от своето заключение по дело Felix Swoboda (Решение от 14 ноември 2002 г. по дело C-411/00, Recueil, стр. I-10567) генерален адвокат Mischo прави разграничение между тази хипотеза, в която приложимите разпоредби са идентифицирани в самата директива, и предходните хипотези, в които се посочва разглежданата директива. От същата гледна точка в решението си Съдът подчертава, че Директива 92/50 „предоставя еднозначен критерий за определяне на приложимия режим за обществена поръчка, съставена от различни услуги“ въз основа на стойността им (точка 52), като отказва да се основе на „основния предмет на поръчката“ (точка 49).

21 — Член 22 от Директива 2004/18.

36. Тези алтернативи обаче не изчерпват всички възможности, поради което с оглед на празнотите в директивите, които също не установяват обща рамка за всички обществени поръчки²², националният законодател трябва да уточни режима на останалите видове смесени поръчки — задача, за която той разполага с широка свобода на преценка, ограничена от директивите и от Договора.

37. Следва да се подчертае, че директивите се основават на основния предмет на поръчката, а когато са налице много предмети или няколко престации, на тези от тях, които са с най-висока стойност. Прилагането на тези два критерия позволява да се определи материалният обхват на директивите.

38. Действително основният предмет е централен елемент, около който се изгражда договорът²³. В този смисъл в Решение от 19 април 1994 г. по дело *Gestión Hotelera Internacional*²⁴, като

разглежда договор, който едновременно се отнася до прехвърлянето на вещи и изпълнението на строителни работи²⁵, Съдът установява, че няма основание на тези строителни работи да се отдаде приоритет, когато разкриват характер на странични дейности, макар че това обстоятелство трябва да се преценява от националния съд (точки 26—29). В тази позиция обаче следва да се открият определени нюанси, тъй като приложимият режим не зависи от квалифицирането на строителните работи или строежите като „допълнителни“ [другаде в текста: „странични“] [шестнадесето съображение от Директива 92/50 и член 1, буква а) in fine от Директива 93/36]. Следователно това решение трябва да се разбира в смисъл, че тези странични задължения не са в състояние да определят приложимите правила, които трябва да се идентифицират съгласно критерия на преобладаване²⁶.

39. Що се отнася до стойността на престациите, предвид на основното действие, което има — да включи или не обществената поръчка в приложното поле на директивите — това обстоятелство се явява обективен критерий, който не трябва да се пренебрегва при определянето на предмета или на главната престация. В този смисъл в Решение от 18 ноември 1999 г. по дело *Teckal*²⁷, като тълкува a contrario член 2 от Директива 92/50, Съдът приема,

22 — Независимо какво предвижда националното гражданско право. Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, p. 382, като подхожда към проблема от гледна точка на този клон на правото, упоменава член 1323 от италианския граждански кодекс, съгласно който „всички договори, дори непопадащите под определен режим, се подчиняват на общите разпоредби, съдържащи се в настоящия дял“ (дял II от Книгата за задълженията).

23 — Член 1, буква а) от Директиви 93/36 и 93/37; член 1, точка 4 от Директива 93/38; десето съображение и член 1, параграф 2 от Директива 2004/18.

24 — C-331/92, Recueil, стр. I-1329.

25 — В точка 19 от заключението по това дело генерален адвокат Lenz преценява, че преюдициалният въпрос се отнася до възлагането на концесии за откриването и стопанисването на игрално заведение, както и за стопанисването на хотел, включващи задължение за извършване на строителни работи за реконструкция.

26 — Greco, G., „Contratti „misti“ e appalti comunitari“, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 1265, поддържа, че критерият на преобладаване е най-подходящ за определяне на приложимия режим в повечето случаи на смесени поръчки, тъй като критерият, свързан с характера на престациите като странични дейности, често е недостатъчен.

27 — C-107/98, Recueil, стр. I-8121.

че обществена поръчка, която има за предмет едновременно стоки и услуги, попада под действието на разпоредбите, приложими за първите, когато „стойността“ на стоките надвишава тази на услугите (точка 38), което твърдение той поддържа в Решение от 11 май 2006 г. по дело Carbotermo и Consorzio Alisei²⁸ (точки 31 и 47).

VI — Принципи на общественото право, приложими за изключените поръчки

А — Иск за неизпълнение поради нарушение на принципите на общественото право

40. От член 10 ЕО е видно, че принадлежността към Общността включва за членуващите в нея държави две задължения: едното положително — за приемането на „всяки необходими мерки, общи или специални, за да осигурят изпълнението на задълженията, произтичащи“ от Договора или „от актове на институциите“, а другото отрицателно — да се въздържат от „всякакви мерки, които биха могли да застрашат постигането на целите [...]“. Членове 226 ЕО и 227 ЕО оправомощават Комисията и държавите-членки да сезират Съда, когато считат, че някоя държава не е изпълнила тези задължения.

41. Следователно искът за неизпълнение поради нарушение на общественото правен ред притежава широк материален обхват, тъй като не се отнася единствено до категорията на вторичното право, в чиито рамки директивите представляват благоприятна почва за този вид производства.

42. В този смисъл е разбираемо, че ищецът не се е позовал на несъответствието на италианската правна уредба с някои разпоредби на директивите за обществените поръчки, а се е насочил към установяване на нарушение на принципите на общественото право, залегнали в членове 43 ЕО и 49 ЕО.

43. Действително, като изхожда от констатацията, че правният режим на обществените поръчки е различен в зависимост от приложимите съгласно транспониращото национално законодателство директиви, Комисията основава иска си върху липсата на изрична разпоредба, налагаща спазване на принципите на прозрачност и на равно третиране при възлагането на изключените поради стойността си поръчки.

Б — Принципите на прозрачност и на равно третиране, приложени за изключените поръчки

44. В предходно заключение поддържах, че развитието на откритата конкуренция в

²⁸ — C-340/04, Recueil, стр. I-4137.

областта на обществените поръчки може да бъде ефективно само ако кандидатите за възлагане са в еднакво положение, без никой от тях да се ползва с необосновано предимство, като за целта не е достатъчно процедурата да се подчинява на обективни критерии, а следва да се осигури и обявяване²⁹.

45. По други поводи Съдът вече е засегнал въпроса за значението на принципите на прозрачност и на равно третиране в областта на възлагането на обществени поръчки, които поради стойността си не попадат под действието на директивите, нито следователно под действието на правилата за транспониране.

46. В Решение от 7 декември 2000 г. по дело *Teleaustria* и *Telefonadress*³⁰ Съдът приема, че що се отнася до обществените поръчки, изключени от приложното поле на Директива 93/38, „възложителите, които сключват договори във връзка с тях, все пак са задължени да спазват основните правила на Договора като цяло, и в частност принципа на недопускане на дискриминация, основана

на гражданство“ (точка 60). Съгласно Решение от 18 ноември 1999 г. по дело *Unitron Scandinavia* и *3-S*³¹ този принцип съдържа „задължение за прозрачност“, което позволява да се осигури спазването му (точка 31) и гарантира съгласно първото посочено по-горе решение „в полза на всеки потенциален оферент достатъчна степен на обявяване, която позволява отваряне на пазара на услугите за конкуренцията, както и контрол за безпристрастност на процедурите по възлагане на обществена поръчка“ (точка 62). На това основание, както Съдът установява в Решение от 13 октомври 2005 г. по дело *Parking Brixen*³², пълната липса на тръжна процедура „не е в съответствие с изискванията на членове 43 ЕО и 49 ЕО, нито пък на принципите на равно третиране, на недопускане на дискриминация и на прозрачност“ (точка 50), независимо че съгласно Решение от 21 юли 2005 г. по дело *Coname*³³ прозрачността не налага „задължение за провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка“ (точка 21).

47. Потвърдени впоследствие³⁴, тези принципи следователно се основават на разграничението между обществените поръчки, които попадат в съответните приложни полета на директивите и за които трябва да се приложат предвидените в тези текстове процедури, и изключените от тях обществени поръчки, за които се отнасят само основните принципи³⁵.

29 — Съответно точки 24—29 и 21—26 от моите заключения по дело *Lombardini и Mantovani* (Решение от 27 ноември 2001 г. по дело C-285/99 и C-286/99, Recueil, стр. I-9233) и по дело *ATI EAS и др.* (Решение от 24 ноември 2005 г. по дело C-331/04, Recueil, стр. I-10109).

30 — C-324/98, Recueil, стр. I-10745. В това решение Съдът най-вече се спира на въпроса за включването на съответната обществена поръчка предвид на специфичния ѝ предмет — „производство и публикуване на печатни указатели на телефонните абонати, подходящи за електронна употреба (телефонни указатели)“ (точка 19) — в приложното поле на Директива 93/38, а не в това на Директива 92/50 (точки 31—40).

31 — C-275/98, Recueil, стр. I-8291.

32 — C-458/03, Recueil, стр. I-8585.

33 — C-231/03, Recueil, стр. I-7287.

34 — Вж. *inter alia* Решение от 6 април 2006 г. по дело *ANAV* (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 18).

35 — Вж. в същия смисъл Определение от 3 декември 2001 г. по дело *Vestergaard* (C-59/00, Recueil, стр. I-9505, точки 19—21).

В — Обхват на задължението за спазване на прозрачността и равенството

48. След като задължението за осигуряване на прозрачност и равенство при възлагането на обществените поръчки, за които не вжат специфичните правила, беше признато, следва да се очертаят неговите граници, като се разгледа дали то трябва да намери отражение в писаното право.

49. В Решение по дело *Sonape*, посочено по-горе, Съдът не премахва тази несигурност въпреки направения в заключението на генерален адвокат *Stix-Hackl* подробен анализ. Няколко в момента висящи дела обаче биха могли да съживят дебата ³⁶.

50. За разлика от тези дела, които се отнасят до определени обществени поръчки, настоящият спор е по-широк по характер, поради което трябва да се вземат предвид директивите и Договорът.

36 — Дело Комисия/Ирландия (C-507/03) и дело Комисия/Ирландия (C-532/03), по които тази държава-членка се упреква заради възлагането на поръчки за услуги без никакво публикуване на предварително обявление; генерален адвокат *Stix-Hackl* представя своето заключение по двете дела на 14 септември 2006 г. Вж. също дело Комисия/Финландия (C-195/04), заседанието по което се провежда на 8 юни 2006 г. и което се отнася за възлагането на поръчка за оборудване за обществено хранене.

1. Позоваването на директивите

51. Както подчертава Съдът в Решение от 11 януари 2005 г. по дело *Stadt Halle* и *RPL Lochau* ³⁷, основната цел на обществените правила в областта на обществените поръчки е не само свободното движение на услуги, а също и всички държави-членки да се отворят към ненарушаване на конкуренцията (точка 44) ³⁸.

52. Прочитът на директивите обаче разкрива липса на пълна кодификация в рамките на Европейския съюз ³⁹. Всъщност същите се отнасят най-вече до възлагането, макар да влияят и върху останалите етапи, каквото е изпълнението на поръчката, като изключват определени поръчки и в крайна сметка не съдържат общи разпоредби, приложими за изключените поръчки.

53. Ограничаването на уредбата до подготвянето на процедура за възлагане на обществена поръчка, до процедурата

37 — C-26/03, Recueil, стр. I-1.

38 — Независимо че тези разпоредби обслужват други цели като защитата на финансовите интереси на администрацията чрез ценова умереност; *García-Trevijano Garnica, J. A.*, „Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión“, в *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, coor. *Pendás, B.*, Ed. *Praxis*, Barcelona, 1995, p. 258.

39 — *Millet, T.*, „Les marchés publics en droit communautaire“, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 452, октомври-ноември 2001, p. 630. *Piñar Mañas, J. L.*, в колективното произведение *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2^a ed., Ed. *Civitas*, Madrid, 2004, p. 79, отбелязва същевременно, че директивите „откриват пътя към общ режим на обществените поръчки“.

и до видовете възлагане, както е видно от самото заглавие на директивите, се обосновава от обстоятелството, че това са фазите, които влияят върху свободното движение на стоки, свободата на установяване, свободното предоставяне на услуги и произтичащите от тези свободи принципи.

54. Също разбираемо е изключването на някои поръчки поради чувствителния им предмет, като например секретни поръчки или поръчки, изискващи специални мерки за сигурност, поради това че попадат под действието на други директиви, като например в областта на далекосъобщенията, или поради ниската им стойност.

55. Оказва се по-трудно да се обоснове липсата на обща за всички обществени поръчки уредба, която да съдържа указания относно равните възможности, забраната на дискриминацията, прозрачността и обявяването и която да формулира подходящи изключения⁴⁰, тъй като подобни указания биха били в съответствие с общностните цели, при това без да създават непреодолими препятствия.

40 — Член 2 от Директива 2004/18 гласи, че възлагащите органи „третират икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин“. Членове 4—6 определят някои правила, приложими за всички обществени поръчки, отнасящи се до „икономически[те] оператори“, „[у]словия[та] по споразуменията, сключени в рамките на Световната търговска организация“ и „[п]оверителност[та]“; съгласно член 7 обаче тези разпоредби, както и останалите членове от директивата, се отнасят само до поръчките, „които не са изключени“.

56. Законодателите във всяка държава-членка имат възможност да преодолеят тази празнота, но не са длъжни да определят правила, които дори не са били приети във вторичното общностно право. В този смисъл следва да се напомни, че според член 249 ЕО „[д]ирективата е акт, който обвързва по отношение на постигането на даден резултат от [тази от] държавите-членки, до която е адресиран, като оставя на националните власти свобода при избора на формата и средствата за постигане на този резултат“, което означава, че транспонирането трябва да обхване цялата директива и само нея.

57. Следователно в настоящото състояние на общностното право нито целта, нито съдържанието, нито полезното действие на директивите за обществените поръчки изискват принципите, върху които те се основават, да бъдат изрично упоменавани от правния ред на държавите-членки в случаите на изключени от приложното поле на тези директиви обществени поръчки.

2. Позоваване на Договора

58. В Решение от 5 декември 1989 г. по дело Комисия/Италия⁴¹ Съдът установява, че членове 43 ЕО и 49 ЕО са особен израз на принципа на равно третиране

41 — C-3/88, Recueil, стр. 4035.

(точка 8), което съгласно Решение от 25 април 1996 г. по дело Комисия/Белгия⁴² означава, че всички оференти трябва да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си, независимо от гражданството (точки 33 и 54).

59. Оповестяването на възможностите за поръчки се оказва ключов елемент за прилагането на принципите на Договора, който обаче изобщо не съдържа указание за начина на съставяне на обявленията. В това отношение съдебната практика предоставя свобода на действие, като налага някои минимални правила. В този смисъл сред вече посочените решения това от 13 октомври 2005 г. по дело *Parking Brixen* посочва, че „Държавният орган концедент трябва да прецени под контрола на компетентните юрисдикции дали подробните правила за провеждане на тръжна процедура отговарят на спецификите на концесията за разглежданите обществени услуги“, но отсъствието на всякаква процедура не е в съответствие с приложимите правила (точка 50, която цитира точки 61 и 62 от Решение по дело *Teleaustria* и *Telefonadress*)⁴³ — идея, която може да бъде приложена към всякакъв вид обществени поръчки.

60. В Решение по дело *Coname*, посочено по-горе, Съдът подчертава вече

упоменатите аспекти, разглеждайки прякото възлагане от страна на италиански местен орган на услугата за поддръжка, управление и надзор на инсталациите за разпределение на газ метан. По отношение на поръчка, изключена от приложното поле на директивите, той се позовава на първичното право (точка 16) и отбелязва, че неспазването на прозрачността води до непряка дискриминация в противоречие с членове 43 ЕО и 49 ЕО (точки 17—19), която е възможно да се обоснове поради „особени обстоятелства, като например много малък икономически интерес“, което позволява в разумни граници да се твърди, че предприятията от други страни не биха били заинтересувани от разглежданата концесия и поради това „влианието върху съответните основни свободи би трябвало да се счита за твърде несигурно и индиректно, за да може да се направи извод за евентуалното им нарушение“ (точка 20).

61. От по-широка гледна точка в заключението си по дело *Coname* генералният адвокат Stix-Hackl изразява съмнения по въпроса дали основните свободи изискват еднакви правила за всички възлагания (точка 70) и предлага опростен режим, който да определи категориите обществени поръчки в зависимост от относителността им спрямо вътрешния пазар (точка 75 и сл.).

62. Изложеното по-горе ми позволява да направя извод, от една страна, че закрепените в Договора принципи на прозрачност и равно третиране са приложими при

42 — C-87/94, Recueil, стр. I-2043.

43 — В точка 43 от своето заключение по това дело генерален адвокат Fennelly разяснява, че „материалното спазване на принципа за недопускане на дискриминацията на основание гражданство изисква предоставянето на концесия да осигурява минимална степен на обявяване и прозрачност“, макар според него това да не включва „прилагането по аналогия от страна на възлагащия орган на разпоредбите на [съответните] директиви“.

всички обстоятелства, без да е необходимо това да е предвидено⁴⁴ от разпоредбите на вторичното или националното право, а от друга страна, че в настоящото състояние на правото всяка държава-членка следва да определи степента на огласяване на офертите при известни ограничения.

директиви провеждат разграничение в зависимост от стойността на престациите. Такова разрешение би се отклонило и от практиката на Съда, който в Решение по дело *Coname* допуска някои случаи на пряко възлагане без провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка (точка 21).

Г — Извод

63. В светлината на предходното тълкуване считам, че нито директивите, нито Договорът налагат на държавите-членки изрично да предвиждат по отношение на изключените поръчки общи разпоредби относно прилагането на принципите на прозрачност, равно третиране и обявяване, които свободната конкуренция изисква. Държава-членка, която би приела такива правила, би направила това в зависимост от свободната си преценка, а не за да се съобрази с произтичащо от членството ѝ в Съюза задължение.

64. Обратното разрешение би довело до значителни практически трудности, посочени в заключението на генералния адвокат Stix-Hackl по дело *Coname*, като например избора на начин на обявяване или минималното съдържание на обявлението (точки 96 и 97), тъй като самите

65. При всички положения остава възможно да се контролира съответствието на индивидуалните актове с тези принципи, както Съдът е направил например в Решение по дело *Parking Brixen* и в Решение по дело *Coname*, посочени по-горе⁴⁵.

VII — Разглеждане на правните основания, посочени в подкрепа на иска

А — Предварителна бележка

66. В началото на настоящото заключение посочих, че Комисията упреква Италианската република в неизпълнение на задълженията ѝ в областта на обществените поръчки, поради това че е изключила, основно в две направления, някои възлагания от приложното поле на правилата и принципите на общностното законодателство: на първо място, поради това че е възприела стойността на страничните строителни работи за единствен

⁴⁴ — Италианският законодател обаче подчертава тези принципи в реформата от 2005 г., която ще засегне по-долу.

⁴⁵ — Вж. също висящи дела C-507/03, C-532/03 и C-195/04, посочени в бележка под линия 36.

критерий, позволяващ да се определи правният режим на смесените поръчки, и на второ място, поради това че е пропуснала да упомене, че когато праговете по директивите не са достигнати, трябва да се спазват принципите на прозрачност и на равно третиране, произтичащи от членове 43 ЕО и 49 ЕО.

67. Въпреки че правителството ответник отрича разпоредбите на правната му уредба относно изпълнението на строителни работи от частноправни субекти, разносните за които се приспадат от таксите за градоустройство, да са в противоречие с общностното право, то добавя, че останалите констатиращи от ищеца несъответствия са престанали да съществуват вследствие на промените, произтичащи от Закон № 62/2005 от 18 април 2005 г.⁴⁶

68. Достатъчно е тук да се напомни, че съгласно съдебната практика наличието на неизпълнение на задължения от държава-членка трябва да се преценява с оглед на положението на държава-членка към момента на изтичането на срока и че последващи промени не се вземат предвид от Съда.⁴⁷

46 — Закон за приемането на някои разпоредби за изпълнение на задълженията, произтичащи от членството на Италия в Европейските общности — Общностен закон от 2004 г. (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee — Legge comunitaria 2004, редовна притурка на GURI, № 96 от 27 април 2005 г.).

47 — Решение от 27 ноември 1990 г. по дело Комисия/Гърция (C-200/88, Recueil, стр. I-4299, точка 13), Решение от 2 май 1996 г. по дело Комисия/Белгия (C-133/94, Recueil, стр. I-2323, точка 17), Решение от 30 януари 2002 г. по дело Комисия/Гърция (C-103/00, Recueil, стр. I-1147, точка 23) и Решение от 13 март 2003 г. по дело Комисия/Испания (C-333/01, Recueil, стр. I-2623, точка 8).

69. Следователно по настоящото дело следва да се придържахме към законодателството в сила към изтичането на двумесечния срок, определен в мотивираното становище от 15 октомври 2003 г., без да се вземат предвид последващите изменения.

Б — Разграничаване на смесените поръчки

70. Смесените поръчки за строителство, доставки и услуги, както и поръчките за доставки и поръчките за услуги, които включват странични дейности, трябва да са в съответствие с италианското законодателство за транспониране, ако строителните работи представляват над 50 % от цената (член 2, параграф 1 от Закон № 109/94 и също член 3, параграф 3 от Декрет-закон № 157/95). Следователно финансовата оценка на такъв тип елемент от договорите съставлява особен критерий за прилагане на закона.

71. Като се опира на Решение по дело Gestión Hotelera Internacional, посочено по-горе, Комисията поддържа, че приложимият правен режим трябва да зависи от основния предмет на поръчката, който се определя наред с други фактори и не единствено от стойността на престациите, тъй като в противен случай биха се оказали изключени смесените поръчки, чиято стойност надвишава праговете по Директиви 92/50 и 93/36, но е по-ниска от тази

по Директива 93/37, единствено поради това че строителните работи, макар да са странични дейности, представляват основната част от цената.

72. Правителството ответник се позовава на циркулярно писмо на Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Министерство на инфраструктурата и транспорта)⁴⁸ и на реформата на Закон № 109/94, имащи за цел стойността на строителните работи, които са странична дейност в смесените обществени поръчки, да не се взема предвид, за да придобие икономическият аспект все пак преобладаващо, макар и не единствено значение при определянето на приложимото законодателство.

73. Поради посочените по-горе съображения считам, че разглежданите изменения не следва да се вземат предвид; освен това, както се твърди в репликата, циркулярно писмо не може да обезсили законова разпоредба и не би могло да е достатъчно, за да не се признае нарушението, при положение че според Съда „обикновени административни практики, които по естеството си подлежат на промяна по волята на администрацията и са лишени от подходяща публичност, не могат да се считат за надлежно изпълнение на задълженията по Договора“⁴⁹.

74. С оглед на тези уточнения става очевидно, че директивите не допускат стойността на строителните работи да съставлява при всички обстоятелства критерият, определящ правния режим на смесените поръчки, тъй като, ако това беше така, за поръчките, чийто основен елемент са услуги или доставки, биха могли да не се прилагат общностните правила под претекст, че основните задължения са с по-ниска стойност.

75. Самите директиви споменават за предмета на договора, без да го смесват с основаниято или престациите, които той включва⁵⁰, макар последните да го определят, а при няколко предмета ги подреждат в зависимост от стойността на престациите, тъй като самите директиви отграничават приложното си поле посредством лесно установими финансови прагове.

76. Не е възможно текстовете да се разглеждат в обратен смисъл, нито, както правят италианските разпоредби, да се взима предвид финансовият аспект на страничните престации; ето защо в това отношение твърдението за неизпълнение трябва да се приеме за основателно.

48 — Циркулярно писмо № B1/2316 от 18 декември 2003 г., GURI, № 79 от 3 април 2004 г.

49 — Решение от 24 март 1994 г. по дело Комисия/Белгия (C-80/92, Recueil, стр. I-1019, точка 20), Решение от 26 октомври 1995 г. по дело Комисия/Люксембург (C-151/94, Recueil, стр. I-3685, точка 18), Решение от 17 май 2001 г. по дело Комисия/Италия (C-159/99, Recueil, стр. I-4007, точка 32), Решение от 17 януари 2002 г. по дело Комисия/Ирландия (C-394/00, Recueil, стр. I-581, точка 11), Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Комисия/Белгия (C-415/01, Recueil, стр. I-2081, точка 21) и Решение от 20 ноември 2003 г. по дело Комисия/Франция (C-296/01, Recueil, стр. I-13909, точка 54).

50 — В точка 37 от заключение по дело Gestión Hotelera Internacional генерален адвокат Lenz подчертава, че основното и непрехвърляемо задължение не го превръща в основен предмет на поръчката.

В — *Градоустройствените дейности*

77. Строителните работи, извършени от частноправни субекти, а) при които се приспадат вноските, свързани с разрешителните за извършване на строителни дейности, б) които са в изпълнение на определени законови задължения и в) строителните работи, аналогични на тези от предходните две групи, не попадат под действието на Закон № 109/94, но ако стойността на строежите, взети поотделно, надвишава общностните пределни стойности, същите се възлагат съгласно Директива 93/37 (член 2, параграф 5 от Закон № 109/94).

78. Комисията твърди, от една страна, че тези разпоредби, във връзка със Закон № 1150/42 и Закон № 10/77, допускат пряко възлагане на строителни работи или строежи на титуляр на разрешение за строеж или застроителен план, без да гарантират прилагането на принципите на прозрачност и на равно третиране, закрепени в договора, който следва да се спазват, дори ако стойността е под общностните прагове. От друга страна, тя счита, че за да се определи дали прагът е достигнат, следва да се вземат предвид всички предвидени от поръчката строежи, а не някои от тях.

79. Италианското правителство категорично отрича твърдяното изпълнение. На първо място, то се позовава

на циркулярно писмо на Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti⁵¹, както и на друго такова на Dipartimento per le Politiche Comunitarie (отдел за общностните политики на това министерство)⁵², в които се уточняват правилата, приети за транспонирането на общностните разпоредби. На второ място, то счита за прекалено при транспонирането да трябва да има позоваване на съответните разпоредби от Договора и на практиката на Съда. На трето място, то подчертава особеностите на градоустройствените дейности на строител, който замества местните власти. Накрая то оспорва тълкуването на Комисията на Решение от 12 юли 2001 г. по дело *Ordine degli Architetti* и др.⁵³, тъй като според него в това решение Съдът не разделя различните строежи, изпълнени от частноправни субекти в качеството им на довереници на администрацията.

1. По принципите на прозрачност и на равно третиране

80. Предвид изложеното съответната държава-членка не може да се упрекне заради отсъствието на общо упоменаване

51 — Циркулярно писмо № 462 от 18 декември 2001 г., *Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione)* 12 luglio 2001 (с-н. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi, GURI, № 300 от 28 декември 2001 г.

52 — Циркулярно писмо № 8756 от 6 юни 2002 г., *Normativa applicabile agli appalti pubblici „sottosoglia“*, GURI, № 178 от 31 юли 2002 г.

53 — C-399/98, Recueil, стр. I-5409.

в националните писани правила на задължението за спазване на принципите на прозрачност и на равно третиране; предвид гъвкавия им характер констатирането на тяхното нарушаване зависи от обстоятелствата по всяко възлагане.

81. Оттук следва, че Италианската република не е допуснала твърдяното неизпълнение.

2. По приложното поле на италианското законодателство

82. Другото твърдение за нарушение, очертано в исковата молба по отношение на възлагането на строежи на титуляра на разрешение за строеж или на застроителен план, визира обстоятелството, че процедурите за възлагане на обществени поръчки се прилагат само ако споразумението между администрацията и частноправния субект се отнася за строежи, чиято стойност, взета поотделно, надвишава общностните прагове.

83. Според Комисията това правило противоречи на Директива 93/37, тъй като води до изключването на поръчки, чиято обща стойност надвишава праговете поради недостатъчните стойности на съответните включени в тях престации.

84. Както посочих по-горе, италианското правителство подчертава особеностите на сектора на градоустройството и характеристиките на разглежданата система за възлагане, но пропуска, че прегледът на посочената система трябва да се направи от гледна точка на директивите за обществените поръчки. Ако се постави акцент върху една от правните гледни точки — националната, за сметка на другата — общностната, би се стигнало до изкривяване на положението. Освен това вече посочих, че съгласно Решение по дело *Ordine degli Architetti* и др. спецификите на градоустройството като област не са достатъчни да изключат прилагането на директивите (точка 66).

85. В член 1 Директива 93/37 посочва какво следва да се разбира под „обществени поръчки за строителство“ (буква а)⁵⁴ и под строежи (буква в)⁵⁵. Член 6, параграф 3 урежда случая на строеж, подразделен на няколко позиции, всяка от които е предмет на поръчка, а член 6, параграф 4 гласи, че никой строеж или никоя обществена поръчка не може да бъде разделен(а), с оглед да бъде изваден(а) от приложното поле на посочената директива⁵⁶.

54 — Става дума за „възмездни договори, сключени в писмена форма между, от една страна, предприемач, а от друга страна, възлагащ орган, както е определен съгласно буква б) от същия член, които имат за предмет изпълнение или проектиране и изпълнение на строителни работи, свързани с една от дейностите, посочени в приложение II, или на строеж, както е определен съгласно буква в) от посочения член, или изпълнение на строителни дейности по изграждане, с каквито и да е средства, на строеж в съответствие с изискванията на възлагащия орган“ [неофициален превод].

55 — „[Р]езултатът от строителни или монтажни работи, който като цяло е достатъчен сам по себе си за изпълнението на дадена икономическа и техническа функция“.

56 — Аналогични разпоредби фигурират в член 7 от тази директива, в член 5 от Директива 93/36, в член 14 от Директива 93/38 и в член 9 от Директива 2004/18, озаглавен „Методи за изчисляване на прогнозираната стойност на обществените поръчки, рамковите споразумения и динамичните системи за покупка“.

86. В този смисъл са налице понятия и правила, които следва да се изяснят от гледна точка на общностното право⁵⁷, в рамките на което следва да се постави и Решение по дело *Ordine degli Architetti* и др., посочено по-горе, според което „прякото изпълнение на оборудващи дейности от притежателя на разрешение за строеж или одобрен застроителен план при частично или цялостно приспадане на вноската, дължима за предоставянето на разрешението“, трябва да се подчинява на Директива 93/37, когато „стойността на този строеж е равна или надвишава определения [от директивата] праг“.

87. В това твърдение следва обаче да се открият определени нюанси, при положение че обществените строежи, които се включват в градоустройствените строителни работи, се изпълняват пряко от административните органи или от трето лице на основание закон или спогодба, като в такъв случай е налице договор, попадащ под действието на общностната уредба⁵⁸, както и при положение че притежателят, действащ вместо административните органи⁵⁹, се подчинява на същите изисквания за обявяване и конкуренция⁶⁰.

88. Освен това Директива 93/37 уточнява понятието „строеж“, чието наличие трябва да се преценява съгласно Решение от 5 октомври 2000 г. по дело *Комисия/Франция*⁶¹ и предвид икономическата и техническа функция на резултата от съответните строителни работи (точка 36). Общата стойност, получена при необходимост като сбор от позициите, определя приложимия правен режим, без особеностите на сектора на градоустройството, както посочих по-горе, да могат да послужат като обективни основания за обосноваване на разпокъсването.

89. Предходните разсъждения показват, че градоустройствените дейности, попадащи под действието на Директива 93/37, трябва да се подчиняват и на правилата, които тя установява за изчисляване на стойността на поръчките, и че трябва да се отхвърлят разпоредбите, които като член 2, параграф 5 от Закон № 109/94 накарват тези правила, като въвеждат единен общ критерий, чиято вредна последица е заобикалянето на общностната уредба и препятстването поради обективни причини, свързани със стойността на престациите, на предприятия от други държави-членки да подават оферти

57 — Huelin Martínez de Velasco, J., „Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia *Scala* 2001“, *Cuadernos de Derecho local*, n° 4, 2004, p. 19 и сл.

58 — Генерален адвокат Léger основателно посочва в заключението си по дело *Ordine degli Architetti* и др., че когато „операторът, който изпълнява дейностите по оборудване, се определя чисто и просто от закона“, на спогодбата липсва основен елемент на договорната връзка (точка 68).

59 — Fernández Rodríguez, T.R., „La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto „proyecto *Scala* 2001“) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español“, *Documentación Administrativa*, n° 261-262, септември 2001 г.—април 2002 г., p. 23.

60 — Huelin Martínez de Velasco, H., цит. съч., стр. 28.

61 — C-16/98, Recueil, стр. I-8315. Макар в това решение Съдът да разглежда Директива 93/38, съображенията относно аналогичните разпоредби могат да се разпрострат и за Директива 93/37.

в процедурите по възлагане на обществени поръчки, които ги интересуват⁶².

90. Следователно посочената по-горе разпоредба от италианския закон е в противоречие с Директива 93/37.

Г — Възлагане на дейностите по проектиране, ръководене и проверка на строителните работи в случай на поръчки на стойност, по-ниска от общностните прагове

91. Закон № 109/94 допуска в случай на поръчки на стойност, по-ниска от праговете по директивите, възлагането на проектирането и ръководенето на строителните работи, както и проверката на изпълнението им, на лица, ползващи се с доверието на възлагащия орган (член 17, параграф 12 и член 30, параграф 6а).

62 — Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Комисия/Франция, посочено по-горе в бележка под линия 61, вж. по-специално точки 38–47. В заключението, представено по делото, генерален адвокат Jacobs поддържа, че поредицата от операции, които предстои да се изпълнят през определен период в съвкупност от мрежи с обща икономическа и техническа функция, трябва да се счита като предназначена да изпълнява една и съща икономическа и техническа функция (точка 72); това твърдение може да се разпростре и относно градоустройствените дейности, също както и идеята, развита в Решение от 14 септември 2004 г. по дело Комисия/Италия (C-385/02, Recueil, стр. I-8121), че „единствено твърдението за сложния и деликатен характер на съвкупност от строителни работи не е достатъчно да установи, че тя не може да се повери на същия предприемач“ (точка 21).

92. Комисията поддържа, че дори извън приложното поле на европейските правила следва да се проверява спазването на принципите на недопускане на дискриминация, на равно третиране, на пропорционалност и на прозрачност и че тези принципи са нарушени, когато възлагането се прави без никакво обявяване, което нарушение не е възможно да бъде поправено чрез изпълнение на задължението за уверяване в опита и професионалните способности на избраното лице и за мотивиране на този избор.

93. Правителството ответник се позовава на изменението на Закон № 109/94, с което е въведено позоваване на посочените принципи, и повтаря развитите преди това доводи относно липсата на рационалност за поисканите от ищеца указания.

94. Тъй като дебатът се очертава по аналогичен начин като обсъждането, свързано с член 2, параграф 5 от Закон № 109/94, опитът подсказва разрешаването му по същия начин, т.е. като се направи извод, че понастоящем общностният правен ред не изисква задължението за подчиняване на изключените поръчки на посочените по-горе принципи да бъде предмет на нарочно писмено упоменаване, що се отнася до възлагането на разглежданите дейности, при запазване на възможността за разглеждане на всяка процедура и оспорване на съответствието ѝ с тези принципи пред националните съдилищата или общностната юрисдикция.

95. Ето защо приемам, че член 17, параграф 12 и член 30, параграф 6а от Закон № 109/94 не нарушават общественото право и твърдяното изпълнение не е установено.

за да отговори на формулираните възражения, е изменило Закон № 109/94, установявайки няколко предпазни мерки във връзка с възлагането на дейностите по ръководене от страна на възлагащия орган на проектанта на проекта — действие, което трябва да е било предвидено в обявлението за възлагане и чиято стойност следва да е била взета предвид.

Д — Възлагане на ръководенето на строителните работи

96. Ръководенето на строителните работи е задължение на възлагащия орган, но когато нито последният, нито други публични административни органи могат да го поемат, то може да се възложи на проектанта на проекта (член 27, параграф 2 от Закон № 109/94).

99. За действието на принципите на прозрачност и на равно третиране спрямо поръчките, чиято стойност е по-ниска от приложимите прагове, важат същите разсъждения като тези, които вече предложих, тъй като то се основава на същите елементи. В това отношение изпълнението, твърдяно от Комисията, не е установено.

97. Комисията критикува общия характер на правилото, като твърди, че то нарушава Директиви 92/50 и 93/38, съгласно които възлагането на дейностите по ръководене трябва да се извърши при зачитане на изискването за обявяването и на конкуренцията както в хипотезата на надвишаване на обществените прагове, тъй като това се предвижда в уредбата, така и в хипотезата, когато те не са достигнати, под въздействие на принципите на Договора.

100. Обществените поръчки, които поради стойността си се подчиняват на тръжните процедури, изискват различно разрешение предвид яснотата на обществените правила. В такива случаи следва стриктно да се спазват всички разпоредби, независимо от удобството, което може да се свърже с пропускането на процедурите, тъй като член 11, параграф 1 от Директива 92/50 и член 4, параграф 1 от Директива 93/38 са категорични, когато подчиняват възлагането на определените от тях процедури — открити, ограничени и на договаряне⁶³ — поради което

98. Италианското правителство подчертава неудобствата, които неговата система цели да избегне, но добавя, че

⁶³ — Също както член 6, параграф 1 от Директива 93/36 и член 7, параграф 1 от Директива 93/37.

според съдебната практика са допустими единствено предвидените изключения⁶⁴.

101. Дейностите по ръководене на строителните работи попадат в категория 12 от приложение I А към Директива 92/50 и в приложение XVI А към Директива 93/38, от което следва, че възлагането им трябва да се извърши в съответствие с установените от тези директиви правила.

102. Предвид изложеното по-горе няма никакво съмнение, че член 27, параграф 2 от Закон № 109/94 нарушава Директиви 92/50 и 93/38.

Е — Възлагане на дейностите по проверка

103. Дейностите по проверка са задължение на техническите отдели на възлагащите органи, но в случай на липса на персонал, установен и потвърден от лицето, отговорно за процедурата (член 28, параграф 4 от Закон № 109/94), те се възлагат на трети лица, включени в списъците на публичните административни органи (член 188 от Указ № 554/99 на президента на Републиката).

104. Комисията, която подчертава доводите, представени в част VII Д от настоящото заключение, изтъква, че предвидените в Директиви 92/50 и 93/38 процедури трябва да се спазват, ако стойността на поръчката надвишава относимите прагове, а отвъд тези граници приложение намират принципите на Договора.

105. Италианското правителство сочи, че подзаконовите разпоредби (в случая член 188, параграфи 8—11 от Указ № 554/99 на президента на Републиката) ще бъдат отменени⁶⁵.

106. Ако това заявяване на добри намерения за бъдещето се изключи, твърдението за нарушение трябва да сподели участва на предходното, тъй като изобщо не води до критика от гледна точка на членове 43 ЕО и 49 ЕО; освен това дейностите по проверка по категория 12 от приложение I А към Директива 92/50 и от приложение XVI А към Директива 93/38 трябва да се възлагат в съответствие с директивите.

107. Предвид изложените съображения следва да се констатира, че член 28, параграф 4 от Закон № 109/94 във връзка с

64 — Вж. Решение от 17 ноември 1993 г. по дело Комисия/Испания (С-71/92, Recueil, стр. I-5923, точка 10) и Решение по дело Teckal, точка 43, както и Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei, точка 45, посочени по-горе.

65 — В дупликата си правителството отговорно разкрива, че в решение № 302/03 (точка 5.1) Corte costituzionale [Конституционният съд] обявява за неконституционност параграфи 8—10 от посочения указ.

член 188 от Указ № 554/99 на президента на Републиката нарушава Директиви 92/50 и 93/38.

Ж — Строителни работи, финансирани с частни средства

108. Административните органи разрешават изпълнението от трети лица на обществено строителство, което може да бъде използвано за търговски цели. Като първа фаза те приканват чрез обявление частноправни субекти да направят предложения в качеството си на строителни предприемачи с оглед възлагането на концесии, в рамките на които разностките се поемат частично или изцяло от строителните предприемачи, които като насрещна престация се задължават да осигурят управлението. След като представените предложения бъдат оценени, тези от тях, за които се приеме, че представляват обществен интерес, се подбират в рамките на втора фаза, в хода на която за всяко от избраните предложения се открива ограничена процедура, предназначена да се подберат две други оферти. Те се използват за позоваване по време на преговорите, които трябва да приключат с избор на строителния предприемач, който може да приспособи офертата си към предоставените от възлагащия орган указания (членове 37а, 37б и 37в от Закон № 109/94).

109. От една страна, Комисията счита, че описаната система противоречи на

принципа на равно третиране, тъй като предоставя две предимства на строителния предприемач спрямо останалите конкуренти, макар първоначалната му оферта да не е била толкова подходяща, тъй като той автоматично участва в процедурата и се ползва с приоритетен избор. Нарушението не би било установено, ако всички участници са запознати с тези привилегии и критерии за оценка, но тези аспекти не се включват в първоначалното обявление; от друга страна, тъй като обявлението е задължително едва от 18 август 2002 г. — датата на влизане в сила на Закон № 166/2002, вече започналите процедури водят до решения, противоречащи на общите принципи на общностното право.

110. Според правителството ответник тези две твърдения за нарушение са отхвърлени с реформата на Закон № 109/94, която въвежда в обявлението упоменаването на предимствата на строителния предприемач и препраща към подзаконова уредба висящите към 31 януари 2004 г. преписки, които не съдържат такова упоменаване.

111. Макар доводите на италианското правителство да не позволяват да се отхвърлят твърденията, съдържащи се в исковата молба, Комисията следва да установи съществуването на твърдяното неизпълнение, без да има възможност да се основава на каквато и да е презумпция⁶⁶, независимо че държавата-членка е

⁶⁶ — Решение от 25 май 1982 г. по дело Комисия/Нидерландия (96/81, Recueil, стр. 1791, точка 6), Решение от 12 септември 2000 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-408/97, Recueil, стр. I-6417, точка 15) и Решение от 26 април 2005 г. по дело Комисия/Ирландия (C-494/01, Recueil, стр. I-3331, точка 41).

задължена при предоставянето на достатъчно доказателства да ги оспори подробно и по същество⁶⁷.

112. По принцип двете твърдения за нарушение изглеждат основателни. Първото, понеже според обясненията на Комисията националното законодателство предоставя на инициатора на строителните работи предимства, с които останалите заинтересувани лица не са запознати и на които не могат да се противопоставят; Съдът е имал повод да установи в Решение от 25 април 1996 г. по дело Комисия/Белгия, посочено по-горе, че когато възложител взема предвид изменение, внесено в първоначалните оферти само на един оферент, последният се ползва с предимство спрямо своите конкуренти, което накърнява принципа на равно третиране и засяга прозрачността на процедурата (точка 56). Освен това Комисията посочва някои случаи на обявления, които не споменават разглежданите предимства, нито посочват обективните критерии за избор⁶⁸.

113. Второто твърдение за нарушение изглежда основателно, понеже впоследствие и твърде късно са отстранени недостатъците на заслужаващото критика положение.

114. Предвид съображенията, изложени в предходните точки, следва да се приеме, че член 37б и член 37в, параграф 1 от Закон № 109/94 нарушават принципа на равно третиране, произтичащ от членове 43 ЕО и 49 ЕО.

3 — Последствия

115. От гореизложеното следва, че:

— член 2, параграф 1 от Закон № 109/94 е в противоречие с Директиви 92/50, 93/36, 93/37 и 93/38,

— член 2, параграф 5 от Закон № 109/94 във връзка със Закони № 1150/1942 и № 10/1977 нарушава Директива 93/37,

— член 27, параграф 2 от Закон № 109/94 не е в съответствие с Директиви 92/50 и 93/38,

67 — Решение от 9 ноември 1999 г. по дело Комисия/Италия (С-365/97, Recueil, стр. I-7773, точки 84 и 86).

68 — Точка 87 от исквата молба и бележка под линия 12, която онагледява това положение.

— член 28, параграф 4 от Закон № 109/94 във връзка с член 188 от Указ № 554/99 на президента на Републиката нарушава Директиви 92/50 и 93/38,

искане. По силата на член 69, параграф 3 от посочения правилник Съдът може да разпредели съдебните разноси или да реши всяка страна да понесе направените от нея съдебни разноси, ако всяка от страните е загубила по едно или няколко от предявените основания.

— член 37б и член 37в, параграф 1 от Закон № 109/94 са несъвместими с членове 43 ЕО и 49 ЕО.

116. Обратно, член 2, параграф 5, член 17, параграф 12, член 27, параграф 2 и член 30, параграф 6а от Закон № 109/94 са в съответствие с членове 43 ЕО и 49 ЕО.

118. При положение че Комисията и Италианската република са поискали другата страна да бъде осъдена да заплати съдебните разноси и че предлагам искът да бъде уважен частично, тази държава-членка трябва да понесе половината от съдебните разноси на Комисията, която да поеме половината от съдебните разноси на другата страна.

VIII — По съдебните разноси

117. Член 69, параграф 2 от Процедурния правилник на Съда гласи, че загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноси, ако е направено такова

119. В съответствие с член 69, параграф 4, първа алинея от Процедурния правилник държавите-членки, които са встъпили в делото, понасят направените от тях съдебни разноси.

IX — Заключение

120. Предвид изложените съображения предлагам на Съда:

- 1) да установи, че като е приела член 37б и член 37в, параграф 1 от Закон № 109 от 11 февруари 1994 г., Италианската република не е изпълнила

задълженията си по членове 43 ЕО и 49 ЕО; като е приела член 2, параграф 1 от посочения закон, тази държава-членка не е изпълнила задълженията си по Директиви 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година, 93/36/ЕИО, 93/37/ЕИО и 93/38/ЕИО, и трите от 14 юни 1993 година, относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки съответно за услуги, доставки, строителство и в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите; като е оставила в сила член 2, параграф 5 от Закон № 109/94, Италианската република не е изпълнила задълженията си по Директива 93/37 и като е приела член 27, параграф 2 и член 28, параграф 4 от посочения закон, тази държава-членка не е изпълнила задълженията си по Директиви 92/50 и 93/38;

- 2) да отхвърли иска в останалата му част;
- 3) да осъди Италианската република да заплати половината от съдебните разноски на Комисията;
- 4) да осъди Комисията да поеме половината от съдебните разноски на Италианската република;
- 5) да постанови Република Финландия и Кралство Нидерландия да понесат направените от тях съдебни разноски.