



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 27 април 2017 година¹

Дело C-567/15

**UAB „LitSpecMet“
срещу
UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas
встъпила страна:
UAB „Plienmetas“**

(Преюдициално запитване, отправено от Vilniaus apygardos teismas (Районен съд Вилнюс, Литва))

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки за строителство, доставки и услуги — Директива 2004/18/ЕО — Обществени поръчки в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и далекосъобщителните услуги — Директива 2004/17/ЕО — Понятието „възлагащ орган“ — Дружество, чийто капитал се притежава от държавата посредством друго държавно дружество — Изключение in house“

1. Настоящото преюдициално запитване предоставя на Съда възможността да обогати практиката си в областта на процедурите за възлагане обществени поръчки. По-специално за пореден път той следва да поясни понятието „възлагащ орган“ по смисъла на Директива 2004/17/ЕО² и на Директива 2004/18/ЕО³.

2. Въпросите на запитващата юрисдикция са възникнали в рамките на жалба — на акционерно дружество⁴, изцяло притежавано от държавното железопътно предприятие на Литва⁵ (чието качество на възлагащ орган не се оспорва) и което доставя на посоченото предприятие определени стоки и услуги — срещу процедура за възлагане на обществена поръчка, към която не са приложени тези директиви. Независимо от връзката си с дружеството майка дъщерното дружество оспорва качеството си на „публична организация“ по смисъла на директивите за възлагане на обществени поръчки, тъй като не е било създадено „със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер“.

¹ Език на оригиналния текст: испански.

² Директива 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, 2004 г., 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).

³ Директива 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, 2004 г., 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).

⁴ UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas (наричано по-нататък „VLRD“).

⁵ AB Lietuvos Geležinkeliai (наричано по-нататък „LG“).

3. Първоначално спорът е бил съсредоточен върху характера на осъществяваната от VLRD дейност с цел да се установи дали същата има за *непосредствен* предмет задоволяването на нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер. В производството пред Съда спорът се пренася и върху обстоятелството дали, като продава стоки и услуги на предприятие, което задоволява такива нужди (LG), VLRD *индиректно* също ги задоволява и следователно може да се причисли към категорията на възлагащите органи по смисъла на посочените директиви.

I. Правна уредба

A. Право на Съюза

1. Директива 2004/17

4. Член 2 предвижда:

„1. За целите на настоящата директива:

а) „Възлагащи органи“ са държавата, регионалните или местните органи, публичноправните организации или асоциации от един или няколко такива органи или една или няколко публичноправни организации. „Публичноправна организация“ е всяка организация:

- създадена със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер,
- която има правосубектност и е
- финансирана в по-голямата част от държавата, регионалните или местните органи или други публичноправни организации; или е обект на управленски контрол от последните; или има административен, управителен или надзорен орган, повече от половината членове на който са назначени от държавата, регионалните или местните органи или от други публичноправни организации;

[...]

2. Настоящата директива се прилага към възложителите, които:

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

[...]“.

5. Член 5 предвижда:

„1. Настоящата директива се прилага към дейности, свързани с предоставянето или експлоатирането на мрежи, които обслужват обществеността в областта на железопътния транспорт, автоматизирани транспортни системи, трамвайния, тролейбусния, автобусния транспорт или въжени линии.

По отношение на транспортните услуги се счита, че съществува мрежа, когато услугата се предоставя при оперативни условия, установени от компетентен орган на държава членка, като условията относно обслужваните маршрути, капацитета, който следва да е наличен или честотата на услугата.

2. Настоящата директива не се прилага за образувания, които предоставят обществени автобусни транспортни услуги, които са изключени от приложното поле на Директива 93/38/ЕИО⁶ съгласно член 2, параграф 4 от нея“.

2. Директива 2014/18

6. Съгласно член 1, параграф 9:

„Възлагащи органи“ са държавата, регионалните или местни органи, публичноправни органи или асоциации от един или няколко такива органи или от една или няколко публичноправни организации.

„Публичноправна организация“ е всяка организация:

- а) създадена със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер;
- б) която има правосубектност и е
- в) финансирана в по-голямата част от държавата, регионалните или местните органи или други публичноправни организации; или е обект на управленски контрол от последните; или има административен, управителен или надзорен орган, повече от половината членове на който са назначени от държавата, регионалните или местните органи или от други публичноправни организации“

Неизчерпателни списъци на публичноправните организации и категориите публичноправни организации, които удовлетворяват критериите по букви а), б) и в) от втора алинея, са включени в приложение III. Държавите-членки периодично уведомяват Комисията за всички промени в своите списъци на организации и категории организации“.

3. Директива 2014/24/ЕС⁷

7. Съображение 10 гласи:

„Понятието „възлагащи органи“, и по-специално „публичноправни организации“, е многократно разглеждано в съдебната практика на Съда на Европейския съюз. За да се поясни, че обхватът на настоящата директива по отношение на лицата (*ratione personae*) следва да остане непроменен, е целесъобразно да се запазят определенията, въз основа на които Съдът се е произнесъл, и да се включат някои пояснения от съдебната практика като средство за разбиране на самите определения, без да се цели изменение на разбирането на понятието, разработено в съдебната практика. За целта следва да се поясни, че организация, която действа

⁶ Директива на Съвета от 14 юни 1993 година за съгласуване на процедурите за възлагане на обществени поръчки в секторите водоснабдяване, енергетика, транспорт и телекомуникации (ОВ L 199, 1993 г., стр. 84).

⁷ Директива 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, 2014 г., стр. 65 и поправка в ОВ L 275, 2015 г., стр. 68).

в нормални пазарни условия, стреми се да реализира печалба и понася загубите в резултат от извършването на дейността си, не следва да се счита за „публичноправна организация“, тъй като нуждите от общ икономически интерес, за задоволяването на които е създадена или има задача да задоволява, имат промишлен или търговски характер.

По сходен начин в съдебната практика се разглежда и условието, свързано с източника на финансиране на съответната организация, като наред с другото се пояснява, че финансиране „в по-голямата част“ означава повече от половината и че такова финансиране може да включва плащания от ползватели, които се налагат, изчисляват и събират съгласно нормите на публичното право“.

8. В член 2, параграф 1, точка 4, се съдържа определение за публичноправна организация, което е сходно на предвиденото в член 1, параграф 9 от Директива 2004/18.

9. Член 12, параграф 1 предвижда:

„Обществена поръчка, която се възлага от възлагащ орган на частноправно или публичноправно юридическо лице, попада извън обхвата на настоящата директива, когато са изпълнени всички условия по-долу:

- а) възлагащият орган упражнява върху съответното юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена;
- б) повече от 80 % от дейността на контролираното юридическо лице се извършва при изпълнението на задачи, възложени му от контролиращия възлагащ орган или от други юридически лица, контролирани от същия възлагащ орган; и
- в) в контролираното юридическо лице няма пряко частно капиталово участие, с изключение на форми на частно капиталово участие, които не са свързани с контролни или блокиращи правомощия, които се изискват от разпоредби на националното законодателство в съответствие с Договорите и които не оказват решаващо влияние върху контролираното юридическо лице.

За възлагащ орган се счита, че упражнява върху едно юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена по смисъла на първа алинея, буква а), когато има решаващо влияние както върху стратегическите цели, така и върху значимите решения на контролираното юридическо лице. Такъв контрол може да бъде упражняван и от друго юридическо лице, което на свой ред е контролирано по същия начин от възлагащия орган“.

2. Национално право

10. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Закон на република Литва за обществените поръчки, наричан по-нататък „LPP“) транспонира Директива 2004/18 в литовското право.

11. Член 4 предвижда:

„1. Възлагащи органи са:

- 1) държавните или местни органи;
- 2) публично- или частноправни юридически лица, които отговарят на условията, предвидени в параграф 2 на настоящия член;

- 3) асоциации на органите, посочени в първа алинея и/или на публично- или частноправни юридически лица, посочени във втора алинея на настоящия параграф;
 - 4) възлагащите предприятия, които извършват дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта или пощенските услуги, посочени в член 70, параграф 1, точки 2—4 от настоящия закон;
2. Публично- или частноправно юридическо лице (различно от държавните или местни органи), създадено със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер, и което отговаря на поне едно от следните условия:
- 1) повече от 50 % от дейността му се финансира от държавния или общински бюджет или със средства от други държавни или общински фондове, или със средства от други публично- или частноправни юридически лица, посочени в настоящия параграф;
 - 2) се контролира (управлява) от държавата или от местни органи, или от други публично- или частноправни юридически лица, посочени в настоящия параграф;
 - 3) повече от половината от членовете на управителния съвет, надзорния съвет или съвета на директорите са назначени от държавни или местни органи или от публично- или частноправни юридически лица, посочени в настоящия параграф.

[...]“.

12. Член 10, параграф 5, предвижда:

„Разпоредбите на настоящия закон не се прилагат в случаите, когато възлагащ орган сключва договор с юридически самостоятелен субект, върху който упражнява контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена и органи, е негов изключителен собственик (или спрямо който упражнява правата и задълженията на държавата или на местен орган като едноличен собственик) и най-малко 90 % от оборота на контролирания субект за предходната финансова година (или за периода от датата на създаването му, ако същият е започнал да осъществява дейността си преди изтичането на една финансова година) произтича от дейности, предназначени да задоволят нуждите на възлагащия орган или да му позволят да изпълнява своите функции. Ако са налице условията по настоящия параграф, процедура за възлагане на обществена поръчка може да се проведе само след получаване на разрешение от органа по обществени поръчки [...]“.

II. Факти

13. VLRD е учредено през 2003 г. като дъщерно дружество на държавното железопътно предприятие LG при реструктурирането на последното, което притежава изцяло капитала му.

14. Предметът на дейност на VLRD са производството и поддръжката на локомотиви и вагони. За периода, който е от значение за спора, поръчките от страна на LG съставляват почти 90 % от оборота на VLRD.

15. През 2013 г. VLRD обявява опростена открита процедура за възлагане на обществена поръчка за доставката на пръти от черни метали (наричана по-нататък „процедура за възлагане на обществена поръчка“). В тръжните спецификации е посочено, че тази процедура ще се проведе в съответствие с Временните правила за обществените поръчки на VLRD.

16. UAB LitSpecMet (наричано по-нататък „LitSpecMet“) прави оферта за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка и печели същата за част от доставките.

17. Въпреки това LitSpecMet иска отмяната на процедурата за възлагане на обществена поръчка и откриването на нова процедура в съответствие с LPP. Посоченото дружество твърди, от една страна, че VLRD е създадено, за да задоволява нуждите на LG, което се финансира от държавния бюджет и изпълнява задача за предоставяне на обществена услуга, от друга страна, че условията, при които VLRD извършва доставките и продажбите за дружеството майка, не отговарят на нормалните конкурентни условия. Според LitSpecMet от всичко това следва, че дейността на VLRD е предназначена да задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер, както и че следователно в случая става въпрос за възлагащ орган, който се подчинява на правилата за обществените поръчки.

18. Претенциите на LitSpecMet са отхвърлени от Vilniaus apygardos teismas (Районен съд Вилнюс, Литва) с решение от 2 юни 2014 г., потвърдено от Lietuvos apeliacinis teismas (Апелативен съд, Литва) с решение от 25 септември 2014 г.

19. И двете съдебни инстанции приемат, че съгласно член 4, параграф 2 от LPP, за да бъде дадено публично- или частноправно юридическо лице считано за възлагащ орган, не е достатъчно да се докаже, че то е свързано с или контролирано от публично предприятие. Необходимо е също така да се установи, че дейността на юридическото лице цели обслужването на обществени интереси, които нямат търговски или промишлен характер, на което условие VLRD не отговаря, тъй като това дружество е създадено, за да осъществява търговска дейност и да реализира печалба на собствен риск.

20. С решение от 27 май 2015 г. гражданското отделение на Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Върховен съд, Литва) отменя решението на апелативния съд. Според него никоя от двете инстанции не е преценила правилно обстоятелствата, при които е учредено VLRD, особеното естество на неговата дейност и отношенията му с дружеството майка.

21. Делото е върнато на Lietuvos apeliacinis teismas (Апелативен съд, Литва), който с решение от 14 юли 2015 г. отменя решението на Vilniaus apygardos teismas (Районен съд Вилнюс) от 2 юни 2014 г. и връща делото за ново разглеждане на тази юрисдикция, която отправя преюдициалното запитване до Съда.

III. Преюдициалните въпроси

22. Съдържанието на преюдициалното запитване, постъпило в Секретариата на Съда на 9 ноември 2015 г., е следното:

„Трябва ли член 1, параграф 9 от Директива 2004/18/ЕО да се тълкува в смисъл, че дружество:

- което е учредено от възлагащ орган, осъществяващ дейност в областта на железопътния транспорт, а именно управление на обществена железопътна инфраструктура, пътнически и товарни превози,
- което самостоятелно осъществява стопанска дейност, определя стопанска стратегия, приема решения относно условията за дейността на дружеството (продуктов пазар, потребителски сегмент и т.н.), участва на конкурентен пазар в рамките на целия Европейски съюз и извън пазара на ЕС, като предоставя услуги за производство и ремонт на подвижен състав, и участва в процедури за възлагане на обществени поръчки, свързани с тази дейност, с цел получаване на поръчки от трети лица (различни от дружеството майка),

- което предоставя услуги за ремонт на подвижен състав на своя учредител въз основа на вътрешни сделки, като стойността на тези услуги представлява 90 % от цялата дейност на дружеството,
- чиито услуги, предоставени на неговия учредител, имат за цел да обезпечат дейността на учредителя в областта на пътническите и товарни превози,

не трябва да се счита за възлагащ орган?

Ако Съдът на Европейския съюз приеме, че при горепосочените обстоятелства дружеството следва да се счита за възлагащ орган, трябва ли член 1, параграф 9 от Директива 2004/18/ЕО да се тълкува в смисъл, че дружеството престава да се счита за възлагащ орган, когато стойността на услугите за ремонт на подвижен състав, предоставени въз основа на вътрешни сделки на възлагащия орган, учредител на дружеството, намалее и представлява по-малко от 90 % или не е основна част от общия финансов оборот от дейността на дружеството?⁸.

IV. Производството пред Съда и становища на страните

23. Писмени становища представят LitSpecMet, VLRD, литовското и португалското правителство, както и Комисията, които, заедно с германското правителство, се явяват и на съдебното заседание, проведено на 9 февруари 2017 г.

24. Според LitSpecMet осъществяваната от VLRD дейност по поддръжка е в обществен интерес, доколкото позволява на LG да гарантира предоставянето на обществената услуга, която му е възложена — управление на железопътната инфраструктура и осигуряване на пътнически превози. Според него тази дейност няма промишлен или търговски характер, тъй като LG е единственото предприятие, което я осъществява на територията на Литва, което му позволява да се ръководи от причини, които не са чисто икономически. Да се приеме, че VLRD не е длъжно да спазва правилата в областта на обществените поръчки, би означавало да се даде на възлагащ орган (LG) възможността да заобиколи тези правила просто като създаде дъщерно дружество (VLRD), предназначено да извършва вътрешни дейности.

25. Ето защо LitSpecMet счита, че VLRD е възлагащ орган по смисъла на член 1, параграф 9 от Директива 2004/18, независимо какъв е обемът на вътрешните сделки на това дружество с дружеството майка. Посочва, че при условията на евентуалност VLRD би могло да бъде определено като възлагащ орган по смисъла на член 2, параграф 1, буква а) от Директива 2004/17, която на практика е приложима в случая, с оглед на осъществяваната от LG дейност и съгласно тълкуването на членове 3—7 от тази директива, дадено в решение на Съда от 10 април 2008 г., Ing. Aigner⁸.

26. VLRD твърди, че не е учредено с цел да изпълнява конкретна задача от обществен интерес в полза на всички граждани, а допълва търговската дейност по превоз на пътници на LG. Според него извършването на вътрешни сделки с LG — възлагащ орган по смисъла на член 2, параграф 1 от Директива 2004/17 — не означава, че то също представлява възлагащ орган.

⁸ Дело C-393/06, EU:C:2008:213.

27. Литовското правителство се позовава на решение от 15 януари 1998 г., Mannesmann Anlagenbau Austria и др.⁹, в което Съдът е възприел „теорията на заразяването“, приемайки, че за възлагащ орган трябва да признае и субект, който осъществява дейност, която само отчасти задоволява нужди от обществен интерес, без промишлен или търговски характер. Въпреки това според литовското правителство „теорията на заразяването“ не се прилага вертикално и естеството на извършваната от дадено дружество дейност не зависи от обстоятелството, че същото е учредено от възлагащ орган, за който то извършва вътрешни дейности.

28. Според германското правителство, което възприема функционален подход, съществуващите обстоятелства дават достатъчно основания да се приеме, че VLRD извършва дейност от обществен интерес, тъй като, макар да не участва пряко в осъществяваната от LG транспортна дейност, то изпълнява задача, която е тясно свързана с нея, какъвто е случаят с производството на локомотиви. Що се отнася до търговския характер на дейността на VLRD, от решаващо значение за германското правителство е това дали същата се осъществява на конкурентен пазар, което не е така в случая, тъй като 90 % от сделките се осъществяват с LG, поради което VLRD не носи реален стопански риск. В крайна сметка германското правителство твърди, че дъщерното дружество на възлагащ орган също има това качество, когато неговата дейност има за цел да задоволи нуждите от обществен интерес, на които отговаря дейността на дружеството майка. Освен това, с оглед на предвиденото в Директива 2014/24 (която, макар и да не приложима *ratione temporis*, може да послужи за ориентир), дъщерното дружество не е възлагащ орган тогава, когато обемът на сделките му с дружеството майка не надхвърля 80 %.

29. Португалското правителство припомня, че макар целта на учредяването на VLRD явно е свързана с обществения интерес, неговата дейност има промишлен и търговски характер, тъй като това дружество поема изцяло рисковете, свързани с осъществяването ѝ. Съгласно практиката на Съда, изведена от решение от 16 октомври 2003 г., Комисия/Испания¹⁰ и възприета в съображение 10 от Директива 2014/24, VLRD не би трябвало да се счита за възлагащ орган.

30. Комисията отбелязва, че в разглеждания случай трябва да се вземе предвид само Директива 2004/18, доколкото VLRD доставя стоки и услуги на литовското железопътно предприятие, а обстоятелството, че дейността на последното (LG) попада в приложното поле на Директива 2004/17, е без значение.

31. Според Комисията Директива 2004/18 е неприложима спрямо VLRD, доколкото дружеството не е „публичноправна организация“ по смисъла на член 1, параграф 9 от тази директива, тъй като е създадено за конкретните нужди на LG, което го превръща в негов вътрешен доставчик, а не за нужди от обществен интерес. Според нея е без значение фактът, че LG има за цел задоволяването на нужди от обществен интерес и че с тази цел то е използвало VLRD, тъй като определящото в случая е, че единствената цел на дейността на VLRD е да задоволява конкретните интереси на дружеството майка.

32. Следователно Комисията поставя под въпрос обстоятелството, че VLRD е създадено специално, за да задоволява нужди от обществен интерес, като посочва, че само националната юрисдикция е в състояние да прецени всички обстоятелства по делото и да се произнесе дали нестопанската цел, преследвана с учредяването на VLRD, няма превес над търговската среда, в която дружеството осъществява дейността си.

⁹ Дело C-44/96, EU:C:1998:4.

¹⁰ Дело C-283/00, EU:C:2000:544.

V. Анализ

1. Предварителни бележки

33. Както запитващата юрисдикция, така и повечето от встъпилите в преюдициалното производство страни приемат за безспорно, че приложима в случая е Директива 2004/18. LitSpecMet обаче твърди, макар и само при условията на евентуалност, че в действителност приложима е Директива 2004/17 (известна като „Секторната директива“ в областта на обществените поръчки).

34. Всъщност, доколкото както член 2, параграф 1, буква а) от Директива 2004/17, така и член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18 съдържат идентично определение на понятието „публичноправна организация“¹¹, на въпросите на Vilniaus apygardos teismas (Районен съд Вилюс) може да се отговори, без още в самото начало да се отхвърля приложимостта на едната или другата директива.

35. На следващо място е необходимо да се отбележи, че макар от акта за преюдициално запитване да не става ясна стойността на спорната обществена поръчка, представителят на VLRD потвърждава в хода на съдебното заседание, че същата възлиза на 600 000 EUR или 700 000 EUR и при това положение надхвърля изискуемият праг за прилагането на разпоредбите на правото на Съюза в тази област. Запитващата юрисдикция има задачата да установи това обстоятелство¹².

36. На трето и последно място, отговорът на Съда задължително трябва да отчита данните, които запитващата юрисдикция е предоставила във връзка с фактическите обстоятелства относно VLRD. Възможно е обаче тази данни да не съвпадат напълно с фактите, които, съгласно постановеното от Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Върховен съд, Литва) решение от 27 май 2015 г., първоинстанционният съд е длъжен да провери, след като делото му бъде върнато за ново разглеждане¹³.

2. По първия преюдициален въпрос

1. Относно прякото (или непряко) задоволяване на нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер

37. Няма спор между страните, че VLRD отговаря на две от трите условия, необходими за квалифицирането му като „публичноправна организация“ (и следователно като „възлагащ орган“) по смисъла на член 2, параграф 1, буква а) от Директива 2004/17 и член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18.

38. Всъщност VLRD отговаря на второто и третото от трите кумулативни условия¹⁴: то притежава самостоятелна правосубектност и е безспорно, че друг публичноправен орган (LG) участва в неговото финансиране, контрол върху управлението или в състава на неговите административен, управителен или надзорен орган.

11 Решение от 10 април 2008 г., Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, т. 35).

12 Решение от 11 декември 2014 г., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ и др. (C-113/13, EU:C:2014:2440 т. 43).

13 Това обстоятелство се изтъква от литовското правителство в точка 7, in fine от писменото му становище, където се твърди, че от преписката не става ясно дали запитващата юрисдикция е взела предвид „относимите обстоятелства“, указани от Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Върховен съд, Литва) при връщането на делото за ново разглеждане.

14 Наред с други, решение на Съда от 12 септември 2013 г., IVD (C-526/11, EU:C:2013:543, т. 19).

39. При все това страните спорят относно условието VLRD да е „създаден[о] със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер“.

40. Писмените становища на страните са съсредоточени върху преценката на това дали дейността на VLRD сама по себе си задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер, като в по-голямата част от тях се твърди, че това не е така. В хода на съдебното заседание, по искане на Съда, спорът е пренесен върху обстоятелството дали VLRD задоволява непряко такива нужди, доколкото доставя стоки или предоставя услуги на публичноправен орган, какъвто е LG, който задоволява нужди от обществен интерес. Становищата на страните по този въпрос съвпадат по същество с тези, изложени от тях в подкрепа на твърдението за евентуалния обществен интерес от дейността на VLRD.

41. Съгласно предоставената от запитващата юрисдикция информация LG е държавно дружество, което експлоатира мрежа за железопътен транспорт. Както вече посочих, няма съмнение, че това дружество е възлагащ орган по смисъла на Директива 2004/17¹⁵. VLRD от своя страна осъществява дейност по производство и поддръжка на локомотиви и подвижен състав, с други думи, такава дейност, която, макар и тясно свързана с железопътния транспорт, не се състои в „предоставянето или експлоатирането на мрежи за публични услуги в областта на железопътния транспорт“, тоест определената в член 5, параграф 1 от Директива 2004/17.

42. LitSpecMet твърди, че при всички положения VLRD играе съществена роля при „предоставянето или експлоатирането“ на литовската железопътна транспортна мрежа, поради което също допринася за задоволяване на нуждите от обществен интерес, които LG обслужва. Според него не може да не се отчете обстоятелството, че съгласно член 5, параграф 1 от Директива 2001/14/ЕО¹⁶ железопътните предприятия имат право на така наречения „минимал[ен] пакет достъп, а също и на релсов достъп до обслужващите съоръжения“, описани в приложение II към тази директива, в точка 2, буква з) от което са посочени „съоръжения за поддръжка и други технически съоръжения“. От това следва, че „при липсата на надеждни алтернативи при пазарни условия“ VLRD е „дължно да предоставя услуги по поддръжката на подвижния състав на [...] LG, като се абстрахира от какъвто и да било търговски интерес“¹⁷.

43. Не съм съгласен с това твърдение на LitSpecMet, тъй като Директива 2001/14 не включва в „пакета за достъп“ услугите по поддръжка, а само съоръженията, в които тези услуги трябва да се предоставят. Ето защо, ако VLRD задоволява непосредствено и пряко някаква нужда от обществен интерес, то това не е тази, която се обезпечава с дейността, изрично посочена в член 5 от същата директива.

44. Следователно, за да се установи дали VLRD задоволява нуждите от обществен интерес (без промишлен или търговски характер), присъщи на обществените поръчки за строителство, доставки и услуги, следва анализът да се фокусира върху тълкуването на Директива 2004/18.

15 LG е посочено като възлагащ орган в приложение IV (Възложители в областта на железопътните услуги) към Решение 2008/963/ЕО на Комисията от 9 декември 2008 година за изменение на приложенията към директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно процедурите за възлагане на обществени поръчки по отношение на списъците на възложителите и възлагащите органи (ОВ L 349, 2008 г., стр. 1). Същото приложение обхваща, без да са поименно изброени, „[А]руги субекти, отговарящи на изискванията на член 70, параграфи 1 и 2 от Закона за обществените поръчки в Република Литва (Žin., 1996, № 84-2000 и 2006, № 4-102) и извършващи дейност в областта на железопътните услуги съгласно Кодекса за железопътния транспорт на Република Литва (Žin., 2004, № 72-2489)“.

16 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2001 година за разпределяне капацитета на железопътната инфраструктура и събиране на такси за ползване на железопътна инфраструктура и за сертифициране за безопасност (ОВ L 75, 2001 г., стр. 34; Специално издание на български език, 2007 г., глава 7, том 8 стр. 66).

17 Точка 33 от писменото становище на LitSpecMet.

45. Първо, трябва да се установи дали в случая се задоволяват нужди от обществен интерес; ако на този въпрос се отговори положително, следващата стъпка е да се прецени дали техният търговски или промишлен характер преобладава над всеки друг.

46. От тази гледна точка не ми се струва самото производство и ремонт на подвижен състав в железопътния сектор само по себе си да има за цел задоволяването на нужди, които са тясно свързани с институционалното функциониране на държавата¹⁸, с предоставянето и развитието на условията за социално благополучие, осигуряването на които е отговорност на държавата¹⁹ или други подобни цели.

47. Наистина би могло да се приеме, както посочва германското правителство, че като предоставя на дружеството майка стоки и услуги, които позволяват на същото да посрещне собствените си нужди — които несъмнено са от обществен интерес — VLRD непряко също служи на целта за задоволяването на същия интерес като LG.

48. Този подход към проблема обаче среща някои трудности, най-малкото в общ план.

49. Всъщност поначало е трудно да се определи кога една икономическа дейност има за предмет задоволяването на нужди от обществен интерес (израз, който сам по себе си е неопределен и многозначен), а още по-трудно би било да се прецени до каква степен обвързаността на една дейност, която поначало е частна и с търговски характер, с дейности, които са конкретно свързани с обществения интерес, придава на първата дейност характера на последните. Последниците от подобно приравняване не са незначителни: както литовското правителство посочва в хода на съдебното заседание, частен оператор би могъл да се превърне — вероятно без да го съзнава — в изпълнител на дейности от обществен интерес поради обстоятелството, че е необходим сътрудник на даден възлагащ орган.

50. Степента на свързаност и взаимозависимост на всички икономически дейности — публични и частни — е толкова значителна в съвременната пазарна икономика, че би било трудно да се ограничи тенденцията за разширяване на „задоволяване[то] на нужди от обществен интерес“, ако се приеме, че това понятие обхваща и частните дейности, необходими, *в някаква степен*, за задоволяването на тези нужди. Така би възникнал трудно разрешимият въпрос да се определи в каква *степен* това отношение на необходимост е релевантно във всеки отделен случай.

51. Ето защо, дори хипотетично да се приеме, че извършваната от VLRD дейност има за предмет задоволяването на нужди от обществен интерес, това не би било достатъчно, за да се направи изводът, че VLRD е „публичноправна организация“ по смисъла на Директива 2004/18. Причината е, че не е достатъчно да се задоволяват нужди от обществен интерес, а същите трябва да нямат промишлен или търговски характер. Съгласно практиката на Съда, за да бъдат определени като такива, необходимо е задоволяването на тези нужди да се извършва при условия, които не следват пазарната логика.

¹⁸ Решение на Съда от 15 януари 1998 г., Mannesmann Anlagenbau Austria и др. (C-44/96, EU:C:1998:4, т. 24).

¹⁹ В практиката на Съда списъкът на този вид нужди е много голям. В него се включват например от осигуряването на отопление по екологично съобразен начин (решение от 10 април 2008 г., Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, т. 39) до насърчаване на установяването на частни предприятия на определена територия (решение от 22 май 2003 г., Korhonen и др., C-18/01, EU:C:2003:300, т. 48).

52. Съгласно постановеното от Съда в решение от 22 май 2003 г., Korhonen и др. става въпрос за това „да се изключи едновременно опасността да бъдат предпочетени национални оференти или кандидати при възлаганията на поръчки от възлагащите органи и възможността структура, финансирана или контролирана от държавата, регионални или местни органи или други публичноправни организации, да допусне да се ръководи от съображения, които не са икономически“²⁰.

53. Изхождайки от тези предпоставки, предприятието, което възнамерява да управлява този вид нужди (които не трябва да се бъркат с тези, които не могат да бъдат задоволявани от частни предприятия²¹), би могло лесно да изпадне в тази опасност, ако не следва пазарната логика, тоест ако действа извън правилата на свободната конкуренция. Тъкмо обратното, ако това предприятие извършва дейност под конкурентния натиск на други участници на пазара²², е по-малко вероятно то да изпадне в посочената опасност, тъй като следването на поведение, което се ръководи от неикономически съображения, в крайна сметка би го изключило от пазара.

54. С други думи, за да се разсеят съмненията, от значение е не толкова общественият характер на нуждата, която следва да бъде задоволена, колкото условията, при които това трябва да бъде направено. Следователно при тълкуването на израза „нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер“, задължително трябва да се провери при какви условия се извършва тяхното задоволяване.

55. Това следва, повтарям, от обстоятелството, че целта на директивите за обществените поръчки е да се гарантира пазарната конкуренция, както и да не се допусне нейното изопачаване или нарушаване, причинени от участниците, които действат извън логиката на свободната търговия. Ето защо от решаващо значение вече е не дали, като доставя стоки и предоставя услуги на LG, VLRD само по себе си задоволява нужди от обществен интерес или дали то прави това непряко, а дали — в която и да било от двете хипотези — то действа при същите условия като тези на неговите евентуални частни конкуренти, с други думи, без да се насърчава да предоставя необосновани предимства на националните производители.

56. Както посочва запитващата юрисдикция, за целта трябва да се вземат предвид различни правни и фактически елементи, сред които Съдът например се е позовал на обстоятелствата към момента на създаването на съответната организация²³, както и на фактори като „липсата на намерение за реализиране на печалба като основна цел, непоемането на рисковете, свързани с упражняването на дейността, както и евентуалното публично финансиране на съответната дейност“²⁴.

57. Според мен само запитващата юрисдикция е в състояние да прецени дали, с оглед на всички относими правни и фактически обстоятелства, VLRD задоволява нужда от обществен интерес, която няма промишлен или търговски характер. Въпреки че от формулировката на преюдициалния въпрос би могло да се направи извода²⁵, че Vilniaus apygardos teismas (Районен

20 Дело C-18/01, EU:C:2003:300, т. 52, където са цитирани, по-конкретно, решения от 3 октомври 2000 г., University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, т. 17), от 12 декември 2002 г., Universale-Bau и др. (C-470/99, EU:C:2002:746, т. 52) и от 27 февруари 2003 г., Adolf Truley (C-373/00, EU:C:2003:110, т. 4). В същия смисъл вж. решение от 13 декември 2007 г., Bayerischer Rundfunk и др. (C-337/06, EU:C:2007:786, т. 36).

21 Решение от 10 април 2008 г., Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, т. 40).

22 Съгласно решение от 22 май 2003 г., Korhonen и др. (C-18/01 EU:C:2003:300, т. 49) „наличието на подобна конкуренция може да представлява белег за това, че дадена нужда от обществен интерес е с промишлен или търговски характер“.

23 Вж., освен други, решение от 16 октомври 2003 г., Комисия/Испания (C-283/00, EU:C:2000:544, т. 81).

24 Вж. отново решение от 22 май 2003 г., Korhonen и др. (C-18/01 EU:C:2003:300, т. 59).

25 Запитващата юрисдикция посочва във второ тире на преюдициалния въпрос, че VLRD „самостоятелно осъществява стопанска дейност, определя стопанска стратегия, приема решения *относно* условията за дейността на дружеството [...], участва на конкурентен пазар в рамките на целия Европейски съюз и извън пазара на ЕС, [...] и участва в процедури за възлагане на обществени поръчки, свързани с тази дейност, с цел получаване на поръчки от трети лица (различни от дружеството майка)“ (курсивът е мой).

съд Вилнюс) явно застъпва първоначалната си позиция — потвърдена от апелативния съд, но отхвърлена от литовския Върховен съд — истината е, че актът за преюдициалното запитване на практика се ограничава да изложи спора между страните и мотивите на трите постановени до момента решения по делото, но не съдържа самостоятелен анализ на „относимите обстоятелства“²⁶ на спора, които позволяват да се даде категоричен отговор.

58. При това положение Съдът би трябвало само да укаже на запитващата юрисдикция да обърне специално внимание на други фактори, освен подчиняването на VLRD на пазарните условия²⁷, на неговото евентуално предимно публично финансиране, на целта му да реализира печалба и това, че то поема рисковете (и загубите), произтичащи от дейността му — обстоятелства, за които същата юрисдикция не е предоставила достатъчно данни и които не могат да бъдат игнорирани при определянето на характера на дейността на това дружество.

59. Въпреки това данните по преписката и изявленията в хода на съдебното заседание позволяват да се направи изводът, че основната част (90 % за разглеждания период) от дейността на VLRD се извършва в икономическа среда, която се характеризира преимуществено с доставки на влакове за LG, тоест извън пазарните условия. LG се снабдява с железопътен състав, доставян му от дъщерното дружество, без да използва процедури за възлагане на обществените поръчки, които биха увеличили конкурентния натиск върху VLRD. Следователно последното дружество може да се ползва от условия, различни от пазарните, при сигурността (или липсата на риск), че няма нужда да полага допълнителни усилия, за да получи поръчки, които LG при всички положения му гарантира.

2. Относно задоволяването на нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер, в случаите на вътрешно възлагане на обществени поръчки

60. От изложеното следва, че VLRD може да се квалифицира като възлагащ орган в горепосочения смисъл. Поставеният въпрос обаче може да бъде разгледан и от друга перспектива. Оставяйки за момент настрана характера на дейностите, осъществявани от VLRD и LG, заслужава внимание отношението между двете дружества, за да се прецени дали първото от тях представлява изпълнителна структура (или собствено средство) на второто, което може да се ползва от т.нар. изключение in house. Ето защо, след като разгледахме проблема от *гледна точка на дейността*, предлагам да го разгледаме от *гледна точка на структурата*.

61. В тази връзка са от значение две точки от акта за преюдициално запитване на Vilniaus apygardos teismas (Районен съд Вилнюс). Първата е точка 23, където се посочва, че „около 90 процента от приходите на дъщерното дружество [VLRD] идват от дружеството майка [LG] по сделки между двете юридически лица“, от което следва, че „дейностите на ответника [VLRD] и на дружеството, което го контролира [LG], са тясно свързани“.

62. Това обстоятелство е било решаващо за отмяната на решението на апелативния съд от Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Върховен съд, Литва). Съгласно същата точка от акта за преюдициалното запитване посоченият факт е бил достатъчен, за да „не може да се отхвърли като неоснователно твърдението на ищеца [LitSpecMet], че учредяването на VLRD, което става след преобразуването на [LG], на практика не е довело до създаването на качествено нови правни и икономически връзки между самостоятелни икономически оператори, а по-скоро е изменило формата на организация на дейността на последното дружество“²⁸.

26 Вж. в този смисъл становището на италианското правителство, което посочвам в точка 13 от настоящото заключение.

27 В точка 24 от описанието на „установените фактически и процесуални елементи“ в акта за преюдициално запитване се посочва, че „тези [вътрешни] сделки [между LG и VLRD] [...] доказват не само горепосочените тесни икономически връзки между споменатите предприятия, но вероятно и факта, че VLRD не осъществява дейността си основно в условията на свободен пазар“ (курсивът е мой).

28 Курсивът е мой.

63. Втората точка от акта за преюдициалното запитване, която следва да се посочи, е двадесет и пета, според която „в периода 2011—2014 г. [VLRD] е сключвал около 15 вътрешни сделки годишно с [LG]“, като се добавя, че това са сделки, „които според практиката на Съда не следва да се определят като обществени поръчки“²⁹.
64. Споменаването в акта за преюдициално запитване на режима на договарянето in house, не остава незабелязано от страните в преюдициалното производство. По-конкретно, Комисията посочва³⁰, че VLRD е вътрешен доставчик на LG и че следователно сключените между тях сделки не се подчиняват на правилата за провеждане на процедури за обществени поръчки, а се вписват в т.нар. изключение in house³¹.
65. Литовското правителство също се позовава на режима in house в писменото си становище³², като изтъква изрично член 12, параграф 1 от Директива 2014/24³³. Германското правителство от своя страна се позовава на този режим в устното си становище.
66. Накрая, в хода на съдебното заседание на въпроса относно предназначението на стоките, предмет на спорната обществена поръчка, процесуалният представител на VLRD отговаря, че същите са предназначени за производството на [подвижен] състав, чиято доставка му е била възложена от LG в рамките на техните in house отношения.
67. Както Съдът нееднократно е постановявал, изключението in house „е оправдано по съображението, че публичен орган, който е възлагащ орган, може да изпълнява възложените му задачи от обществен интерес със свои собствени административни, технически и други средства, без да е длъжен да прибегва до други субекти, които не са част от неговите служби, и че това изключение може да обхваща и случаите, при които съдоговорителят е юридически отделен субект спрямо възлагащия орган, стига последният да упражнява върху изпълнителя аналогичен контрол на упражнявания върху собствените му служби и субектът да извършва основната част от дейността си с възлагащия орган или възлагащите органи, който или които го притежава(т)“, в които случаи може да се приеме, че „възлагащият орган използва собствените си средства“³⁴.
68. Така трябва да приемем, че създаването на VLRD като изпълнително средство на LG — независимо че формално е учреден отделен субект (на практика става въпрос за две различни от правна гледна точка дружества) — е довело, от функционална гледна точка, до утвърждаване на описаното положение. В крайна сметка по този начин е направен опит да се реорганизира дейността на литовското държавно железопътно предприятие³⁵.

29 По-нататък в акта за преюдициално запитване се цитират различни решения на Съда, в които е приложено изключението in house: от 18 ноември 1999 г. (C-107/98, EU:C:1999:562) и от 11 януари 2005 г., Stadt Halle и RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).

30 Точки 21 и 22 от писменото ѝ становище.

31 Това се потвърждавало от данните, предоставени от *Kanapinskas, V., Plytnikas, Z. et Tvaronavičienė, A.* In-house procurement exception: Threat for sustainable procedure of public procurement? — *Journal of Security and Sustainability Issues* ([http://dx.doi.org/10.9770/jssi.2014.4.2\(4\)](http://dx.doi.org/10.9770/jssi.2014.4.2(4))), съгласно които през 2011 г. на VLRD се падат 39,2 % от всички договори, възложени от LG при режим in house; този процент през 2013 г. е достигнал 74 %.

32 Точки 31—36.

33 Директива 2014/24 и по-конкретно член 12, параграф 1, който се основава на практиката на Съда в тази област (от която обаче се отклонява в някои съществени аспекти), не е приложима *ratione temporis* към спора по главното производство.

34 Решение от 8 май 2014 г., *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:303, т. 25 и цитираната съдебна практика). От по-новата съдебна практика, решение от 8 декември 2016 г., *Undis Servizi* (C-553/15, EU:C:2016:935, т. 30).

35 Самата запитваща юрисдикция приема, че целта на учредяването на VLRD е да се реорганизира дейностите на LG (т. 26 от акта за преюдициално запитване).

69. „Изключението in house“ придобива съществено значение при функционалното разглеждане на двете организации³⁶. Допускането на това изключение, с присъщото освобождаване от правилата на директивите за обществените поръчки, съответства на организационния избор на публичните органи, които възлагат на своите изпълнителни структури (в случаите, когато упражняват върху тях контрол, идентичен на този, който упражняват върху собствените си структурни звена) изпълнението на определени задачи, без да прибегват до обществени поръчки, за да получат строителство, услуги или доставки.

70. От функционална гледна точка при режима in house възлагащият орган не сключва договор с друга организация, а на практика — със самия себе си, с оглед на връзката му с формално отделната организация. Всъщност в случая не става дума за възлагане на договор, а за обикновена поръчка или задача, която не може да бъде отказана от другата „страна“ независимо от формата, под която същата се представя.

71. Липсата на истинско отношение между два различни субекта е основание съответният възлагащ орган да се освободи от задължението за провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки в случаите, когато използва собствени средства за изпълнение на възложените му задачи, с други думи, когато се ползва от предприятия, които, макар да имат самостоятелна правосубектност, са от *материална гледна точка* част от този орган. Процедурите за възлагане на обществени поръчки имат смисъл единствено в отношенията между две отделни и независими организации, тъй като с тях се цели именно създаването на необходимото (двустранно) правоотношение между тези организации за сключване на възмезден договор³⁷ при условия на равнопоставеност, а не на зависимост и йерархическа подчиненост.

72. Ето защо е логично, в рамките на строго определените в практиката на Съда граници, от уредените в директивите формалистични процедури за възлагане на обществени поръчки да бъдат извадени икономическите отношения между даден възлагащ орган и подчинената му организация, която служи като негова обикновена изпълнителна структура и е подчинена на същия контрол като този, който той упражнява върху (останалите) си служби. Освен това няма смисъл процедурите за възлагане на обществени поръчки да бъдат превръщани в способ за вътрешна организация на дейността на даден орган, който да се прилага в случаите, когато този орган реши да се ползва изключително от собствените си средства.

73. Ето защо, изхождайки от принципа на материална идентичност, който стои в основата на изключението in house, считам, че ако това правило е могло да се приложи към сделките между LG и VLRD при изложените в акта за преюдициално запитване обстоятелства, това е така, защото двете дружества отговарят на критериите, установени в практиката на Съда, на които се позовах по-горе (понастоящем изведени в член 12, параграф 1 от Директива 2014/24) — преценката за което, в крайна сметка, трябва да се извърши от запитващата юрисдикция.

74. Според Комисията фактът, че VLRD е вътрешен доставчик на LG, сам по себе си не го превръща във възлагащ орган, въпреки че тя не излага подробни мотиви в подкрепа на това твърдение³⁸. Всъщност би могло да се приеме като цяло, че подчинените in house организации имат качеството на „публичноправна организация“ по смисъла на Директива 2004/18 и Директива 2004/17 единствено в случаите, когато сами по себе си отговарят на трите горепосочени кумулативни условия.

36 Най-общо по въпроса вж. *Sánchez Graells*, A. Public procurement and the competition rules, 2. ed., Hart, Oxford, 2015, p. 265—272.

37 На възмездния характер, като отличителна черта на договорите, които Директива 2004/18 регламентира, Съдът се позовава в решение от 8 септември 2016 г., *Politanò* (C-225/15, EU:C:2016:645, т. 29—31).

38 Точка 23 от писменото становище на Комисията.

75. Това твърдение обаче трябва веднага да бъде уточнено, като се направи разграничение между „*страничните*“ от „*основните*“ дейности на изпълнителните структури, даващи основание за прилагане на изключението *in house*. Що се отнася до първите³⁹, считам, че няма пречка да се приеме становището на Комисията, тъй при тях предприятието участва на пазара и може да се конкурира, при условията на равнопоставеност, с останалите икономически оператори на пазара.

76. Считам, че не така стои въпросът с „основните“ задачи на подчиненото предприятие, които възлагащият орган му е доверил или възложил при режима *in house*. Ако, за да ги изпълни, това предприятие (в случая VLRD) трябва на свой ред да си осигури стоки, услуги или доставки от трети лица, на стойност, която надхвърля хармонизирания праг за възлагане, директивите за обществените поръчки ще бъдат приложими.

77. Обратното тълкуване би довело не само до непоследователност, но и до евентуална злоупотреба с правото. На първо място, тъй като няма да е съвместимо с установената материална *идентичност* между двете организации при освобождаването им от процедурите за възлагане на обществени поръчки в техните насрещни отношения. На второ място, тъй като това би позволило да се заобиколи прилагането на правната уредба на Съюза относно възлагането на обществени поръчки.

78. Отношението между LG и VLRD само по себе си допуска значимо изключение от прилагането на правилата на Съюза спрямо техните *вътрешни* сделки, които се считат за извъндоговорни. Ако, наред с това, VLRD бъде освободено от тези правила по отношение на сделките му с трети лица, които от формална страна са *външни*, но в действителност са част от обема на сделката между двойката LG/VLRD, изключението *in house* би могло да придобие неподозирани мащаби.

79. С други думи, възлагащият орган може да използва изпълнителни структури в описаните по-горе граници, на които да възлага определени задачи, които по принцип би трябвало да са предмет на процедура за възлагане на обществена поръчка, но биват освободени от нея. От юридическа гледна точка, с оглед практиката на Съда (а понастоящем, на член 12, параграф 1 от Директива 2014/24) това изключение само по себе си не е спорно. Когато обаче изпълнителните структури от своя страна не разполагат с необходимите средства, с които сами да изпълнят поръчките на възлагащия орган, и са принудени да се обърнат към трети лица, за да се снабдят с тях, правните основания за прилагането на изключението *in house* престават да съществуват и на практика се стига до едно прикрито (под)възлагане на обществена поръчка, при което възлагащият орган придобива чрез посредник (изпълнителната организация) стоки и услуги от трети лица, без да се подчинява на директивите, от които би следвало да се ръководи това възлагане.

80. Такъв е настоящият случай. Сделки на LG, които, ако VLRD не съществуваше, задължително щяха да се подчиняват на правилата за обществените поръчки (ако държавното дружество ги беше извършило пряко), се изваждат от този режим с довода, че се осъществяват от друго дружество, при все че то е дотолкова материално свързано с първото, че и двете могат да се позоват на изключението *in house* за вътрешните си сделки⁴⁰.

39 В решение от 11 май 2006 г., *Sabotermo и Consorzio Alisei* (C-340/04, EU:C:2006:308) Съдът припомня постановеното от него в решение от 18 ноември 1999 г., *Teckal* (C-107/98, EU:C:1999:562), че подчинената организация задължително трябва да извършва „основната част от дейността си с органа или органите, които упражняват контрол върху нея“ (т. 59), посочвайки, че тази дейност трябва да бъде „предназначена основно за този териториален орган, така че останалата дейност има чисто *страничен* характер“ (т. 63; курсивът е мой). Член 12, параграф 1 от Директива 2014/24 определя (по начин, който подлежи на дискусия) границите на „основната“ и на „страничната“ дейност съответно на 80 % и на 20 %.

40 Относно рисковете от подвъзлагането при режима *in house* като средство за избягване на гаранциите на свободната конкуренция, вж. доклад на Comisión Nacional de la Competencia española, *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, стр. 30—57 (https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/2014_MediosPropios_Inf_sectorial.PDF).

81. Според мен, макар свързаността между LG и VLRD да е от такова естество, че да обосновава изключението *in house* спрямо сключените между двете предприятия сделки, прилагането на директивите не може да се избегне спрямо външните сделки, необходими за изпълнение на поръчките, които LG е възложило на VLRD (в случаите, когато те надхвърлят съответния стойностен праг). В противен случай обикновената *реорганизация* на дейностите на LG, изразяваща се в учредяването на VLRD, би била достатъчна, за да позволи на първото дружество да избегне последиците от качеството си на възлагащ орган.

82. Ето защо считам, че не е необходимо да се установява дали VLRD е публичноправна организация, за да се приеме, че то задоволява самостоятелно нужди от обществен интерес без промишлен или търговски характер, а трябва да се направи изводът, че то прави това, доколкото от функционална гледна точка то представлява едно цяло с дружество (LG), което задоволява такива нужди и за което VLRD извършва дейност при режима *in house*.

83. Що се отнася до конкретната директива, с която трябва да са съобразени сключените от VLRD договори, необходимо е да се припомни, че „в приложното поле на Директива 2004/17 попадат поръчките, които се възлагат в сферата на една от дейностите, изрично посочени в членове 3—7 от споменатата директива, както и поръчките, които, макар и да са от различно естество, поради което обикновено могат да попаднат като такива в приложното поле на Директива 2004/18, служат за упражняването на определените в Директива 2004/17 дейности“⁴¹. Следователно запитващата юрисдикция, която не поставя на Съда въпрос в тази връзка, трябва да прецени коя е приложимата директива, в зависимост от предмета на спорния договор в главното производство.

84. Накратко, предлагам на първия въпрос на *Vilniaus apygardos teismas* (Районен съд Вилнюс) да се отговори в смисъл, че член 2, параграф 1, буква а) от Директива 2004/17 и член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18 трябва да се тълкуват в смисъл, че дружество, чиято материална и функционална свързаност с възлагащ орган служи като основание за прилагането на изключението *in house* спрямо вътрешните сделки между тях, е длъжно да прилага посочените директиви, когато възлага на трети лица строителство, доставки или услуги с цел да изпълни поръчката, която му е възложил този възлагащ орган.

3. По втория преюдициален въпрос

85. В случай че Съдът отговори утвърдително на първия въпрос, каквото е моето предложение, *Vilniaus apygardos teismas* (Районен съд Вилнюс) иска да се установи дали дружество като VLRD загубва качеството си на възлагащ орган, когато стойността на услугите, които предоставя по вътрешни сделки на LG, намалее до по-малко от 90 % или не представлява основна част от общия му финансов оборот.

86. Този въпрос е чисто хипотетичен (и поради това — недопустим), тъй като предмет на главното производство е не бъдещо положение, а съществуващото към момента, в който VLRD е публикувало обява за обществена поръчка за доставка на пръти от черни метали (2013 г.). На практика предмет на главното производство е само отмяната на тази оспорвана от *LitSpecMet* конкретна процедура за възлагане на обществена поръчка.

87. Както се установява от практиката на Съда, периодът, който трябва да се вземе предвид при решаването на спора, е първоначалният. Съгласно тази практика принципът на правна сигурност изисква правните норми на Съюза да бъдат ясни и прилагането им да е предвидимо за заинтересованите лица⁴² — изискване, от което, също както от правилата за защита на

41 Решение от 10 април 2008 г., *Ing. Aigner* (C-393/06, EU:C:2008:213, т. 57).

42 Вж. решение от 15 януари 1998 г., *Mannesmann Anlagenbau Austria* и др. (C-44/96, EU:C:1998:4, т. 34).

интересите на участниците в обществени поръчки, следва, че организация, която има качеството на възлагащ орган към момента на започване на процедура за възлагане на обществена поръчка, ще продължи да бъде обвързана от директивите за обществените поръчки до приключването на съответната процедура⁴³.

88. Както посочих, от значение за преценката дали директивите за обществените поръчки са приложими спрямо VLRD, е обстоятелството дали процедурата от 2013 г. е имала за предмет доставка от трети лица на стоки, с които дружеството да изпълни възложената му от LG поръчка в рамките на техните in house отношения.

89. Разбира се, ако след няколко години тази предпоставка престане да съществува и поради причината, посочена от запитващата юрисдикция („основната“ част от дейността на VLRD вече не обслужва LG⁴⁴), или вследствие на друго подобно обстоятелство VLRD изгуби качеството си на инструмент на LG за участие на свободния пазар, ще трябва да се обсъдят новите обстоятелства и да се направи съответната преценка.

90. Приложими към този евентуален бъдещ момент ще бъдат разпоредбите на Директива 2014/24, съгласно критериите и изискванията на която ще трябва да се преценява дали и при тези обстоятелства VLRD би могло да се квалифицира като възлагащ орган.

VI. Заключение

91. С оглед на всичко гореизложено предлагам на Съда да отговори на Vilniaus apygardos teismas (Районен съд Вилнюс, Литва) по следния начин:

„Член 2, параграф 1, буква а) от Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, и член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки трябва да се тълкуват в смисъл, че:

- а) дружество, чиято материална и функционална свързаност с възлагащ орган служи като основание за прилагането на изключението in house спрямо вътрешните сделки между тях, е длъжно да прилага посочените директиви, когато възлага на трети лица строителство, доставки или услуги с цел да изпълни поръчката, която му е възложил този възлагащ орган, и
- б) при всички случаи това дружество трябва да се квалифицира като публичноправна организация, ако, въпреки че притежава юридическа правосубектност и се подчинява на контрола на възлагащ орган, то посвещава основната част от дейността си на доставянето на железопътно оборудване на този възлагащ орган, без да търпи натиск от страна на евентуални конкуренти и при условия, които не са пазарни, с цел последният да предостави възложената му обществена услуга за превоз на пътници и товари“.

⁴³ Решение от 3 октомври 2000 г., University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, т. 43).

⁴⁴ При все това е сигурно, че съгласно предоставената по време на съдебното заседание информация през 2016 г. 85 % от доставките на VLRD са продължили да бъдат предназначени за LG, като две трети от тях са били осъществени при режим in house.