



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

E. SHARPSTON

представено на 28 юни 2016 година¹

Дело C-292/15

Hörmann Reisen GmbH *Нсрещу*
Stadt Augsburg
Landkreis Augsburg

(Преюдициално запитване, отправено от Vergabekammer Südbayern (Комисия по обществени поръчки, Южна Бавария, Германия)

„Обществени поръчки — Обществени услуги за пътнически превоз с автобуси — Регламент (ЕО) № 1370/2007 — Член 4, параграф 7 — Подизпълнение — Изискване операторът на обществени услуги да извърши самостоятелно голяма част от обществените услуги за пътнически превоз — Обхват — Член 5, параграф 1 — Процедура за възлагане на обществена поръчка — Възлагане на обществената поръчка в съответствие с Директива 2004/18/ЕО“

1. Съгласно Директива 2004/18/ЕО² възлагащите органи могат да ограничават използването на подизпълнители от спечелилите оференти само при строго определени обстоятелства³. Това съответства на целта на правото на ЕС в областта на обществените поръчки за насърчване участието на малки и средни предприятия на пазара на обществените поръчки, което ще допринесе за отварянето на обществените поръчки за конкуренция. За сметка на това в Регламент (ЕО) № 1370/2007⁴, определящ начина, по който могат да действат компетентните органи, за да гарантират ефективното предоставяне на услуги за обществен пътнически превоз от общ интерес, законодателят на Съюза установява специфични правила относно подизпълнението. За да се гарантира най-доброто оползотворяване на обществените средства, Регламент № 1370/2007 допуска компетентните органи да решат дали тези услуги могат да бъдат възлагани на подизпълнители. Ако подизпълнението се допуска, Регламентът все пак изисква избраният оператор да извърши самостоятелно „голяма част“ от тези услуги (наричано по-нататък „изискването за самостоятелно изпълнение“). В производството по настоящото преюдициално запитване Съдът трябва първо да прецени дали тези специфични правила са

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — Директива 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). Релевантна за фактите по главното производство е редакцията на Директива 2004/18 след последното изменение с Регламент (ЕС) № 1336/2013 на Комисията от 13 декември 2013 г. (ОВ L 335, стр. 17). Директива 2004/18 е отменена и заменена, считано от 18 април 2016 г., с Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, стр. 65).

3 — За преглед на съдебната практика и основните принципи вж. заключението ми по дело Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, т. 29—43).

4 — Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2007 година относно обществените услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и за отмяна на регламенти (ЕИО) № 1191/69 и (ЕИО) № 1107/70 на Съвета (ОВ L 315, стр. 1). Регламент № 1370/2007 заменя Регламент (ЕИО) № 1191/69 на Съвета от 26 юни 1969 година относно действията на държавите членки по задължения, присъщи на концепцията за обществена услуга в железопътния, автомобилния и вътрешноводния транспорт (ОВ L 156, стр. 1). Както се потвърждава от съображение 6 от Регламент № 1370/2007, Регламент № 1191/69 не съдържа разпоредби относно възлагането на обществени поръчки за превозни услуги.

приложими за поръчка за предоставяне на обществени превозни услуги с автобусен транспорт, която съгласно Регламент № 1370/2007 трябва да бъде възложена в съответствие с Директива 2004/18. Запитващата юрисдикция иска също насоки относно обхвата на изискването за самостоятелно изпълнение по този регламент.

Правна уредба

Директива 2004/18

2. Директива 2004/18 координира процедурите за възлагане на обществени поръчки над определена стойност⁵. Целта ѝ е да се гарантира, че възлагането на обществени поръчки за сметка на държавата, регионалните или местни власти и други публичноправни субекти „се извършва при съблюдаване на [...] принципа на равнопоставеност, принципа на недискриминация, принципа на взаимно признаване, принципа на пропорционалност и принципа на прозрачност“. Тя цели също „поставянето на обществените поръчки на конкурентна основа“⁶. За да се насърчи участието на малки и средни предприятия на пазара на обществените поръчки, Директивата предвижда разпоредби за участие на подизпълнители⁷.

3. В член 1, параграф 2, буква а) „обществените поръчки“ се определят като „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 [Директива 2004/18]“. Съгласно член 1, параграф 2, буква г) „обществени поръчки за услуги“ са „обществени поръчки, различни от обществените поръчки за строителство или обществените поръчки за доставки, с обект предоставянето на услуги, посочени в приложение II“, като тук се включват и „услуги на сухопътния транспорт“⁸. В съответствие с член 1, параграф 4 „концесия за услуги“ е „договор от същия вид като обществена поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата или в това право заедно с плащане“.

4. Съгласно член 25, първа алинея (озаглавен „Подизпълнители“) „в документацията за поръчката възлагащият орган може да постави изискване или може да бъде задължен от държава членка да постави такова, оферентът да посочи в своята оферта дела от поръчката, който възнамерява да възложи на подизпълнители или на предложени подизпълнители“.

Регламент № 1370/2007

5. Съгласно съображение 9 от Регламент № 1370/2007, за да могат да организират своите обществени услуги за пътнически превоз, „така че най-добре да отговарят на потребностите на обществеността“, всички компетентни органи на държавите членки трябва „да могат свободно да избират своите оператори на обществени услуги, като отчитат интересите на малките и средни предприятия, съгласно предвидените в настоящия регламент условия“. В това съображение се посочва по-нататък, че „за да се гарантира прилагането на принципите на прозрачност, еднакво третиране на конкуриращите се оператори и пропорционалност, при

5 — Към момента на настъпване на фактите по делото Директива 2004/18 се прилага за поръчките за услуги като разглежданата в главното производство, чиято предвидена стойност е поне 207 000 EUR без ДДС (член 7, буква б), първо тире от Директива 2004/18).

6 — Съображение 2.

7 — Съображение 32.

8 — Приложение II А, категория 2.

предоставяне на компенсация или изключителни права е изключително важно в обществената поръчка за услуги между компетентния орган и избрания оператор на обществена услуга да се определят естеството на задълженията, свързани с обществената услуга, и договореното възнаграждение“.

6. Съображение 19 предвижда по-специално, че „възлагането на подизпълнители може да допринесе за по-ефективния обществен пътнически превоз и осигурява възможност за участието на други предприятия, освен оператора на обществена услуга, на когото е възложена обществена поръчка за услуги“. При все това „с оглед най-доброто оползотворяване на обществените средства, компетентните органи следва да могат да определят условията за възлагане на подизпълнители на техните обществени услуги за пътнически превоз, в частност на услугите, предоставяни от вътрешен оператор“.

7. Член 1, параграф 1 предвижда, че целта на Регламент № 1370/2007 е „да определи начина, по който, в съответствие с правилата на [правото на ЕС], могат да действат компетентните органи в сферата на обществения пътнически превоз, за да гарантират предоставянето на услуги от общ интерес, които, наред с другото, са по-многобройни, по-безопасни, по-висококачествени или на по-ниска цена спрямо тези, които биха били обусловени само от пазарните механизми“. За тази цел Регламентът „установява условията, при които компетентните органи, когато налагат или договарят задължения за обществени услуги, [трябва да] компенсират операторите на обществени услуги за направените разходи и/или [да] им предоставят изключителни права в замяна на изпълнението на задължения за обществени услуги“.

8. Съгласно член 1, параграф 2 Регламент № 1370/2007 се прилага „спрямо изпълнението на обществени услуги за пътнически превоз на национално и международно равнище чрез железопътен и други видове релсов транспорт и чрез автомобилен транспорт, с изключение на услуги, които се поддържат главно поради историческия интерес към тях или туристическото им значение“.

9. Член 2 съдържа следните определения:

„а) „обществен пътнически превоз“ означава услуги за превоз на пътници от общ икономически интерес, предоставяни на обществеността регулярно и на недискриминационна основа;

б) „компетентен орган“ означава който и да е обществен орган или група от обществени органи на държава членка или държави членки, които имат право да участват в обществения пътнически превоз в определен географски район или който и да е орган, на който е предоставено такова право;

[...]

и) „обществена поръчка за услуги“ означава един или повече правно-задължителни акта, потвърждаващи споразумението между компетентния орган и оператор на обществени услуги за възлагане на последния на управлението и предоставянето на обществени услуги за пътнически превоз при спазване на задълженията за извършване на обществена услуга[...].“

10. Член 3, параграф 1 предвижда, че когато компетентният орган реши да предостави на оператор по свой избор изключително право и/или компенсация от какъвто и да е характер в замяна на изпълнението на задължения за извършване на обществени услуги, той трябва да направи това в рамките на обществена поръчка за услуги.

11. Член 4, озаглавен „Задължително съдържание на обществени поръчки за услуги и общи правила“, предвижда по-специално:

„1. Обществените поръчки за услуги [...]:

[...]

б) установяват предварително, по обективен и прозрачен начин,

i) параметрите, въз основа на които се изчислява компенсацията, ако има такава, и

ii) естеството и обема на каквито и да било предоставени изключителни права,

така че да се предотврати свръхкомпенсиране. [...]

[...]

7. Тръжните документи и обществените поръчки за услуги показват по прозрачен начин дали, и ако да, до каква степен, се допуска подизпълнение. Ако се осъществява подизпълнение, операторът, на когото е възложено управлението и изпълнението на обществени услуги за пътнически превоз в съответствие с настоящия регламент, е длъжен да извърши самостоятелно голяма част от обществените услуги за пътнически превоз. Обществена поръчка за услуги, която включва едновременно планирането, структурирането и изпълнението на обществените услуги за пътнически превоз, може да позволи на оператора на тези услуги цялостно подизпълнение на същите. Обществената поръчка за услуги определя условията, приложими към дейностите по подизпълнение, в съответствие с националното [право] и [...] право[то на Съюза].“

12. Член 5 е озаглавен „Възлагане на обществени поръчки за услуги“ и параграф 1 от него гласи:

„Обществени поръчки за услуги се възлагат в съответствие с правилата, определени в настоящия регламент. При все това договори за извършване на услуги или обществени поръчки за услуги по смисъла на Директива 2004/17/ЕО или 2004/18/ЕО за обществени превозни услуги с трамваен или автобусен транспорт, се възлагат в съответствие с предвидените в тези директиви процедури тогава, когато не са под формата на договори за концесии за услуги по смисъла на тези директиви. Когато договорите се възлагат в съответствие с Директива 2004/17/ЕО или 2004/18/ЕО, разпоредбите на параграфи 2—6 от настоящия член не се прилагат“.

13. Член 5, параграфи 2—6 съдържа правила за възлагане на обществени поръчки за услуги, които се отклоняват от правото на ЕС в областта на обществените поръчки. Например, „освен ако националното право не забранява това, компетентните органи могат да решат да възложат пряко обществени поръчки за услуги в случаите, когато средната годишна стойност на тези поръчки се оценява на по-малко от 1 000 000 EUR или когато те се отнасят до предоставяне на услуги за пътнически превоз, възлизаци на по-малко от 300 000 километра годишно“⁹.

14. Член 8, параграф 2 установява преходен период за прилагане на член 5. Докато обществените поръчки за услуги в областта на железопътния и автомобилния транспорт се възлагат съгласно разпоредбите на член 5, считано от 3 декември 2019 г., от държавите членки се изисква през преходния период да предприемат мерки за постепенно привеждане в съответствие с тази разпоредба, с цел да се избегнат сериозни структурни проблеми¹⁰. Член 8,

9 — Член 5, параграф 4.

10 — Член 8, параграф 2, първа алинея.

параграф 2, втора алинея и член 8, параграфи 3 и 4 от Регламент № 1370/2007 съдържат допълнителни уточнения във връзка с това изискване за преходния период. От член 8, параграф 1, последно изречение обаче следва, че параграфи 2—4 от същия не се прилагат за посочените в член 5, параграф 1 поръчки за обществени превозни услуги с автобусен транспорт.

Фактическа обстановка, производство и преюдициални въпроси

15. На 7 март 2015 г. Stadt Augsburg (град Аугсбург) и Landkreis Augsburg (област Аугсбург) (по-нататък наричани заедно „възлагащите органи“) публикуват в *Официален вестник на Европейския съюз* обявление за възлагане на поръчка за обществени услуги за превоз на пътници с автобуси („маршрутен пакет Lech North“)¹¹. Съгласно това обявление за възлагане на поръчка оферентите могат да превъзлагат до 30 % от изпълнението на превозните услуги на подизпълнители (според изминатите километри).

16. Hörmann Reisen GmbH е малко или средно предприятие, установено в Германия и осъществяващо дейност в областта на общественя транспорт. За да може да участва успешно в процедурата за възлагане, то трябва да предвиди по-голямо участие на подизпълнители, отколкото е допустимо съгласно обявлението за поръчка.

17. Ето защо Hörmann Reisen обжалва ограничението на подизпълнението пред Vergabekammer Südbayern (Комисия по обществени поръчки, Южна Бавария, Германия). То твърди, че на основание член 5, параграф 1 от Регламент № 1370/2007 същият е неприложим за спора по главното производство и че ограничението на подизпълнението е несъвместимо с Директива 2004/18. Възлагащите органи от своя страна твърдят, че Регламент № 1370/2007 е приложим за спора по главното производство и че член 4, параграф 7 от посочения регламент допуска ограничение на подизпълнението, каквото те са предвидили. Наложено от тях изискване за самостоятелно изпълнение на поне 70 % от услугите било в съответствие със задължението на избрания оператор да извърши „голяма част“ от съответните обществени услуги за пътнически превоз.

18. Като смята, че разрешаването на отнесения до нея спор зависи от това кои разпоредби на Съюза са приложими за разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка, Vergabekammer Südbayern (Комисия по обществени поръчки, Южна Бавария) спира производството и поставя следните преюдициални въпроси:

- „а) По правило за процедура за възлагане на обществена поръчка по член 5, параграф 1 от [Регламент № 1370/2007] във връзка с [Директива 2004/18], съответно Директива 2014/24/ЕС, само разпоредбите на тези директиви ли се прилагат, така че разпоредбите на [Регламент № 1370/2007], които дерогират посочените директиви, да не следва да бъдат прилагани по отношение на тази процедура?
- б) В това отношение допустимостта на подизпълнението в контекста на [такава] процедура за възлагане на обществена поръчка [...] единствено в съответствие с развитите в практиката на Съда във връзка с [Директива 2004/18] правила и с разпоредбата на член 63, параграф 2 от [Директива 2014/24] ли се определя, или в отклонение от тези разпоредби в подобна процедура за възлагане възлагащият орган може съгласно член 4, параграф 7 от [Регламент № 1370/2007] да изисква от оферентите самостоятелно да извършат определена в проценти част от услугите (изчислена според километрите по разписание)?

11 — ОВ 2015/S 47-81632.

в) Ако за процедурата за възлагане на обществена поръчка по член 5, параграф 1 от [Регламент № 1370/2007] във връзка с [Директива 2004/18], съответно [Директива 2014/24], се прилага член 4, параграф 7 [...], има ли възлагащият орган свобода на преценка с оглед на съображение 19 от [този] Регламент [...] при определянето на частта от услугите, които оферентите трябва самостоятелно да извършат, така че изискването на възлагащия орган към оферентите за самостоятелно изпълнение на възлизаща на 70 % част от услугите, изчислена според километрите по разписание, да може да се приеме за обосновано?“.

19. Писмени становища са представени от Hörmann Reisen, възлагащите органи, както и от Европейската комисия. Не е поискано и не е проведено съдебно заседание.

Анализ

Предварителни бележки

20. Vergabekammer Südbayern (Комисия по обществени поръчки, Южна Бавария) е „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС и следователно има право да отправя преюдициални запитвания до Съда¹².

21. В писмените си становища възлагащите органи и Комисията се позовават както на Директива 2004/18, така и на Директива 2004/17/ЕО¹³. Директива 2004/17, която обичайно е наричана „секторната директива“¹⁴, би била приложима за случай като разглеждания в главното производство само ако самите възлагащи органи предоставят транспортни услуги по смисъла на член 5 от същата директива¹⁵. Съдът обаче не разполага с достатъчно информация, за да прецени дали това условие е изпълнено, и дори да е изпълнено, дали с оглед на фактите по делото член 5, параграф 2 от Директива 2004/17 изключва приложението на същата¹⁶. Освен това Директива 2004/17 не се споменава в преюдициалните въпроси. Ето защо няма да се спирам на тази директива по-подробно в последващия си анализ.

22. При това запитващата юрисдикция иска насоки от Съда относно член 4, параграф 7 и член 5, параграф 1 от Регламент № 1370/2007 във връзка с Директива 2004/18 или Директива 2014/24. Съгласно постоянната съдебна практика обаче по принцип е приложима директивата, която е в сила към момента, в който възлагащият орган избира вида на процедурата, която ще проведе, и решава окончателно дали ще отправи предварителна покана за участие в състезателна процедура с оглед на възлагане на обществена поръчка. За сметка на това е неприложима директивата, чийто срок за транспониране е изтекъл след този момент¹⁷. Така Съдът неотдавна е постановил, че ако Директива 2014/24 бъде приложена, преди да е изтекъл срокът за транспонирането ѝ, държавите членки, както и възлагащите органи и икономическите

12 — Вж. в този смисъл решение от 18 септември 2014 г., Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, т. 20—23).

13 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на 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 в ОВ L 182, 2008 г., стр. 169).

14 — Вж. например решение от 10 април 2008 г., Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, т. 26).

15 — Става въпрос за „предоставянето или експлоатирането на мрежи, които обслужват обществеността в областта на железопътния транспорт, автоматизирани транспортни системи, трамвайния, тролейбусния, автобусния транспорт или въжени линии“ (член 5, параграф 1 от Директива 2004/17).

16 — От член 5, параграф 2 от Директива 2004/17 във връзка с член 2, параграф 4 от Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 199, стр. 84), следва, че предоставянето на обществени автобусни транспортни услуги е изключено от обхвата на Директива 2004/17, когато други образувания могат да предоставят тези услуги, по принцип или в конкретна географска област, при същите условия както възложителите.

17 — Вж. като най-неотдавнашен пример решение от 7 април 2016 г., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, т. 83 и цитираната съдебна практика).

оператори не биха разполагали с достатъчно време за приспособяване към въведените с тази директива нови разпоредби¹⁸. Това важи с особена сила за възлагането на подизпълнители: по този въпрос член 63, параграф 2 от Директива 2014/24 въвежда съществена промяна в сравнение с член 25 от Директива 2004/18¹⁹. В случая по главното производство обявлението за поръчката е публикувано на 7 март 2015 г., т.е. повече от година преди изтичане на срока за транспониране на Директива 2014/24. Оттук следва, че Директива 2014/24 е неприложима *ratione temporis* към спора по главното производство и затова ще разгледам поставените от запитващата юрисдикция въпроси само от гледна точка на Регламент № 1370/2007 и Директива 2004/18.

23. Запитващата юрисдикция не предоставя никаква информация за стойността на разглежданата обществена поръчка за услуги. Съгласно публикуваното обявление за поръчка в *Официален вестник на Европейския съюз* обаче поръчката се отнася до услуги за пътнически превоз с автобусен транспорт, изчислени приблизително на 639 000 километра²⁰. Според мен Комисията вероятно е права, че стойността на поръчката надвишава прага, над който се прилага Директива 2004/18²¹. Това обаче в крайна сметка трябва да се провери от запитващата юрисдикция.

24. С първия и втория въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали за обществените превозни услуги с автобусен транспорт, до които се отнася разглежданата обществена поръчка за услуги, се прилагат специфичните правила относно подизпълнението по член 4, параграф 7 от Регламент № 1370/2007, макар тази поръчка да трябва се възложи в съответствие с Директива 2004/18. Поради това ще разгледам тези въпроси заедно. Третият въпрос се различава от тях, тъй като се отнася до обхвата на изискването за самостоятелно изпълнение по член 4, параграф 7, второ изречение. Поради това ще разгледам този въпрос отделно.

Първи и втори въпрос: Предвидените в член 4, параграф 7 от Регламент № 1370/2007 специфични правила относно подизпълнението прилагат ли се за поръчка за обществени превозни услуги с трамваен или автобусен транспорт?

25. Безспорно е, че разглежданата в главното производство поръчка се отнася до обществени услуги за пътнически превоз чрез автомобилен транспорт по смисъла на член 1, параграф 2 от Регламент № 1370/2007. Безспорно е също така, че тази поръчка се отнася до „обществени превозни услуги с автобусен транспорт“ по смисъла на член 5, параграф 1 от този регламент.

26. Препращането в член 5, параграф 1 към предвидените в директивите за обществените поръчки процедури за възлагане изключва концесиите за услуги, както са определени в тези директиви²². Съдът в други свои решения вече е заключил от тези определяния, че *поръчката за услуги* предполага насрещна престация, която се изплаща пряко от възлагащия орган на доставчика на услуги, докато в случая на *концесия за услуги* насрещната престация за предоставянето на услуги се състои в правото (или само по себе си, или придружено с плащане) да се експлоатира услугата²³. В настоящия случай от публикуваното в *Официален вестник на*

18 — Решение от 7 април 2016 г., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, т. 86).

19 — Член 63, параграф 2 от Директива 2014/24 разрешава на възлагащите органи да изискват определени „операции от критично значение“ да бъдат извършвани пряко от самия оферент или, когато офертата е подадена от група от икономически оператори, от участник в тази група. Следователно, за разлика от член 25 от Директива 2004/18, той изрично допуска да бъдат налагани ограничения за използването на подизпълнител. Вж. заключението ми по дело Wrocław — Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, т. 39).

20 — Раздел II, точка 2.1. В обявлението за обществена поръчка е предвидена също възможността (по избор) за възлагане на обществена поръчка, обхващаща приблизително 834 500 километра.

21 — Вж. бележка под линия 5 от настоящото заключение.

22 — Вж. член 1, параграф 4 от Директива 2004/18. Член 1, параграф 3, буква б) от Директива 2004/17 съдържа подобно определение.

23 — Вж. по-специално решение от 10 ноември 2011 г., Norma-A и Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, т. 41).

Европейския съюз обявление за поръчка става ясно, че спечелилият оферент ще получава месечна парична престация от възлагащите органи²⁴. Въпреки че в крайна сметка запитващата юрисдикция трябва да провери този въпрос, според мен по-нататък Съдът следва да основава анализа си на предположението, че поръчката *не* е концесия за услуги по смисъла на Директива 2004/18.

27. От гореизложеното следва, че съгласно член 5, параграф 1 от Регламент № 1370/2007 разглежданата поръчка трябва да бъде възложена в съответствие с Директива 2004/18, а не в съответствие със специфичните правила за възлагане по член 5, параграфи 2—6 от този регламент или преходните разпоредби по член 8, параграфи 2—4 от него²⁵.

28. Означава ли това, че специфичните правила относно подизпълнението в член 4, параграф 7 от Регламент № 1370/2007 не се прилагат за тази поръчка?

29. Отговорът на този въпрос изисква по-подробен анализ на член 5, параграф 1 от Регламент № 1370/2007. Съгласно постоянната съдебна практика за тълкуването на разпоредба от правото на Съюза трябва да се взема предвид не само нейният текст, но и контекстът ѝ и целите на правната уредба, от която тя е част²⁶.

30. Що се отнася, първо, до текста на член 5, параграф 1, в първото изречение от тази разпоредба се посочва, че поръчките за обществени превозни услуги се възлагат „в съответствие с правилата, определени в [Регламент № 1370/2007]“.

31. С второто изречение се дерогира правилото в първото изречение, що се отнася до обществените превозни услуги с трамваен или автобусен транспорт, които не са под формата на договори за концесии за услуги, а в третото изречение се уточнява обхватът на тази дерогация: когато договорът се възлага в съответствие с Директива 2004/17 или Директива 2004/18, „разпоредбите на параграфи 2—6 от [член 5] не се прилагат“. Следователно дерогацията във второто изречение на член 5, параграф 1 се отнася изключително до специфичните правила за процедурите за възлагане на поръчки по тези параграфи. Третото изречение не би имало смисъл, ако целта на законодателя бе да изключи поръчките за предоставяне на обществени превозни услуги с трамваен или автобусен транспорт, които са различни от договорите за концесии, от обхвата на *останалите* разпоредби на Регламент № 1370/2007, включително и на правилата относно подизпълнението по член 4, параграф 7. Следователно в случай като този по главното производство член 4, параграф 7 е *lex specialis* спрямо приложимите съгласно Директива 2004/18 правила относно подизпълнението.

32. Противно на твърденията на Hörmann Reisen, горното тълкуване не е в противоречие с употребения в член 4, параграф 7 израз „операторът, на когото е възложено управлението и изпълнението на обществени услуги за пътнически превоз *в съответствие с [Регламент № 1370/2007]*“²⁷. Целта на член 5, параграф 1 *не* е по общ начин да изключи обществените превозни услуги с трамваен или автобусен транспорт от приложното поле на този регламент, а да установи много по-ограничена дерогация. Следователно Регламент № 1370/2007 урежда възлагането на такива превозни услуги на оператори на обществени услуги²⁸, като се прилага единствено тази ограничена дерогация.

24 — Раздел III, точка 1.2 от обявлението за поръчка.

25 — Член 8, параграф 1, последно изречение от Регламент № 1370/2007: вж. точка 14 от настоящото заключение.

26 — Вж. по-специално решения от 17 ноември 1983 г., Merck (292/82, EU:C:1983:335, т. 12) и от 17 март 2016 г., Liffers (C-99/15, EU:C:2016:173, т. 14 и цитираната съдебна практика).

27 — Курсивът е мой.

28 — Член 1, параграф 2.

33. Контекстът, в който член 5, параграф 1 се вписва, също е в подкрепа на това тълкуване. Дерогацията за обществени превозни услуги с трамваен или автобусен транспорт е предвидена в разпоредба, уреждаща „[в]ъзлагане[то] на обществени поръчки за услуги“. По този начин в Регламент № 1370/2007 се прави ясно разграничение между този въпрос и по-специално, въпроса за „[з]адължително[то] съдържание на обществени поръчки за услуги и общи правила“, уреден в член 4.

34. Освен това изводът, до който стигнах, съответства на приложното поле на Регламент № 1370/2007, определено в член 1, параграф 2. Въпросната разпоредба предвижда по-специално, че Регламентът се прилага „спрямо изпълнението на обществени услуги за пътнически превоз на национално и международно равнище [...] чрез автомобилен транспорт [...]“. Тази формулировка, тълкувана във връзка с член 5, параграф 1, трето изречение, ясно потвърждава, че волята на законодателя действително не е била да изключи по общ начин от приложното поле на Регламент № 1370/2007 поръчките за обществени превозни услуги с автобусен транспорт, които не са договори за концесии за услуги.

35. Накрая, това тълкуване допринася за постигане на целта на Регламента да се даде възможност на компетентните органи да гарантират предоставянето на услуги от общ интерес — каквито са разглежданите в главното производство обществени превозни услуги с автобусен транспорт — които са по-многобройни, по-безопасни, по-висококачествени или на по-ниска цена в сравнение с тези, които биха били обусловени само от пазарните механизми²⁹.

36. Както се посочва в съображение 9 от Регламент № 1370/2007, преследването на тази цел предполага, че компетентните органи могат свободно да избират своите оператори на обществени услуги, като отчитат интересите на малките и средни предприятия, съгласно предвидените в настоящия регламент условия. Така, макар законодателят на Съюза да признава, че възлагането на подизпълнители може да допринесе за по-ефективния пътнически превоз, той признава също, че с оглед на най-доброто оползотворяване на обществените средства компетентните органи „следва да могат да определят условията за възлагане на подизпълнители на техните обществени услуги за пътнически превоз“. Поради това член 4, параграф 7 от Регламент № 1370/2007 дава на компетентните органи гъвкавост да преценят дали в зависимост от конкретните обстоятелства възлагането на подизпълнители може да допринесе за най-ефективното предоставяне на услуги за пътнически превоз от общ интерес³⁰.

37. Според мен текстът на Регламента не дава основания да се счита, че волята на законодателя на Съюза е била да не предоставя на компетентните органи същата тази гъвкавост в случаите, в които сключват договори за предоставяне на обществени превозни услуги с автобусен транспорт, които не са под формата на договори за концесии за услуги.

38. Поради това стигам до извода, че член 5, параграф 1 от Регламент № 1370/2007 трябва да се тълкува в смисъл, че за обществена поръчка за превозни услуги с автобусен транспорт като разглежданата в главното производство, която не е под формата на договор за концесия за услуги по смисъла на Директива 2004/18 и трябва да бъде възложена в съответствие с тази директива, се прилага Регламент № 1370/2007, с изключение на правилата относно възлагането на обществени поръчки за услуги по член 5, параграфи 2—6 от същия. Следователно за такава поръчка се прилагат специфичните правила относно подизпълнението, установени в член 4, параграф 7 от Регламент № 1370/2007.

29 — Член 1, параграф 1, първа алинея.

30 — Член 4, параграф 7, второ изречение обаче ограничава тази гъвкавост, като изисква избраният оператор да извърши самостоятелно „голяма част“ от обществените услуги за пътнически превоз. Вж. точки 39—47 от настоящото заключение.

Трети въпрос: Какъв е обхватът на изискването за самостоятелно изпълнение по член 4, параграф 7, второ изречение от Регламент № 1370/2007?

39. В член 4, параграф 7 са предвидени три общи изисквания относно подизпълнението. Първо, компетентните органи трябва да укажат „по прозрачен начин“ дали и ако да, до каква степен, се допуска подизпълнение. Второ, ако се осъществява подизпълнение, спечелилият оферент все пак е длъжен да извърши самостоятелно „голяма част“ от обществените услуги за пътнически превоз, възложени му в съответствие с Регламент № 1370/2007. Трето, в договора за обществената поръчка за услуги се определят условията, приложими за дейностите по подизпълнение. С третия си въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали изискването за самостоятелно изпълнение по член 4, параграф 7, второ изречение представлява само минимално изискване и дали поради това компетентните органи разполагат с широко дискреционно правомощие да ограничат допълнително подизпълнението.

40. Изразът „голяма част“ е неточен. Той безспорно оставя известна свобода на действие на компетентните органи. Тук следва да отбележа, че да се изисква от избрания оператор да предостави *голяма* част от обществените услуги за пътнически превоз, не е същото като да се изисква от него да предостави *по-голямата* част от тях³¹. По тази причина не тълкувам член 4, параграф 7, второ изречение в смисъл, че изисква избраният оператор да извърши самостоятелно „поне 50 %“ от съответните услуги. Това тълкуване изглежда се потвърждава от текста на член 4, параграф 7 на други езици³².

41. Hörmann Reisen твърди по същество, че изискването в член 4, параграф 7 установява *горна граница* за частта самостоятелно изпълнение, която компетентните органи могат да наложат. Както се посочва в съображение 19, възлагането на подизпълнители може да допринесе за по-ефективните обществени услуги за пътнически транспорт. Следователно компетентните органи не можели да налагат изискване за самостоятелно изпълнение на част, която е *повече* от „голяма част“ от въпросните услуги — като например да изискват самостоятелно изпълнение на „повечето от“ услугите или на „преобладаващата част от“ тях. Поради това Hörmann Reisen стига до извода, че разглежданото в главното производство минимално изискване за самостоятелно изпълнение (70 %) е несъвместимо с член 4, параграф 7, второ изречение, ако разпоредбата е приложима за това производство.

42. Не съм съгласна. От текста на член 4, параграф 7 и от целта и историята на приемането на тази разпоредба следва, че във второто изречение на тази разпоредба е установено само минимално изискване за самостоятелно изпълнение.

43. Първо, изискването по член 4, параграф 7, второ изречение трябва да се тълкува във връзка с установения в първото изречение принцип, че тръжните документи и обществените поръчки за услуги показват дали се допуска подизпълнение („considered“ в текста на английски език) *и ако да, до каква степен*. Това изречение предполага, че компетентните органи разполагат с широко дискреционно правомощие да ограничават подизпълнението.

31 — Последната формулировка е използвана в член 5, параграф 2, буква д) от Регламент № 1370/2007. Тази разпоредба се отнася обаче до предоставянето на обществени услуги за пътнически превоз от „вътрешен оператор“ и следователно изглежда не е релевантна за главното производство.

32 — Вж. например текста на немски („einen bedeutenden Teil“), испански („una parte importante“), френски („une partie importante“), италиански („una parte importante“), нидерландски („een aanzienlijk deel“) и шведски език („en stor del“).

44. Нещо повече, член 4, параграф 7, трето изречение предвижда, че възлагащият орган „може да позволи на оператора на тези услуги цялостно подизпълнение“ за поръчка, „която включва едновременно планирането, структурирането и изпълнението на обществените услуги за пътнически превоз“³³. Тъй като третото изречение е изключение от правилото във второто изречение, от формулировката му по-скоро следва да се направи извод, че в последното е установено само минимално изискване.

45. Освен това, да не се допуска компетентните органи да изискват от избраните оператори на обществени услуги да извършат самостоятелно по-голямата част или всички обществени услуги за пътнически превоз, би било в противоречие с целта на законодателя на Съюза да гарантира гъвкавост на тези органи с оглед на най-доброто оползотворяване на обществените средства при организиране на техните обществени услуги за пътнически превоз³⁴. Това би могло трудно да се обоснове и с оглед на (безспорното) право на компетентните органи да изключват всички форми на подизпълнение (това право ясно произтича от употребения в член 4, параграф 7, първо изречение израз „показват [...] дали [...] се допуска подизпълнение“).

46. Накрая, възприетото от мен тълкуване се потвърждава от историята на приемането на Регламент № 1370/2007. Член 4, параграф 7, второ изречение е предвиден вследствие на изменение, въведено от Европейския парламент на второ четене в рамките на процедурата³⁵. Комисията по транспорт и туризъм на Европейския парламент изтъква следната обосновка: „ако всички изпитвания, свързани с наличието на превозни средства и персонал са поверени на подизпълнители, които на свой ред могат да превъзложат част от работата, съществува опасност да бъдат засегнати неблагоприятно съществуващите социални норми и стандарти за качество. Единственият начин за противодействие е, в случай че се предвижда подизпълнение, да се изиска от дружеството, на което е възложена обществената поръчка за услуги, да извърши самостоятелно по-голямата част от обществените услуги за пътнически превоз [...]“³⁶. Според мен е очевидно, че обявление за поръчка, изискващо избраният оператор на обществена услуга да предостави самостоятелно повече от „голяма част“ от обществените услуги за пътнически превоз, или всъщност всички услуги, не може да възпрепятства постигането на тази цел.

47. С оглед на посоченото по-горе стигам до извода, че в случай като разглеждания в главното производство възлагащият орган не е нарушил изискването по член 4, параграф 7, второ изречение от Регламент № 1370/2007, ако в обявлението за поръчка е посочил, че спечелилият оферент няма да има право да възлага на подизпълнители повече от 30 % от възложените му с договора за поръчка обществени превозни услуги с автобусен транспорт (изчислени според изминатите километри).

33 — Бих искала да отбележа, че в акта за преюдициално запитване (или всъщност в предоставените на Съда материали) няма данни, че разглежданата поръчка за обществени превозни услуги действително отговаря на това определение.

34 — Вж. точки 35 и 36 от настоящото заключение.

35 — Законодателна резолюция на Европейския парламент от 10 май 2007 г. по общата позиция на Съвета за приемане на регламент на Европейския парламент и на Съвета относно обществените поръчки за услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и отменяща Регламенти (ЕИО) № 1191/69 и № 1107/70 на Съвета, 13736/1/2006 — С6-0042/2007 — 2000/0212(COD) (ОВ С76 Е, 2008 г., стр. 92).

36 — Препоръка на Комисията по транспорт и туризъм от 4 април 2007 г. по общата позиция на Съвета за приемане на регламент на Европейския парламент и на Съвета относно обществените поръчки за услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и отменяща Регламенти (ЕИО) № 1191/69 и № 1170/70 на Съвета, 13736/1/2006 — С6-0042/2007 — 2000/0212(COD), изменение 21. Макар в член 4, параграф 7 да се използва изразът „голяма част от“ вместо „по-голямата част от“, тази разлика във формулировката не променя становището ми, изразено в последното изречение на точка 46.

Заклучение

48. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Vergabekammer Südbayern (Комисия по обществени поръчки, Южна Бавария) въпроси по следния начин:

- „1) Член 5, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 1370/2007 на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2007 година относно обществените услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и за отмяна на регламенти (ЕИО) № 1191/69 и (ЕИО) № 1107/70 на Съвета следва да се тълкува в смисъл, че за обществена поръчка за превозни услуги с автобусен транспорт като разглежданата в главното производство, която не е под формата на договор за концесия за услуги 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 и която трябва да бъде възложена в съответствие с тази директива, се прилага Регламент № 1370/2007, с изключение на правилата относно възлагането на обществени поръчки за услуги по член 5, параграфи 2—6 от същия. Следователно за такава поръчка се прилагат специфичните правила относно подизпълнението, установени в член 4, параграф 7 от Регламент № 1370/2007.
- 2) От член 4, параграф 7, второ изречение от Регламент № 1370/2007 следва, че в случай като разглеждания в главното производство компетентният орган може да посочи в обявлението за поръчка, че спечелилият оферент няма да има право да възлага на подизпълнители повече от 30 % от възложените му с договора за поръчка обществени превозни услуги с автобусен транспорт (изчислени в изминати километри)“.