

Дело C-322/20**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда****Дата на постъпване в Съда:**

22 юли 2020 г.

Запитваща юрисдикция:

Consiglio di Stato (Италия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

13 февруари 2020 г.

Жалбоподатели:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Ответници:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Предмет на главното производство

Спорът е относно законосъобразността на решението на публичен възлагащ орган, който изключва от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка за избор на частно лице за съдружник в ново публично-частно дружество в процес на учредяване, сдружение, образувано от две дружества, тъй като в резултат на собственото непряко участие в едно от тези две дружества бил превишен допустимият размер на участието на самата възлагаща администрация в учредяваното ново публично-частно дружество, определен на 51 %.

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Тълкуване на Директиви 2014/23/ЕС, 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС и на член 107 ДФЕС във връзка с италианското законодателство, което установява

ограничения за публичното участие в смесените публично-частни дружества.

Член 267 ДФЕС

Преюдициални въпроси

1) В съответствие ли е с правото [на Европейския съюз] и с правилното тълкуване на съображения 14 и 32, както и на членове 12 и 18 от Директива 2014/24/ЕС и член 30 от Директива 2014/23/ЕС, също и във връзка с член 107 ДФЕС, за целите на определянето на минималния праг от 30 % за участието на частния съдружник в смесено публично-частно дружество в процес на учредяване, праг, счетен за подходящ от националния законодател при прилагането на принципите [на правото на Европейския съюз], установени от общностната съдебна практика, да трябва да се вземе предвид единствено формалният състав на този съдружник или администрацията, която провежда обществената поръчка, може или дори трябва да вземе предвид собственото си непряко участие в конкуриращия частен съдружник?

2) При утвърдителен отговор на първия въпрос съгласувано и съвместимо ли е с принципите [на правото на Европейския съюз], и особено с принципите на конкуренция, на пропорционалност и на пригодност администрацията, която провежда процедурата за обществената поръчка, да може да изключи от участие в процедурата конкуриращия частен съдружник, чието ефективно участие в смесеното публично-частно дружество в процес на учредяване, в резултат на установеното пряко или непряко публично участие фактически е по-малко от 30 %?

Цитирани разпоредби от правото на Съюза

Директива 2014/24/ЕС, по-конкретно съображения 14 и 32, членове 12 и 18

Директива 2014/23/ЕС, по-конкретно членове 3 и 30

Решение на Съда от 15 октомври 2009 г., Acose, C-196/08

Решение на Съда от 22 декември 2010 г., Mehiläinen Oy, C-215/09

Тълкувателно съобщение на Комисията от 12 април 2008 г.

Зелена книга на Европейската комисия от 30 април 2004 г.

Член 106 ДФЕС

Разпоредби на националното право, на които е направено позоваване

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175 (Законодателен декрет n. 175 от 19 август 2016 г.) „Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Консолидиран текст за дружествата с публично участие“) по-конкретно следните членове

Член 4 установява целите, които могат да си поставят публичните администрации с учредяването на дружества с тяхно участие, от една страна, това трябва да са дружества, чийто предмет на дейност включва дейности, строго необходими за постигането на институционалните цели на образуването, от друга страна извършваните дейности трябва да са сред изрично посочените във втора алинея от същата разпоредба, или по-конкретно: а) предоставяне на услуга от общ интерес, което включва създаването и управлението на мрежите и на съоръженията за функционирането на тези услуги, б) проектиране и реализация на обществена структура въз основа на програмно споразумение между публични администрации, в) реализиране и управление на публична структура или организиране и управление на услуга от общ интерес чрез договор за партньорство.

Член 7, пета алинея предвижда, че частните съдружници се определят предварително чрез процедури за обществена поръчка съгласно член 5, девета алинея от Decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Законодателен декрет n. 50 от 18 април 2016 г.), (Codice dei contratti pubblici) (Кодекс за публичните договори), докато втора алинея от член 17 гласи, че „частният съдружник трябва да отговаря на изискванията за квалификация, предвидени в законовите или подзаконовите разпоредби във връзка с престацията на за която се учредява дружеството“, изисквания за квалификация (обща и специална, от техническо и финансово-икономическо естество), които трябва да са посочени в обявлението за обществената поръчка.

Член 17, първа алинея предвижда, че „В дружествата със смесено публично-частно участие делът на участието на частния съдружник не може да е по-малък от 30% и изборът му се осъществява чрез процедура за обществена поръчка (...) и в същото време има за цел записването или придобиването на участие в дружеството от частния съдружник и възлагането на договора за поръчка или за концесия, изключителен предмет на дейността на смесеното дружество“.

Кратко представяне на фактите и производството

- 1 Comune di Roma, denominato Roma Capitale (община Рим, наричана Рим столица) организира процедура за възлагане на обществена поръчка за избор на частния съдружник и за възлагане на интегрираната училищна услуга от компетентността на Roma Capitale на смесено публично-частно акционерно дружество като определя 51 % за участието на Roma Capitale и 49 % за

участието на частния съдружник и предвижда, че оперативният риск се поема изцяло от частния съдружник.

- 2 Един от участниците в процедурата е сдружение в процес на учредяване между Roma Multiservizi s.p.a. и Rekeep s.p.a., което обаче е изключено от участие с мотива, че в Roma Multiservizi s.p.a. 51 % са собственост на дружеството АМА s.p.a., чийто капитал се притежава изцяло от самата администрация възложител, Roma Capitale. Поради това, като се събере прякото и косвеното участие, се оказвало, че Roma Capitale притежава в смесеното публично частно дружество в процес на учредяване реално участие в размер на 73,5 %, по-голямо от установения за тази обществена поръчка максимален размер от 51 %
- 3 С две отделни жалби Roma Multiservizi s.p.a. и Rekeep s.p.a. искат от Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Областен административен съд Лацио) да отмени решението за изключване. И двете дружества искат при условията на евентуалност и отправяне на преюдициално запитване до Съда на ЕС, за да бъде тълкувана правилно националната правна уредба относно избора на частния съдружник в смесено публично частно дружество в процес на учредяване.
- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Областен административен съд Лацио) отхвърля и двете жалби, като приема, че са неоснователни. Двете дружества са подали въззивни жалби до запитващата юрисдикция, като отново искат да се отправи преюдициално запитване до Съда на ЕС.

Основни доводи на страните в главното производство

Жалбоподателите излагат еднакви мотиви. По-конкретно, Roma Multiservizi s.p.a. поддържа, че:

- а) по отношение на частния съдружник, в обявлението за обществената поръчка не било изрично предвидено, че делът от 49 % на частния съдружник не може да се достигне и с непряко публичното участие;
- б) при всяко положение решението за изключване било опорочено от нарушаването на принципа на задължителност на причините за изключване.

Кратко представяне на мотивите за преюдициалното запитване

- 5 Запитващата юрисдикция посочва преди всичко цитираната италианска правна уредба за прилагане на Директиви 2014/23/ЕС, 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС, която регламентира наред с останалото смесените публично-частни дружества. В нея се предвижда, че за управлението на определени дейности публичната администрация може да избира между управление „in house“ чрез притежавано изцяло дружество и чрез учредяването на смесено

дружество, като установява аналитична уредба за този модел, за да го направи съвместим с правото на Европейския съюз. По този начин са отчетени възраженията в съдебната практика на Съюза по отношение на предишната национална правна уредба, която запазва за дружествата с преобладаващо или изцяло държавно или публично, пряко или косвено участие, възможността да сключват с публичната администрация – без обществена поръчка, договори за дейности или за услуги. В основата на възраженията фактически се посочва, че прякото възлагане на услугата на смесеното дружество може да се използва, за да се избегне прилагането на принципа на свобода на конкуренцията, изключения от който са възможни само ако са надлежно обосновани от необходимостта да се осъществи задача от общ икономически интерес при ползотворно публично-частно партньорство, както се посочва в Зелена книга на Европейската комисия от 30 април 2004 г.

- 6 В това отношение следва да се уточни и да се отграничи целта (стопанска) на смесеното публично-частно дружество от тази на публичната администрация, която безспорно е публична, поради което дейността на смесеното публично-частно дружество и услугите, които то предлага, трябва да отговарят на условия за достъпност, които за изцяло частен субект няма да са изгодни. Максималният размер от 70 % на публичното участие в смесеното публично-частно дружество поради това определя границата която, ако бъде премината, дейността на такова дружество ще наруши конкуренцията на пазара, тъй като не само ще направи тази част от пазара непривлекателна, но и ще осигури на частния съдружник в смесеното публично-частно дружество прекомерно ограничаване (под 30%) на стопанския риск от участието в това предприятие. От друга страна смесеното публично-частно дружество с частен съдружник, определен с обществена поръчка с двоен предмет е плод на изработена в практиката на Consiglio di Stato, запитващата юрисдикция в настоящия случай, конструкция, призната за правилна от Съда на ЕС (решение от 15 октомври 2009 г., C-196/08, Acoset).
- 7 С други думи, дори в светлината на действащото право на Съюза може да се приеме, че
- а) решението на публична администрация да учреди смесено публично-частно дружество е типична проява на дискреционните правомощия, които законът отрежда на тази администрация за реализирането на поверените ѝ публични интереси;
 - б) частният съдружник, който трябва да бъде избран чрез процедура за възлагане на обществена поръчка, трябва да бъде действащ, а не просто съдружник, участващ с капитал, като се има предвид спецификата на ролята, която трябва да изпълнява за постигане на целта на дружеството: освен това участието на частния съдружник за постигането на целите, свързани с обществените

интерес, е обосновано от факта, че публичната администрация не притежава необходимата компетентност, с която разполага частният съдружник;

- в) участието на действащия частен съдружник трябва да бъде подходящо, годно да направи възможно осъществяването на целта на дружеството, тази пригодност е определена от националния законодател именно за да се зачитат принципите на правото на Европейския съюз, чрез минималния праг на участие от 30 %; следствие от което е, че участие по-малко от този праг само по себе си е негодно да направи реално постижимо следването на целта на дружеството;
- г) поради това публичното участие в смесеното публично-частно дружество не трябва да превишава 70 %.

- 8 За разрешаването на спора следва да се установи дали с оглед на спазването на точния праг за участието в смесеното публично-частно дружество в процес на учредяване (не повече от 70 % за публичното участие, не по-малко от 30 % за участието на частния съдружник) трябва да се държи сметка само за правната природа на частния съдружник (който формално е частно акционерно дружество) или, когато в него има участие на публичен капитал, трябва да се държи сметка и за аспекта „по същество“ на такова участие. В първия случай, както поддържат жалбоподателите, ще се даде предимство на равното третиране на конкурентите и на принципа на недопускане на дискриминация, както и на по-общия принцип на свобода на частната стопанска инициатива, във втория случай, като не се държи сметка за участието на публичния капитал, ще има опасност да се пренебрегне разпоредба от националното право, ще може да се получи положение при което пазарът да не бъде ефективен и ще се наруши принципът на конкуренция, тъй като ще се разреши на частния съдружник да се ползва неоснователно от предимствата на публичното участие. От този последен аспект решението на публична администрация (както в конкретния случай *Roma Capitale*) която оценява конкретно състава на партньорите, които имат намерение да се конкурират при подбора за избор на съдружника в смесеното публично-частно дружество в процес на учредяване и решава да изключи конкурент, в капитала на който същата администрация има съществено участие, би трябвало да се приеме за съгласувано с националните конституционни принципи и с принципите на правото на Европейския съюз за ефективност, ефикасност, пригодност и пропорционалност във връзка с принципите на конкуренция, на равно третиране и на недопускане на дискриминация. Изборът на едната или на другата възможност за тълкуване може да определи разрешаването на спора по два напълно противоположни начина, което прави релевантен въпроса за преюдициалното тълкуване, който да бъде оправен до Съда на ЕС.