



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 2 април 2020 година¹

Дело C-3/19

Asmel società consortile a r.l.
срещу
A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione,
в присъствието на:
A.N.A.C.A.P. - Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi entrate

(Преюдициално запитване, отправено от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия)

„Преюдициално запитване — Възлагане на обществени поръчки — Централни органи за покупки — Малки общини — Допустимост само на два публични организационни модела на централни органи за покупки — Забрана за участие на частен капитал — Свобода на преценка на държавите членки — Териториално ограничаване на извършваната дейност“

1. Приложимото към фактите по делото италианско право, така както го тълкува Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия), допуска малките общини да използват за придобиването на строителство, стоки и услуги централни органи за покупки единствено при организационни модели, които са изцяло публични, като консорциуми от общини или сдружения на общини.

2. Запитващата юрисдикция изпитва съмнения относно съвместимостта на тази мярка с правото на Съюза, тъй като е възможно с нея използването на централните органи за покупки да е ограничено по начин, който е несъвместим с Директива 2004/18/ЕО², приложима *ratione temporis* към момента, за който се отнася преюдициалното запитване, както и с „*принципите на свободно движение на услуги и на максимално отваряне за конкуренцията в областта на обществените поръчки*“.

I. Правна уредба

A. Правото на Съюза. Директива 2004/18

3. Съгласно съображение 15:

„В някои от държавите членки са разработени техники за централизиране на покупките. Няколко възлагащи органа отговарят за придобиването или възлагането на обществени поръчки или сключването на рамкови споразумения за други възлагащи органи. Предвид големите обеми на покупките тези техники помагат да се засили конкуренцията и правят

¹ Език на оригиналния текст: испански.

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, 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).

общественото закупуване по-ефективно. Ето защо следва да се предвиди общностно определение на централен орган за покупки, обслужващ възлагащите органи. Следва да се определят също така и условията, съгласно които в съответствие с принципите на недискриминация и равнопоставеност може да се приеме, че възлагащите органи, които придобиват строителство, доставки и/или услуги чрез централните органи за покупки, спазват разпоредбите на настоящата директива“.

4. Съображение 16 гласи:

„За да се отчетат различните обстоятелства в държавите членки, на последните следва да бъде позволено да избират дали възлагащите органи могат да използват рамкови споразумения, централни органи за покупки, динамични системи за покупки, електронни търгове или процедурата на състезателния диалог, както те са определени и уредени в настоящата директива“.

5. Член 1 („Определения“) предвижда:

„[...]“

9. „Възлагащи органи“ са държавата, регионалните или местните органи, публичноправните организации 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.

10. „Централен орган за покупки“ е възлагащ орган, който:

- придобива доставки и/или услуги, предназначени за възлагащи органи, или
- възлага обществени поръчки или сключва рамкови споразумения за строителство, доставки или услуги, предназначени за възлагащи органи.

[...]“.

6. Член 11 („Обществени поръчки и рамкови споразумения, възлагани от централни органи за покупки“) предвижда:

„1. Държавите членки могат да предвидят възлагащите органи да могат да придобиват строителство, доставки и/или услуги от или чрез централен орган за покупки.

2. За възлагащите органи, които придобиват строителство, доставки и/или услуги от или чрез централен орган за покупки в случаите по член 1, параграф 10, се счита, че са спазили разпоредбите на настоящата директива, доколкото централният орган за покупки ги е спазил“.

Б. Италианското право

1. *Testo unico degli enti locali (Консолидиран текст за местните органи)*³

7. Съгласно член 30, параграф 1:

„С цел координирано изпълнение на определени функции и услуги местните органи могат да сключват специални споразумения помежду си“.

8. Член 31, параграф 1 предвижда:

„За съвместното управление на една или повече услуги и за съвместното упражняване на функции местните органи могат да учредят консорциум в съответствие с предвидените за специалните предприятия по член 114 правила, доколкото същите са съвместими. В консорциума могат да участват други публичноправни субекти, когато са оправомощени за това съгласно приложимите за тях закони“.

9. Член 32, параграф 1 предвижда:

„Сдружението на общини е местен орган, съставен от две или повече обикновено съседни общини, който има за цел съвместно изпълнение на функции и услуги“.

2. *Codice dei contratti pubblici (Кодекс за обществените поръчки)*⁴

10. Член 3, параграф 25 квалифицира като възлагащи органи:

„Държавните административни органи; регионалните или местните органи; други публичноправни структури с нестопанска цел; публичноправните организации; асоциациите, сдруженията, консорциумите, независимо от наименованието им, съставени от тези субекти“.

11. Съгласно член 3, параграф 34 централен орган за покупки е:

„Възлагащ орган, който:

- придобива доставки или услуги, предназначени за възлагащи органи или други възложители, или

3 Законодателен декрет № 267 от 18 август 2000 г. (наричан по-нататък „TUEL“).

4 Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г. (наричан по-нататък „CCP“).

– възлага обществени поръчки или сключва рамкови споразумения за строителство, доставки или услуги, предназначени за възлагащи органи или други възложители“.

12. Съгласно първоначалната редакция на член 33, параграф 3bis⁵:

„Общините, които са с население не повече от 5000 жители и се намират на територията на всяка провинция, задължително възлагат на един централен орган за покупки придобиването на строителство, услуги и доставки в рамките на посочените в член 32 от консолидирания текст на Законодателен декрет № 267 от 18 август 2000 г. сдружения на общини, ако съществуват такива, или чрез сключване на специално споразумение за общински консорциум и използване на съответните служби“.

13. Съгласно изменената (през 2014 г.) редакция⁶ на същия член 33, параграф 3bis:

„Общините, които не са главни градове на провинции, придобиват строителство, стоки и услуги в рамките на посочените в член 32 от Законодателен декрет № 267 от 18 август 2000 г. сдружения на общини, ако съществуват такива, или чрез създаване на специално споразумение за общински консорциум и използване на съответните служби, или като се обърнат към доставчик на агрегирани услуги или към провинциалните служби, съгласно Закон № 56 от 7 април 2014 г. Като алтернатива тези общини могат да извършват покупки чрез електронните придобивни инструменти, управлявани от Consip S.p.A. или от друг референтен доставчик на агрегирани услуги“.

II. Фактите и преюдициалните въпроси

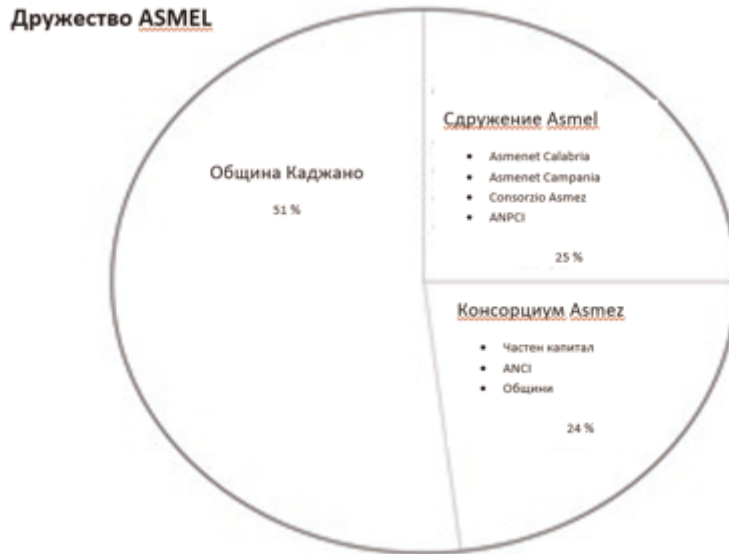
14. Asmel società consortile a.r.l. (наричано по-нататък „Asmel s.c.a.r.l.“) е консорциум под формата на дружество с ограничена отговорност, учреден на 23 януари 2013 г., чийто капитал се притежава от консорциума Asmez (24%)⁷, частното сдружение Asmel (25%)⁸ и община Каджано (51%).

5 Въведена с член 23, параграф 4 от Декрет-закон № 201 от 6 декември 2011 г., утвърден със Закон № 214 от 22 декември 2011 г.

6 Член 9, параграф 4 от Декрет-закон № 66 от 24 април 2014 г., утвърден със Закон № 89 от 23 юни 2014 г. Член 33, параграф 3bis впоследствие е отменен с член 217 от Законодателен декрет № 50 от 18 април 2016 г.

7 Консорциумът Asmez е учреден в Неапол на 25 март 1994 г. от частни предприятия. Същият започва да извършва дейност с присъединяването като негов член на Selene service s.r.l, което е сключило споразумение с Associazione nazionale comuni italiani (Национално сдружение на общините в Италия). Впоследствие към консорциума се присъединяват общините Базиликата и Калабрия.

8 Сдружението Asmel е учредено на 26 май 2010 г. от консорциумите (под формата на дружества с ограничена отговорност) Asmenet Campania и Asmenet Calabria, от Consorzio Asmez и от Associazione Nazionale Piccoli Comuni Italiani (Национално сдружение на малките общини в Италия).



15. С течение на времето Asmel s.c.a.r.l. започва да извършва дейност като централен орган за покупки в полза на местните органи⁹.

16. Връзката между Asmel s.c.a.r.l. и общините, които не членуват в него, се изразява в това, че общинските съвети на последните приемат решения за възлагане, в които:

- от една страна, се позовават на предходно решение, с което се одобрява присъединяването им към сдружението Asmel и учредяването на консорциум по смисъла на член 33, параграф 3bis от ССР,
- от друга страна, на Asmel s.c.a.r.l. е поверена задачата да провежда процедурите за възлагане на обществени поръчки чрез електронна платформа¹⁰.

17. Вследствие на редица оплаквания, Autorità nazionale anticorruzione (Национална служба за борба с корупцията, наричана по-нататък „ANAC“) започва разследване, в рамките на което установява, че Asmel s.c.a.r.l. и консорциумът Asmez не спазват организационните модели, предвидени в ССР за централните органи за покупки.

18. Според ANAC, Asmel s.c.a.r.l. е частноправен субект, по-конкретно — частно дружество, съставено от своя страна от други сдружения. Ето защо Asmel s.c.a.r.l. не би могло да бъде централен орган за покупки, тъй като италианската правна система предвижда публичните функции да се упражняват от публичноправни субекти или асоциации на местни органи, като сдруженията на общини и консорциумите от общини, създадени в резултат на споразумения съгласно член 30 от TUEL. ANAC посочва също че дори да се допусне използването на частноправни субекти, те следва да бъдат вътрешни организации, които упражняват дейност, ограничена на територията на общините учредителки, докато в настоящия случай нито е изпълнено изискването за такъв контрол, нито извършваната дейност е териториално ограничена.

⁹ По-конкретно, съгласно акта за преюдициалното запитване, Asmel s.c.a.r.l. организира възлагателна процедура с цел сключването на рамкови споразумения за възлагане на услугата по администриране на общинските данъци върху недвижими имоти и принудително събиране на данъчни задължения, както и сто петдесет и два електронни търга от различно естество за общините, свързани с Asmel s.c.a.r.l.

¹⁰ Възнаграждението за тези услуги възлиза на 1,5 % от стойността на всеки договор и е за сметка на спечелилите оференти, с които са сключени договори чрез тази платформа.

19. ANAC установява, че Asmel s.c.a.r.l. осъществява дейността си по придобиване на стоки за своите членове, но че последните участват само непряко в централния орган за покупки. Посочва, че местните органи първоначално се присъединяват към сдружението Asmel, а впоследствие, с решение на общинския съвет, възлагат на Asmel s.c.a.r.l. функциите по придобиване.

20. С решение № 32 от 30 април 2015 г. ANAC изключва възможността Asmel s.c.a.r.l. да бъде квалифицирано като публичноправна организация, забранява му да извършва посреднически дейности в областта на обществените поръчки и обявява проведените от него търгове за незаконосъобразни.

21. Asmel s.c.a.r.l. обжалва решението на ANAC пред Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Регионален административен съд на Лацио, Италия). То счита, че дори да бъде квалифицирано като субект на общото гражданско право, задоволява нужди от общ интерес, няма промишлен или търговски характер, финансира се от участващите в него местни органи и същите упражняват върху него доминиращо влияние. Ето защо твърди, че притежава качеството на възлагащ орган, който отговаря на изискванията, за да бъде считан за централен орган за покупки.

22. Първоинстанционният съд отхвърля жалбата на Asmel s.c.a.r.l. с решение № 2339 от 22 февруари 2016 г. Изхождайки от начина на финансиране и контрола върху дейността му, посоченият съд приема, че жалбоподателят няма качеството на публичноправна организация. Той констатира, че Asmel s.c.a.r.l. не отговаря на предвидените в ССР организационни модели на централните органи за покупки, и постановява, че то може да извършва дейност само на територията на общините учредителки.

23. Asmel s.c.a.r.l. обжалва първоинстанционното решение пред Consiglio di Stato (Държавен съвет), излагайки няколко съображения, две от които запитващата юрисдикция приема за релевантни за целите на настоящото производство:

- че е погрешна констатацията, че организационният модел, представляващ консорциум под формата на дружество, е несъвместим с разпоредбите на ССР, отнасящи се до централните органи за покупки; и
- че ССР не налага каквото и да било териториално ограничение на дейността на тези централни органи за покупки.

24. Consiglio di Stato (Държавен съвет) посочва, че регионалните или местните публичноправни субекти са сред възлагащите органи, посочени в член 3, параграф 25 от ССР. Поначало всеки от тези субекти може да изпълнява функциите на централен орган за покупки (член 3, параграф 34 от ССР). Малките общини обаче трябва да използват за целта „точно определен организационен модел“ (член 33, параграф 3bis от ССР), който се различава от предвидения като общо правило за други административни органи.

25. Съгласно този „точно определен модел“ малките общини¹¹ могат да прибегват до централни органи за покупки само под една от двете форми: а) сдружение на общини, предвидено в член 32 от TUEL, и б) консорциум от малки общини, предвиден в член 31 от TUEL¹².

26. Според Consiglio di Stato (Държавен съвет) горепосоченото задължение, наложено на малките общини, изглежда, противоречи на възможността да се използват централни органи за покупки без ограничение на формите на сътрудничество.

27. Consiglio di Stato (Държавен съвет) открива в националната правна уредба едно допълнително ограничение, що се отнася до общинските консорциуми, което изключва участието на частноправни субекти¹³. Това изключване би могло да противоречи на принципите на правото на Съюза за свободно движение на услуги и максимално отваряне за конкуренцията, доколкото предоставянето на услуги, които може да се квалифицират като стопанска дейност и съответно би могло да се извършват по-добре в условията на свободна конкуренция на вътрешния пазар, е запазено за конкретно определени италиански публичноправни субекти.

28. Освен това Consiglio di Stato (Държавен съвет) приема, че макар да не определя район на действие за централните органи за покупки, вътрешната правна уредба установява съответствие между територията на общините, които ги използват, и обхвата на действие на тези органи. Следователно този обхват е ограничен само до територията на общините, които са включени в сдружението на общините или са членове на консорциума. Според запитващата юрисдикция това ограничение също противоречи на принципите на свободно движение на услуги и на максимално отваряне за конкуренцията, тъй като определя за централните органи за покупки изключителни райони на действие.

29. В този контекст Consiglio di Stato (Държавен съвет) отправя до Съда следните преюдициални въпроси:

„Противоречи ли на [правото на Съюза] национална разпоредба като член 33, параграф 3bis от Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г., която ограничава самостоятелността на общините, що се отнася до използването на централен орган за покупки, само до два организационни модела, а именно сдружение на общини, ако вече съществува такова, или консорциум от общини, който трябва да се учреди?

И във всички случаи „противоречи ли на [правото на Съюза], и по-специално на принципите на свободно движение на услуги и на максимално отваряне за конкуренцията в областта на обществените поръчки за услуги, национална разпоредба като член 33, параграф 3bis от Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г. във връзка с член 3, параграф 25 от Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г., която по отношение на организационния модел на консорциумите от общини изключва възможността за създаване на частноправни организации, като например консорциум съгласно общия правен режим с участието и на частноправни субекти?

11 Първоначално, съгласно първата редакция на разпоредбата — общините с население не повече от 5000 жители, а след това съгласно редакцията от 2014 г. — всички общини, които не са главни градове на провинции.

12 Следва да се допълни обаче, че както посочва италианското правителство, спорната разпоредба след изменението ѝ през 2014 г. допуска „[к]ато алтернатива тези общини [да] могат да извършват покупки чрез електронните придобивни инструменти, управлявани от Consip S.p.A. или от друг референтен доставчик на агрегирани услуги“. В решението си от 30 април 2015 г. ANAC посочва тези две възможности, като подчертава, че малките общини също могат да използват централния орган за покупки, създаден на национално равнище за придобивните сделки на публичните административни органи (Consip), или други референтни доставчици на агрегирани услуги“, сред които централните органи за покупки на регионално равнище.

13 Съгласно съдържащото се в член 3, параграф 25 от ССР определение за възлагащ орган консорциумите, които имат това качество, се учредяват само от публичноправни субекти.

И накрая, „противоречи ли на [правото на Съюза], и по-специално на принципите на свободно движение на услуги и на максимално отваряне за конкуренцията в областта на обществените поръчки за услуги, национална разпоредба като член 33, параграф 3bis, която — ако се тълкува в смисъл, че позволява на консорциумите от общини, които са централни органи за покупки, да действат на територия, съответстваща на територията на членуващите в тях общини, взета като цяло, и следователно най-много на територията на провинцията — ограничава района на действие на посочените централни органи за покупки?“.

III. Производството пред Съда

30. Актът за преюдициално запитване постъпва в Съда на 3 януари 2019 г.

31. Писмени становища представят Asmel s.c.a.r.l., италианското правителство и Европейската комисия, като всички те участват и в съдебното заседание, проведено на 29 януари 2020 г.

IV. Анализ

A. По допустимостта на преюдициалните въпроси

32. Както Комисията, така и италианското правителство излагат някои възражения срещу допустимостта на преюдициалните въпроси.

33. Според италианското правителство тези въпроси са недопустими, тъй като са хипотетични. То твърди, че какъвто и да бъде, отговорът на Съда няма да позволи подадената пред запитващата юрисдикция жалба да бъде уважена, тъй като нито една услуга по придобиване не е възложена на Asmel s.c.a.r.l. в резултат на състезателна процедура.

34. Това възражение не може да бъде уважено, тъй като, доколкото запитващата юрисдикция е компетентна да прецени необходимостта от преюдициалното запитване за решаването на спора, по който следва да се произнесе, Съдът би могъл да откаже да предостави отговор само при категорично установена обратна хипотеза (каквато не е налице в случая).

35. Посоченото възражение на италианското правителство се отнася по-скоро до спора по същество, отколкото до допустимостта на самото преюдициално запитване. Към какъв вид централни органи за покупки — публични или с частно участие — могат да се обръщат малките общини не е хипотетичен, а реален въпрос, чийто отговор изисква наложените от италианското законодателство ограничения да бъдат съпоставени с правото на Съюза.

36. Комисията твърди, на първо място, че приложената от ANAC разпоредба — в чиято съвместимост с правото на Съюза се съмнява Consiglio di Stato (Държавен съвет) — *изглежда*, е била отменена, с което евентуалните неблагоприятни последици за Asmel s.c.a.r.l., до които се отнася преюдициалното запитване, са престанали да съществуват. Това обстоятелство можело междувременно да е направило спора безпредметен.

37. Отмяната, на която Комисията се позовава, е резултат от изменението през 2016 г. на член 33, параграф 3bis от ССР. Задача на националната юрисдикция е да провери какво значение има за главното производство тази отмяна, но от интересуващата ни тук перспектива не може да се говори за отпадане на предмета на преюдициалното запитване, особено при положение че спорът следва да се разреши в съответствие с действащата към настъпване на

фактите правна уредба¹⁴.

38. Възражението на Комисията за недопустимост на третия преюдициален въпрос ще обсъдя при анализа на същия.

Б. Предварителни уточнения

39. Consiglio di Stato (Държавен съвет) иска да се установи по същество дали е съвместим с правото на Съюза *организационен модел*, при който малките общини е допустимо да използват централни органи за покупки само под две форми¹⁵ (сдружение на общини и консорциум от общини).

40. В акта за преюдициално запитване се споменава свободното предоставяне на услуги (член 56 ДФЕС) като принцип, който италианското законодателство евентуално нарушава, и едновременно с това се цитират изрично разпоредбите на Директива 2004/18 относно централните органи за покупки.

41. В практиката си относно възлагането на обществени поръчки Съдът препраща към прогласените в Договора за функционирането на ЕС основни свободи, когато директивата, уреждаща съответната материя, не намира приложение. В разглеждания случай директивата, уреждаща *ratione temporis* възлагането на обществени поръчки (и съответно правният режим на централните органи за покупки в правото на Съюза), е Директива 2004/18.

42. Нещо повече, самият ССР възпроизвежда в член 3, параграф 34 определението за централен орган за покупки, съдържащо се в член 1, параграф 10 от Директива 2004/18, което навежда на извода, че посочената национална разпоредба транспонира тази директива в националното право.

43. Ето защо споделям мнението на Комисията, че отговорът на преюдициалните въпроси трябва да бъде даден от гледна точка на Директива 2004/18.

44. Във всеки случай няма значение, че в акта за преюдициално запитване не се посочва стойността на нито един от оспорените в случая по главното производство договори за обществена поръчка, за се прецени дали е достигнат прагът за приложение на Директива 2004/18. Описанието на обхвата на дейността на Asmel s.c.a.r.l. дава основание да се предположи, ще същият надвишава минимума, установен в член 7 от Директива 2004/18¹⁶, а като цяло именно тази дейност се има предвид в преюдициалното запитване.

45. Независимо че на трите преюдициални въпроса ще дам един краен отговор, считам за необходимо да обсъдя всеки от тях поотделно, като следвам предложената от Consiglio di Stato (Държавен съвет) поредност.

¹⁴ По време на съдебното заседание италианското правителство посочи, че новата правна уредба на централните органи за покупки (член 37.4 от Законодателен декрет № 50 от 18 април 2016 г.), която би следвало да замести тази по отменения член 33, параграф 3bis от ССР, няма съгласно член 1 от Закон № 55 от 2019 г. да влезе в сила преди 31 декември 2020 г. При тази информация Комисията призна, че въпреки законодателната реформа от 2016 г. отговорът на преюдициалния въпрос ще е от полза за решаването на спора.

¹⁵ В акта за преюдициално запитване се изхожда от това твърдение. Вж. обаче уточнението на италианското правителство във връзка с възможността малките общини да използват и централните органи за покупки на държавно и регионално равнище (вж. бележка под линия 12).

¹⁶ В точка 1.4 от акта за преюдициално запитване, на която се позовава Комисията в точка 34 от становището си, се посочва, че възлагателните процедури, с които Asmel s.c.a.r.l. се е занимавало от името на различни местни органи, са най-малко сто петдесет и две (вж. бележка под линия 9 от настоящото заключение).

V. По първия преюдициален въпрос

46. Според запитващата юрисдикция член 33, параграф 3bis от ССР „ограничава самостоятелността на общините, що се отнася до използването на централен орган за покупки, само до два организационни модела, а именно сдружение на общини, ако вече съществува такава, или консорциум от общини, който трябва да се учреди“. Въпросът ѝ е дали тази разпоредба противоречи на правото на Съюза (без други уточнения)¹⁷.

47. Определянето на степента на автономност на местните органи в отделните държави членки, за която говори запитващата юрисдикция, е в правомощията на конституционния или на обикновения законодател в тези държави, като правото на Съюза не налага конкретни правила в това отношение.

48. Ето защо ще се съсредоточа върху Директива 2004/18, която въвежда „централните органи за покупки“ в правото на Съюза, като отражение на една обичайна в някои държави членки практика, чиято цел е публичните административни органи да придобиват стоки или услуги посредством тази централизирана система¹⁸.

49. В Директива 2014/24/ЕС¹⁹ — макар и неприложима *ratione temporis* — тази техника на централизиране на покупките е запазена, при това по-категорично, отколкото в предходната директива²⁰.

50. Съгласно определението в член 1, параграф 10 от Директива 2004/18, „[ц]ентрален орган за покупки“ е възлагач орган, който [...] придобива доставки и/или услуги, предназначени за възлагачи органи, или [...] възлага обществени поръчки или сключва рамкови споразумения за строителство, доставки или услуги, предназначени за възлагачи органи“.

51. Съгласно член 11 от Директива 2004/18 държавите членки *могат* да предвидят възможността възлагачите органи „да придобиват строителство, доставки и/или услуги от или чрез централен орган за покупки“²¹.

52. Член 1, параграф 9 от Директива 2004/18 определя кои субекти са възлагачи органи: „държавата, регионалните или местните органи, публичноправните организации или асоциации от един или няколко такива органи или от една или няколко публичноправни организации“.

¹⁷ Вж. бележка под линия 12 относно други възможности, с които общините разполагат.

¹⁸ Съображение 15 от Директива 2004/18.

¹⁹ Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18 (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

²⁰ Съображение 59 от Директива 2014/24: „На пазарите на обществени поръчки в целия Съюз се появява засилена тенденция към окрупняване на търсенето от страна на купувачите в публичния сектор с оглед постигане на икономии от мащаба, включително по-ниски цени и разходи при сделките и постигане на по-добро и по-професионално управление на обществените поръчки“.

²¹ Съгласно текста на разпоредбата на английски език „contracting authorities may purchase works, supplies and/or services *from or through* a central purchasing body“ (курсивът е мой). Този двоен израз (*from or through*), изглежда, отнапред сочи характерната за категориите и функциите на централните органи за покупки двойственост, която е изразена по-ясно в последващата Директива 2014/24: те могат да действат както като *продавачи на едро*, които купуват, съхраняват и препродават, така и като *посредници* на възлагачите органи, за които възлагат поръчки, управляват динамични системи за покупки или сключват рамкови споразумения, които да се използват от тези възлагачи органи (вж. съображение 69 от Директива 2014/24).

53. Предвид системата на Директива 2004/18 няма пречка в публичноправните организации при строго определени условия да участват частноправни субекти. Съгласно член 1, параграф 9, втора алинея от Директива 2004/18 качеството на публичноправна организация зависи от различни фактори, свързани с нейните произход и правосубектност²², от една страна, и с факта, че е подчинена на и контролирана от държавата, регионалните и местни органи и други публичноправни организации, от друга страна²³.

54. Следователно частноправен субект поначало може да участва в публичноправна организация, имаща качеството на възлагащ орган, при условие че тази организация отговаря на изискванията, които посочих по-горе²⁴.

55. Съгласно акта за преюдициално запитване, когато става въпрос за малки общини, същите трябва да се обединяват единствено под формата на публични организации, като сдруженията на общини или консорциумите от общини, за да могат да създават местни централни органи за възлагане на обществени поръчки. Следователно тези централни органи за покупки, към които могат да се обръщат малките общини, за да придобиват строителство, стоки и услуги, не допускат участието на частноправни субекти.

56. Въпреки че предвижда централните органи за покупки задължително да бъдат възлагащи органи, Директива 2004/18 не задължава държавите членки да изискват от публичноправните организации (със или без частно участие), които имат качеството на възлагащ орган, да използват тези централни органи за покупки.

57. В това отношение Директива 2004/18 предоставя на държавите членки широка свобода на преценка. В съображение 16 от нея — „[з]а да се отчетат различните обстоятелства в държавите членки“ — се подчертава необходимостта „на последните [...] да бъде позволено да избират дали възлагащите органи могат да използват [...] централни органи за покупки, [...], както те са определени и уредени в [тази] директива“.

58. Законодателното отражение на това съображение се проявява в посочения по-горе член 11, параграф 1 от Директива 2004/18. Съгласно тази разпоредба държавите членки могат да *изберат* да позволят на възлагащите си органи (в случая — на местните органи) да използват централни органи за покупки.

59. Според мен същата тази възможност обхваща и избора на най-подходящата за обществените интереси регламентация, тъй като Директива 2004/18 не установява конкретни правила за допускането на частноправни субекти в централните органи за покупки. Следователно е достатъчно националната правна уредба да не променя основните характеристики на този институт и да изисква от тези органи при осъществяване на дейността си да спазват разпоредбите на Директива 2004/18 (член 11, параграф 2 *in fine*).

22 Това трябва да бъдат организации, създадени със специфичната цел да задоволяват нужди от обществен интерес, без да имат промишлен или търговски характер и които имат правосубектност.

23 Те трябва да бъдат организации, чиято дейност 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 други публичноправни организации“.

24 Що се отнася до Asmel s.c.a.r.l., то не е признато за публичноправна организация заради начина му на финансиране и присъствието сред членовете му на предприятия и други частноправни субекти, спрямо дейността и управлението на които държавата, регионалните или местните органи или други публичноправни организации не могат да осъществяват изискуемия от закона контрол. Задача на запитващата юрисдикция е да се произнесе дали преценката на първоинстанционния орган в това отношение е правилна.

60. Постановеното неотдавна решение Irgita²⁵ дава някои тълкувателни насоки, които са приложими и спрямо настоящото преюдициално запитване. Макар и постановено в различен контекст²⁶ — но също в сферата на обществените поръчки — и във връзка с разпоредба (член 12, параграф 1 от Директива 2014/24), която няма отношение към централните органи за покупки, в него се подчертава, че посочената разпоредба не лишава държавите членки „от свободата да отдадат предимство на определен начин на предоставяне на услуги, на изпълнение на строителни дейности или на извършване на доставки спрямо останалите начини“²⁷.

61. В решение Irgita Съдът:

- постановява, че „[с]вободата на държавите членки по отношение на избора на начина на предоставяне на услуги, с който възлагащите органи ще удовлетворяват свои собствени потребности, произтича и от съображение 5 от Директива 2014/24“²⁸,
- използва като допълнителен довод Директива 2014/23/ЕС²⁹, за да подчертае свободата на държавите членки да избират най-добрия начин за извършване на строителство или за предоставяне на услуги³⁰. В подкрепа на това становище Съдът се позовава на член 2, параграф 1 от посочената директива³¹.

62. Ето защо, изхождайки от тази свобода на избор на държавите членки, считам, че Директива 2004/18 допуска някоя от тях да реши, че ако искат да използват собствен централен орган за покупки, малките ѝ общини трябва да прибегват само до публичноправни структури за сътрудничество като сдруженията на общини или консорциумите от общини.

63. Ще повторя, държавите членки са свободни да установяват способности или техники за централизиране на обществените поръчки (които могат да са на национално, регионално, провинциално или местно равнище) в зависимост от собствените си интереси и конкретните обстоятелства във всеки един момент³². Те могат също — което впоследствие ще се потвърди с член 37, параграф 1 in fine от Директива 2014/24 — „да предвидят определени поръчки да се извършват чрез централни органи за покупки или чрез един или повече конкретни централни органи за покупки“.

25 Решение от 3 октомври 2019 г. (C-285/18, EU:C:2019:829, наричано по-нататък „решение Irgita“).

26 По това дело се спори дали националните ограничения надхвърлят „[...] условията, които възлагащият орган трябва да спазва, когато желае да сключи вътрешна сделка“.

27 Решение Irgita, точка 44.

28 Пак там, точка 45. Независимо че се прави позоваване на Директива 2014/24, която не е приложима *ratione temporis* в настоящия случай, в същата точка 45 се посочва, че със съображение 5 „се възприема [...] практиката на Съда, предхождаща посочената директива“. Съгласно цитираното съображение „никоя разпоредба на настоящата директива не задължава държавите членки да възлагат с договори или да прехвърлят на външни лица предоставянето на услуги, които желаят да предоставят сами или да организират по различен начин, а не чрез договори за обществени поръчки по смисъла на настоящата директива“.

29 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия (ОВ L 94, 2014 г., стр. 1).

30 Решение Irgita, т. 47.

31 „С настоящата директива се признава принципа на оперативна самостоятелност на националните, регионалните и местните органи в съответствие с националното право и правото на Съюза. Тези органи имат право сами да определят най-добрия начин за извършване на строителство или за предоставяне на услуги с цел, по-специално, да се гарантира високо ниво по отношение на качество, безопасност и достъпност, равнопоставеност и насърчване на универсалния достъп и на правата на ползвателите при обществените услуги. Посочените органи могат да избират да изпълняват задачите си, свързани с обществения интерес, със собствени ресурси или в сътрудничество с други органи или да възлагат тези задачи на икономически оператори“.

32 Цитирайки част от решението на ANAC от 30 април 2015 г., италианското правителство подчертава, че спорната разпоредба е въведена, за да предотврати риска от инфилтриране на мафията (член 13 от Закон № 136 от 2010 г., „Извънреден план за борба с мафията“). С последващия Декрет „Salva-Italia“ (член 23, параграф 4 от Декрет закон № 201 от 6 декември 2011 г., утвърден със Закон № 214 от 22 декември 2011 г.), с който се приема новата редакция на член 33, параграф 3bis от ССР, централизирането на покупките на най-малките общини се превръща в задължение и инструмент за контрол на разходите.

64. Сдруженията на общини и консорциумите от общини са *организационни модели* на местните органи и имат същия публичен характер като тях. Следователно няма нищо странно в това, че националният закон, който регламентира тези *модели*, създадени за съвместното предоставяне на услуги или съвместното изпълнение на публични функции, не предвижда участието в тези сдружения или консорциуми на частни лица или предприятия.

65. Националният законодател може да избере както децентрализирана система за възлагане на обществени поръчки на местно равнище (при която всяка община възлага самостоятелно обществените си поръчки за доставки, строителство или услуги), така и централизирана или агрегирана система (тоест модел на съвместни покупки от няколко общини или от централни органи за покупки, които последните използват)³³.

66. Отново ще повторя, че по отношение на тази втора система Директива 2004/18 предоставя на националния законодател свобода на преценка. Тази свобода включва възможността системата да бъде наложена като задължителна за определени възлагащи органи, макар посочената директива да не предвижда изрично това (за разлика от Директива 2014/24).

67. Не би следвало да има пречки да се предвиди участието на частноправни субекти в централните органи за покупки. Но не разбирам защо прилагането на публичните организационни модели като сдружения на общини и консорциуми от общини спрямо централните органи за покупки, създадени в рамките на тези сдружения на общини или консорциуми като средство за съответните общини да придобиват строителство, услуги или доставки, би било несъвместимо с Директива 2004/18 или с която и да било друга разпоредба от правото на Съюза.

68. Вярно е обаче — както се посочва в решение Irgita в друг, сходен контекст — че свободата на националния законодател не е неограничена и че изборът му не трябва да противоречи на разпоредбите и принципите на Договора за функционирането на ЕС или на прогласените в него свободи³⁴.

69. В това отношение Consiglio di Stato (Държавен съвет) посочва само че доколкото „централните органи за покупки са предприятия, които предлагат услугата по придобиване на стоки и доставки в полза на възлагащите органи“³⁵, наложеното от италианския законодател ограничение може да засяга свободното предоставяне на услуги, прогласено в член 57 ДФЕС.

70. Обстоятелството, че даден централен орган за покупки може да бъде квалифициран като икономически оператор в отношенията му с трети лица³⁶, не е достатъчно, за да се приложат просто членове 56 ДФЕС и 57 ДФЕС, когато това понятие не може да бъде разграничено от понятието за възлагащ орган, което от своя страна съгласно Директива 2004/18 допуска възлагащи органи да бъдат единствено „държавата, регионалните или местните органи, публичноправните организации или асоциации от един или няколко такива органи или от една или няколко публичноправни организации“.

33 Ограниченията, които конституциите на отделните държави членки могат да налагат на законодателната власт по отношение на автономността на регионалните и местните органи (с други думи, по отношение на тяхното право да се самоорганизират), са неотносими към разглежданите тук въпроси.

34 Решение Irgita, точка 48: „Въпреки това свободата, с която разполагат държавите членки по отношение на избора на начина на управление, който считат за най-подходящ за изпълнението на строителните дейности или предоставянето на услуги, не може да бъде неограничена. Напротив, тя трябва да се упражнява при спазване на основните правила на Договора за функционирането на ЕС, по-специално свободното движение на стоки, свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги, както и на произтичащите от тях принципи като тези на равно третиране, недопускане на дискриминация, взаимно признаване, пропорционалност и прозрачност“.

35 Точка 10.3 от акта за преюдициално запитване.

36 Такъв е случаят с Asmel s.c.a.r.l., което получава възнаграждение от клиентите си за своите престации.

71. Ето защо съм съгласен с твърдението на италианското правителство, че националният законодател може да предвиди само публичноправни субекти да са централни органи за покупки, изпълняващи постоянно функцията на възлагащи органи за и от името на публичните административни органи³⁷.

72. Доколкото не съществува *пазар на услуги на централни органи за покупки*, при действието на Директива 2004/18 тези централни органи за покупки не са били в конкуренция с частноправни субекти, предоставящи същите услуги на публичните органи. Друг е въпросът, че когато се касае за чисто допълващи дейности по подпомагане на покупките на възлагащите органи, частни предприятия или организации биха могли да им предлагат своето съдействие срещу възнаграждение (например под формата на консултации).

73. Това положение може да се е променило след приемането на Директива 2014/24, член 37, параграф 4 от която допуска да бъде възложена на „централен орган за покупки обществена поръчка, която има за предмет услуга за изпълнение на централизираны дейности по закупуване“.

74. Обстоятелството, че това възлагане е възможно „без да [се] прилагат предвидените в настоящата директива процедури“, както изрично предвижда посочената разпоредба, би могло да се обясни с факта, че същото се прави в полза на централни органи за покупки с публичен характер (евентуално с ограничено частно участие и при публичен контрол). В противен случай, тоест ако възлагането в полза на частноправен субект беше възможно, би било трудно обяснимо как на този субект ще се възложи обществената поръчка, без преди това да са проведени процедурите, предвидени в Директива 2014/24.

75. Изхождайки от тези съображения, считам, че в случая по главното производство няма място за прякото прилагане на членове 56 ДФЕС и 57 ДФЕС. Независимо че всички аспекти на спора са свързани само с Италия и не се установяват трансгранични елементи³⁸, от значение е обстоятелството, че тълкуването на правото на Съюза, което трябва да се приеме за приложимо (Директива 2004/18), не налага централните органи за покупки, създадени от малките общини, да включват задължително частноправни субекти.

76. Не считам, че италианската правна уредба, преценена от гледна точка на конкурентното право³⁹ в областта на обществените поръчки, нарушава същото това право. Конкуренцията, която правото на Съюза цели да защити в тази област, е преди всичко тази между икономическите оператори, които предлагат строителство, стоки или услуги на възлагащите органи. Ако последните (в случая централните органи за покупки, създадени в рамките на сдруженията на общини и консорциумите от общини), се придържат към процедурите по Директива 2004/18 за осигуряването на тези доставки, конкуренцията между посочените икономически оператори ще бъде защитена.

77. С други думи, задължителното използване от малките общини на техни собствени централни органи за покупки (посредством сдруженията на общини и консорциумите от общини) не означава затваряне на конкурентния пазар, на който съответните икономически оператори могат да предлагат на тези публични административни органи необходимите им стоки, строителство или услуги.

³⁷ Точка 70 и сл. от становището на италианското правителство.

³⁸ Решение от 15 ноември 2016 г., Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, т. 47 и цитираната предходна съдебна практика): „разпоредбите на Договора за функционирането на ЕС относно [...] свободното предоставяне на услуги [...] не се прилагат към положение, което във всичките си аспекти е свързано само с една държава членка“.

³⁹ От тази гледна точка рискът от нарушаване на конкуренцията може да възникне по-скоро от окрупняването и централизирането на покупките, а това, както се предупреждава в съображение 59 от Директива 2014/24, би могло да доведе до „прекомерната концентрация на покупателна способност и [до] тайн[и] споразумения“.

Г. По втория преюдициален въпрос

78. Consiglio di Stato (Държавен съвет) иска да се установи дали противоречи на правото на Съюза („и по-специално на принципите на свободно движение на услуги и на максимално отваряне за конкуренцията в областта на обществените поръчки за услуги“) национална разпоредба, която „изключва възможността за създаване на частноправни организации, като например консорциум съгласно общия правен режим с участието и на частноправни субекти“.

79. На първо място е необходимо да отбележа, че независимо от формулировката му, вторият преюдициален въпрос не се отнася до това дали е задължително консорциумите от общини поначало да допускат участието на частноправни субекти. Съмнението на запитващата юрисдикция, разгледано в неговия контекст, е по-скоро дали е съвместима с правото на Съюза забраната за частния сектор да участва в централните органи за покупки, създадени в рамките на тези консорциуми.

80. Според мен при това положение отговорът на този въпрос произтича от дадения на първия преюдициален въпрос, поради което не би следвало да се излагат допълнителни съображения.

81. Комисията обаче твърди⁴⁰, че решението на ANAC, което стои в основата на спора, надхвърля рамките на необходимото, като напълно забранява Asmel s.c.a.r.l. да извършва дейност като „доставчик на агрегирани услуги“ при каквито и да било обстоятелства, отричайки качеството му на възлагач орган⁴¹.

82. Според Комисията национална разпоредба като разглежданата в настоящото производство, която изключва организациите, учредени под определена правна форма и с участието на частноправни субекти, е съвместима с правото на Съюза, при условие че за правомощия, *различни*⁴² от тези, които са предмет на същата разпоредба, посочените субекти могат да бъдат определени като публичноправни организации по смисъла на член 1, параграф 9 от Директива 2004/18.

83. По време на съдебното заседание Комисията уточни своето становище: след като потвърди, че член 11, параграф 1 от Директива 2004/18 допуска национална разпоредба като спорната, съгласно която малките общини могат да използват само два организационни модела на централни органи за покупки, тя поясни, че възражението ѝ се отнася единствено до други способности за възлагане на обществена поръчка, различни от тези, предполагащи използването на посочените централни органи.

84. От своя страна не считам, че Съдът трябва да се произнася по тази констатация на Комисията, при положение че въпросът на запитващата юрисдикция се ограничава до *конкретните* правомощия на сдруженията на общини и консорциумите от общини да създават постоянни централни органи за покупки, а не до *различни* правомощия. Дали местните органи имат право да възлагат самостоятелно обществени поръчки при един децентрализиран режим на покупки, е въпрос, който излиза извън обхвата на преюдициалното запитване.

40 Точки 60—63 от становището ѝ.

41 Комисията признава, че единствено националният съд може да се произнесе дали Asmel s.c.a.r.l. има качеството на публичноправна организация, като за целта трябва да прецени, освен други фактори, и дали публичните органи упражняват върху това дружество доминиращо влияние. Asmel s.c.a.r.l. споделя това виждане.

42 Курсивът е от оригиналния текст

Д. По третия преюдициален въпрос

85. Consiglio di Stato (Държавен съвет) изхожда от тълкуването на спорната национална разпореда „в смисъл, че позволява на консорциумите от общини, които са централни органи за покупки, да действат на територия, съответстваща на територията на членуващите в тях общини, взета като цяло, и следователно най-много на територията на провинцията“.

86. Предвид това тълкуване запитващата юрисдикция иска да разбере дали националната разпореда противоречи на принципите на свободно движение на услуги и на максимално отваряне за конкуренцията в областта на обществените поръчки за услуги.

87. Както италианското правителство, така и Комисията имат някои забележки по отношение на начина, по който е формулиран този въпрос:

- италианското правителство смята, че изложените от запитващата юрисдикция доводи не са ясно разбираеми, което му пречи да изрази становище по въпроса. Според него посочената юрисдикция излага противоречиви тези, доколкото, от една страна⁴³, твърди, че разпоредбата определя „изключителни райони на действие за централните органи за покупки, действащи в полза на малките общини“ (което според италианското правителство би могло да означава, че се създава предимство за консорциумите от общини), а от друга страна, твърди, че териториалната ограниченост поставя централните органи в неблагоприятно положение,
- Комисията счита, че въпросът е хипотетичен, тъй като географската ограниченост била в полза, а не в ущърб на централен орган за покупки като Asmel s.c.a.r.l., доколкото разширявала (а не намалявала) обхвата на неговата дейност, който се различава от този на сдруженията на общини и консорциумите от общини.

88. Според мен въпросът не е хипотетичен. Извън буквалният текст на преюдициалното запитване, проблемът, който се поставя, е дали ограничаването на териториалния обхват на дейността на някои централни органи за покупки, а именно на създадените от сдруженията на общини и консорциумите от общини, противоречи на правото на Съюза (тоест на посочените по-горе принципи).

89. Вярно е, че това съмнение би имало конкретен смисъл за решаването на евентуален бъдещ спор във връзка с учредяването на (публичен) консорциум от общини като централен орган за покупки, което не е пряк предмет на главното производство. Доколкото последният се свежда до решението на ANAC за дейността на Asmel s.c.a.r.l. като централен орган за покупки, обслужващ всички общини, без географски ограничения в това му качество, направените от Комисията възражения имат известно основание.

90. Въпреки това отново трябва да се даде превес на презумпцията за релевантност на преюдициалния въпрос, така както същият е поставен от запитващата юрисдикция. Ако тя счита, че е необходим отговор на Съда по правен въпрос, който според нея изисква тълкуване на дадена разпореда от правото на Съюза, Съдът трябва да ѝ предостави това тълкуване, освен ако е съвсем очевидно — а в случая това не е така — че същото не е необходимо за спора в главното производство.

⁴³ Точка 11.3 от акта за преюдициално запитване.

91. Що се отнася до въпроса по същество, не откривам в Директива 2004/18 нито една разпоредба, която да налага на държавите членки задължителни правила при определянето на териториалния обхват на действие на учредените от сдруженията на общини или от консорциумите от общини централни органи за покупки.

92. Нещо повече, считам, че ограничаването на дейността на създадените от общините централни органи за покупки само до съответстващата територия на тези общини, взета като цяло, е съобразено с описаните модели на сътрудничество между тях. От гледна точка на общините, които получават услуги от централния орган за покупки, последиците от отношенията, които ги обвързват с този орган, могат да се проявяват само на собствените им територии.

93. И тук евентуалните затруднения за утвърждаване на посочените модели биха могли да произтекат от задължението за спазване на основните свободи, прогласени в Договорите. По съображенията, които изложих във връзка с първия въпрос, считам обаче, че не са нарушени нито член 56 ДФЕС, нито разпоредбите на конкурентното право. При всички положения, от текста на акта за преюдициално запитване не става ясно защо някоя от тези свободи би могла да бъде засегната.

94. Ще допълня, че що се отнася до субектите, които предлагат строителни работи, стоки или услуги на общините чрез централните органи за покупки, създадени от тези общини, нищо не сочи, че съответните строителни работи, стоки или услуги трябва да произхождат от предприятия, установени на територията на членуващите общини. С други думи, няма основание да се счита, че пазарът е затворен за предприятията извън тази територия, били те италиански или от която и да било друга държава членка.

V. Заключение

95. С оглед на изложеното предлагам на Съда да отговори на Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) по следния начин:

„Правото на Съюза, и в частност член 11 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, доставки и услуги, допуска национална разпоредба, която съгласно тълкуването на запитващата юрисдикция предвижда, че малките общини трябва да придобиват строителство, стоки и услуги чрез централни органи за покупки, учредени по два точно определени организационни модела, а именно сдружение на общини или консорциум от общини, чийто район на действие е ограничен само до територията на тези общини, взета като цяло“.