

Дело C-835/19**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от Процедурния правилник на Съда**

Дата на постъпване в Съда:

18 ноември 2019 г.

Запитваща юрисдикция:

Consiglio di Stato (Италия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

13 юни 2019 г.

Жалбоподател и въззивник:

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta — Ativa S.p.A.

Ответници и въззиваеми:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

В присъствието на:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Предмет на главното производство

Обжалване пред Consiglio di Stato (Държавен съвет) на решенията, с които Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Piemonte (Регионален административен съд, Пиемонт) отхвърля жалбите на дружество Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta — Ativa S.p.A. (наричано по-нататък „Ativa“) срещу две решения на Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Министерство на инфраструктурата и транспорта, наричано по-нататък „министерството“), с които не са приети две представени от Ativa

предложения за проектно финансиране (project financing), които се отнасят по-специално до концесии за автомагистрали.

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Запитващата юрисдикция иска да установи дали италианската правна уредба в областта на възлагането на концесии за автомагистрали, която понастоящем изключва използването на проектно финансиране — което е специална процедура за възлагане с цел осъществяването на обществено строителство по принцип без публични финансови разходи — е съвместима с Директива 2014/23, по-специално с прогласения в съображение 68 и в член 30 от нея принцип, че възлагащите органи следва да разполагат със значителна гъвкавост при определянето и организирането на процедурата за избор на концесионер.

Преюдициален въпрос

Недопустима ли е съгласно правото [на Европейския съюз] и по-специално съгласно установените в Директива [2014/23] принципи, по-конкретно свободата на избор на процедурите за възлагане в областта на възлагането на концесиите при спазване на принципите на прозрачност и на [равно] третиране, прогласени в съображение 68 и в член 30, националната разпоредба на член 178, параграф 8-bis от Законодателен декрет № 50 от 18 април 2016 г., която безусловно забранява на административните органи да възлагат концесии за автомагистрали, чийто срокове са изтекли или изтичат, по реда на процедурите, предвидени в член 183, който урежда проектното финансиране?

Релевантни разпоредби на правото на Съюза

Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия (наричана по-нататък „Директива 2014/23“).

Релевантни разпоредби на националното право

Запитващата юрисдикция се позовава на някои нормативни актове в областта на концесиите за магистрали и на проектното финансиране, по-конкретно на следните разпоредби:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г.) (наричан по-нататък „старият Кодекс за обществените поръчки“), по-специално член 153, параграф 19, съдържащ правната уредба на проектното финансиране по частна инициатива. Предвидената в тази разпоредба процедура за възлагане се извършва на два етапа: а)

предварителен етап — за одобряване на предложението за предварителен проект, представено от вносителя на предложението, въз основа на което впоследствие ще се проведе евентуална състезателна процедура — на този етап административният орган трябва при условията на оперативна самостоятелност да прецени съответствието на предложението с обществения интерес; б) начален етап, който започва със съответното обявление, и на провеждането на открита процедура за възлагане на обществена поръчка, въз основа на която се представя одобреният проект, и в който вносителят придобива квалификацията на строителен предприемач и се ползва с право на приоритет спрямо останалите участници в процедурата.

Декрет-закон № 59 от 4 април 2008 г., член 8-duodecies, параграф 2-ter, който изрично признава възможността за възлагане на договорите за концесия и управление и само за управление в сектор пътища и магистрали съгласно процедурите за проектно финансиране, предвидени в член 153 от стария Кодекс за обществените поръчки.

Законодателен декрет № 50 от 18 април 2016 г. (наричан по-нататък „новият Кодекс за обществените поръчки“), който отменя стария Кодекс за обществените поръчки, и по-специално:

- Член 178, параграф 1, който забранява удължаването на срока на концесиите за магистрали, и параграф 8-bis, въведен със Законодателен декрет № 56 от 19 април 2017 г., съгласно който „Административните органи не могат да възлагат концесии за магистрали, чиито срокове са изтекли или изтичат, по реда на процедурите по член 183“;
- член 183, съдържащ правната уредба на проектното финансиране в новия Кодекс за обществените поръчки; тази разпоредба, в параграф 19, съдържа нов елемент в сравнение с предишната правна уредба, тъй като по време на предварителния етап административният орган е вече длъжен да прецени не съответствието на предложението с обществения интерес, а осъществимостта на самото предложение;
- член 216, параграф 1, който предвижда по-специално, че горепосоченият законодателен декрет се прилага за процедурите и договорите, при които обявленията, с които започва процедурата за избор на изпълнителя, са публикувани след датата на влизане в сила на този декрет, както и в случай на договори, за които не са публикувани обявления, за процедурите и договорите, във връзка с които към датата на влизане в сила на настоящия Кодекс все още не са били изпратени поканите за подаване на офертите;
- член 216, параграф 23, който предвижда, че все още неодобрените към датата на влизане в сила на Кодекса предварителни проекти за извършване на обществено строителство или на обществено полезни строителни дейности във връзка с предложения за концесия по смисъла

на член 153 от стария Кодекс за обществените поръчки, за които вече е направена декларация за обществен интереси, „подлежат на оценка за икономическа и финансова осъществимост и за одобряване от страна на административния орган в съответствие с разпоредбите на настоящия Кодекс“.

Кратко представяне на фактите и на производството

- 1 Ativa управлява на концесия участък от автомагистрала на територията на Пиемонт по силата на няколко концесии, като срокът на последната от тях е изтекъл през 2016 г. На 25 септември 2015 г. Ativa представя предложение за проектно финансиране на концесията за управлението на участък от автомагистрала.
- 2 В становище от 29 юли 2016 г. министерството отхвърля предложението на Ativa, по-специално на основание, че по отношение на концесиите за управление на автомагистрала не може да се прилага проектно финансиране и че предложението не отговаря по форма и съдържание на изискванията на член 153 от стария Кодекс за обществените поръчки, който предвижда вносителят на предложението да представи само предварителен проект за строителните работи, които следва да бъдат извършени, въз основа на който проект впоследствие да се проведе процедура за възлагане на обществена поръчка, а не да представи подробен окончателен проект като представения от жалбоподателя.
- 3 Ativa подава жалба пред Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte като иска да се отмени горепосоченото становище, да се установи и обяви, че министерството е длъжно да се произнесе относно обществения интерес и/или осъществимостта на предложението на жалбоподателя, и съответно да се осъдят ответните административните органи да оценят обществения интерес и/или осъществимостта на това предложение. В жалбата се оспорват не само мотивите, на които се основава обжалваното становище и които се отнасят до твърде подробното разработване на предложението, а и неспазването на тримесечния срок, считано от датата на подаване на предложението, в рамките на който административният орган е трябвало да оцени това предложение, както и неправилното прилагане в конкретния случай на член 183 от новия Кодекс за обществените поръчки, който е приет след представянето на предложението, но е бил в сила към момента на приемане на обжалваното решение.
- 4 С решение от 31 август 2018 г. Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte отхвърля жалбата, като от една страна изключва възможността нарушението на срока от три месеца само по себе си да доведе до незаконосъобразност на обжалвания акт, а от друга страна недопустимостта на представеното от Ativa предложение, което е по-задълбочено от предварително изискваното.

- 5 На 20 септември 2016 г. Ativa представя още едно предложение за проектно финансиране относно същата концесия. Това предложение е отхвърлено със становище от 22 май 2017 г., в което, освен че се повтарят вече изтъкнатите във връзка с първото предложение мотиви, се посочва и че последното противоречи на член 178, параграф 8-bis от Законодателен декрет № 50/2016, който забранява прилагането на проектно финансиране при възлагането на изтекли или изтичащи концесии за автомагистрала. Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte отхвърля жалбата, подадена от Ativa срещу това становище, като изтъква сходни мотиви като изложените в първото съдебно решение.
- 6 Ativa обжалва двете решения на Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte пред Consiglio di Stato (Държавен съвет), запитващата юрисдикция.

Основни доводи на страните в главното производство

- 7 В жалбата срещу първото решение на Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte Ativa посочва, че министерството е изразило волята си да не извършва оценка на неговото предложение и чрез вътрешно възлагане да предостави на дружеството Anas S.p.A. следващите концесии за автомагистрала. Следователно министерството е искало да предотврати възможността в навечерието на изтичането на концесионните правоотношения дружествата концесионери да могат да се позовават на уредбата относно проектно финансиране и по-специално на правото на приоритет, признато на строителния предприемач във връзка с предложението за проектно финансиране (право, което министерството необосновано счита за нарушение на конкуренцията). Освен това според Ativa изборът за вътрешно възлагане на Anas на управлението на автомагистрала и желанието да се попречи на концесионерите на автомагистрала да се възползват от процедурата на проектно финансиране, въпреки че тя е в съответствие с изискванията за конкуренция, са противоречиви и незаконосъобразни. Накрая, във въззивната жалба Ativa отново посочва правните основания от първоначалната жалба.
- 8 В жалбата срещу второто решение на Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte Ativa твърди също, че член 178, параграф 8-bis от новия Кодекс за обществените поръчки не е приложим (и) по отношение на второто му предложение за проектно финансиране, тъй като става въпрос за правна норма, въведена след представянето на предложението. Съгласно член 11 от Preleggi (уводните разпоредби от италианския Граждански кодекс) и принципа „tempus regit actum“, предложението се урежда следователно от разпоредбата, действаща към датата на неговото представяне. Освен това, горепосочената разпоредба е в явно противоречие с правната уредба на концесията и с отношенията на публично-частно партньорство, очертани в Директива 2014/23. По-специално следва да се има предвид принципът на свобода на процедурата, който националният законодател трябва да

транспонира, като „възлагащият орган и възложителите следва да разполагат със значителна гъвкавост при определянето и организирането на процедурата за избор на концесионер“ (съображение 68), за да може да се избере процедура, съответстваща в най-голяма степен на изискванията, които трябва да се спазят, съгласно разпоредбите на член 30 и член 37, параграф 6 от Директивата. Оспорваната разпоредба обаче водела до ненужна строгост на системата и необосновано ограничавала свободата на административните органи, като не им дава възможност да прилагат процедурите за проектно финансиране.

- 9 Въззиваемите твърдят, че член 178, параграф 8-bis е приложим *ratione temporis* в настоящия случай, включително и поради факта, че има за цел да прояви действие спрямо „изтеклите или изтичащи“ концесии, поради което законодателят съзнателно го приел за приложим в положения като разглежданото, в стремеж към по-голямо отваряне за конкуренцията и за избягване на по-нататъшното затвърждаване на положението на бившите оператори, които са притежатели на изтичащи концесии, предоставени без състезателна процедура. Те се позовават на съдебната практика, съгласно която законосъобразността на административна мярка следва да се установи в светлината на съществуващото към момента на приемането ѝ фактическо и правно положение.
- 10 Въз основа на тези доводи въззиваемите считат, че правната уредба в новия Кодекс за обществените поръчки е приложима и към първото предложение, направено от Ativa преди влизането му в сила, тъй като настоящото дело се отнася до етап от процедурата, предшестващ процедурата по възлагане на обществена поръчка, която ще се проведе след влизането в сила на този кодекс. Подобен извод се потвърждавал от член 216, параграф 23 от същия Кодекс, съгласно който предварителните проекти във връзка с предложения за концесия съгласно член 153 от стария Кодекс за обществените поръчки, които все още не са одобрени към датата на влизане в сила на новия Кодекс, подлежат на оценка за икономическа и финансова осъществимост и одобряване от страна на административния орган в съответствие с разпоредбите на новия Кодекс.
- 11 Въззиваемите оспорват освен това доводите на Ativa относно противоречието на член 178, параграф 8-bis от новия Кодекс за обществените поръчки с правото на Съюза. Според тях целта на предвидената в него забрана следва да се търси в отварянето за конкуренцията, за да се даде възможност за най-широко прилагане на принципите на правото на Съюза за защита на конкуренцията и пазара, сред които е и забраната за удължаване на срока на всички концесии, включително концесиите за автомагистрала (член 178, параграф 1, последно изречение от този Кодекс) и, следователно, задължението да се организират процедури за възлагане на обществени поръчки и за концесии за автомагистрала, чийто срокове са изтекли или изтичат.

Кратко представяне на мотивите за преюдициалното запитване

- 12 Запитващата юрисдикция споделя изложеното от ответниците относно уредбата на приложимостта *ratione temporis* на новия Кодекс за обществените поръчки и по-специално на член 178, параграф 8-bis от него. В този смисъл тя припомня, че административният орган може единствено да се съобрази със закона, който е в сила към момента, в който изразява волята си; поради това, освен ако в самия закон не е предвидено друго, действащата към датата на подаване на искането правна уредба не обвързва административния орган, а искането трябва да се преценява като се прилага правната уредба, действаща към момента, в който приключва производството.
- 13 Съдържащата се в член 216 от новия Кодекс за обществените поръчки преходна разпоредба прилага гореизложените принципи като предвижда в параграф 1, че дейността, в която се състои откритата процедура за избор на изпълнителя, се урежда изцяло от правните норми, действащи към момента, в който тя започва, а именно датата на публикуване на обявленията, с които се открива процедурата (или при договори без публикуване на обявления — датата на изпращане на поканите за представяне на оферти), а в параграф 23 — че представените съгласно стария Кодекс за обществените поръчки предварителни проекти, които все още не са одобрени, подлежат на оценка за икономическа и финансова осъществимост и одобряване от страна на административния орган в съответствие с разпоредбите на новия Кодекс за обществените поръчки.
- 14 Ето защо, ако предварителният проект на предложение за концесия, направено по реда на старата уредба, все още не е одобрен към момента на влизане в сила на новия закон, може само — когато е приложимо — да бъде одобрен съгласно правилата на новия; а последващата състезателна процедура, в основата на която ще е одобреният проект за осъществимост, трябва да се проведе в съответствие с разпоредбите на новия Кодекс за обществените поръчки, включително забраната, установена в член 178, параграф 8-bis; т.е. тази разпоредба намира приложение в разглежданите понастоящем случаи.
- 15 В светлината на този извод запитващата юрисдикция счита за необходимо да разгледа изтъкнатото от Ativa твърдение за нарушение, свързано с противоречието между член 178, параграф 8-bis от новия Кодекс за обществените поръчки и правото на Съюза. Във връзка с това тя посочва, че въпросният член 178, който в параграф 1 предвижда забрана за удължаване на срока на концесиите за автомагистрали, е разпоредба, за която не е налице пряко съответствие в Директива 2014/23, а представлява прилагането на разпоредба на закона за прехвърлянето на правомощия, съгласно която е трябвало да се предвиди, че откритите процедури за възлагане на обществени поръчки за новите концесии за автомагистрали ще започнат поне двадесет и четири месеца преди изтичането на срока на действие на

действащите концесии, като се преразгледа системата на концесиите за автомагистрала, по-специално с оглед на въвеждането на забрана на клаузи за удължаване на срока.

- 16 Забраната в този параграф 8-bis, който е въведен със Законодателен декрет № 56/2017 и изрично се отнася до възлагането на концесии за автомагистрала, „чийто срок е изтекъл или изтича“, не изглежда да може да се тълкува еднозначно в смисъл, че става въпрос за преходна разпоредба в тесен смисъл — противно на твърденията на въззиваемите, според които забраната се отнася за концесии, „чийто срок е изтекъл или изтича“ при влизането в сила на новия Кодекс за обществените поръчки. Текстът на параграф 8-bis изглежда предвижда обща забрана за възлагане на концесиите за автомагистрала чрез процедура за проектно финансиране, в случай че инфраструктурата вече е предоставена на концесия, и следователно би могла да се разбира в широк смисъл като разпоредба, която да се прилага не само през преходния период, а също и след изтичането му, както в случая, когато се възлага нова концесия като се сменя концесионерът, чийто срок на концесия е изтекъл. Ето защо е налице дилема, свързана с тълкуването на условията за прилагане на тази правна норма и техните ограничения. И двата варианта за тълкуване изглежда съответстват на целта за забраната, която въззиваемите виждат в необходимостта да се противодейства на заобикалянето на забраната за удължаване на срока на концесиите за автомагистрала, ако вносителят на предложението е концесионерът, чийто срок на концесия изтича, както в случая.
- 17 Като цяло проектното финансиране трябва да спазва принципите на възлагане на обществени поръчки — с оглед защита на конкуренцията и на равните условия на потенциално заинтересованите лица. Първоначалният етап на определяне на строителния предприемач, при който в миналото предложението подлагано на оценка дали съответства с обществения интерес, а понастоящем — дали е осъществимо, се характеризира с много широка оперативна самостоятелност; на този етап не става въпрос да се избере най-добрата оферта въз основа на предварително определени технически и икономически критерии, а да се оцени предварително осъществимостта на дадено проектно предложение. Възлагането на концесията обаче ще се извърши след завършване на последващата състезателна процедура въз основа на критерия за икономически най-изгодната оферта; този етап е независим от предходния и следва да се извърши точно в съответствие с правилата за публичност, с изключение само на предимството, изразяващо се в правото на приоритет, признато на строителния предприемач при предварително определени условия.
- 18 Предвиждането на подобно право на приоритет изглежда не противоречи на принципите на правото на Европейския съюз на прозрачност и на равно третиране, доколкото, както отбелязва генералният адвокат в заключението по дело C-412/04, всички участници са запознати с привилегиите (състоящи се в поканата за участие в процедура по договаряне и в правото на

приоритет на строителния предприемач) и с критериите за оценка, както понастоящем е гарантирано във въведената с член 183, параграф 15 от новия Кодекс за обществените поръчки процедура.

- 19 Ето защо запитващата юрисдикция изглежда изключва възможността предложението за проектно финансиране за възлагането на концесия да представлява „удължаване на срока“ на предходната концесия; впрочем, ако беше така, не би било обяснимо защо забраната следва да се ограничава само до концесиите за автомагистрала. Тази забрана е безусловна и абстрактна, като винаги и във всички случаи е пречка административните органи да прилагат проектно финансиране за този вид концесии, и то не само за концесии за автомагистрала, чийто срокове са изтекли или които предстои да изтекат към датата на влизане в сила на новия Кодекс за обществените поръчки, а и за концесиите за автомагистрала, чийто срокове ще изтекат по общия ред.
- 20 Ето защо изглежда основателен поставеният от Ativa въпрос относно противоречието на тази разпоредба с принципите на Директива 2014/23 и по-специално с принципа, прогласен в съображение 68, съгласно който възлагащите органи и възложителите следва да разполагат със значителна гъвкавост при определянето и организирането на процедурата за избор на концесионер, и в член 30 от нея, който признава свободата да се организира процедурата за избор на концесионер. Този принцип може да се отнесе също и до свободата на избор на вида процедура за възлагане на концесията, при спазване на принципите на прозрачност и на равно третиране. С оглед на тези съображения запитващата юрисдикция решава да спре производството и да постави на Съда на Европейския съюз горепосочения преюдициален въпрос.