РЕШЕНИЕ НА СЪДА (трети състав)

15 октомври 2009 година *

По дело C-196/08

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 234 ЕО от Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Италия) с акт от 13 март 2008 г., постъпил в Съда на 14 май 2008 г., в рамките на производство по дело

Acoset SpA

срещу

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Език на производството: италиански.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

в присъствието на:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

СЪДЪТ (трети състав),

състоящ се от: г-н J. N. Cunha Rodrigues (докладчик), председател на втори състав, изпълняващ функциите на председател на трети състав, г-жа P. Lindh, г-н A. Rosas, г-н U. Lõhmus и г-н A. Ó Caoimh, съдии,

генерален адвокат: г-н D. Ruiz-Jarabo Colomer,
секретар: г-жа M. Ferreira, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 2 април 2009 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за Acoset SpA, от адв. A. Scuderi и адв. G. Bonaventura, avvocati,

— за Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa и др., от адв. N. Gentile, avvocato,

— за Comune di Vittoria (RG), от адв. A. Bruno и адв. C. Giurdanella, avvocati,

— за италианското правителство, от г-н R. Adam, в качеството на представител, подпомаган от г-н G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— за австрийското правителство, от г-н M. Fruhmann, в качеството на представител,

— за полското правителство, от г-н M. Dowgielewicz, в качеството на представител,

— за Комисията на Европейските общности, от г-н C. Zadra и г-н D. Kukovec, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 2 юни 2009 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на членове 43 ЕО, 49 ЕО и 86 ЕО.

2 Запитването е отправено в рамките на спор между Acoset SpA (наричано по-нататък „Acoset“) и Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (събрание на кметовете и председателя на регионална провинция Рагуза, наричано по-нататък „Conferenza“) и др. относно отмяната от Conferenza на процедурата за възлагане на обществена поръчка за избор на миноритарния частен съдружник в смесено дружество, на което пряко се възлага интегрираната услуга по водоснабдяване („servizio idrico integrato“) в провинция Рагуза.

Правна уредба

Общностна правна уредба

Директива 2004/18

3 Член 1 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 (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116, поправка в ОВ L 182, 10.7.2008 г., стр. 282) гласи:

„[…]

2. а) „Обществени поръчки“ са писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с обект изпълнение на строителство, доставяне на стоки или предоставяне на услуги по смисъла на настоящата директива.

[…]

г) „Обществени поръчки за услуги“ са обществени поръчки, различни от обществените поръчки за строителство или обществените поръчки за доставки, с обект предоставянето на услуги, посочени в приложение II.

[…]

4. „Концесия за услуги“ е договор от същия вид като обществена поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата или в това право заедно с плащане.

[…]“

4 Член 3 от Директива 2004/18 гласи:

„Когато възлагащ орган предоставя специални или изключителни права за извършване на дейност, свързана с обществена услуга, на образувание, различно от този възлагащ орган, актът, с който това право се предоставя, предвижда, че по отношение на поръчките за доставки, които образуването възлага на трети страни като част от своята дейност, то трябва да се съобразява с принципа на недискриминация на основата на [гражданство].“

5 Съгласно член 7 от посочената директива:

„Настоящата директива се прилага към обществените поръчки, […] които имат стойност без ДДС равна или по-висока от следните прагове:

[…]

б) 249 000 EUR:

— за обществени поръчки за доставки и услуги, възлагани от възлагащи органи, различни от тези, посочени в приложение IV, [„Централни държавни органи“],

[…]“

6 Регламент (ЕО) № 2083/2005 на Комисията от 19 декември 2005 година за изменение на Директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета по отношение на прилаганите от тях прагове за процедурите за възлагане на обществени поръчки (ОВ L 333, стр. 28; Специално издание на български език 2007 г., глава 6, том 7, стр. 276) изменя член 7, буква б) от Директива 2004/18 в редакцията му, следваща от Регламент (ЕО) № 1874/2004 на Комисията от 28 октомври 2004 година (ОВ L 326, стр. 17), като заменя сумата 236 000 EUR със сумата 211 000 EUR за периода от 1 януари 2006 г. до 1 януари 2007 г.

7 Съгласно член 2 от Регламент (ЕО) № 1422/2007 на Комисията от 4 декември 2007 година за изменение на Директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета по отношение на прилаганите от тях прагове за процедурите за възлагане на обществени поръчки (ОВ L 317, стр. 34), посоченият размер става 206 000 EUR, считано от 1 януари 2008 г..

8 Член 17 от Директива 2004/18 гласи:

„Без да засяга прилагането на член 3, настоящата директива не се прилага за концесии за услуги, така както са определени в член 1, параграф 4.“

9 Съгласно член 21 от Директива 2004/18:

„Възлагането на поръчки с обект услуги, включени в приложение II Б, се подчинява единствено на член 23 и член 35, параграф 4.“

10 „Други услуги“ с изключение на договори за придобиването, създаването, продуцирането и копродуцирането на програми от радио- и телевизионни оператори и договори за предоставянето на програмно време са включени в категория № 27 от приложение II Б към Директивата.

Директива 2004/17

11 Съгласно член 1, параграфи 2 и 3 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 в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3, поправка в ОВ L 182, 10.7.2008 г., стр. 169):

„2. […]

б) „поръчки за строителство“ са поръчки с обект изпълнение или проектиране и изпълнение на строителни работи, свързани с една от дейностите по смисъла на приложение XII, или строеж, или извършване, независимо с какви средства, на строеж, отговарящ на изискванията на възложителя. „Строеж“ е резултатът от строителство, който е достатъчен сам по себе си да изпълнява икономическа или техническа функция;

в) „поръчки за доставка“ са поръчки, различни от тези, посочени в буква б), които имат за обект покупката, финансовия лизинг, наемането, или лизинга, със или без правото на закупуване, на стоки.

Всяка поръчка с обект доставка на стоки, която включва същотака като съпътстващи дейности разполагане на място и монтажни работи, се счита за „поръчка за доставки“;

г) „поръчки за услуги“ са поръчки, различни от поръчките за строителство или поръчките за доставки, които имат за обект предоставянето на услуги, посочени в приложение XVII.

Поръчка с обект едновременно стоки и услуги по смисъла на приложение XVII се разглежда като „поръчка за услуги“, ако стойността на съответните услуги надвишава тази на стоките — обект на поръчката.

Поръчка с обект услуги по смисъла на приложение XVII и която включва дейности по смисъла на приложение XII, които единствено съпътстват основния обект на поръчката, се разглежда като поръчка за услуги.

3. а) „Концесия за строителство“ представлява договор от същия вид като поръчките за строителство с изключение на факта, че насрещната престация за строителството, което трябва да се извърши, се състои или единствено в правото да се експлоатира строежът, или в това право заедно с плащане;

б) „Концесия за услуги“ е договор от същия вид като поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата или в това право заедно с плащане.“

12 Съгласно член 4 от Директива 2004/17:

„1. Настоящата директива се прилага към следните дейности:

а) предоставянето или експлоатацията на фиксирани мрежи, предназначени да обслужват обществеността във връзка с производството, преноса или разпределянето на питейна вода; или

б) доставката на питейна вода до такива мрежи.

[…]“

13 Съгласно член 9, параграф 1 от същата директива:

„Всяка поръчка, която е предназначена да обхване няколко дейности, се подчинява на правилата, които се прилагат към дейността, за която тя е основно предназначена.

Въпреки това изборът между възлагането на една поръчка и възлагането на няколко отделни поръчки не може да се направи с цел да се изключи тази поръчка от приложното поле на настоящата директива или, където е приложимо, на Директива 2004/18/ЕО.“

14 Член 18 от Директива 2004/17 гласи:

„Настоящата директива не се прилага за концесии за строителство и услуги, които се предоставят от възложителите, които извършват една или повече от дейностите, посочени в членове 3—7, когато тези концесии се предоставят за извършване на тези дейности.“

Национална правна уредба

15 Член 113, параграф 5 от Законодателен декрет № 267 за приемане на единен текст на законите за организация на местните образувания (testo unico delle leggi

sull'ordinamento degli enti locali) от 18 август 2000 г. (редовно приложение на GURI № 227 от 28 септември 2000 г.), изменен с Декрет-закон № 269 за приемане на неотложни разпоредби за подпомагане на развитието и за подобряване на положението на публичните финанси (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) от 30 септември 2003 г. (редовно приложение на GURI № 229 от 2 октомври 2003 г.), преработен в закон след изменение със закон № 326 от 24 ноември 2003 г. (редовно приложение на GURI № 274 от 25 ноември 2003 г., наричан по-нататък „Законодателен декрет № 267/2000"), предвижда:

„Предоставянето на услуги [на местна обществена услуга от административно-териториална единица] се извършва при спазване на правната уредба за съответния сектор и правната уредба на Европейския съюз, като извършването на услугите се възлага:

а) на капиталови дружества, избрани посредством процедура за възлагане на обществени поръчки;

б) на дружества със смесен публичен и частен капитал, в които частният съдружник е избран посредством процедура за възлагане на обществени поръчки, гарантираща спазването на националните и общностните разпоредби в областта на конкуренцията според насоките в актове или в специфични циркулярни писма, приети от компетентните органи;

в) на дружества с изцяло публичен капитал при условие, че публичноправният субект или публичноправните субекти, притежаващи дружествения капитал, упражняват върху дружеството контрол, аналогичен на този, който упражняват върху собствените си служби и че дружеството осъществява основната част от дейността си с публичноправния субект или публичноправните субекти, който или които го контролира(т)."

Спорът по главното производство и преюдициалният въпрос

16 На 10 юли 2002 г. Provincia Regionale di Ragusa (регионална провинция Рагуза) и общините в югоизточна Сицилия сключват споразумение за сътрудничество, с което се създава Ambito Territoriale Ottimale (Оптимална териториална рамка, наричана по-нататък „АТО“) idrico di Ragusa (за водоснабдяването на Рагуза) — местен орган, който отговаря за интегрираната услуга по водоснабдяването на Рагуза.

17 На 26 март 2004 г. Conferenza, управителен орган на АТО, избира като форма на управление на въпросната услуга посоченото в член 113, параграф 5, буква б) от Законодателен декрет № 267/2000 „смесено дружество с мажоритарно участие на публичен капитал“.

18 На 7 юни 2005 г. Conferenza одобрява проекта за учредителен акт за създаване на акционерно дружество и неговия устав, както и проекта за споразумението относно управлението на посочената услуга, член 1 от който предвижда, че услугата ще бъде възложена пряко и единствено на смесеното дружество, което ще се създаде (което ще управлява интегрираната услуга по водоснабдяване).

19 Впоследствие по-конкретно в *Официален вестник на Европейските общности* от 8 октомври 2005 г. (ОВ S 195) е публикувано обявление за обществена поръчка за избор на предприятие — миноритарен частен акционер, на което да се възложи оперативната дейност по интегрираната услуга по водоснабдяване, и изпълнението на строителството, свързано с изключителното управление на тази услуга, т.е. строителството, предвидено по-конкретно в тригодишния оперативен план, одобрен от събранието на кметовете на 15 декември 2003 г.

20 Съгласно член 1, точка 8 от спецификацията „строителството, което трябва да се извърши, е включено в тригодишния оперативен план, изменен и/или допълнен от офертата, както и в последващия информационен проект, предвиден в плана за

развитие […]“ и „за възлагането на строителството, което не се извършва пряко от частния акционер, ще трябва да се прибегне до конкурентните процедури, предвидени в закона.“

21 Три временни групи предприятия, всяка от които е упълномощила водещото за групата предприятие, съответно Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset и Aqualia SpA, участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Комисията за възлагане на обществената поръчка изключва Aqualia SpA и допуска останалите две дружества. Впоследствие лицето, което отговаря за процедурата, отправя покана до последните да декларират дали все още имат интерес. Единствено Acoset отговаря положително на посочената покана.

22 От акта за преюдициално запитване е видно също, че Conferenza, вместо да констатира, че има възлагане, и да учреди смесеното дружество за управление, за да започне изпълнението на въпросната услуга и да се възползва от фондовете на Общността, решава на заседанието на 26 февруари 2007 г., опасявайки се, че следваната процедура би могла да е незаконосъобразна от гледна точка на правото на Общността, да предприеме действия по отмяна на процедурата за избор на Acoset. Вследствие на това оперативно-техническият секретариат на АТО информира Acoset с писмо от 28 февруари 2007 г. за започналата процедура по отмяна и във връзка с това Acoset представя становище с писмо от 26 март 2007 г.

23 На 2 октомври 2007 г. Conferenza отменя въпросната процедура за възлагане на поръчка и приема като форма на управление на интегрираната услуга по водоснабдяването на Рагуза формата на „консорциум“. Отмяната на процедурата за възлагане на обществена поръчка е съобщена на Acoset с писмо от 9 октомври 2007 г.

24 В рамките на жалбата си по главното производство срещу решението от 2 октомври 2007 г. и актовете, с които това решение е свързано, Acoset иска да му се признае право на обезщетение чрез възлагане на поръчката и на обезщетение, равностойно на вредите, претърпени в резултат на обжалваните актове. Acoset иска също като обезпечение временното спиране на действието на тези актове.

25 Според Acoset прякото възлагане на управлението на местните обществени услуги на смесени дружества съгласно член 113, параграф 5, буква б) от Законодателен декрет № 267/2000, при които частният съдружник се избира посредством процедура за възлагане на обществена поръчка, като се спазват общностните разпоредби в областта на конкуренцията, е съвместимо с общностното право.

26 Обратно, ответниците по главното производство считат, че общностното право допуска такова пряко възлагане без провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка за строителство и за услуги само за дружества с изцяло публично участие, които осъществяват основната част от своята дейност с публичноправния субект или публичноправните субекти, който или които ги контролира(т), и върху които последните упражняват контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените им служби. Участието, дори миноритарно, на частно предприятие в капитала на дружество, в което участва и разглежданият възлагащ орган, при всички положения изключвало възможността възлагащият орган да упражнява върху това дружество контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените му служби. (вж. по-конкретно Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau, C-26/03, Recueil, стр. I-1).

27 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia счита, че повдигнатият от Acoset въпрос за съвместимостта на прякото възлагане на разглежданата поръчка с общностното право е релевантен и отговорът му не може да се изведе ясно от практиката на Съда.

28 При тези условия Tribunale amministrativo regionale della Sicilia решава да спре производството по молбата за спиране на изпълнението, направена в главното производство, и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„В съответствие ли е с правото на Общността, и по-конкретно с посочените в членове 43 ЕО, 49 ЕО и 86 ЕО задължения за прозрачност и за свободна конкуренция, моделът на смесено дружество с един-единствен предмет на дейност, създадено специално за предоставянето на определена обществена услуга с промишлен характер, на което въпросната услуга е пряко възложена и в което частният съдружник с „промишлен“ и „оперативен“ характер е избран чрез конкурентна процедура след проверка както на финансовите и техническите, така

и на действително оперативните и управленски изисквания, свързани с услугата, чието предоставяне трябва да се гарантира, и със специфичните действия, които трябва да се извършват?“

По допустимостта

29 Австрийското правителство отбелязва, че преюдициалното запитване трябва да бъде обявено за недопустимо, с мотив че актът за преюдициално запитване не предоставя достатъчно сведения относно фактическия и правен контекст, в който се вписва главното производство, за да може Съдът да даде полезен отговор на преюдициалния въпрос. По-специално липсвали сведения относно спецификата на разглежданата услуга или разглежданите услуги, относно съдържанието на обществената поръчка и на процедурата по възлагане и относно някои понятия, използвани в поставения въпрос.

30 Що се отнася до информацията, които трябва да се предостави на Съда в рамките на акта за преюдициално запитване, следва да се напомни, че функцията ѝ е не само да позволи на Съда да даде полезен отговор, но също така да даде възможност на правителствата на държавите членки и на другите заинтересовани страни да представят становища съгласно член 23 от Статута на Съда. От трайната съдебна практика следва, че за тази цел е необходимо, от една страна, националният съд да определи фактическия и правен контекст, в който се вписват зададените от него въпроси, или най-малкото да обясни фактическите хипотези, на които се основават тези въпроси. От друга страна, актът за преюдициално запитване трябва да посочва конкретните причини, поради които националният съд е несигурен относно тълкуването на общностното право и счита за необходимо да постави преюдициални въпроси на Съда. При тези обстоятелства е необходимо националният съд да предостави минимални разяснения относно причините за избор на общностните разпоредби, чието тълкуване е поискал, и относно връзката, която установява между тях и националното законодателство, приложимо към спора по главното производство (в този смисъл вж. по-конкретно Решение от 6 март 2007 г. по дело Placanica и др., C-338/04, C-359/04 и C-360/04, Сборник, стр. I-1891, точка 34).

31 Актът за преюдициално запитване на Tribunale amministrativo regionale della Sicilia отговаря на тези изисквания.

32 В действителност националната юрисдикция посочва приложимите национални разпоредби и актът за преюдициално запитване съдържа описание на фактите, което, макар и сбито, е достатъчно, за да може Съдът да се произнесе. Освен това посочената юрисдикция посочва причините, поради които е счела за необходимо да постави преюдициален въпрос на Съда, доколкото същият съдържа подробно описание на противоположните гледни точки, защитавани от страните в главното производство, относно тълкуването на общностните разпоредби, които са предмет на преюдициалния въпрос, и доколкото според запитващата юрисдикция отговорът на поставения въпрос не би могъл ясно да се изведе от практиката на Съда.

33 Освен това Conferenza отбелязва, че доколкото процедурата за избор на разглеждания в главното производство частен съдружник е отменена, Acoset няма никакъв интерес от воденето на съдебно производство, за да получи отговор на поставения въпрос.

34 В това отношение достатъчно е да се изтъкне, че член 234 ЕО въвежда пряко сътрудничество между Съда и националните юрисдикции чрез производство, което не зависи от предприемането на действия от страните и в което същите се приканват единствено да изразят становището си по въпроси, които само националната юрисдикция може да зададе (в този смисъл вж. по-конкретно Решение от 9 декември 1965 г. по дело Singer, 44/65, Recueil, стр. 1191).

35 При тези обстоятелства следва да се разгледа поставеният от запитващата юрисдикция въпрос.

По преюдициалния въпрос

36 С въпроса си запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали членове 43 ЕО, 49 ЕО и 86 ЕО допускат пряко възлагане на обществена услуга, включваща предварителното изпълнение на определено строителство, като разглежданата в главното производство, на дружество със смесен публичен и частен капитал, специално създадено за предоставяне на тази услуга и имащо един-единствен предмет на дейност, в което частният съдружник е избран чрез процедура за възлагане на обществена поръчка, след проверка на финансовите, техническите, оперативните и управленски изисквания, свързани с услугата, чието предоставяне трябва да се гарантира, и на характеристиките на офертата от гледна точка на действията, които трябва да се извършват.

37 В самото начало следва да се изтъкне, че възлагането на местна обществена услуга за интегрирано управление на водоснабдяването като разглежданата в главното производство би могло според спецификите на насрещната престация за тази услуга да се обхваща от определението за „обществени поръчки за услуги“ или за „концесия за обществени услуги“ по смисъла съответно на член 1, параграф 2, буква г) и на член 1, параграф 4 от Директива 2004/18 или евентуално съответно на член 1, параграф 2, буква г) и параграф 3, буква б) от Директива 2004/17, член 4, параграф 1, буква а) от която предвижда, че Директивата се прилага при предоставянето или експлоатацията на фиксирани мрежи, предназначени да обслужват обществеността във връзка с производството, преноса или разпределянето на питейна вода или доставката на питейна вода до такива мрежи.

38 Въпросът дали дадена сделка следва да бъде квалифицирана като „концесия за услуги“ или като „обществена поръчка за услуги“ трябва да се преценява изключително в светлината на общностното право (вж. по-конкретно Решение от 18 юли 2007 г. по дело Комисия/Италия, C-382/05, Сборник, стр. I-6657, точка 31).

39 Разликата между поръчка за услуги и концесия за услуги се състои в насрещната престация при предоставянето на услуги (вж. по-конкретно Решение от 10 септември 2009 г. по дело WAZV Gotha, C-206/08, Сборник, стр. I-8377, стр. 51). „Обществената поръчка за услуги“ по смисъла на Директиви 2004/18 и 2004/17 съдържа насрещна престация, която се изплаща пряко от възлагащия орган на доставчика на услуги (вж. по-конкретно Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen, C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точка 39). Налице е концесия за услуги, когато уговореният начин на възнаграждение се състои в правото на

доставчика да експлоатира услугата и предполага доставчикът да поеме риска, свързан с експлоатацията на съответните услуги (вж. по-конкретно Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Комисия/Италия, C-437/07, точки 29 и 31, както и Решение по дело WAZV Gotha, посочено по-горе, точки 59 и 68).

40 Запитващата юрисдикция нарича смесеното дружество, което трябва да се създаде, „концесионер“ на управлението на интегрираната услуга по водоснабдяването. От преписката е видно, че срокът на сделката е 30 години.

41 Освен това италианското правителство отбелязва, че очевидно става въпрос за възлагане на обществена услуга посредством 30-годишна концесия, при която насрещната престация е възможността да се иска от ползвателите цената на водата, която е посочена в процедурата за възлагане на обществена поръчка като компенсация за предоставяната услуга.

42 Следователно Съдът изхожда от хипотезата, че става въпрос за концесия.

43 Съдът е признал съществуването на концесия за услуги по-конкретно в случаи, при които възнаграждението на доставчика на услуги произтича от плащания, извършени от ползвателите на обществен паркинг, на услуга за обществен транспорт и на мрежа за разпространение на телевизионни програми (вж. Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе, точка 40, Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV, C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 16 и Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Coditel Brabant, C-324/07, Сборник, стр. I-8457, точка 24).

44 Член 17 от Директива 2004/18 предвижда, че без да засяга прилагането на член 3 от Директивата, същата не се прилага за концесии за услуги. Освен това член 18 от Директива 2004/17 изключва прилагането на Директивата към концесии за услуги, които се предоставят от възложителите, които извършват една или

повече от дейностите, посочени в членове 3—7 от Директивата, когато тези концесии се предоставят за извършване на тези дейности.

45 Впрочем установено е, че изпълнението на строителство, свързано с изключителното управление на разглежданата в главното производство интегрирана услуга по водоснабдяване, има акцесорен характер по отношение на основния предмет на въпросната концесия, който се състои в предоставянето на тази услуга, така че тя не може да бъде квалифицирана като „концесия за строителство“ (в този смисъл вж. по-конкретно Решение от 19 април 1994 г. по дело Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Recueil, стр. II1329, точки 26—28 и член 9, параграф 1 от Директива 2004/17).

46 Независимо от факта, че договорите за концесия за обществени услуги са изключени от приложното поле на Директиви 2004/18 и 2004/17, сключващите ги публични органи все пак са длъжни да зачитат основните правила на Договора за ЕО като цяло, и в частност принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство (вж. по-конкретно Решение по дело ANAV, посочено по-горе, точка 18).

47 Разпоредбите на Договора, които в частност се прилагат към концесиите за обществени услуги, се съдържат по-конкретно в членове 43 ЕО и 49 ЕО (вж. по-конкретно Решение по дело ANAV, посочено по-горе, точка 19).

48 Освен принципа на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, към концесиите за обществени услуги се прилага и принципът на равно третиране на оферентите, дори при липсата на дискриминация, основана на гражданство (вж. по-конкретно Решение по дело ANAV, посочено по-горе, точка 20).

49 Принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, основана на гражданство, налагат по-специално задължение за прозрачност, което позволява на публичния орган концедент да се увери, че тези принципи са спазени. Това задължение за прозрачност на посочения орган се състои в това да се гарантира на всеки потенциален оферент подходящо равнище на публичност,

което дава възможност за предоставяне на концесията за услуги при условия на конкуренция, както и контрол за безпристрастността на процедурите за възлагане на обществени поръчки (вж. по-конкретно Решение по дело ANAV, посочено по-горе, точка 21).

50 Освен това от член 86, параграф 1 ЕО произтича, че държавите членки не трябва да запазват в сила национално законодателство, което допуска възлагане на концесии за обществени услуги без провеждане на процедура на конкурентно възлагане, тъй като такова възлагане нарушава членове 43 ЕО или 49 ЕО или пък принципите на равно третиране, на недопускане на дискриминация и на прозрачност (вж. по-конкретно Решение по дело ANAV, посочено по-горе, точка 23).

51 Прилагането на посочените в членове 12 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО правила, както и на общите принципи, чийто специфичен израз те представляват, обаче се изключва, ако контролът, упражняван върху субекта концесионер от публичния орган концедент, е аналогичен на контрола, който последният упражнява върху собствените си служби, и ако едновременно с това този субект извършва основната част от дейността си съвместно с органа, който го притежава (вж. по-конкретно Решение по дело ANAV, посочено по-горе, точка 24). В такъв случай процедурата на конкурентно възлагане не е задължителна — дори когато съдоговорителят е субект, който от правна гледна точка е отделен от възлагащия орган (вж. по-конкретно Решение от 10 септември 2009 г. по дело Sea, C-573/07, Сборник, стр. I-8127, точка 36).

52 Тази съдебна практика е релевантна както за тълкуването на Директиви 2004/18 и 2004/17, така и за тълкуването на членове 43 ЕО и 49 ЕО и на общите принципи, чийто специфичен израз представляват (вж. по-конкретно Решение по дело Sea, посочено по-горе, точка 37).

53 Участието, дори миноритарно, на частно предприятие в капитала на дружество, в което участва и съответният възлагащ орган, изключва възможността възлагащият орган да упражнява върху това дружество контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените му служби (вж. по-конкретно Решение по дело Sea, посочено по-горе, точка 46).

54 Такъв е случаят с разглежданата в главното производство концесия, въпреки че частният съдружник трябва да запише 49 % от капитала на дружеството със смесен капитал, на което е възложена въпросната концесия.

55 При тези условия е важно по-точно да се определи дали възлагането на въпросната обществена услуга на дружество със смесен капитал без провеждане на процедура на конкурентно възлагане е съвместимо с общностното право, при положение че процедурата за възлагане на обществена поръчка с оглед на избора на частен съдружник, който да поеме цялостното управление на услугата по водоснабдяването, е проведена при спазването на членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, основана на гражданството, и на задължението за прозрачност, произтичащо от тях.

56 От съдебната практика е видно, че възлагането на обществена поръчка на предприятие със смесен капитал без провеждане на процедура на конкурентно възлагане би било в противоречие с целта на свободната и ненарушена конкуренция и на принципа на равно третиране, доколкото такава процедура би предоставила на частно предприятие, което има дял от капитала на това дружество, предимство спрямо неговите конкуренти (Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau, посочено по-горе, точка 51, както и Решение от 10 ноември 2005 г. по дело Комисия/Австрия, C-29/04, Recueil, стр. I-9705, точка 48).

57 Освен това както се посочва в точка 2.1 от Тълкувателното съобщение на Комисията относно прилагане на правото на Общността в областта на обществените поръчки и концесии по отношение на институционализирани публично частни партньорства (ИПЧП) (ОВ C 91, 2008 г., стр. 4), фактът, че един частноправен субект и един възлагащ субект си сътрудничат в рамките на публично-частно дружество, не може да оправдае неспазването от страна на възлагащия субект на разпоредбите относно концесиите при възлагането на концесии на този частноправен субект или публично-частно дружество.

58 Все пак както генералният адвокат изтъква в точка 85 от заключението си, използването на двойна процедура на конкурентно възлагане би било трудно съвместимо с процесуалната икономия, която е в основата на институционализираните публично-частни партньорства като разглежданото в главното произ-

водство, чието създаване обединява в една-единствена процедура избора на частен икономически партньор и възлагането на концесията на публично-частно дружество, създадено с тази единствена цел.

59 Ако липсата на конкурентна процедура при възлагането на услуги се явява несъвместима с членове 43 ЕО и 49 ЕО и с принципите на равно третиране и недопускане на дискриминация, изборът на частен съдружник при спазването на изискванията, припомнени в точки 46—49 от настоящото решение, и възприетите критерии за избор на частен съдружник позволяват да се поправи това положение, тъй като кандидатите трябва да установят, освен своята способност да станат акционери, преди всичко своята техническа способност да предоставят услугата и икономическите и други предимства, произтичащи от тяхната оферта.

60 Доколкото критериите за избор на частен съдружник се основават не само на внесения капитал, но и на техническата способност на този съдружник и на характеристиките на неговата оферта с оглед на специфичните действия, които трябва да извършват, и доколкото на този съдружник, както в конкретния случай в главното производство, е поверена оперативната дейност на въпросната услуга и следователно нейното управление, може да се приеме, че изборът на концесионер произтича непряко от избора на посочения съдружник, който е осъществен съгласно процедура, спазваща принципите на общностното право, така че втора процедура на конкурентно възлагане за избор на концесионер не би била оправдана.

61 При такова положение прибягването до двойна процедура, при която най-напред да се избере частен партньор в дружеството със смесен капитал и след това да се възложи концесията на посоченото дружество, би могло да разколебае частноправните субекти и публичните органи да създават институционализирани публично-частни партньорства като разглежданото в главното производство, поради присъщата за прилагането на такива процедури продължителност и поради правната несигурност относно възлагането на концесията на предварително избрания частен партньор.

62 Следва да се уточни, че дружество със смесен публичен и частен капитал като разглежданото в главното производство трябва да запази един и същи предмет на дейност за целия срок на концесията и всяко съществено изменение в договора

би довело до задължение за провеждане на процедура на конкурентно възлагане (вж. в този смисъл Решение от 19 юни 2008 г. по дело Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Сборник, стр. I-4401, точка 34).

63 С оглед на гореизложените съображения на поставения въпрос следва да се отговори, че членове 43 ЕО, 49 ЕО и 86 ЕО допускат пряко възлагане на обществена услуга, която включва предварителното извършване на определено строителство, като разглежданата в главното производство, на дружество със смесен публичен и частен капитал, специално създадено за предоставяне на тази услуга и имащо един-единствен предмет на дейност, в което частният съдружник е избран чрез процедура за възлагане на обществена поръчка, след проверка на финансовите, техническите, оперативните и управленски изисквания, свързани с услугата, чието предоставяне трябва да се гарантира, и на характеристиките на офертата от гледна точка на действията, които трябва да се извършват, при положение че въпросната процедура за възлагане на поръчка е в съответствие с наложените от Договора по отношение на концесиите принципи на свободна конкуренция, на прозрачност и на равно третиране.

По съдебните разноски

64 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (трети състав) реши:

Членове 43 ЕО, 49 ЕО и 86 ЕО допускат пряко възлагане на обществена услуга, която включва предварителното извършване на определено строителство, като разглежданата в главното производство, на дружество със смесен публичен и частен капитал, специално създадено за предоставяне на тази услуга и имащо един-единствен предмет на дейност, в което частният съдружник е избран чрез процедура за възлагане на обществена поръчка, след проверка на финансовите, техническите, оперативните и управленски

изисквания, свързани с услугата, чието предоставяне трябва да се гарантира, и на характеристиките на офертата от гледна точка на действията, които трябва да се извършват, при положение че въпросната процедура за възлагане на поръчка е в съответствие с наложените от Договора по отношение на концесиите принципи на свободна конкуренция, на прозрачност и на равно третиране.

Подписи