

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (трети състав)

25 март 2010 година *

По дело C-451/08

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 234 ЕО от Oberlandesgericht Düsseldorf (Германия) с акт от 2 октомври 2008 г., постъпил в Съда на 16 октомври 2008 г., в рамките на производство по дело

Helmut Müller GmbH

срещу

Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,

в присъствието на:

Gut Spascher Sand Immobilien GmbH,

* Език на производството: немски.

община Wildeshausen,

СЪДЪТ (трети състав),

състоящ се от: г-н J. N. Cunha Rodrigues (докладчик), председател на втори състав, изпълняващ функцията на председател на трети състав, г-жа P. Lindh, г-н A. Rosas, г-н A. Ó Caoimh и г-н Ал. Арабаджиев, съдии,

генерален адвокат: г-н P. Mengozzi,
секретар: г-н B. Fülöp, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 23 септември 2009 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за Helmut Müller GmbH, от адв. O. Gröbbel, Rechtsanwalt,

— за Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, от адв. S. Hertwig, Rechtsanwalt,

- за община Wildeshausen, от адв. J. Lauenroth, Rechtsanwalt,
- за германското правителство, от г-н M. Lumma и г-н J. Möller, в качеството на представители,
- за френското правителство, от г-н G. de Bergues и г-н J.-S. Pilczer, в качеството на представители,
- за италианското правителство, от г-н G. Fiengo, avvocato dello Stato,
- за нидерландското правителство, от г-жа C. Wissels и г-н Y. de Vries, в качеството на представители,
- за австрийското правителство, от г-н E. Riedl и г-н M. Fruhmann, в качеството на представители,
- за Комисията на Европейските общности, от г-н G. Wilms и г-н C. Zadra, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 17 ноември 2009 г.,

постанови настоящото

Решение

- 1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на понятието „обществена поръчка за строителство“ по смисъла на Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282).
- 2 Запитването е отправено в рамките на спор между Helmut Müller GmbH (наричано по-нататък „Helmut Müller“) и Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (федерална администрация за управление на недвижими имоти, наричана по-нататък „Bundesanstalt“) относно продажбата от последната на земя, върху която приобретателят е трябвало впоследствие да извърши строителни работи, съответстващи на цели за урбанистично развитие на населените места, определени от административно-териториална единица, в случая град Wildeshausen.

Правна уредба

Правна уредба на Съюза

- 3 Съгласно съображение 2 от Директива 2004/18:

„Възлагането на поръчки, които са сключени в държавите членки за сметка на държавата, регионалните или местните органи и други публичноправни организации, се извършва при съблюдаване на принципите на Договора, и по-специално на принципите на свободно движение на стоки, свобода на установяване и свободно предоставяне на услуги, както и на принципите, произтичащи от тях, като принципа на равнопоставеност, принципа на недискриминация, принципа на взаимно признаване, принципа на пропорционалност и принципа на прозрачност. Въпреки това при обществени поръчки над определена стойност се препоръчва да се изготвят разпоредби за координиране в Общността на националните процедури за възлагане на такива поръчки, които да се основават на тези принципи така, че да гарантират последиците от тях и поставянето на обществените поръчки на конкурентна основа. Тези координиращи разпоредби следва да бъдат тълкувани както в съответствие с посочените правила и принципи, така и в съответствие с другите правила от Договора.“

- 4 Член 1, параграфи 2 и 3 от посочената директива предвижда:

„2. а) „Обществени поръчки“ са писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с обект изпълнение на строителство, доставяне на стоки или предоставяне на услуги по смисъла на настоящата директива.

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

[...]

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

5 По смисъла на член 16, буква а) от Директива 2004/18:

„Настоящата директива не се прилага за обществени поръчки за:

- а) придобиване или наемане, независимо с какви финансови средства, на земя, съществуващи сгради или други недвижими имоти, както и на права върху тях; [...]

Национална правна уредба

- 6 Член 10, параграф 1 от Строителния кодекс (Baugesetzbuch) от 23 септември 2004 г. (BGBl. 2004 I, стр. 2414, наричан по-нататък „BauGB“) гласи:

„Общината приема застроителен план с подзаконов нормативен акт.“

- 7 Член 12 от BauGB е формулиран, както следва:

„1) Общината може да определи посредством застроителен план допустимостта на даден проект, когато изпълнителят въз основа на съгласуван с общината план за изпълнение на проект и мерки за развитие (план на проектиране и развитие) е готов да се ангажира и се ангажира с неговото изпълнение в определен срок и с пълно или частично поемане на свързаните с него разходи за планиране и развитие преди решението по смисъла на член 10, параграф 1 (договор за изпълнение). [...]

[...]

- 3 а) Когато със застроителен план посредством определянето на строителна зона [...] или по друг начин се установява предназначение на строежите [...], следва [...] да се предвиди, че в рамките на определените предназначения са разрешени само проектите, за реализирането на които изпълнителят се е ангажирал в договора за изпълнение. [...]

[...]“

Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

- 8 Bundesanstalt е бил собственик на недвижим имот, наречен „казарма Wittekind“, с площ от почти 24 хектара, разположен в Wildeshausen (Германия).
- 9 През октомври 2005 г. общинският съвет на град Wildeshausen решава с оглед на повторно използване за граждански цели на съответните земи, които представляват около 3 % от застроените и незастроени площи на този град, да предприеме проучвания за проект за урбанистично развитие на населеното място.
- 10 През октомври 2006 г. чрез интернет и ежедневната преса Bundesanstalt обявява, че възнамерява да продаде казармата Wittekind.
- 11 На 2 ноември 2006 г. Helmut Müller, предприятие от сектора на недвижимите имоти, представя оферта за закупуване на цена от 4 милиона евро, като обаче обуславя тази оферта от изготвянето на устройствен план, основан на неговия проект за използване на земите.
- 12 В началото на 2007 г. предназначението на казарма Wittekind е променено.

- 13 През януари 2007 г. Bundesanstalt започва процедура за възлагане на обществена поръчка, за да прехвърли в най-кратки срокове посочения недвижим имот в състоянието, в което се намира.
- 14 На 9 януари 2007 г. Helmut Müller подава оферта от 400 000 EUR, която на 15 януари 2007 г. увеличава на 1 милион евро.
- 15 Друго предприятие от сектора за недвижими имоти — Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (наричано по-нататък „GSSI“), тогава в процес на учредяване — подава оферта от 2,5 милиона евро.
- 16 Подадени са и две други оферти.
- 17 Съгласно експертизата, представена от Bundesanstalt пред запитващата юрисдикция, към 1 май 2007 г. стойността на съответните земи е възлизала на 2,33 милиона евро.
- 18 Според акта за преюдициално запитване проектите на оферентите са представени на община Wildeshausen в присъствието на Bundesanstalt и са обсъдени с тях.
- 19 Междувременно Bundesanstalt разгледала проектите на Helmut Müller и на GSSI и по градоустройствени съображения отдала предпочитание на проекта на последното, считайки, че допринася за повишаване на атрактивността на град Wildeshausen, и го уведомила за това.

- 20 Тогава било договорено, че имотът ще бъде прехвърлен само след одобрението на проекта от общинския съвет на град Wildeshausen. Bundesanstalt потвърдила, че ще се съобрази с решението на община Wildeshausen.
- 21 Пак от акта за преюдициално запитване следва, че общинският съвет на град Wildeshausen се произнася в полза на проекта на GSSI и на 24 май 2007 г. решава по-специално следното:

„Съветът на град Wildeshausen е склонен да разгледа представения от г-н R. [управителя на GSSI] проект и да предприеме процедура за изготвянето на съответен застроителен план [...]

Законът не предоставя никакво право да се постигне изготвянето на застроителен план (евентуално свързан с проект).

Законът забранява на [град Wildeshausen] да поема обвързващи задължения във връзка със застрояването или да обвързва правото си на преценка (което впрочем е правно регламентирано) преди приключването на редовна процедура по приемане на устройствен план.

Следователно предходните решения по никакъв начин не са обвързващи по отношение на устройствения план на [град Wildeshausen].

Изпълнителят и останалите заинтересовани от проекта лица носят рисковете, свързани с разходите по планиране, и останалите разходи“.

- 22 Веднага след решението от 24 май 2007 г. общинският съвет на град Wildeshausen оттегля решението си от октомври 2005 г. за извършването на предварителни градоустройствени проучвания.
- 23 С нотариално заверен договор от 6 юни 2007 г. Bundesanstalt със съгласието на община Wildeshausen продава казармата Wittekind на GSSI. На 7 юни 2007 г. тя уведомява Helmut Müller за продажбата. През януари 2008 г. GSSI е вписано в имотния регистър като собственик на този недвижим имот. С нотариално заверен договор от 15 май 2008 г. Bundesanstalt и GSSI потвърждават договора за продажба от 6 юни 2007 г.
- 24 Helmut Müller подава жалба пред Vergabekammer (компетентен като първа инстанция в областта на обществените поръчки), като твърди, че не е била проведена редовна процедура за възлагане на обществена поръчка, докато продажбата на споменатата казарма се е уреждала от правото относно обществените поръчки. Helmut Müller изтъква, че договорът за продажба е недействителен, тъй като то не е било своевременно информирано в качеството си на кандидат за закупуването на земята.
- 25 Vergabekammer отхвърля жалбата като недопустима с мотива, че по същество на GSSI не е била възложена никаква обществена поръчка за строителство.
- 26 Helmut Müller обжалва това решение за отхвърляне пред Oberlandesgericht Düsseldorf, като изтъква, че предвид обстоятелствата е следвало да се счита, че GSSI е щяло да получи обществена поръчка за строителство под формата на концесия за строителство. Според Helmut Müller съответните решения са били приети съгласувано от Bundesanstalt и община Wildeshausen.
- 27 Oberlandesgericht Düsseldorf е склонен да приеме тези доводи. Тази юрисдикция счита, че в не твърде далечно бъдеще, което обаче още не може да бъде

уточнено, община Wildeshausen ще упражни правото си на преценка, като приема застроителен план по смисъла на член 12 от BauGB и като сключи с GSSI договор за изпълнение по смисъла на същия член, като по този начин възложи на GSSI обществена поръчка за строителство.

- 28 Като се има предвид, че няма да се налага заплащането на никакво възнаграждение от община Wildeshausen, посочената юрисдикция счита, че тази обществена поръчка за строителство е трябвало да бъде възложена под правната форма на концесия за строителство и че GSSI следва да носи присъщия на тази операция икономически риск. Според същата юрисдикция прехвърлянето на собствеността върху земята и възлагането на обществена поръчка за строителство следвало да се разглеждат като едно цяло от гледна точка на правото относно обществените поръчки. Действията на Bundesanstalt и тези на община Wildeshausen само били предприети по различно време.
- 29 Oberlandesgericht Düsseldorf добавя, че е възприемал същата позиция и по други дела, с които е бил сезиран, и по-специално в решението си от 13 юни 2007 г. относно летището на Ahlhorn (Германия). Неговият анализ обаче не се споделял единодушно, тъй като преобладаващите сред германските юрисдикции възгледи са в различен смисъл. Освен това според запитващата юрисдикция германското федерално правителство възнамерява да измени германското законодателство в областта на обществените поръчки в обратен смисъл на препоръчаната от посочената юрисдикция позиция.
- 30 Посоченият от запитващата юрисдикция проектозакон е предвиждал внасянето по следния начин на уточнения в определението за „обществени поръчки за строителство“, съдържащо се в член 99, параграф 3 от Закона срещу ограниченията на конкуренцията (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) от 15 юли 2005 г. (BGBl. 2005 I, стр. 2114), като предвидените изменения са в курсив:

„Поръчките за строителство са договори или за изпълнението, или за проектирането и изпълнението *в полза на възлагащия орган* на строителни работи или на строеж, явяващ се резултат от конструктивни или строително-инженерни

работи и предназначен сам по себе си да изпълнява икономическа или техническа функция, или на строеж, *който е от пряк икономически интерес за възлагащия орган* и е изпълнен от трети лица в съответствие с изискванията на възлагащия орган.“

- 31 Предвидено било също така член 99 от посочения закон да се допълни с въвеждането на нов параграф 6, съдържащ следното определение за концесията за строителство:

„Концесия за строителство е договор за изпълнението на обществена поръчка за строителство, при който насрещната престация за извършената работа се състои не във възнаграждение, а в правото да се експлоатира строежът за определен период от време или евентуално в това право заедно със заплащането на цена.“

- 32 Малко след отправянето на настоящото преюдициално запитване тези изменения са приети в рамките на Закона за модернизиране на правото относно обществените поръчки (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts) от 20 април 2009 г. (BGBl. 2009 I, стр. 790).

- 33 При тези условия Oberlandesgericht Düsseldorf решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

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

извършват фактически или физически за възлагащия орган и в негов пряк икономически интерес?

- 2) Доколкото понятието за обществена поръчка за строителство по член 1, параграф 2, буква б) от Директивата [2004/18] не позволява да не се вземе предвид елементът на придобиване, може ли съгласно втората визирана в тази разпоредба хипотеза да се допусне, че такова придобиване е налице, когато строителството трябва да задоволи определена обществена цел за възлагащия орган (например във връзка с урбанистичното развитие на част от населеното място) и когато договорът предоставя на възлагащия орган правомощието да гарантира, че обществената цел ще бъде постигната и че строежът ще се реализира за тази цел?
- 3) В първата или във втората хипотеза по член 1, параграф 2, буква б) от Директивата [2004/18] понятието за обществена поръчка за строителство предполага ли изпълнителят на строителството пряко или непряко да е задължен да извърши строителните работи? Необходимо ли е изпълнението на това задължение да може да се иска по съдебен ред?
- 4) В третата хипотеза по член 1, параграф 2, буква б) от Директивата [2004/18] понятието за обществена поръчка за строителство предполага ли изпълнителят да е задължен да извърши строителните работи, или те да представляват предмета на поръчката?
- 5) Понятието за обществена поръчка за строителство по смисъла на третата хипотеза по член 1, параграф 2, буква б) от Директивата [2004/18] включва ли поръчките, чрез които — посредством уточнените от възлагащия орган изисквания — трябва да се гарантира, че подлежащият на изпълнение строеж ще се използва за определена обществена цел, и чрез които (по силата на

договора) на възлагащия орган същевременно се предоставя правомощието (в негов собствен непряк интерес) да гарантира, че строежът действително може да бъде предназначен за задоволяването на определената обществена цел?

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

- 7) Съгласно член 1, параграф 3 от Директивата [2004/18] трябва ли да се приеме, че не е налице концесия за строителство, когато концесионерът е или ще стане собственик на земята, върху която трябва да се строи, или когато концесията е предоставена за неограничен срок?

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

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

По преюдициалните въпроси

Предварителни бележки

- ³⁴ В текста на Директива 2004/18 на повечето езици предвиденото в член 1, параграф 1, буква б) от нея понятие „обществени поръчки за строителство“ обхваща три хипотези. Първата се състои в изпълнението, евентуално придружено от проектирането, на строителни работи, свързани с една от изброените в приложение I към тази директива категории. Втората хипотеза се отнася до изпълнението, евентуално придружено от проектирането, на строеж. Третата хипотеза е извършването на строеж, независимо с какви средства, отговарящ на изискванията на възлагащия орган.
- ³⁵ По смисъла на същата разпоредба „строеж“ се определя като „резултата от строителство, който е достатъчен сам по себе си да изпълнява икономическа или техническа функция“.
- ³⁶ Докато в текста на повечето езици се използва терминът „строеж“ както за втората, така и за третата хипотеза, немският текст използва два различни термина, а именно: „Bauwerk“ (строеж) за втората хипотеза и „Bauleistung“ (строителна дейност) за третата хипотеза.
- ³⁷ Освен това текстът на немски език на посочения член 1, параграф 2, буква б) е единственият, който предвижда, че дейностите по третата хипотеза трябва да бъдат извършени не само „независимо с какви средства“, но и от „трети лица“ („durch Dritte“).

- 38 Съгласно постоянната съдебна практика формулировката, използвана в текста на правна разпоредба на Съюза на един от езиците, не може да служи като единствена основа за тълкуването на разпоредбата или да ѝ се отдава предимство пред текстовете на останалите езици. Подобен подход би бил несъвместим с изискването за еднакво прилагане на правото на Съюза. В случай на несъответствия между текстовете на различните езици въпросната разпоредба трябва да се тълкува в зависимост от общата структура и целите на правната уредба, от които тя е част (вж. Решение от 27 март 1990 г. по дело Cricket St Thomas, C-372/88, Recueil, стр. I-1345, точки 18 и 19, Решение от 12 ноември 1998 г. по дело Institute of the Motor Industry, C-149/97, Recueil, стр. I-7053, точка 16, както и Решение от 9 октомври 2008 г. по дело Sabatauskas и др., C-239/07, Сборник, стр. I-7523, точки 38 и 39).
- 39 Именно в светлината на тези съображения трябва да се отговори на поставените от запитващата юрисдикция въпроси.

По първия и втория въпрос

- 40 Със своите първи два въпроса, които следва да бъдат разгледани заедно, запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали понятието „обществена поръчка за строителство“ по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 изисква строителните работи да се извършват фактически или физически за възлагащия орган и в негов пряк икономически интерес или е достатъчно с тях да се задоволява определена обществена цел като урбанистичното развитие на част от населено място.
- 41 Най-напред трябва да се уточни, че когато публичноправен орган продава на предприятие незастроена земя или земя, върху която вече има построени сгради, тази продажба не представлява обществена поръчка за строителство по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18. Всъщност, от една страна, в рамките на такава поръчка публичноправният орган трябва да приеме позицията на приобретател, а не на продавач. От друга страна, такава поръчка трябва да има за предмет изпълнението на строителни работи.

42 Текстът на член 16, буква а) от посочената директива потвърждава този анализ.

43 Следователно изключено е продажба като тази по главното производство, а именно продажбата на казармата Wittekind от Bundesanstalt на GSSI, да представлява сама по себе си обществена поръчка за строителство по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18.

44 Тези поставени от запитващата юрисдикция въпроси обаче не се отнасят до това отношение на продавач с приобретател, а по-скоро до отношенията между община Wildeshausen и GSSI, а именно между компетентния в областта на градоустройството публичноправен орган и купувача на казармата Wittekind. Посочената юрисдикция иска да се установи дали тези отношения могат да представляват обществена поръчка за строителство по смисъла на посочената разпоредба.

45 В това отношение следва да се посочи, че по смисъла на член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18 обществените поръчки са писмени договори с определен паричен интерес.

46 Понятието за договор е от съществено значение при определянето на приложното поле на Директива 2004/18. Както се посочва в съображение 2 от тази директива, тя има за предмет прилагането на правните норми на Съюза към възлагането на обществени поръчки, сключени за сметка на държавата, регионалните или местните органи и други публичноправни организации. Посочената директива не се отнася до други категории дейности, за които са отговорни публичноправните органи.

47 Освен това само договор с определен паричен интерес може да представлява обществена поръчка по Директива 2004/18.

- 48 Възмездният характер на договора предполага, че сключилият обществената поръчка възлагащ орган ще получи по силата на тази поръчка определена насрещна престация. Тази престация се състои в извършването на целените от възлагащия орган строителни работи (вж. Решение от 12 юли 2001 г. по дело *Ordine degli Architetti* и др., C-399/98, *Recueil*, стр. I-5409, точка 77, както и Решение от 18 януари 2007 г. по дело *Augoux* и др., C-220/05, *Сборник*, стр. I-385, точка 45).
- 49 Поради естеството си, както и поради системата и целите на Директива 2004/18, такава престация трябва да бъде в пряк икономически интерес за възлагащия орган.
- 50 Този икономически интерес е ясно установен, когато е предвидено, че възлагащият орган ще стане собственик на построеното или на строежа, предмет на поръчката.
- 51 Такъв икономически интерес може да бъде установен и когато е предвидено, че възлагащият орган ще разполага с правно основание, което да му гарантира, че строежите, представляващи предмет на поръчката, ще бъдат на негово разположение предвид тяхното обществено предназначение (вж. в този смисъл Решение по дело *Ordine degli Architetti* и др., посочено по-горе, точки 67, 71 и 77).
- 52 Икономическият интерес може да се състои и в икономическите предимства, които възлагащият орган може да извлече от бъдещото използване или прехвърляне на строежа, в обстоятелството, че той е участвал финансово в извършването на строежа, или в риска, който поема в случай на икономическа нерентабилност на строежа (вж. в този смисъл Решение по дело *Augoux* и др., посочено по-горе, точки 13, 17, 18 и 45).
- 53 Съдът вече е постановил, че договор, с който един възлагащ орган поверява на друг възлагащ орган изграждането на строеж, може да представлява обществена поръчка за строителство, независимо дали е предвидено, че първият възлагащ

орган е или ще стане собственик на целия или на част от този строеж (Решение по дело Auroux и др., посочено по-горе, точка 47).

- 54 От гореизложеното следва, че понятието „обществена поръчка за строителство“ по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 налага строителните работи, предмет на поръчката, да бъдат извършени в прекия икономически интерес на възлагащия орган, без обаче да е необходимо престацията да бъде под формата на придобиването на материален или физически обект.
- 55 Поставя се въпросът дали тези условия са изпълнени, когато предвидените строителни работи са насочени към постигането на определена обществена цел от общ интерес, чието зачитане следва да бъде осигурено от възлагащия орган — като урбанистичното развитие или съгласуваност на част от населено място.
- 56 В държавите — членки на Европейския съюз, изпълнението на строителни работи — или поне на тези с определен мащаб — обикновено трябва да бъде предварително одобрено от компетентния в областта на градоустройството публичноправен орган. При упражняването на своите регулаторни правомощия този орган трябва да прецени дали изпълнението на строителните работи съответства на обществения интерес.
- 57 Обикновеното упражняване на регулаторни правомощия в областта на градоустройството обаче, насочено към реализирането на обществения интерес, няма за предмет получаването на договорна престация, нито задоволяването на прекия икономически интерес на възлагащия орган, както се изисква от член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18.
- 58 Следователно на първия и втория въпрос трябва да се отговори, че понятието „обществени поръчки за строителство“ по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 не изисква строителните работи, представляващи предмет на поръчката, да се извършват материално или физически за възлагащия орган, доколкото те са извършени в прекия икономически интерес на този

орган. Упражняването от последния на регулаторни правомощия в областта на градоустройството не е достатъчно за изпълнението на последното условие.

По третия и четвъртия въпрос

- 59 С третия и четвъртия си въпрос, които следва да бъдат разгледани заедно, запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали понятието „обществени поръчки за строителство“ по член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 изисква изпълнителят на обществената поръчка да поеме пряко или непряко задължението да извърши строителните работи, предмет на поръчката, и изпълнението на това задължение да може да се търси по съдебен ред.
- 60 Както бе припомнено в точки 45 и 47 от настоящото решение, член 1, параграф 1, буква а) от Директива 2004/18 определя обществената поръчка за строителство като договор с определен паричен интерес. Това понятие почива на идеята, че изпълнителят се задължава да извърши престацията, предмет на договора, срещу определена насрещна престация. Следователно, като сключва обществена поръчка за строителство, изпълнителят се задължава да изпълни или да възложи изпълнението на строителните работи, предмет на тази поръчка.
- 61 Без значение е, че изпълнителят изпълнява строителните работи със собствени средства или като прибегва до подизпълнители (вж. в този смисъл Решение по дело *Ordine degli Architetti* и др., посочено по-горе, точка 90, както и Решение по дело *Aurooux* и др., посочено по-горе, точка 44).
- 62 Тъй като произтичащите от поръчката задължения са юридически обвързващи, тяхното изпълнение трябва да може да се иска по съдебен ред. При липсата на предвидена от правото на Съюза правна уредба и в съответствие с принципа на процесуална автономия условията и редът за изпълнение на тези задължения са оставени на националното право.

- 63 Следователно на третия и четвъртия въпрос следва да се отговори, че понятието „обществени поръчки за строителство“ по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 изисква изпълнителят да поеме пряко или непряко задължението да извърши строителните работи, предмет на поръчката, и изпълнението на това задължение да може да се иска по съдебен ред при условията и реда, установени от националното право.

По петия и шестия въпрос

- 64 С петия и шестия си въпрос, които следва да бъдат разгледани заедно, запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали „изискванията на възлагащия орган“ по смисъла на третата хипотеза, съдържаща се в член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18, могат да се състоят или в упражняването от възлагащия орган на правомощието му да гарантира, че подлежащият на изпълнение строеж е в обществен интерес, или в упражняването на признатото на възлагащия орган правомощие да проверява и одобрява строителни планове.
- 65 Тези въпроси произтичат от факта, че в главното производство предполагаемият възлагащ орган, а именно община Wildeshausen, не е изготвил спецификация на изискванията относно строеж, който трябва да бъде извършен на терена на казармата Wittekind. Съгласно текста на акта за преюдициално запитване посочената община се е ограничила до това да реши, че следва да разгледа представения от GSSI проект и да започне процедура за изготвянето на съответен застроителен план.
- 66 В рамките на посочената в член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 хипотеза обаче е предвидено, че обществените поръчки за строителство имат за предмет извършването на „строеж, отговарящ на изискванията на възлагащия орган“.

- 67 За да може да се приеме, че възлагащият орган е уточнил своите изисквания по смисъла на посочената разпоредба, необходимо е той да е взел мерки за определяне на характеристиките на строежа или поне да упражнява решаващо влияние върху проектирането му.
- 68 Обикновеният факт, че при упражняването на своите правомощия в областта на урбанистичното регулиране публичноправен орган разглежда някои строителни планове, които са му предоставени, или взема решение в изпълнение на правомощия в тази област, не отговаря на условието, свързано с „изискванията на възлагащия орган“ по смисъла на посочената разпоредба.
- 69 Следователно на петия и шестия въпрос следва да се отговори, че „изискванията на възлагащия орган“ по смисъла на третата хипотеза, съдържаща се в член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18, не могат да се състоят в обикновения факт, че публичноправен орган разглежда някои строителни планове, които са му представени, или взема решение при упражняването на своите правомощия в областта на урбанистичното регулиране.

По седмия въпрос

- 70 Със седмия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали концесията за строителство по смисъла на член 1, параграф 3 от Директива 2004/18 е изключена, когато единственият оператор, на който концесията може да бъде предоставена, вече е собственик на земята, върху която трябва да се строи, или когато концесията е предоставена за неограничен срок.
- 71 По смисъла на член 1, параграф 3 от Директива 2004/18 концесията за строителство е „договор от същия вид като обществените поръчки за строителство с

изключение на факта, че насрещната престация за строителството, което трябва да се извърши, се състои или единствено в право да се експлоатира строежът, или в това право заедно с плащане“.

72 За да може възлагащ орган да прехвърли на своя съдоговорител правото да експлоатира даден строеж по смисъла на тази разпоредба, е необходимо този възлагащ орган да може да се разпорежда с експлоатацията на въпросния строеж.

73 Обикновено не е такъв случаят, когато правото на експлоатация произтича единствено от правото на собственост на съответния оператор.

74 Всъщност собственикът на дадена земя има правото да я експлоатира при спазване на приложимите правни норми. Докато операторът разполага с правото да експлоатира земята, на която е собственик, по принцип е изключена възможността публичен орган да предостави концесия относно тази експлоатация.

75 Освен това следва да се посочи, че същността на концесията се състои във факта, че концесионерът носи сам основния или във всеки случай значителния икономически риск, свързан с експлоатацията (вж. в този смисъл относно концесиите на комунални услуги Решение от 10 септември 2009 г. по дело Eurawasser, C-206/08, Сборник, стр. I-8377, точки 59 и 77).

76 Комисията на Европейските общности поддържа, че този риск може да се състои в несигурността на предприемача относно това дали службата по териториално устройство на съответната административно-териториална единица ще одобри или не неговите планове.

- 77 Този довод не може да бъде приет.
- 78 В ситуация като посочената от Комисията рискът би бил свързан с регулаторните правомощия на възлагащия орган в областта на градоустройството, а не с произтичащото от концесията договорно отношение. Следователно рискът не би бил свързан с експлоатацията.
- 79 Във всички случаи, що се отнася до продължителността на концесиите, сериозни мотиви, сред които фигурира по-специално запазването на конкуренцията, навеждат на мисълта, че предоставянето на концесии за неограничен срок би било в противоречие с правния ред на Съюза, както отбелязва генералният адвокат в точки 96 и 97 от заключението си (вж. в същия смисъл Решение от 19 юни 2008 г. по дело *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Сборник, стр. I-4401, точка 73).
- 80 Следователно на седмия въпрос следва да се отговори, че при обстоятелства като тези по главното производство концесия за строителство по смисъла на член 1, параграф 3 от Директива 2004/18 е изключена.

По осмия и деветия въпрос

- 81 Поставените от запитващата юрисдикция осми и девети въпрос следва да бъдат разгледани заедно. С осмия си въпрос тази юрисдикция по същество иска да се установи дали разпоредбите на Директива 2004/18 се прилагат към ситуация, при която публичноправен орган продава земя на предприятие, докато друг публичноправен орган възнамерява да възложи поръчка за строителство върху тази земя, макар последният все още да не е взел формално решение да пристъпи към възлагането на тази поръчка. Деветият въпрос се отнася до възможността продажбата на земята и последващото възлагане на обществена поръчка за строителство върху тази земя да се разглеждат като едно цяло от правна гледна точка.

- 82 В това отношение е уместно да не се изключва изначално прилагането на Директива 2004/18 към процедура за възлагане в две фази, която се характеризира с продажбата на земя, която впоследствие ще бъде обект на поръчка за строителство, като тези операции се считат за едно цяло.
- 83 Обстоятелствата по главното производство обаче не потвърждават наличието на предпоставките за такова прилагане на посочената директива.
- 84 Както посочва френското правителство в своето писмено становище, страните по главното производство не са договорили правнообвързващи задължения.
- 85 Най-напред община Wildeshausen и GSSI не са поели задължения от подобно естество.
- 86 По-нататък GSSI не е поело никакъв ангажимент да реализира проекта за благоустрояване на закупената земя.
- 87 Накрая в нотариално заверените договори за продажба по никакъв начин не се указва предстоящото възлагане на обществена поръчка за строителство.
- 88 Посочените в преписката по делото намерения не представляват обвързващи задължения и по никакъв начин не могат да изпълнят условието за писмен договор, което се изисква от самото понятие за обществена поръчка, предвидено в член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18.

- ⁸⁹ Следователно на осмия и деветия въпрос следва да се отговори, че при обстоятелства като тези по главното производство разпоредбите на Директива 2004/18 не се прилагат към ситуация, при която публичноправен орган продава земя на предприятие, докато друг публичноправен орган възнамерява да възложи поръчка за строителство върху тази земя, макар последният все още да не е взел формално решение да пристъпи към възлагането на тази поръчка.

По съдебните разноски

- ⁹⁰ С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (трети състав) реши:

- 1) Понятието „обществени поръчки за строителство“ по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги не изисква строителните работи, представляващи предмет на поръчката, да се извършват материално или физически за възлагащия орган, доколкото те са извършени в прекия икономически интерес на този орган. Упражняването от последния на регулаторни правомощия в областта на градоустройството не е достатъчно за изпълнението на последното условие.
- 2) Понятието „обществени поръчки за строителство“ по смисъла на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18 изисква изпълнителят да поеме пряко или непряко задължението да извърши строителните работи,

предмет на поръчката, и изпълнението на това задължение да може да се иска по съдебен ред при условията и реда, установени от националното право.

- 3) „Изискванията на възлагащия орган“ по смисъла на третата хипотеза, съдържаща се в член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18, не могат да се състоят в обикновения факт, че публичноправен орган разглежда някои строителни планове, които са му представени, или взема решение при упражняването на своите правомощия в областта на урбанистичното регулиране.**
- 4) При обстоятелства като тези по главното производство концесия за строителство по смисъла на член 1, параграф 3 от Директива 2004/18 е изключена.**
- 5) При обстоятелства като тези по главното производство разпоредбите на Директива 2004/18 не се прилагат към ситуация, при която публичноправен орган продава земя на предприятие, докато друг публичноправен орган възнамерява да възложи поръчка за строителство върху тази земя, макар последният все още да не е взел формално решение да пристъпи към възлагането на тази поръчка.**

Подписи