Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 30 април 2024 година [1]

Дело C-683/22

Adusbef — Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari
срещу
Presidenza del Consiglio dei ministri,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili,
DIPE — Dipartimento programmazione e coordinamento della politica economica,
Autorità di regolazione dei trasporti,
Corte dei Conti,
Avvocatura dello Stato,
при участието на:
Mundys S.p.A., предишно Atlantia S.p.A.,
Autostrade per l'Italia S.p.A.,
Holding Reti Autostradali S.p.A.

(Преюдициално запитване, отправено от Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио, Италия)

„Преюдициално запитване — Концесия за управление на автомагистрали — Сериозно неизпълнение на задълженията за поддръжка и опазване — Директива 2014/23/ЕС — Член 43 — Изменение на договора за концесия — Запазване на предишния концесионер — Преценка на необходимостта от организиране на нова процедура за възлагане на концесия — Мотивиране на решението — Съществен характер на измененията — Преценка на надеждността на концесионера в процедурата за изменение на договора за концесия — Член 44 — Прекратяване на договора за концесия — Непровеждане на процедура за възлагане на концесия — Ненадеждност на концесионера“

1. На 14 август 2018 г. се срутва т.нар. „Мост Моранди“, виадуктът „Полчевера“ на магистрала A10, близо до Генуа, Италия. Към посочената дата концесионер на автомагистралата е Autostrade per l'Italia S.p.A. (наричано по-нататък „ASPI“).

2. Националните органи започват производство срещу ASPI за установяване на сериозно неизпълнение на задълженията за опазване и поддръжка на поверената му автомагистрална мрежа.

[1] Език на оригиналния текст: испански.

3. Това производство приключва с *accordo transattivo* (наричана по-нататък „спогодбата“) между ASPI и италианските органи, последвана от *III atto aggiuntivo* (наричано по-нататък „третото допълнително споразумение“), подписано между същите страни и включено в първоначалния договор за концесия. Съгласно тези актове клаузите на договора за концесия са изменени без нова процедура за възлагане на концесия.

4. Сдружение на потребители оспорва тези споразумения и други свързани с тях актове пред италиански съд, който изразява пред Съда съмненията си относно тълкуването на правото на Съюза в областта на изменението (и евентуалното прекратяване) на договорите за концесия, уредени с Директива 2014/23/ЕС [2].

I. Правна уредба

A. Правото на Съюза. Директива 2014/23

5. Член 3 („Принцип на равнопоставеност, [недопускане на дискриминация] и прозрачност“) предвижда:

„1. Възлагащите органи и възложителите прилагат по отношение на икономическите оператори принципа на равнопоставеност, без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин.

[…]

2. Възлагащите органи и възложителите се стремят да осигурят прозрачността на процедурата за възлагане и на изпълнението на договора […]“.

6. Съгласно член 38 („Подбор и оценка на качествата на кандидатите“):

„[…]7. Възлагащите органи или възложителите, по собствена инициатива или по искане на държавите членки, могат да изключат от участие във възлагане на концесия даден икономически оператор, ако е изпълнено едно от следните условия:

[…]

в) когато възлагащият орган може да докаже по подходящ начин, че икономическият оператор е виновен за тежко професионално нарушение, което поставя под въпрос честността му;

[…]

е) когато икономическият оператор е допуснал значителни или трайни недостатъци при изпълнението на съществено изискване в предходна концесия или предходен договор с възлагащ орган или възложител съгласно определеното в настоящата директива или в Директива 2014/25/ЕС, което е довело до предсрочно прекратяване на този предходен договор, изплащане на обезщетения или други подобни санкции;

[2] 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).

[…]“.

7. Съгласно член 43 („Изменение на договорите през техния срок на изпълнение“):

„1. Договорите за концесия могат да бъдат изменяни без нова процедура за възлагане на концесия в съответствие с настоящата директива в следните случаи:

а) когато измененията, независимо от паричната им равностойност, са предвидени в първоначалната документация за концесията чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи за преразглеждане, които могат да включват клаузи за изменение на цената или опции. В тези клаузи се посочват обхватът и естеството на възможните изменения или опции, както и условията, при които те може да се използват. Те не предвиждат изменения или опции, които биха променили цялостния характер на концесията;

[…]

в) когато са изпълнени всички условия по-долу:

i) необходимостта от изменение е предизвикана от обстоятелства, които добросъвестен възлагащ орган или изложител не би могъл да предвиди;

ii) изменението не променя цялостния характер на концесията;

iii) за концесии, възложени от възлагащия орган за целите на дейност, различна от посочените в приложение II, увеличението на стойността не превишава с повече от 50 % стойността на първоначалната концесия. Когато се правят няколко последователни изменения, това ограничение се прилага за стойността на всяко изменение. Тези последователни изменения не трябва да целят заобикаляне на настоящата директива;

г) когато нов концесионер заменя концесионера, на който възлагащият орган или възложителят първоначално е възложил концесията, вследствие на:

i) недвусмислена клауза за преразглеждане или опция в съответствие с буква а);

ii) цялостно или частично встъпване в положението на първоначалния концесионер след корпоративно преструктуриране, включително поглъщания, сливания, придобивания или несъстоятелност, от друг икономически оператор, който отговаря на първоначално установените критерии за качествен подбор, при условие че това не води до други съществени изменения на договора и не цели заобикаляне на прилагането на настоящата директива; или

iii) когато възлагащият орган или възложителят сам поема задълженията на основния концесионер по отношение на неговите подизпълнители, ако тази възможност е предвидена в националното законодателство;

д) когато измененията, независимо от стойността им, не са съществени по смисъла на параграф 4.

Възлагащите органи или възложителите, които са изменили дадена концесия в случаите по букви б) и в) от настоящия параграф, публикуват обявление за това в Официален вестник на Европейския съюз. Това обявление трябва да съдържа информацията, посочена в приложение XI, и се публикува в съответствие с член 33.

2. В допълнение и без да е необходима проверка дали са спазени условията по параграф 4, букви а)—г), договорите за концесия могат да бъдат изменени, без да е необходимо провеждането на нова процедура за възлагане на концесия в съответствие с настоящата директива, когато стойността на изменението е едновременно под следните две стойности:

i) прага по член 8; и

ii) 10 % от стойността на първоначалната концесия.

Изменението обаче не може да променя цялостния характер на концесията. Когато се правят няколко последователни изменения, стойността се изчислява въз основа на нетната обща стойност на последователните изменения.

[…]

4. Изменението на договор за концесия в рамките на неговия срок на изпълнение се счита за съществено по смисъла на параграф 1, буква д), когато прави концесията съществено различна по характер от първоначално възложената. При всички случаи, без да се засягат параграфи 1 и 2, изменението се счита за съществено, когато е изпълнено едно или повече от следните условия:

а) изменението въвежда условия, които, ако бяха част от първоначалната процедура за възлагане на концесия, биха позволили допускането на кандидати, различни от първоначално избраните, или приемането на оферта, различна от първоначално приетата, или биха привлекли към участие в процедурата за възлагане на концесията допълнителни кандидати;

б) изменението променя икономическия баланс на концесията в полза на концесионера по начин, който не е бил предвиден в първоначалната концесия;

в) изменението значително разширява обхвата на концесията;

г) когато нов концесионер заменя концесионера, на когото възлагащият орган или възложителят първоначално е възложил концесията, в случаи, различни от предвидените в параграф 1, буква г).

5. За изменения на разпоредбите на договора на концесията по време на срока на изпълнение, различни от предвидените в параграфи 1 и 2, е необходима нова процедура за възлагане на концесия в съответствие с настоящата директива“.

8. Член 44 („Прекратяване на договорите за концесия“) предвижда:

„Държавите членки осигуряват на възлагащите органи и възложителите възможността при условията, определени от приложимото национално право, да прекратяват договор за концесия по време на неговия срок, ако е изпълнено едно или повече от следните условия:

а) концесията е изменена по начин, който налага провеждането на нова процедура за възлагане на концесия съгласно изискванията на член 43;

б) по време на възлагането на концесията концесионерът се е намирал в едно от положенията по член 38, параграф 4 и следователно е трябвало да бъде изключен от процедурата за възлагане на концесия;

в) Съдът на Европейския съюз е определил в производство по член 258 ДФЕС, че държава членка не е изпълнила задълженията си, произтичащи от Договорите, тъй като възлагащ орган или възложител от тази държава членка е възложил съответната концесия, без да изпълни задълженията си, произтичащи от Договорите и от настоящата директива“.

Б. Италианското право

1. Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201. Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici [3]

9. Съгласно член 43, параграф 1 за актуализирането или преразглеждането на действащите към датата на влизането му в сила договори относно автомагистрали, когато включват промени или изменения на инвестиционния план или аспекти от нормативно естество, имащи за цел защитата на публичните финанси, се изисква становище на определени органи и одобрение на посочените в тази разпоредба органи.

2. Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Codice dei contratti pubblici [4]

10. Член 80, параграф 5 предвижда като факултативни основания за изключване на оференти съответно в букви c) и c ter) сериозно професионално нарушение и неправилно изпълнение на предишна концесия.

11. В част трета от законодателния декрет, отнасяща се до договорите за концесия, се съдържат:

– член 175 относно измененията на договорите през техния срок на изпълнение. В него е възпроизведен с малки изменения член 43 от Директива 2014/23,

– член 176 относно прекратяването, служебното разваляне, разваляването на договора за концесия поради неизпълнение и замяната на концесионера.

[3] Декрет-закон № 201 от 6 декември 2011 г. — Неотложни мерки за растеж, справедливо разпределение и консолидиране на публичните финанси) (редовна притурка № 251 на GURI, бр. 284 от 6 декември 2011 г.).

[4] Законодателен декрет № 50 от 18 април 2016 г., Кодекс за обществените поръчки (редовна притурка № 10 на GURI, бр. 91 от 19 април 2016 г.). Приложим ratione temporis.

II. Фактите, спорът и преюдициалните въпроси

12. На 12 октомври 2007 г. ASPI и Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (възлагащ орган, отговорен за концесиите на автомагистрали, Италия)[5] сключват „Convenzione unica“ (наричан по-нататък „единният договор“)[6], въз основа на който на ASPI се възлага концесия за италиански автомагистрални участъци с дължина над 2800 km[7].

13. Срокът на действие на концесията изтича на 31 декември 2038 г.

14. На 14 август 2018 г., в околностите на Генуа, участък от виадукта „Полчевера“ на магистрала A10 („Мост Моранди“), който попада в обхвата на концесията на ASPI, се срутва, причинявайки смъртта на 43 души.

15. На 16 август 2018 г. главна дирекция „Надзор на концесионерите на автомагистрали“ започва срещу ASPI производство за установяване на сериозно неизпълнение на задълженията за поддръжка и опазване на автомагистралната мрежа.

16. От 10 юли 2019 г. са проведени различни срещи между концесионера и органите, в резултат на които на 11 юли 2020 г. ASPI представя предложение[8].

17. Въз основа на това предложение за „договорено решение“ е изготвена спогодба, представена на ASPI със съвместно писмо от няколко италиански министерства и от председателството на Министерския съвет на 23 септември 2020 г.

18. В спогодбата са определени мерките, които концесионерът трябва да предприеме, и останалите поети от него задължения във връзка с договореното решение по производството за установяване на неизпълнение. В нея се предлага „предоговаряне на единния договор“ от 12 октомври 2007 г.

19. На 15 юли 2021 г. ASPI представя проект на допълнително споразумение към единния договор и приложенията към него.

20. На 14 октомври 2021 г. Министерството на инфраструктурите и ASPI подписват спогодбата, която е одобрена с Декрет № 37 от 22 февруари 2022 г. на Министерството на инфраструктурите по взаимно съгласие с Ministero dell’economia e delle Finanze (Министерството на икономиката и финансите, Италия)[9].

[5] Министерство на устойчивите инфраструктури и мобилност (наричано по-нататък „Министерството на инфраструктурите“) става правоприемник ex lege на възлагащия орган на 1 октомври 2012 г.

[6] Концесията на стопанисваните от ASPI автомагистрали произтича от възлагане на концесия през 1968 г. на дружество Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A. Последното дружество е приватизирано през 1999 г., а през 2003 г. дейностите му, свързани с концесията на автомагистрали, са прехвърлени на ASPI.

[7] Единният договор е официално одобрен с член 8 duodecies от decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59 — Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee (Декрет-закон № 59 от 8 април 2008 г. за въвеждане на неотложни мерки за привеждане в изпълнение на общностните задължения и за изпълнение на решенията на Съда на Европейските общности), преобразуван с изменения в Закон 101/2008.

[8] В предложението ASPI предлага накратко финансово обезщетение в размер на 3 400 милиона евро, повишаване на стандартите за безопасност и корпоративно преструктуриране с участието на Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. и други приемливи за него инвеститори, на които да бъде прехвърлен контролът на ASPI.

[9] Одобрението на спогодбата е предшествано от положителното становище (решение № 75) на Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Междуведомствен комитет за икономическо планиране и устойчиво развитие, Италия) от 22 декември 2021 г. относно третото допълнително споразумение.

21. На 21 март 2022 г. Министерството на инфраструктурите и ASPI подписват третото допълнително споразумение към единния договор, с което внасят в последния определени изменения на клаузите на договора за концесия.

22. С жалба, вписана под № 6020/2022, няколко сдружения (от които активна процесуална легитимация в крайна сметка е призната само на Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (наричано по-нататък „Adusbef“) обжалват пред запитващата юрисдикция следните актове и я молят да ги отмени:

– решение № 75/21 на Междуведомствения комитет за икономическо планиране и устойчиво развитие от 22 декември 2021 г., наречено „Autostrade per l'Italia S.p.A. — становище относно третото допълнително споразумение към единния договор от 12 октомври 2007 г. и относно икономическия и финансов план по смисъла на член 43 от Декрет-закон № 201 от 2011 г. (решение № 75/2021)“,

– Декрет № 37 от 22 февруари 2022 г., приет от Министерството на инфраструктурите по взаимно съгласие с Министерството на икономиката и финансите, с който се одобрява спогодбата, подписана на 14 октомври 2021 г. между Министерството на инфраструктурите и ASPI,

– решение на Corte dei Conti (Сметна палата, Италия) № SCCLEG/2/2022/PREV от 29 март 2022 г.,

– положително становище на Avvocatura Generale dello Stato (Държавна правна служба, Италия), изпратено с писмо от 24 септември 2021 г., относно проекта на посочената по-горе спогодба,

– спогодба от 14 октомври 2021 г., сключена между Министерството на инфраструктурите и ASPI,

– писмо № 19135 от 5 ноември 2021 г., с което ASPI изпраща на Министерството на инфраструктурите актуализираното предложение за икономически и финансов план,

– становище от 22 декември 2021 г. на Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (Консултативна група относно изпълнението на насоките за регулиране на комуналните услуги, Италия) относно проекта на третото допълнително споразумение към единния договор и последващия икономически и финансов план,

– становище от 14 октомври 2020 г. и писмо от 16 декември 2021 г. на Autorità di regolazione dei trasporti (Орган за контрол на транспорта, Италия),

– протоколи от заседанията на Consiglio dei Ministri (Министерски съвет, Италия) от 14 и 15 юли 2020 г.,

– всякакви други предварителни, свързани или последващи актове.

23. Основанията за отмяна, изложени от Adusbef[10], са свързани както с нарушение на националните разпоредби, така и на членове 38, 43 и 44 от Директива 2014/23.

24. Тази жалба за отмяна е оспорена от ASPI, от издалите обжалваните актове държавни институции и административни органи, които са съвместно представлявани, както и от Atlantia S.p.A.[11] и Holding Reti Autostradali като встъпила страна в подкрепа на ответниците.

25. В този контекст Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио, Италия) отправя до Съда следните преюдициални въпроси „относно уредбата, предвидена в членове 38, 43 и 44 от Директива 2014/23“:

„1) Противоречи ли на правото [на Съюза] тълкуването на националната правна уредба в смисъл, че възлагащият орган може да провежда процедура за обективно и субективно изменение на валидна автомагистрална концесия или за нейното предоговаряне, без да преценява и да се произнася по задължението да се обяви процедура за възлагане на концесия?

2) Противоречи ли на правото [на Съюза] тълкуването на националната правна уредба в смисъл, че възлагащият орган може да провежда процедура за обективно и субективно изменение на валидна автомагистрална концесия или за нейното предоговаряне, без да преценява надеждността на концесионер, допуснал сериозно неизпълнение?

3) Налага ли правната уредба [на Съюза] задължение за прекратяване на правоотношението в случай на установено нарушение на принципа за провеждане на процедура за възлагане на концесия и/или установена ненадеждност на притежателя на автомагистрална концесия?“.

III. Производството пред Съда

26. Преюдициалното запитване постъпва в Съда на 4 ноември 2022 г.

27. Писмени становища представят Adusbef, ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys, германското, естонското и италианското правителство, както и Европейската комисия. Всички те, с изключение на германското и естонското правителство, участват в съдебното заседание, проведено на 28 февруари 2024 г.

[10] Страници 12—15 от акта за преюдициално запитване в текста му на италиански език.

[11] Atlantia е акционер в ASPI до продажбата на акциите му на Holding Reti Autostradali S.p.A. в рамките на преструктурирането на капитала на ASPI. Atlantia променя наименованието си на Mundys S.p.A. на 14 март 2023 г.

IV. Анализ

A. Предварителни бележки

1. Приложима директива

28. Според Mundys Директива 2014/23 не е релевантна за решаването на спора, тъй като съгласно член 54, параграф 2 от нея тя „не се прилага за възлагането на концесии, процедурите за които са проведени или които са възложени преди 17 април 2014 г.“. В настоящия случай спорната концесия е възложена на 12 октомври 2007 г.

29. Макар първоначалната концесия да е възложена преди приемането на Директива 2014/23, за определянето на приложимата правна уредба е релевантна датата на измененията, чиято действителност се оспорва [12]. Тази дата е след 17 април 2014 г., което води до приложимостта на Директива 2014/23.

30. Същите съображения важат mutatis mutandis и за отхвърлянето на възраженията по отношение на възникналата ненадеждност на концесионера и наличието на основание за прекратяване на договора. И двете се отнасят до факти, които произтичат от спорните изменения след 17 април 2014 г. или са свързани с тях.

2. Допустимост на преюдициалното запитване

31. ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys и италианското правителство твърдят, излагайки отчасти общи и отчасти различни доводи, че преюдициалното запитване е недопустимо. Накратко те упрекват запитващата юрисдикция, че не е предоставила достатъчно данни от фактическа и правна страна, за да получи полезен отговор на въпросите си, както и че те са хипотетични.

32. Преюдициалните запитвания за тълкуване на правото на Съюза по презумпция са релевантни. Освен това националният съд определя съгласно своите правомощия фактическата и нормативната рамка, проверката на чиято точност не е задача на Съда. Последният може да откаже да се произнесе по отправени преюдициални запитвания само в изключителни случаи, които Съдът е уточнил [13].

33. Според мен, без да се засягат съображенията, които ще изложа по-нататък по третия преюдициален въпрос, и някои неясноти в останалите въпроси, първите два въпроса имат връзка с предмета на спора в главното производство. Въпреки че фактите не са описани

[12] Решение от 2 септември 2021 г., Sisal и др. (C-721/19 и C-722/19, EU:C:2021:672, наричано по-нататък „решение Sisal и др.“, т. 28): „[…] в случай на съществено изменение на договор за концесия законодателството на Съюза, с оглед на което трябва да се преценява това изменение, е законодателството, което е в сила към датата на същото изменение. Във връзка с това Съдът уточнява, че обстоятелството, че в тази насока сключването на първоначалния договор за концесия предхожда приемането на правилата на Съюза в тази област, не оказва влияние […]“. В същия смисъл са решения от 11 юли 2013 г., Комисия/Нидерландия (C-576/10, EU:C:2013:510, т. 54), и от 18 септември 2019 г., Комисия/Италия (C-526/17, EU:C:2019:756, т. 60).

[13] А именно, когато е съвсем очевидно, че исканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора в главното производство, когато проблемът е от хипотетично естество или когато Съдът не разполага с необходимите данни от фактическа и правна страна, за да бъде полезен с отговора си на запитващата юрисдикция. Вж. по-специално решение от 14 септември 2023 г., TGSS (Отказ на добавката за майчинство) (C-113/22, EU:C:2023:665, т. 30 и 31).

толкова точно, колкото би трябвало [14], това описание и съображенията от правна страна в акта за преюдициално запитване [15] предоставят на Съда минимално необходимите данни, за да отговори на първите два въпроса.

Б. По първия преюдициален въпрос

34. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали правото на Съюза допуска „тълкуването на националната правна уредба в смисъл, че възлагащият орган може да провежда процедура за обективно и субективно изменение на валидна автомагистрална концесия или за нейното предоговаряне, без да преценява и да се произнася по задължението да се обяви процедура за възлагане на концесия“.

35. Така формулираният въпрос следва да се разбира като отнасящ се до член 43 от Директива 2014/23, който урежда изменението на договорите за концесия през техния срок на действие. Ще го разгледам, като анализирам тази разпоредба и формалните и материалноправните аспекти на договорените в случая изменения.

1. Изменение на договорите за концесия съгласно Директива 2014/23

36. Член 43 от Директива 2014/23 допуска договорите за концесия да бъдат изменяни без нова процедура за възлагане на концесия в случаите, изброени в параграф 1 от посочения член. От тях за целите на настоящото производство е от значение случаят, „когато измененията, независимо от стойността им, не са съществени по смисъла на параграф 4“ (параграф 1, буква д).

37. Параграф 4 от същия член предвижда кога изменението на договор за концесия през неговия срок на изпълнение се счита за съществено. В този контекст съгласно параграф 5 от него „е необходима нова процедура за възлагане на концесия“.

38. Съображение 75 от Директива 2014/23 предвижда, че „[…] [н]ова процедура за възлагане на концесия се изисква в случай на съществени изменения в първоначалната концесия, по-специално в обхвата и съдържанието на взаимните права и задължения на страните […]“.

39. Преди влизането в сила на Директива 2014/23 Съдът е приел, че съществените изменения на основните клаузи на концесионен договор могат да наложат сключването на нов договор [16].

[14] В акта за преюдициално запитване (т. 2.1) запитващата юрисдикция посочва по отношение на предмета на спора и описанието на релевантните факти, че „съставът препраща към частта относно „фактите“ на настоящото съдебно решение“. Тази част обаче не съдържа описание на фактите, които самият съд счита за установени, а на изложените от страните факти.

[15] Актът за преюдициално запитване е съставен под формата на „неокончателно съдебно решение“, което е необичайно.

[16] Решение от 13 април 2010 г., Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, т. 37). В същия смисъл вж. относно правната уредба преди приемането на Директива 2014/23 решения от 18 септември 2019 г., Комисия/Италия (C-526/17, EU:C:2019:756, т. 59), и от 11 юли 2013 г., Комисия/Нидерландия (C-576/10, EU:C:2013:510, т. 54).

40. През 2011 г. започва дискусия [17] относно необходимостта от изменение на директивите в областта на обществените поръчки. Един от въпросите към участниците в консултацията е „дали е необходимо правно разяснение на равнището на ЕС, за да се определят условията, при които изменение на договор изисква нова тръжна процедура“ с оглед на практиката на Съда. Резултатът, който е отразен в трите директиви за обществените поръчки от 2014 г., е сходен по отношение на изменението на договорите.

41. Последващата съдебна практика относно член 43 от Директива 2014/23 го тълкува в съответствие с предходните свързани с него решения. Така в решение от 2 септември 2021 г. Съдът приема, че посоченият член „[…] изчерпателно хармонизира хипотезите, в които, от една страна, концесиите могат да бъдат изменени, без за целта да е необходимо организирането на нова концесионна процедура за възлагане […] и от друга страна, провеждането на такава процедура за възлагане е наложително в случай на изменение на условията на концесията“ [18].

42. Както току-що посочих, член 43, параграфи 1 и 2 от Директива 2014/23 предвижда за кои изменения не се изисква нова процедура за възлагане на концесия. Параграф 4 от същия член предвижда кога дадено изменение се счита за съществено, като последицата от това (параграф 5) е, че трябва да се проведе нова процедура за възлагане на концесията.

43. С оглед на тези съображения следва да се предостави отговор на първия преюдициален въпрос на запитващата юрисдикция. Въпросът обаче е с неясна формулировка: така както е формулиран, изглежда, че има за цел да се установи само дали съществува *формално задължение* възлагащият орган да изрази становище с мотивирано решение, като по този начин *материалноправното* му съдържание остава на заден план.

44. Формалният подход обаче контрастира с отделеното от запитващата юрисдикция внимание в акта ѝ за преюдициално запитване на едно от (твърдените) съществени изменения на концесията, свързано със структурата на собствеността на концесионера.

45. От съображения за изчерпателност ще разгледам въпроса в двата му аспекта — формален и материалноправен. Преди това трябва да подчертая, че освен по отношение на промяната на акционерите, в акта за преюдициално запитване не се посочва с точност нито произходът, нито съдържанието на изменените клаузи на договора за концесия.

46. Както посочих по-горе, изменението е направено въз основа на два акта, които, макар и да са свързани, имат различни правни характеристики:

– от една страна, сключването на 14 октомври 2021 г. на спогодбата между Министерството на инфраструктурите и ASPI, с която приключва производството за установяване на неизпълнение срещу концесионера [19],

[17] Зелена книга „относно модернизирането на политиката на ЕС в областта на обществените поръчки. Към по-ефективен европейски пазар на обществените поръчки“ (Брюксел, 27 януари 2011 г., COM(2011) 15 окончателен. На стр. 29 от нея се посочва, че „за определени видове изменения съдебната практика изглежда не е достатъчно ясна, за да се установи дали е необходима нова тръжна процедура“.

[18] Решение Sisal и др., точка 31.

[19] Спогодбата всъщност представлява административен акт, приет в съответствие с член 11 от Закон 241/1990 от 7 август 1990 г. за „новите правила на административното производство и правото на достъп до административни документи“. Това е отразено в член 5 от самата спогодба. Като такъв административен акт (приет под формата на „спогодба със заинтересованото лице“, предвидена в член 11, параграф 1 от посочения закон) той подлежи на общото задължение за мотивиране и на същия контрол като останалите актове на администрацията.

– от друга страна, подписването от същите страни на 21 март 2022 г. на трето допълнително споразумение към единния договор. Всъщност именно в този акт се съдържат измененията на договора за концесия. В акта за преюдициално запитване обаче не е отделено голямо внимание на него.

2. Задължение на възлагащия орган да мотивира решението си

47. Като урежда как могат да се изменят концесиите (със или без необходимост от нова процедура за възлагане на концесия), член 43, параграфи 1, 2 и 4 от Директива 2014/23 не изисква възлагащият орган да излага мотивите, поради които счита, че е налице някой от случаите, предвидени в посочените разпоредби.

48. По принцип и с оглед на мълчанието по този въпрос на член 43 от Директива 2014/23 държавите членки налагат или не налагат задължение на предоставящите концесиите администрации да мотивират становищата си относно изменението на договора за концесия.

49. Съдът обаче е приел, че при определени обстоятелства възлагащият орган има посоченото задължение, за да могат заинтересованите лица „да защитят правата си и да решат, разполагайки с цялата необходима информация, дали има смисъл да […] обжалват пред съд [приетите от националните органи решения]“ и „за да позволи на съдилищата да упражнят контрол за законосъобразност на посочените решения“ [20].

50. Запитващата юрисдикция следва да установи дали с оглед на предмета на спора е трябвало оспорените актове да бъдат мотивирани, и ако е така, дали съдържат достатъчно мотиви, за да позволят защитата на правата на техните адресати или съдебния им контрол [21].

51. От тази гледна точка актът за преюдициално запитване съдържа достатъчно данни, за да се направи извод, че решението на възлагащия орган е предшествано от оценки, които могат да отговарят на изискването за мотивиране. По-конкретно компетентните органи са посочили (правилно или погрешно, но това е друг въпрос) защо изменението на договора за концесия е най-подходящото решение.

[20] Решения от 7 септември 2021 г., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, т. 120), с цитиране на предходната съдебна практика, и от 21 декември 2023 г., Infraestruturas de Portugal и Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016, т. 87).

[21] В съдебното заседание бе обсъдено дали възлагащият орган е трябвало да публикува обявление в *Официалния вестник на Европейския съюз* с установената в приложение XI информация, след като е изменил договора за концесия в съответствие с член 43, параграф 1, буква в) от Директива 2014/23. Запитващата юрисдикция не включва този пропуск във въпроса си, който свежда до липсата на мотиви в актовете. При всички случаи според мен в настоящия случай не е изпълнено едно от трите условия, изисквани от посочената разпоредба: промяната на цялостния характер на концесията.

52. Всъщност в точка 2.2 от акта за преюдициално запитване се посочва как възлагащият орган е претеглил отрицателните и положителните последици от двата възможни варианта (изменение на концесията без нова процедура за възлагане на концесия или прекратяване на договора)[22]. Причините, поради които италианските органи са избрали първото от тези решения, са изложени подробно в различните документи по производството[23].

53. При все това мотивите на възлагащия орган могат да се изведат от съдържанието на всички актове, които Adusbef оспорва с жалбата си. Те включват становищата на националните органи и институции, които показват необходимостта от сключване на спогодбата, и допълнително споразумение III, поради което възлагащият орган е счел, че е уместно да се измени първоначалният договор за концесия без предварителна процедура за възлагане на концесия.

54. В жалбата на Adusbef до запитващата юрисдикция това сдружение признава, че „мотивите за продължаване на договора вместо за неговото прекратяване, изложени в спогодбата […]“, се съдържат в нея и възпроизвежда част от нейното съдържание[24]. В същата жалба[25] то критикува със свои твърдения доводите, съдържащи се в спогодбата в подкрепа на продължаването на договора, и изложените от Corte dei conti (Сметна палата) за „наличието на мотиви“.

55. Следователно Adusbef е могло да разбере и оспорва съдържанието на актовете за изменение на договора за концесия, чиято законосъобразност оспорва пред запитващата юрисдикция[26].

3. Квалифициране на измененията на договора за концесия

56. Актът за преюдициално запитване се отнася предимно до (твърдяното) изменение на договора за концесия поради промяната на структурата на собствеността на ASPI. Спорен е въпросът дали е извършена „смяна на концесионера“ по смисъла на член 43, параграф 4, буква г) от Директива 2014/23 във връзка с параграф 1, буква г) от него.

[22] За тази цел запитващата юрисдикция възпроизвежда отрицателните последици от прекратяването на концесията, както се съдържат в спогодбата. По-специално прекъсването на договорните дейности, което можело да доведе до риск от финансова криза на изпълнителите и доставчиците на ASPI с евентуални допълнителни разходи за администрацията, произтичащи от признаването на обезщетения; възпиращия риск *от съдебни спорове за администрацията, в рамките на които някоя от клаузите на единния договор може да бъде призната за действителна, вследствие на което държавата може да понесе значителна икономическа тежест, както и* задължението на държавата да плати обезщетение на концесионера.

[23] Като положителни аспекти на спогодбата, посочени в нея, запитващата юрисдикция изтъква: i) продължаването без прекъсване на управлението на услугата, с което се избягва прекъсването на основна услуга за обществото, и разрешаването на евентуални ситуации, възпрепятстващи нормалното ѝ функциониране; ii) незабавното започване на изпълнението на програмата за инвестиции и поддръжка на автомагистралната мрежа, както и привеждането в изпълнение на инвестиционните планове относно екологичния преход и устойчивата мобилност; iii) запазването и развитието на настоящия капацитет на заетост и предприемането на инициативи в полза на обществото от ASPI според пряко определените от администрацията приоритети; iv) гарантирането на плащанията за работите по възстановяването на моста вместо на моста „Полчевера“; v) прекратяването на висящите спорове между концесионера и администрациите; vi) адаптирането на клаузите на договора за концесия чрез премахване на необосновано благоприятните за концесионера клаузи; vii) въвеждането на засилена санкционна система във връзка с предвиденото в единния договор; *viii) желанието на двете страни да избегнат всякакви бъдещи спорове.*

[24] Стр. 10 и 11 от жалбата.

[25] Раздел „diritto“, точка 8, стр. 29 от жалбата.

[26] В съдебното заседание Adusbef постави акцента върху липсата на мотиви в Декрет № 37 от 22 февруари 2022 г. на Министерството на инфраструктурите. Този декрет, който Adusbef представя като приложение, съдържа два члена, предшествани от множество съображения: с първия член се одобрява само спогодбата, а във втория се предвижда, че „влизането в сила на спогодбата е обусловено от изпълнението на условията, посочени в член 10 от нея“. Поради това според мен декретът съдържа достатъчно мотиви сам по себе си и чрез препращане, доколкото възпроизвежда (подробните) мотиви, изложени в спогодбата. Двата акта трябва да се тълкуват във връзка един с друг.

57. Запитващата юрисдикция иска да се установи и дали:

– срутването на „Моста Моранди“ е „непредвидено обстоятелство“ по смисъла на член 43, параграф 1, първа алинея, буква в), подточка i) от Директива 2014/23,

– поетият от ASPI ангажимент да предостави финансово обезщетение в размер на 3 400 милиона евро и да гарантира повишаване на стандартите за безопасност на автомагистралната мрежа и действителното му изпълнение предполага съществено изменение на договора за концесия.

58. Запитващата юрисдикция следва да установи дали съгласно член 43, параграф 5 от Директива 2014/23 е била необходима процедура за възлагане на концесия. Съдът обаче може да ѝ предостави някои насоки, които да ѝ помогнат за преценката ѝ.

а) Представлява ли промяната на акционерната структура съществено изменение на договора за концесия?

59. Съгласно член 43, параграф 1, буква г), подточка ii) от Директива 2014/23 „[д]оговорите за концесия могат да бъдат изменяни без нова процедура за възлагане на концесия […], когато нов концесионер заменя концесионера, на който […] първоначално е възлож[ена] концесията, вследствие на […] цялостно или частично встъпване в положението на първоначалния концесионер след корпоративно преструктуриране, включително поглъщания, сливания, придобивания или несъстоятелност, от друг икономически оператор […]“.

60. Тази разпоредба следва да се тълкува във връзка със съображение 77 от Директива 2014/23, отнасящо се до *структурните промени* по време на изпълнението на концесията, като например чисто вътрешни преобразувания, поглъщания или сливания. В него се предвижда още, че такива структурни промени „не следва автоматично да налагат провеждането на нови процедури за възлагане на концесията […]“.

61. От писмените и от изложените в съдебното заседание становища на страните по спора, както и от данните, съдържащи се в акта за преюдициално запитване[27], следва, че не е извършено цялостно или частично встъпване в положението на концесионера (ASPI е било и продължава да бъде титуляр на концесията), а вътрешно преструктуриране на собствеността[28], при което новите акционери заменят други в рамките на сделка, за която Комисията е уведомена[29].

[27] Точка 2.5 от акта за преюдициално запитване.

[28] Съгласно точка 2.5, първи абзац от акта за преюдициално запитване Atlantia продава 88 % от ASPI на холдинг (Holding Reti Autostradali), чийто мажоритарен акционер (51 %) е Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A. и в който два чуждестранни фонда, Macquarie Group Ltd и Blackstone Group Inc., притежават по 24,5 %. Съгласно бележка под линия 2 от писменото становище на Holding Reti Autostradali 6,94 % от останалия капитал принадлежи на Appia Investment Srl и 5 % на Silk Road Fund Co. (за тези проценти се отнася точка 2.5, втори абзац от акта за преюдициално запитване).

[29] С Решение C(2021) 8274 final Комисията решава да не се противопоставя на сделката, за която е уведомена, и приема, че тя е съвместима с вътрешния пазар. Съгласно уведомлението за планирана концентрация (в съответствие с член 4 от Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 24, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 201) няколко дружества (Cassa Depositi e Prestiti Equity, част от група Cassa Depositi e Prestiti; Macquarie Group и Blackstone Group) планират да получат съвместен контрол над цялото ASPI чрез придобиване на акции.

62. В съдебното заседание бе обсъдено дали мажоритарното участие на Cassa Depositi e Prestiti[30] в капитала на ASPI предполага поради своите характеристики[31] промяна на концесионера, която налага да се проведе процедура за възлагане на концесия.

63. Впрочем по принцип обикновеното заместване на едни акционери с други в рамките на преструктуриране на собствеността, което не включва смяна на титуляря на концесията, не представлява съществена субективна новация, която налага провеждането на нова процедура за възлагане на концесия по смисъла на член 43, параграф 1, буква г), подточка ii) от Директива 2014/23. Това е потвърдено от Съда, като приема, че „[…] вътрешните реорганизации в първоначалния изпълнител може да представляват несъществени изменения на условията на съответната обществена поръчка, които не изискват провеждането на нова процедура за възлагане на обществена поръчка“[32].

64. От друга гледна точка запитващата юрисдикция трябва да вземе предвид дали член 10 bis от единния договор допуска това субективно изменение. В такъв случай тя трябва да прецени дали оспорваните актове са съобразени с условията на член 43, параграф 1, буква г) от Директива 2014/23[33], тоест дали изменението е предвидено като възможност или чрез недвусмислена клауза за преразглеждане в първоначалния акт за възлагане на концесията[34].

б) Други изменения (от обективен характер)

65. Според запитващата юрисдикция[35] измененията на единния договор не са предизвикани от „обстоятелства, които добросъвестен възлагащ орган или възложител не би могъл да предвиди“.

66. Според нея не е непредвидимо обстоятелство неизпълнение, което може да засегне безопасността на движението по пътищата или дори да доведе само по себе си или в съчетание с други до трагично събитие като срутването на „Моста Моранди“.

67. Считам, че в центъра на вниманието трябва да е не толкова въпросът дали обстоятелството е непредвидимо, а „необходимостта“ изменението на договора да произтича от него. Член 43, параграф 1, първа алинея, буква в), подточка i) от Директива

[30] Според наличните данни, без да се засяга последващата проверка, Holding Reti Autostradali притежава 88,06 % от ASPI, от който от своя страна 51 % са собственост на Cassa Depositi e Prestiti Equity, чийто капитал в крайна сметка е изцяло притежаван от Cassa Depositi e Prestiti.

[31] Един от изтъкнатите доводи се отнася до промяната на естеството (публично или частно) на концесионера поради участието на Министерството на икономиката и финансите в капитала на Cassa Depositi e Prestiti. Запитващата юрисдикция обаче посочва, че то не е публично предприятие. Беше обсъдено и дали участието в ASPI на нови акционери представлява мярка за self-cleaning на концесионера, предложена повече или по-малко от него или наложена от италианската администрация, което разкрива съществения характер на субективното изменение. Според мен последното твърдение следва да бъде отхвърлено, тъй като мерките за самокоригиране са именно предприетите от самия концесионер (т.е. чиято идентичност се запазва), за да участва в последваща процедура за възлагане на концесия на основание член 38, параграф 9 от Директива 2014/23.

[32] Решение от 3 февруари 2022 г., Advania Sverige и Kammarkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72, т. 34), в което се цитира решение от 19 юни 2008 г., pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351).

[33] Относно прилагането на това правило вж. решение Sisal и др., точки 39—43.

[34] Това твърди Holding Reti Autostradali в точки 10 и 40 от писменото му становище, като се позовава на член 10 bis от единния договор, който предвижда критериите за разрешаване на смяна на концесионер на автомагистрала, произтичаща от сливане в рамките на Съюза.

[35] Точка 2.6, трети и четвърти абзац от акта за преюдициално запитване.

2014/23 се отнася именно до *необходимостта от изменение*, предизвикано от обстоятелства, които добросъвестен възлагащ орган или възложител не би могъл да предвиди.

68. Независимо от причината за договорените изменения, релевантно в настоящия случай е тяхното квалифициране като съществени, за да се установи дали без оглед на причината за тях е било необходимо да се проведе процедура за възлагане на концесия, тъй като тези изменения променят предмета или цялостния характер на концесията.

69. В съдебното заседание бе обсъдено какви обективни изменения по-конкретно произтичат от спогодбата и допълнителното споразумение във връзка с единния договор. От тях запитващата юрисдикция посочва поетия от ASPI ангажимент да предостави финансово обезщетение в размер на 3 400 милиона евро и да гарантира повишаване на стандартите за безопасност на автомагистралната мрежа. Тя обаче не упоменава изменението в тарифите и други изменения от различно естество, съдържащи се в посочените две споразумения.

70. Отново запитващата юрисдикция следва да прецени дали поетите от ASPI ангажименти предполагат съществено изменение на договора по смисъла на член 43, параграфи 1, 2 и 4 от Директива 2014/23. При преценката си тя може да вземе предвид, както бе обсъдено в съдебното заседание без категоричен резултат, дали направените промени влошават в действителност положението на концесионера, като му налагат по-тежки условия[36] или, обратно, те са в негов интерес, тъй като му дават възможност да продължи концесията. Тя също така може да прецени дали тези изменения съответстват на прилагането на нови общи законодателни мерки[37] или по-скоро на решения ad hoc на възлагащия орган, взети свободно от него в полза на концесионера.

71. Според мен, ако се вземат предвид само промените, посочени от запитващата юрисдикция, двете уточнени от нея обективни изменения не изглеждат съществени: от една страна, финансовото участие на ASPI (само по себе си обременително за концесионера) има за цел да компенсира икономическите последици от случилото се в рамките на сделка; от друга страна, ангажиментът да се повиши безопасността на автомагистралната мрежа не се различава съществено от договорените задължения в единния договор.

[36] Представителят на Holding Reti Autostradali се позовава на решение Sisal и др., за да изтъкне, че по посоченото дело на концесионера са наложени по-обременителни условия в сравнение с първоначално определените, поради което не е извършено съществено изменение в полза на концесионера. В точка 53 от това решение се посочва, че „доколкото това предсрочно плащане би могло да увеличи сумата, която трябва да бъде платена, такова изменение, изглежда, не променя икономическия баланс на концесията в полза на концесионера по смисъла на член 43, параграф 4 [от Директива 2014/23]“.

[37] Това изтъкна представителят на ASPI, като твърди, че измененията на спогодбата и допълнителното споразумение са предизвикани най-малкото отчасти от влизането в сила на Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (Декрет-закон № 109 от 28 септември 2018 г.) (GURI, бр. 226 от 28 септември 2018 г.), който се прилагал за всички концесионери на автомагистрали. По отношение на ASPI обаче е съмнително дали съдържанието на този декрет-закон може да бъде отделено от поведението му като концесионер, както следва от решение № 168/2020 от 8 юли 2020 г. на Corte Costituzionale (Конституционен съд, Италия), точки „in diritto“ 1.1—1.6.

B. По втория преюдициален въпрос

72. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали „[п]ротиворечи […] на правото [на Съюза] тълкуването на националната правна уредба в смисъл, че възлагащият орган може да провежда процедура за обективно и субективно изменение на валидна автомагистрална концесия или за нейното предоговаряне, без да преценява надеждността на концесионер, допуснал сериозно неизпълнение“ [38].

73. Този въпрос изхожда от постановката, че концесионерът е допуснал сериозно неизпълнение на задълженията си за поддръжка и опазване на автомагистралната инфраструктура. Възлагащият орган обаче не е установил *формално* това неизпълнение, тъй като образуваното за тази цел производство е приключило с многократно посочената спогодба.

74. Запитващата юрисдикция отбелязва становището, издадено на 28 юни 2019 г. от междуведомствена работна група [39], в което се приема, че концесионерът е допуснал сериозно неизпълнение на задълженията си за поддръжка и опазване. В това становище обаче вече е било предвидено предоговарянето на единния договор [40] вместо установяването на неизпълнение, както всъщност е станало.

75. Въпросът следва да се разбира като отнасящ се до член 38 от Директива 2014/23, който е една от посочените в началото на всеки от трите въпроса разпоредби от тази директива.

76. Член 38 от Директива 2014/23 урежда подбора и оценката на качествата на кандидатите. Той е поместен в дял (II), който се отнася до възлагането на концесии. В този контекст в Директива 2014/23 надеждността е включена като ключов компонент на първоначалния подбор. Съгласно съображение 70 възлагащите органи могат да изключат „икономически оператори, които са се оказали ненадеждни“.

77. Компонентът „надеждност“ се отразява на основанията за изключване, отнасящи се до субективното положение както на избрания кандидат, така и на останалите икономически оператори [41]. Трябва да има връзка между (липсата на) надеждност и конкретните основания за изключване, предвидени в член 38 от Директива 2014/23.

[38] Както отбелязва един от участниците в производството, вторият преюдициален въпрос противоречи в известна степен на първия: ако приемането на нови акционери представлява съществено субективно изменение, тъй като в действителност предполага смяна на концесионера (първи въпрос), преценката дали „предишният“ концесионер е надежден вече е загубила смисъла си.

[39] Единадесети абзац от описанието на фактите и точка 2.7, първи абзац от акта за преюдициално запитване, в който е възпроизведена част от преамбюла на спогодбата. Запитващата юрисдикция се позовава и на решение на Corte Costituzionale (Конституционен съд) № 168/2020 от 8 юли 2020 г.

[40] Според запитващата юрисдикция преамбюлът на спогодбата съдържа частта от това становище, в която вместо прекратяването се предлага да се възложи на компетентните органи „преценката за предоговаряне на посочения единен договор, ако това би позволило да се защитят по-добре интересите на държавата, с цел да се възстанови баланса на концесията и пълната безопасност на автомагистралната мрежа, като в точка 11 се припомнят потенциалните рискове от спорове и оперативните последици от мярка, състояща се в прекратяването на договора“.

[41] Това посочвам в заключението си по дело Tim (C-395/18, EU:C:2019:595, т. 44), във връзка с Директива 2004/18/ЕО [на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65)], чието съдържание е паралелно със съдържанието на Директива 2014/23. Вж. решения от 3 октомври 2019 г., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826, т. 26), и от 19 юни 2019 г., Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, т. 29 и 30).

78. Основанията за изключване се прилагат на етапа на подбора на изпълнителя, а не когато договорното отношение вече е възникнало, и както в случая, концесията е пораждала последиците си години наред. Един от параграфите на член 38 предвижда, че възлагащият орган може да вземе решение за изключване *във всеки момент от процедурата* (за възлагане на концесията), но това се отнася до процедурата за подбор и оценка на кандидатите.

79. Въпросът, който сега се поставя, е дали надеждността трябва да бъде релевантен елемент и при изменение на клаузите на договор през неговия срок на изпълнение. С други думи, дали Директива 2014/23 изисква да се прецени надеждността на концесионера при изменение на договора.

80. Отговорът на този въпрос зависи от естеството на предложените промени:

– ако изменението е съществено в разгледания по-горе смисъл, възлагащият орган трябва да проведе нова процедура за възлагане на концесия, в хода на която следва да прецени надеждността на всички кандидати, както и на предишния концесионер (ако той реши да участва)[42]. Следователно преценката на надеждността се извършва в откритата процедура за възлагане на новата концесия,

– обратно, ако измененията не са съществени, Директива 2014/23 не съдържа никакво изискване за извършване на нова преценка на надеждността на концесионера. В такъв случай не е необходимо да се преценяват основанията за изключване по член 38.

81. Разликата между двете положения се забелязва по-ясно, когато се разгледа подходът към субективните изменения в Директива 2014/23. Член 43, параграф 1, буква г), подточка ii) от нея предвижда по отношение на цялостното или частичното встъпване в положението на първоначалния концесионер от друг икономически оператор, че последният трябва да „отговаря на първоначално установените критерии за качествен подбор“. При преценката на изпълнението на тези критерии възлагащият орган, логично, трябва да вземе предвид надеждността на новия оператор, който заменя предишния.

82. Когато обаче няма субективно изменение от такова естество, а обикновено вътрешно корпоративно преструктуриране поради промени в собствеността на лицето, което е и продължава да бъде концесионер, възлагащият орган не е длъжен да прецени отново надеждността му, тъй като тя вече е установена в първоначалната процедура за възлагане на концесия.

83. Що се отнася до несъществените обективни изменения, подходът към тях е аналогичен с подхода към субективните с оглед на режима на измененията на договорите в Директива 2014/23.

84. Различно е положението, когато по време на срока на договора концесионерът е допуснал сериозно неизпълнение на договорните си задължения. Този фактор може при определени условия да засегне отношението му с възлагащия орган, доколкото предполага

[42] В този случай съгласно член 38, параграф 9 от Директива 2014/23 икономическият оператор, който се намира в едно от положенията по параграфи 4 и 7 от същия член, може да представи доказателства за това, че предприетите от него мерки (мерки за самокоригиране) са достатъчни за доказване на неговата надеждност въпреки наличието на съответното основание за изключване. Ако тези доказателства се счетат за достатъчни, той няма да бъде изключен от процедурата.

(възникнала) нечестност или ненадеждност. От тази ограничена гледна точка може да се твърди, че надеждността на концесионера трябва да продължава да е налице през целия срок на концесията.

85. Всъщност ненадеждността на концесионера поради сериозно неизпълнение на клаузите на действащ договор за концесия е фактор, който може да доведе до прекратяване на този договор, както ще изложа по-нататък. В този смисъл реакцията при сериозно неизпълнение, което е доказано и установено от възлагащия орган, може да се състои в прекратяване на концесията, което не се урежда от член 38 от Директива 2014/23.

86. Не е задължително обаче да се предприеме такава реакция, ако в рамките на своята свобода на преценка възлагащият орган предпочете по съображения от обществен интерес необходимите изменения на договора (при условие че не са съществени).

Г. По третия преюдициален въпрос

1. Допустимост

87. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали правната уредба на Съюза налага задължение за „прекратяване на правоотношението“ в случай на „нарушение на принципа за провеждане на процедура за възлагане на концесия и/или установена ненадеждност на притежателя на автомагистрална концесия“.

88. Въпросът следва да се разбира като отнасящ се до член 44 от Директива 2014/23, чийто предмет е прекратяването [43] на договорите за концесия и който е транспониран в италианското право с член 176 от Кодекса за обществените поръчки.

89. Считам, че формулиран по този начин, въпросът е недопустим, тъй като не е необходим за разрешаването на спора в главното производство. В него е подадена *жалба за отмяна* на посочените по-горе актове (одобрение на измененията на договора), а не е предявен иск за *прекратяване* на договора за концесия [44].

90. Тъй като спорът, с който е сезирана запитващата юрисдикция, се свежда до законосъобразността на измененията на договора, не виждам какво значение може да има за настоящия случай отговор, свързан с прилагането на механизма за прекратяване по член 44 от Директива 2014/23 [45].

[43] Терминът, използван в текстовете на различните езици за това понятие, невинаги съответства на значението на термина, който се използва в различните държави членки. Той е преведен като „résiliation“ (на френски), „termination“ (на английски), „risoluzione“ (на италиански), „Kündigung“ (на немски), „rescisão“ (на португалски), „beëindiging“ (на нидерландски) или „încetarea“ (на румънски). В текста на испански език е използван „resolución“ [прекратяване], но в съображение 80 е възприет като синоним терминът „rescisión“ [разваляне].

[44] Adusbef изтъква пред запитващата юрисдикция (пето основание от жалбата му) нарушаването, наред с други разпоредби, на член 44 от Директива 2014/23, но само в подкрепа на твърдението, че поради същественото изменение на договора за концесия е трябвало да се проведе нова процедура за възлагане на концесия.

[45] В съдебното заседание италианското правителство твърди в този смисъл, че Adusbef не е предявило иск за прекратяване пред запитващата юрисдикция, поради което тя би допуснала процесуално нарушение (произнасяне ultra petita), ако се произнесе по въпрос отвъд отправените до нея искания.

2. По същество

91. В случай че Съдът допусне въпроса, ще анализирам накратко значението на посочения член 44 за спора.

92. Съгласно тази разпоредба „[д]ържавите членки осигуряват на възлагащите органи и възложителите възможността при условията, определени от приложимото национално право, да прекратяват договор за концесия по време на неговия срок […]“ в три точно определени случая [46].

93. Изброяването на тези три случая не е изчерпателно. Държавите членки могат да предвидят във вътрешното си право прекратяването на договора за концесия при сериозно неизпълнение на договорните клаузи от една от страните [47].

94. Всъщност националните правни системи обикновено съдържат разпоредби, съгласно които правомощието за прекратяване на задълженията е установено имплицитно във взаимните задължения, в случай че някой от длъжниците не изпълни задълженията си. Такъв е случаят с член 1453 от италианския Граждански кодекс: в договорите с взаимни насрещни престации, когато една от страните по договора не изпълни задълженията си, другата страна може по свой избор да поиска изпълнението или прекратяването на договора, без да се засяга при всички случаи обезщетението за вреди.

95. С член 176 от Кодекса за обществените поръчки италианският законодател е транспонирал във вътрешното си право член 44 от Директива 2014/23 [48], но е предвидил и прекратяването на договора за концесия при неизпълнение от страна на концесионера. По отношение на тази хипотеза член 176, параграф 7 от Кодекса за обществените поръчки препраща към член 1453 от Гражданския кодекс.

96. От това следва (без да се засяга тълкуването на националното право от запитващата юрисдикция), че независимо от член 44 от Директива 2014/23 неизпълнението на задълженията по договора за концесия може да бъде законно основание за прекратяване на договор за концесия. Всъщност от материалите по делото става ясно, че образуваното срещу ASPI производство за неизпълнение на задълженията за ремонт и поддръжка на автомагистралата включва като една от възможните мерки прекратяването на договора за концесия.

97. Запитващата юрисдикция обаче иска да се установи дали правната уредба на Съюза налага задължение за „прекратяване на правоотношението“ в случай на „нарушение на принципа за провеждане на процедура за възлагане на концесия и/или установена ненадеждност на притежателя на автомагистрална концесия“.

[46] Вж. възпроизвеждането им в точка 8 от настоящото заключение.

[47] Посочването в съображение 77 от Директива 2014/23 на случая, когато „концесията е била прекратена поради недостатъци при изпълнението“, предполага признаването на основания за прекратяване, които не са предвидени в нейния текст. В съдебното заседание Комисията признава, че няма пречка държавите членки да уредят тези други основания за прекратяване.

[48] Член 176 от Кодекса за обществените поръчки предвижда служебно установяване на нищожност при порок, за който концесионерът не носи отговорност (параграф 3); прекратяване при неизпълнение от страна на възлагащия орган, който отменя концесията по съображения от обществен интерес, посочвайки икономическите последици от това (параграфи 4, 5 и 6); прекратяване при неизпълнение от страна на концесионера или по други причини, за които той носи отговорност (параграфи 7 и 8); и замяна на концесионера с нов икономически оператор, като определя неговите права и задължения (параграфи 9 и 10).

98. Както твърдят италианското правителство, Комисията и една от страните по спора [49], отговорът на третия въпрос следва от отговора на втория въпрос. От последния може да се направи изводът, че нито един от изложените от запитващата юрисдикция два фактора не определя в настоящия случай прекратяването на договора за концесия:

– що се отнася до първия (непровеждане на процедура за възлагане на концесия), нова процедура се изисква само при съществени изменения на договора за концесия. Съгласно член 44, буква а) от Директива 2014/23 договорът се прекратява, когато „концесията е изменена по начин, който налага провеждането на нова процедура за възлагане на концесия съгласно изискванията на член 43“, което изглежда не е така в настоящия случай поради вече посочените причини,

– що се отнася до втория (ненадеждност на концесионера), вече обясних, че тя може да бъде преценена на етапа на подбора и оценката на концесионера, а не при несъществени изменения на договора за концесия. Ако ненадеждността е свързана със сериозното неизпълнение на договорните условия, това неизпълнение дава право на възлагащия орган да прекрати договора на основание, различно от предвидените в член 44 от Директива 2014/23.

V. Заключение

99. По изложените съображения предлагам на Съда да обяви за недопустим третия преюдициален въпрос, отправен от Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Регионален административен съд Лацио, Италия), и да отговори на първия и втория въпрос по следния начин:

„Член 38 и член 43, параграфи 1, 4 и 5 от Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия

трябва да се тълкуват в смисъл, че:

1) Съгласно член 43 от Директива 2014/23 договор за концесия може да се изменя без нова процедура за възлагане на концесия, когато направените в клаузите му изменения, които не променят цялостния характер на концесията, не са съществени, като това обстоятелство следва да се установи от запитващата юрисдикция.

   Възлагащите органи или възложителите преценяват дали е необходима нова процедура за възлагане на концесия, след като преценят дали измененията на клаузите на договора за концесия са съществени или несъществени по естеството си. Съответното решение трябва да предостави възможност на заинтересованите лица да защитят правата си и евентуално да се упражни съдебен контрол.

[49] Точки 58 и 59 от писменото становище на италианското правителство. Комисията възприема същия подход и по отношение на надеждността на концесионера (т. 65 от писменото ѝ становище). Според ASPI отговорът на третия въпрос е обусловен от предходните два (т. 27 и 76 от писменото му становище).

2) Член 38 от Директива 2014/23 задължава възлагащите органи или възложителите да преценяват надеждността на кандидатите във връзка със съответните основания за изключване в рамките на процедурата за подбор и оценка на качествата на тези кандидати. Тази преценка е необходима както за предоставянето на първоначалната концесия, така и за внасянето на съществени изменения в договора за концесия, които налагат нова процедура за възлагане на концесия“.