ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н D. RUIZ-JARABO COLOMER
представено на 2 юни 2009 година [1]

I — Въведение

1. Отправеното от Tribunale Amministrativo Regionale (Регионален административен съд) de Sicilia преюдициално запитване предоставя на Съда възможността да анализира правния режим на механизмите на „публично-частно партньорство“ [2] в сферата на управлението на обществените услуги и тяхната съвместимост с членове 43 ЕО, 49 ЕО и 86 ЕО.

2. Прякото възлагане на такива услуги на дружество със смесен капитал противоречи на общностното право, ако се избегнат механизмите на директивите за възлагане на обществени поръчки. Упрекът е срещу този начин на възлагане на услугите, доколкото нарушават членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и принципите на равно третиране, недопускане на дискриминация и прозрачност [3], освен при разумно използване на собствени или вътрешни средства [4].

3. Настоящият случай се характеризира с особеност, която го отличава от случаите, по които до този момент се е произнесъл Съдът, тъй като италианският съд описва пряко възлагане на интегрираната услуга по водоснабдяване на образувание, в което се обединяват публични и частни интереси, но набляга на предварителното провеждане на обществена поръчка, чиято традиционна функция обаче изглежда променена.

4. Всъщност изборът на изпълнител на обществената поръчка или на концесионер се превръща в метод за определяне на частния съдружник в търговското дружество, на което се възлага обществената поръчка или концесията, като възлагането

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2 — В текста на заключението на испански език се използва съкращението „CPP“ за означаване на публично-частните партньорства, които на английски и френски се означава съответно с понятията „public private partnership“ и „partenariat public privat“.

3 — Решение от 10 ноември 2005 г. по дело Комисия/Австрия (C-29/04, Recueil, стр. I-9705, точка 48), Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 33) и Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точка 52).

4 — При изпълнение на условията за „in house providing“.

не само води до заплащане на суми, но освен това предполага изпълнение на услугата.

5. За разлика от дело Комисия/Австрия [5], по което Съдът преценява изкуствена конструкция, състояща се от „различни етапи“ и разкриваща незаконосъобразно възлагане на дружество със смесен капитал, замаскирано като „in house“ връзка [6], в настоящия случай се появява под непозната до момента форма конкурентна процедура, която се отличава с известна строгост, тъй като с един-единствен акт се учредява дружеството, възлага му се задача и се установяват критериите за приемане на частния производствен партньор. Какво повече може да се иска?

6. Така се поставя въпросът дали този метод съответства на изискванията на общностното право [7].

5 — По което е постановено вече цитираното решение.

6 — Като се имат предвид фактите, представени от Комисията на Съда в производство по член 226 ЕО, не е било трудно да се предположи, че искът за неизпълнение на задължения ще бъде уважен, тъй като макар първоначално да е притежавала 100 % от дружеството AbfallGmbH, на което е възложила без прибягване до конкурентна процедура събирането и третирането на отпадъците на общината, малко след това Община Mödling е прехвърлила 49 % от дяловото си участие на Saubermacher AG, като това обстоятелство е и определящо, за да може AbfallGmbH да извършва дейността, и в крайна сметка включва пряко възлагане на обществена поръчка за услуги на смесено дружество, 49 % от което се притежават от частно предприятие.

7 — Това ми напомня за саркастичното съждение на *Dossi*, C. in: Note Azurre, Adelphi. Milán 1964, vol. I, p. 248, че няма нужда да мамиш, нарушавайки закона, когато е по-лесно да го правиш в рамките на закона.

II — Приложима правна уредба

A — *Общностно право*

1. Римският договор

7. Според член 43 ЕО:

„В рамките на настоящите разпоредби ограниченията върху свободата на установяване на граждани на държава членка на територията на друга държава членка се забраняват. […]

Свободата на установяване включва правото на достъп до и упражняване на дейност като самостоятелно заето лице, както и да се създават и ръководят предприятия, в частност дружества по смисъла на член 48, втора алинея при условията, определени от правото на държавата, където се извършва установяването за нейните собствени граждани, при спазването на разпоредбите на главата относно капиталите“.

8. В съответствие с член 46 ЕО:

„1. Разпоредбите на настоящата глава и мерките, взети в съответствие с нея не засягат прилагането на законовите, подзаконовите или административните разпоредбите, които предвиждат специален режим за чуждите граждани по съображения за обществен ред, обществена сигурност и обществено здраве.

2. Съветът, в съответствие с процедурата, предвидена в член 251, издава директиви за координирането на гореспоменатите разпоредби“.

9. Член 49, първа алинея ЕО предвижда:

„В следващите разпоредби се урежда забраната на ограниченията на свободното предоставяне на услуги в рамките на Общността по отношение на гражданите на държавите членки, които са се установили в държава от Общността, различна от тази, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите“.

10. Член 86, параграф 1 ЕО призовава държавите членки да не приемат и да не запазват „[в] случаите на публични предприятия и на предприятия, на които […] са предоставили специални или изключителни права, […] съществуването на какъвто и да е акт, който противоречи на разпоредбите, съдържащи се в настоящия Договор, и в частност на разпоредбите, предвидени в член 12 и членове 81—89“.

2. Директивите за обществените поръчки

а) Традиционните сектори

11. Многобройните норми, уреждащи въпроси като критериите за преценка на подбора според предмета на договора или прогресивното намаляване на дискреционните правомощия на възлагащия орган, налагат реформа, която след няколко плахи опита [8] се извършва чрез кодифициране с 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 [9].

8 — Като този, направен с Директива 97/52/ЕО на Европейския парламент и на Съвета за изменение на Директиви 92/50/ЕИО, 93/36/ЕИО и 93/37/ЕИО относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки съответно за услуги, доставки и строителство (ОВ L 328, стр. 1).

9 — 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.

12. Правилата за обществените поръчки обаче се подчиняват на принципите на Римския договор, и в частност на тези за свободното движение на стоки, свободата на установяване, свободното предоставяне на услуги, както и на по-общите принципи на равно третиране, недопускане на дискриминация, взаимно признаване, пропорционалност и прозрачност.

13. Въпреки това, за да се гарантира тяхната пълна ефективност и поставянето им на конкурентна основа, за обществени поръчки над определена стойност се налага „[…] да се изготвят разпоредби за координиране в Общността на националните процедури за възлагане […], които да се основават на тези принципи […]“ (съображение 2 от Директива 2004/18).

14. В интерес на правната сигурност член 1 от Директива 2004/18 дава поредица дефиниции, от които засега и за да очертая тънката граница между обществената поръчка и концесията, посочвам следните:

— Обществени поръчки: „[…] 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“.

— Концесия за строителство: „[…] договор от същия вид като обществените поръчки за строителство с изключение на факта, че насрещната престация за строителството, което трябва да се извърши, се състои или единствено в право да се експлоатира строежа, или в това право заедно с плащане“.

— Концесия за услуги: „[…] 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“.

б) Секторите, които са изключени

15. Предвид особеностите на пазарите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, общият режим не може да се приложи към тях без приспособяване.

16. Проблемът е разрешен с Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители,

извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги [10], в основата на която залягат същите принципи като посочените по-горе [11], макар и в дух, различен от този на Директива 2004/18, тъй като решаващо е не какво е образуването, което възлага поръчката, а каква е естеството на дейността, за която тя се отнася [12].

17. Предмет на Директива 2004/17 са обществените поръчки за строителство, доставки и услуги (член 1, параграф 2, буква б), в) и г), които са разграничени от концесиите (член 1, параграф 3, букви а) и б), и тя прогласява своята приложимост към „предоставянето или експлоатацията на фиксирани мрежи, предназначени да обслужват обществеността във връзка с производството, преноса или разпределянето на питейна вода“ (член 4, параграф 1, буква а), както и към „доставката на питейна вода до такива мрежи“ (член 4, параграф 1, буква б).

Б — *Италианското право*

18. Член 113, параграф 5 от Законодателен декрет № 267/2000 от 18 август 2000 г. за консолидиране на текстовете на законите за организация на местните образувания (наричан по-нататък „Законодателен декрет № 267/2000“) [13], в приложимата ratione temporis редакция [14], предоставя на тези образувания [15] три варианта за управление на обществените им услуги в зависимост от това дали те се възлагат:

„[…]

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

b) 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;

10 — 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.

11 — Член 10 и съображение 9 от Директива 2004/17.

12 — Както посочвам в точка 41 от заключението си от 22 ноември 2007 г. по дело Ing. Aigner, по което Съдът постанови Решение от 10 април 2008 г. (C-393/06, Сборник, стр. I-2339).

13 — Редовно приложение на Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana (наричан по-нататък „GURI“) № 227 от 28 септември 2000 г).

14 — Разпоредба, заменена с член 35 от Закон № 448/2001 (редовна притурка на GURI № 285 от 29 декември 2001 г.) и изменена с член 14 от Законодателен декрет № 269 за приемане на неотложни разпоредби за подпомагане на развитието и за подобряване на положението на публичните финанси от 30 септември 2003 г. (редовна притурка на GURI № 229 от 2 октомври 2003 г.).

15 — Като уместно напомня, че трябва да се съобразяват с правната уредба за съответния сектор и правната уредба на Европейския съюз.

c) на дружества с изцяло публичен капитал, при условие че публичноправният субект или публичноправните субекти, притежаващ(и) дружествения капитал, упражнява(т) върху дружеството контрол, аналогичен на този, който упражнява(т) 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)“.

19. Буква а) съответства на обществените поръчки, буква с) — на вътрешните възлагания или „in house providing“ [16], докато буква б) напълно попада на хлъзгавия терен на „публично-частното партньорство“.

III — Фактите по главното производство и преюдициалните въпроси

20. На 10 юли 2002 г. Provincia Regionale di Ragusa (регионална провинция Рагуза) и нейните общини със споразумение за сътрудничество създават Ambito Territoriale Ottimale (Оптимална териториална рамка, наричана по-нататък „АТО“) за водоснабдяване, с основната задача да осигурява интегрираната услуга по водоснабдяването.

21. На 26 март 2004 г. Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (конференция на кметовете и управителя на провинцията) [17] предоставя управлението на интегрираната услуга по водоснабдяване на „смесено дружество с мажоритарно участие на публичен капитал“, както е предвидено в член 113, параграф 5, буква b) от Законодателен декрет № 267/2000, а на 7 юни 2005 г. одобрява проекта за учредителен акт за създаване на акционерно дружество и неговия устав, предвиждащи изключително възлагане на дружеството.

22. В *Официален вестник на Европейските общности* (ОВ S 195, 8.10.2005 г.) е публикувано обявление за обществена поръчка за избор на предприятие, миноритарен частен акционер, на което освен това да се възложи експлоатацията на услугата и изпълнението на съответното строителство.

23. В процедурата участват три временни сдружения на предприятия: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA и Aqualia SpA.

24. Комисията за възлагане на обществената поръчка изключва Aqualia SpA и допуска останалите, въпреки че след като ги приканва да заявят дали продължават да са заинтересувани, единствено Acoset SpA отговаря положително.

16 — В Решение по дело ANAV, посочено по-горе, Съдът разглежда съвместимостта на член 113, параграф 5 от Законодателен декрет № 267/2000 с общностното право, но не се спира на затрудненията, произтичащи от буква б) от него, тъй като Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia му е отправил въпрос относно твърде голямата свобода, която посочената разпоредба изглежда предоставя на администрацията, за да възложи управлението на обществения транспорт на контролирано от местната администрация дружество (буква в) или чрез обществена поръчка (буква а), както правилно отбелязва генералният адвокат Geelhoed в точка 11 от заключението си от 12 януари 2006 г.

17 — Управителен орган на АТО.

25. На 26 февруари 2007 г. обаче са предприети действия по отмяна на процедурата, тъй като е възможно тя да нарушава общностното право. След като дава възможност за представяне на съответните доводи с акт от 2 октомври 2007 г. конференцията на кметовете и управителя на провинцията в крайна сметка отменя процедурата, като освен това приема консорциума [18] като форма, под която ще се действа.

26. Acoset SpA обжалва по съдебен ред този административен акт и предходните, на които той се основава, като изтъква правото си да му бъде възложена обществената поръчка или да получи обезщетение за вреди и като обезпечителна мярка иска спиране на изпълнението на обжалваните решения.

27. В рамките на така описания спор Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia отправя 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 единединствен предмет на дейност, създадено специално за предоставянето на определена обществена услуга с производствен характер, на което въпросната услуга е пряко възложена и в което частният „производствен“ и „оперативен“ съдружник 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?“

IV — Производството пред Съда

28. Преюдициалното запитване е заведено в секретариата на Съда на 14 май 2008 г.

29. В писмените си становища конференцията на кметовете и управителя на провинцията и Община Vittoria молят да се обяви, че процедурата за възлагане на обществената поръчка противоречи на общностното право, тъй като макар частният съдружник да е определен чрез публична конкурентна процедура, услугата е възложена пряко на смесеното дружество. Общините Comiso и Modica молят за предварително произнасяне по последиците от липсата на правен интерес за Acoset SpA поради отмяната на процедурата.

30. Acoset SpA, Комисията и италианското, австрийското и полското правителство, напротив, поддържат, че членове 43 ЕО, 49 ЕО и 86 ЕО допускат такава процедура за възлагане на обществена поръчка, при

18 — Уреден в член 31, параграф 8 от Законодателен декрет № 267/2000.

условие че предоставя изискваните от общностното право гаранции.

31. В проведеното на 2 април 2008 г. съдебно заседание се явяват представителите на Acoset SpA, италианското правителство и Комисията, за да изложат устно своите доводи.

V — По допустимостта

А — *Предварително съображение*

32. Въпреки че никой не го изтъква, искам да разсея всякакви съмнения относно общностното значение на преюдициалния въпрос на Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, за да изключа всяко подозрение, че това може да е изцяло вътрешен за една-единствена държава членка случай, тъй като всички засегнати предприятия са установени в Италия.

33. Не трябва да се изключва възможността спорната услуга, предвид своя мащаб, да привлече вниманието на дружество, установено в друга държава членка, което обстоятелство разкрива общностна връзка (Решение на Съда от 25 април 1996 г. по дело Комисия/Белгия [19] и Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе), засилена от тълкуването на принципите и нормите на Договора.

34. Освен това, както подробно излагам по-нататък, въпреки липсата на хармонизация в областта на публично-частните партньорства, следва да се разгледа едноообразната уредба на обществените поръчки и те да бъдат съпоставени с концесиите, най-малкото за да се установи естеството на услугите и управлението им във всеки отделен случай.

Б — *Непълнотата на преюдициалния въпрос*

35. Австрийското правителство поддържа, че макар да е разбираемо и да предполага отговор, искането за тълкуване не е достатъчно ясно, за да е от полза в разглеждания в Италия спор, тъй като не предоставя сведения относно спецификата на услугата, съдържанието на процедурата за възлагане на обществената поръчка или обхвата на „предварителната проверка на изискванията“.

36. Необходимостта от тълкуване на общностното право, което да е от полза за съда и същевременно да позволява на участниците в преюдициалното производ-

19 — C-87/94, Recueil, стр. I-2043, точки 33 и 54.

ство да представят становища [20], изисква да се определи фактическият и правен контекст, в който се вписват поставените въпроси, или най-малкото да се познават фактическите хипотези, на които се основават въпросите [21].

37. Съдът е постановил, че отказът да се произнесе по преюдициален въпрос е обоснован само когато е очевидно, че исканото тълкуване няма връзка с действителността или с предмета на спора по главното производство, както и когато въпросът е хипотетичен [22].

38. Актът за преюдициално запитване съдържа минимални разяснения относно връзката на член 113, параграф 5 от Законодателен декрет № 267/2000 с проведената съгласно него процедура за възлагане на обществена поръчка и съответните общностни норми и принципи, поради което Съдът трябва да отговори на въпроса [23], тъй като не е налице нито едно от основанията за отхвърляне ad limine.

20 — Решение на Съда от 1 април 1982 г. по дело Holdijk и др. (141/81—143/81, Recueil, стр. 1299, точка 6).

21 — Решение на Съда от 26 януари 1993 г. по дело Telemarsicabruzzo и др. (C-320/90, C-321/90 и C-322/90, Recueil, стр. I-393, точка 6), Определение от 19 март 1993 г. по дело Banchero (C-157/92, Recueil, стр. I-1085, точка 4), Определение от 7 април 1995 г. по дело Grau Gomis и др. (C-167/94, Recueil, стр. I-1023, точка 8) и Определение от 20 март 1996 г. по дело Sunino и Data (C-2/96, Recueil, стр. I-1543, точка 4).

22 — Решение от 22 януари 2002 г. по дело Canal Satélite Digital (C-390/99, Recueil, стр. I-607, точка 19).

23 — Решение от 13 март 2001 г. по дело PreussenElektra (C-379/98, Recueil, стр. I-2099, точка 38).

В — *Процесуалната легитимация на Acoset SpA*

39. Конференцията и Общини Comiso и Modica твърдят пред Съда, че Acoset няма правен интерес от настоящото преюдициално производство, тъй като само обжалва отмяната на процедурата за избор на частния съдружник.

40. Това твърдение е напълно несъстоятелно и следва направо да се отхвърли.

41. От член 234 ЕО следва, че само националният съд, а не страните в производството, може да отправи преюдициален въпрос [24], като е възможно все пак страните да бъдат изслушани по този повод [25]. За да допусне дадена страна до участие в преюдициалното производство, за Съда е достатъчно тя да установи качеството си на страна в производството пред националния съд, какъвто без съмнение е случаят с Acoset SpA [26].

24 — Относно съществената му роля като инструмент за сътрудничество в Общността вж. Решение от 1 декември 1965 г. по дело Schwarze (16/65, Recueil, стр. 265) и Решение от 16 януари 1974 г. по дело Rheinmühlen (166/73, Recueil, стр. 33).

25 — Член 23 от Процедурния правилник на Съда.

26 — При всяко положение следва да се обърне внимание на довода, основан на отмяната на процедурата за възлагане на обществена поръчка, с който се отрича процесуалната легитимация на Acoset, въпреки че именно тази отмяна е причина за започване на съдебното производство.

VI — Анализ на преюдициалния въпрос по същество

A — *Към самостоятелно понятие „публично-частно партньорство“*

1. Националните перспективи

42. През изминалия век икономическите и управленските дейности на публичните власти претърпяват значителни промени. От първоначалния въздържащ се от намеса либерализъм, чиято единствена цел е запазване на обществения ред с традиционните охранителни мерки, като разпореждания и забрани, се стига до предоставяне на услуги в полза на гражданите [27] и в крайна сметка до породената от солидарността идея за подкрепа от страна на държавата [28].

43. При тази еволюция класическият модел на обществената услуга изгубва традиционния си смисъл, тъй като понастоящем степента на пропускливост между администрацията и гражданите не позволява съответните им функции да се затворят в непропускливи отделения.

44. Въпреки че дейността на администрацията се насочва към обществения интерес, съществуват най-разнообразни средства за удовлетворяването му, между които следва да се подчертаят тези, които, като позволяват на частноправните субекти да изпълняват дейности с публичен характер, очевидно предполагат сътрудничество [29].

45. Сред проявните форми на тази конвергенция специфично положение заема тъй нареченото непряко управление на обществените услуги или обществените поръчки, чиито корени са в историята на правото.

46. Така когато частно предприятие поеме отговорността за предоставянето на услугата и мотивирано от печалбата, рискува имуществото си, за да осигури редовна и добра услуга, възниква връзка с обществените средства. Същото се случва и когато администрацията, като осъзнава ограничените си технически или икономически възможности, открива в оферента при обществена поръчка средство за изпълнение на строителство или предоставяне на услуга.

27 — *Forsthoff*, E. Die verwaltung als Leistungsträger. Kohlhammer, Stuttgart 1938, означава тези услуги с общото понятие „Daseinsvorsorge“, т.е. „екзистенциална подкрепа“, която да отговори на жизнените нужди на обществото и препоръчва силна и динамична изпълнителна власт, способна да отговори на тази необходимост; за правилното разбиране на тази теза вж. *Martín Retortillo*, L. La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge. — in: Revista de Administración Pública, No. 38, 5—6.1962, 35—65.

28 — Един от основните й предвестници *Duguit*, L. Leçons de Droit public général. Boccard. Paris 1926, p. 36, отхвърля силата като присъща на държавата характеристика и счита, че нейната роля е да канализира социалната солидарност.

29 — От друга страна, държавата се подчинява на частноправния режим, когато действа в производствения сектор на равна нога с останалите оператори.

47. Частният капитал действа като посредник между органа, който е титуляр на дейността или услугата, и ползващите се от тази дейност или услуга, тъй като в тези случаи, независимо от характерните за всеки от тях нюанси, се открива първообраз на съвместна работа, който е определящ за всички техни аспекти.

48. Освен това, извън хипотезите на обществените поръчки и концесиите, за администрацията не е чуждо, нито ново да включва частни субекти в изпълнението на публични функции, без обаче тези субекти да стават част от нейната структура [30].

49. Следователно идентифицирането на „публично-частното партньорство“ като самостоятелна категория изисква да се изходи от съвкупността от взаимни влияния, които се просмукват в определени правни институти.

50. Отражението на англосаксонския му произход се открива в дебата около „New Public Management“, истински първичен бульон на публично-частните партньорства, който отваря на администрацията вратите към предприемаческите критерии на управление, налагащи частен икономически принос („Private Finance Iniciative“).

30 — *Santamaría Pastor*, J.A. Principios de derecho administrativo. vol. I, 3. ed, Colección Ceura, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 460, описва това сътрудничество, като отбелязва, че наред с администрацията в тесен смисъл винаги е съществувала нещо като „несъщинска администрация“.

51. По-нататък обаче методологията е различна, тъй като в някои национални законодателства се възприема моделът на „договор за сътрудничество“ [31], докато в други тези инструменти продължават да бъдат напълно атипични [32].

2. Непоследователно общностно виждане

52. Макар че стремежът на общностното право е да хармонизира националните правни уредби в областта на обществените поръчки, устремът му спада при появата на „феномена“ на публично-частните партньорства [33].

53. Сблъсквайки се обаче с нарастващото присъствие на публично-частните партньорства в публичния сектор, държавите членки подемат инициативата за приемане на общностна правна уредба, тъй като

31 — Пример за този подход във Франция са Постановление № 2004/559 от 17 юни 2004 г. и Закон № 2008-735 от 28 юли 2008 г. относно договорите за партньорство. В Испания Закон № 30/2007 от 30 октомври за обществени поръчки в публичния сектор (BOE № 261 от 31 октомври 2007 г., стр. 44336) въздига „публично-частното сътрудничество“ в договор.

32 — За пример за напрежението при типологизирането им, вж. *González García*, J. Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado — предстоящо да бъде публикувано съчинение, в което след като предвижда зараждането на нова форма на договори, заключава, че става въпрос за средство за „приобщаване към административната практика на всички механизми на атипични отношения, възникващи при икономическите отношения между частноправни субекти“, като възхвалява атипичността, която била в по-голяма степен пригодена към гъвкавостта и влагането на по-голямо въображение при изпълнението на услугата.

33 — „Зелена книга на публично-частното сътрудничество и общностното право в областта на обществените поръчки и концесиите“ от 30 април 2004 г. COM(2004) 327 окончателен (наричана по-нататък „Зелена книга“) свидетелства за това, че най-малкото към онзи момент Комисията възприема това название за публично-частните партньорства.

предимствата на тези партньорства не могат да останат незабелязани.

54. Освен че действат като предпазна клапа на бюджетните ограничения, тези инструменти благоприятстват частното финансиране и използването на познанията на предприятия, които нямат нищо общо с публичния сектор, като отговор на промяната в курса, наложена на държавата от вятъра на либерализацията, тъй като положението на пряк оператор еволюира до това на регулатор на действия, за които той в крайна сметка гарантира, когато засягат обществения интерес.

55. В контекст на липса на какъвто и да било специфичен обвързващ режим, който да ги обхваща, продължава да съществува правна несигурност най-вече относно участието и средствата за приобщаване на частните партньори в тези икономически противотежести.

56. Така възниква необходимостта от очертаване на насоки за тълкуване с цел приспособяване на тези практики с принципите на Договора, което е направено с Тълкувателното съобщение [34] на Комисията от 5 февруари 2008 г. относно прилагане на правото на Общността в областта на обществените поръчки и концесии по отношение на институционализирани публично-частни партньорства [35].

57. Считам, че липсата на хармонизация [36] на общностно равнище не позволява публично-частните партньорства да бъдат въздигнати в истински договор, което обаче не е пречка да се приеме, че тези нови форми на сътрудничество са продължение на определени споразумения, които имат силата на договори или се доближават до характеристиките на концесиите.

58. Пълната уредба би избегнала определени неудобства и би ориентирала публичните органи и частните субекти, тъй като царящото объркване често ги разубеждава — в ущърб на инфраструктурата и обществените услуги — да създават публично-частни партньорства (както се признава в Съобщението) [37], поради вероятността да нарушат желания от Европейския съюз ред.

34 — *Alonso, García*, R. Revista de Administración Pública. — in: El soft lawcomunitario, No. 154, 1—4.2001, p. 79, включва сред положителните черти на тези инструменти на член 249 ЕО това, че предоставят на администрацията и на честните оператори ясна и непротиворечива рамка за ориентиране на поведението им в съответстваща на общностното право посока.

35 — C(2007) 6661, наричано по-нататък „Съобщение“.

36 — Въпреки това в приетото на първо четене Становище от 10 май 2002 г. Европейският парламент приканва Комисията да разгледа възможността за приемане на предложение за директива, COM(2000) 275. От своя страна Европейският икономически и социален комитет счита, че е необходима законодателна инициатива (Становище на ЕИСК (ОВ C 14, 16.1.2001 г.), докладчик г-н Levaux, точка 4.1.3 и Становище на ЕИСК (ОВ C 193, 10.7.2001 г.), докладчик г-н Bo Green, точка 3.5).

37 — Тази естествена реакция на юристите от практиката се потвърждава от *Carbonnier*, J. in: „Sociologie juridique“, Quadrige, PUF, París, 1994, p. 331, който отбелязва различния поглед на юристите и социолозите по въпроса за сложността на правото: за първите това е фаталност, дори недъг, който ги кара да се стремят към връщане към простотата, докато за вторите, които се въздържат от каквато и да било ценностна оценка, това е само разлика, която трябва да се анализира.

59. Тази празнота релативизира опитите за класифициране на дейността на администрацията като охранителна, за насърчаване или на обществена услуга [38], към което се прибавя обстоятелството, че в една глобализирана правна Общност всеки от тези компоненти отразява различни схващания, в зависимост от страните.

60. Многообразието се проявява особено силно по-специално при обществената услуга [39], тъй като ако в някои системи това понятие е крайъгълен камък на техния административен порядък [40], в други не поддържа конструкцията на „régime administratif", нито пък „publicatio" играе главната роля [41].

61. Това според мен е една от причините съзвездието на публично-частните партньорства да е разпръснато, като те трябва да се справят с един по-дълбоко вкоренен проблем: общностният законодател е хармонизирал обществените поръчки, но не и концесиите [42], нито обществените поръчки, които се намират в латентно състояние в немалко ПЧП, поради което липсата на правна уредба по въпроса не е случайна.

Б — *Категоризиране на ПЧП*

62. Въпреки че не дава дефиниция на понятието, Зелената книга предлага класификация, основана на емпиричната констатация, че два големи модела обхващат многообразието от ПЧП в държавите членки в зависимост от това дали сътрудничеството се основава на изцяло договорни връзки (договорни ПЧП) или се материализира в определено образувание (институционализирано ПЧП или „ИПЧП").

63. Този дуализъм личи от съобщението на Комисията, което се отнася само до втората категория, може би защото множеството проявни форми на договорните ПЧП, дължащи се на автономията на волята, по-трудно се поддават на систематизиране [43].

64. В ИППЧ съответните задачи на публичния и на частния съдружник се организират под формата на образувание, което е отделен правен субект и чрез което съдружниците извършват строителство или предоставят услуга в обществена полза.

38 — Вж. *Presutti* E. Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione. Societá Editrice, Milano 1903.

39 — Както посочва Становището на Икономическия и социален комитет от 22 май 2003 г. относно Зелената книга за услугите от обществен интерес (COM(2003) 270 окончателен (ОВ C 76).

40 — Това очевидно е така във Франция, Италия и Испания, за разлика от схващанията, които са се наложили например във Великобритания, Германия или Дания.

41 — Понякога терминологията е различна, макар същината на обществената услуга да е същата: *González-Varas Ibáñez*, S. El derecho administrativo privado. Montecorvo, Madrid 1996, p. 398.

42 — Въпреки че Съобщението на Комисията за концесиите в общностното право (ОВ C 121, стр. 6) съдържа понятие, което е самостоятелно по отношение на националните.

43 — Всъщност според Зелената книга „[…] обхваща различни конструкции, при които на частния партньор се възлагат по-големи или по-малки задачи, включващи проектиране, финансиране, осъществяване, реновиране или експлоатация на строеж или услуга" [неофициален превод].

65. За разлика от някои случаи на договорни ПЧП, при които възниква пряка връзка между частния съдружник, предоставящ услугата вместо администрацията, и крайния ползвател, при ИПЧП търговското дружество в качеството му на спечелил оферент или концесионер установява „официалната“ връзка с лицето, за което е предназначена услугата, въпреки че „по същество“ дейността се извършва от частния съдружник. Така придобива смисъл уточнението, направено от представителя на Acoset в проведеното в настоящото преюдициално производство съдебно заседание, че в действителност частният съдружник предоставя услуги на смесеното дружество.

66. Освен описаните предимства, ИПЧП предоставят на публичния партньор относително големи възможности за контрол върху осъществяването на дейността посредством присъствието му сред акционерите и в натоварените с взимане на решения органи.

67. По същество отделните случаи разкриват два начина за създаване на ИПЧП: създаване на образувание ex novo или промяна в капитала на съществуващо, който от изцяло публичен отчасти преминава в ръцете на частни субекти. Очевидно е, че правилното разбиране на втория начин изисква частното присъствие да е налице преди или едновременно, а не след спечелването на обществената поръчка [44].

68. Член 113, параграф 5, буква b) от Законодателен декрет № 267/2000 сочи, че в случая е налице ИППЧ, възникнало по първия начин, тъй като се създава дружество със смесен капитал, чийто частен съдружник поема цялостното управление на услугата по водоснабдяване на общината [45] след провеждане на обществена поръчка за избирането му.

69. На последно място, тъй като ИПЧП могат да използват формата на обществена поръчка или на концесия, между тях може да се проведе разграничение с оглед на предмета им, определящ за приложимия на общностно равнище режим.

В — *Разграничение между обществената поръчка и концесията*

70. В съответствие с посочената в предходната точка класификация следва да се разграничат обществената поръчка и концесията, след което да се уточни правният режим ИПЧП на Рагуза.

44 — Този извод следва от точка 42 от Решение по дело Комисия/Австрия, за да се избегнат противоречащи на общностното право хитрини, тъй като възлагащите органи не могат да „прибягват до механизми за прикриване на възлагането на обществени поръчки на смесени предприятия“.

45 — Много показателно е, че в Зелената книга се признава, че държавите членки използват подобни структури „за управление на местните обществени услуги (например при водоснабдяването или събирането на отпадъци)“ [неофициален превод].

71. Подкрепям становището на Комисията, че възлагането на местна обществена услуга като цялостното управление на водоснабдяването може да се извърши чрез обществена поръчка или концесия и че малкото информация, предоставена с акта за преюдициално запитване, не позволява да се установи коя от двете възможности е избрана.

72. Въпреки това трябва да се има предвид, на първо място, че в своя въпрос Amministrativo Regionale della Sicilia сочи само нормите и принципите на Договора, без да се позовава на директивите за обществените поръчки [46], второ, че използва израза *смесено дружество „концесионер“*, и трето, че тридесетгодишната продължителност съответства по-скоро на концесия [47].

73. Разликата не е без значение, тъй като ако на образуването със смесен капитал се възлагаше обществена поръчка, Директива 2004/17 или 2004/18 би предоставила правилата за публичност или формулите за избор на частния съдружник, които трябва да се следват при надхвърляне на предвидените в тези актове икономически прагове. Ако, напротив, става дума за концесия на услуги или за необхванатата от посочените директиви обществена поръчка (която например не достига стойността на тези прагове), единствената отправна точка ще бъдат принципите и свободите на Договора.

74. Поради това се оказва необходимо да се уточнят критериите за определяне на неясната граница между обществената поръчка и концесията [48], което при липсата на необходимите сведения в крайна сметка следва да се направи от националния съд, като се имат предвид „рискът при експлоатацията“ и „насрещната престация за услугата“ съгласно тълкуването на тези понятия от Съда.

75. Настоящото преюдициално запитване разкрива първите трудности при разграничаването на „обществената поръчка за обществена услуга“ и „концесията за обществена услуга“.

76. При обществената поръчка за услуги трябва да има насрещна престация, пряко дължима от възлагащия орган на лицето, което предоставя услугата; когато обаче възнаграждението не се плаща от публичния орган, а се формира от сумите, изплащани от третите лица, ползващи

46 — Предпазливост, която е достойна за похвала, тъй като пред съвкупността от норми и режими, които могат да вдъхнат живот на едно ИПЧП, сицилианският съд се позовава само на свободите и принципите на Договора, които са най-малкият общ знаменател на обществените поръчки и концесиите, с което следва препоръката на *Bacon*, F. Essays. Cosimo 2007, cap. LVI, of Judicatory, p. 137: „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws“.

47 — Като се основават на това сведение, Италианската република и Acoset без никакво колебание квалифицират явлението като концесия. Освен това, както се установи в съдебното заседание, срокът зависи от размера на инвестицията, тъй като разходите трябва да се амортизират.

48 — *Passerieux*, R. et Thouvenin, J. M. Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession. — Revue du Marché commun et de l'Union européenne, No. 487, 4.2005, p. 237, сочат като основен източник на несигурност припокриването на тези категории, което крие опасност от преквалифициране на договори, които първоначално са сключени при прилагане на гъвкавия режим на концесията („PPP concessions“) като „PPP marchés“.

услугата, е налице концесия на обществени услуги [49].

77. Преминаването на „риска при експлоатацията“ [50] е един от белезите, които имат и най-голяма стойност при провеждане на това разграничение, тъй като е съществен елемент на концесията [51], но отсъства при обществената поръчка [52].

78. Съдът от Catania обаче трябва да внимава, тъй като е вероятно да съществуват и други препятствия, които трябва да преодолее, за да проведе разграничението в разглежданото от него дело, където освен за управлението на услугата става въпрос и за строителство, което да позволи предоставянето ѝ, и поради това съдът трябва да разгледа разликите между „обществена поръчка за услуга“, „концесия за строителство“ и „концесия за услуга“ [53].

79. Член 18 от Директива 2004/17 изключва от нейното приложно поле „концесии[те] 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“. Трябва да се отбележи, че за разлика от Директива 2004/18, член 17 от която изключва само концесиите за услуги, Директива 2004/17 изключва и тези за строителство, което при систематично тълкуване на член 12 от Директива 2004/18 разкрива, че дори когато концесиите за строителство се отнасят до особени сектори (като водоснабдяването), за тях се прилагат само правилата за традиционните сектори [54].

80. За преодоляване на объркването, което могат да породят обществените поръчки, отнасящи се до различни дейности (например услуга по водоснабдяване, която изисква извършване на строителни работи), Директива 2004/17 възприема обективното правило да се спазват разпоредбите, приложими за основната дейност (член 9, параграф 1), в съответствие със съдебната практика, която не възприема квалификацията „строителство“, когато то е допълващо спрямо услугите или доставките [55].

81. Изложеното ясно показва, че за концесията за услуги се прилагат нормите и основните принципи на Договора, а за концесията за строителство — и Дирек-

49 — Решение от 10 ноември 1998 г. по дело BFI Holding (C-360/96, Recueil, стр. I-6821) и Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen, посочено по-горе.

50 — Следва да се обърне внимание на настоятелността, с която в съдебното заседание представителят на Acoset поддържа, че този риск се поема от частния съдружник.

51 — Решение от 18 юли 2007 г. по дело Комисия/Италия (C-382/05, Сборник, стр. I-6657, точка 34) и Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Комисия/Италия (C-437/07, точка 29).

52 — Решение от 27 октомври 2005 г. по дело Contse и др. (C-234/03, Recueil, стр. I-9315, точка 22).

53 — Яснота във връзка с тази задача носят разсъжденията на *Gimeno Feliú*, J. M. La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma. Thomson Civitas, Madrid 2006, 151—175, основани на концептуален анализ на различните видове.

54 — Изключването на концесиите от приложното поле на директивите за обществените поръчка се предвещава от Определение от 30 май 2002 г. по дело Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Recueil, стр. I-4685), но Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745) включва концесиите за строителство в приложното поле на правилата, уреждащи традиционните сектори.

55 — Решение от 19 април 2004 г. по дело Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Recueil, стр. I-1329).

тива 2004/18, ако е приложима поради стойността на концесията.

Г — *Параметри за контрол на ИПЧП*

82. Породените от член 113, параграф 5, буква b) от италианския Законодателен декрет № 267/2000 съмнения се свеждат до това дали освен процедурата за намиране на частния съдружник трябва да се проведе и процедура за възлагането на услугата [56]. Ако отговорът е, че трябва да се проведе само една процедура, трябва по-задълбочено да се разгледат правните основания за нейната действителност в светлината на свободата на установяване (член 43 ЕО), свободното предоставяне на услуги (член 49 ЕО) и свободната конкуренция (член 86 ЕО).

1. Една-единствена процедура с две цели

83. В своето съобщение Комисията счита, че „[…] двойна процедура (първата за избор на частния партньор в ИПЧП, а втората — за възлагане на обществената поръчка или концесията на образуването със смесен капитал) е трудна за осъществяване[…] “ [неофициален превод].

56 — Както поддържат Конференцията на кметовете и управителя на провинцията и Община Vittoria.

84. Правните разсъждения не трябва да се основават единствено на прагматизма, към който логично се стреми всеки порядък. С това уточнение споделям виждането на Комисията, в допълнение към което следва да се изложи анализ на изискванията на Общността във връзка с обществените поръчки и концесиите, които чрез осмоза очертават контекста на ИПЧП.

85. Въвеждането на двойна конкурентна процедура се съчетава трудно с процесуалната икономия, вдъхновила ИПЧП, тъй като създаването им съчетава избора на частната икономическа съставна част и възлагането на обществената поръчка или концесията на образуването със смесен капитал.

86. Строго погледнато, ефективността не може да бъде противопоставяна на принципа на законосъобразност, тъй като трябва да бъде постигната при спазването му, така че може да се изтъква само незаконосъобразността на неефективното управление.

87. При спазването на ограниченията им [57] ИПЧП задължително се превръщат в надеждни индикатори за претегляне, основано на изискванията за рационал-

57 — Включително произтичащите от правото на добра администрация, прогласено в член 41 от Хартата на основните права на Европейския съюз, който се намира в посветения на гражданството дял V и на който основавам становището си, че съществува забрана за лишаване на правните субекти от право на защита, изразено в заключението ми от 27 ноември 2007 г., отчасти възприето в решението на Съда от 15 май 2008 г. по дело SECAP (C-147/06 и C-148/06, Сборник, стр. I-3565).

ност, мотивираност, координация и икономия, които водят компетентния административен орган в търсенето на общото благоденствие, и същевременно се отдалечават от функцията на прост „предавателен ремък“ [58] на закона.

88. Един от решаващите факти е дали когато поема изпълнението на услугата, предприятието, което се включва в новото образуване, всъщност действа като оферент при обществена поръчка или като концесионер; това впрочем е очевидно, тъй като сред критериите за определянето му, освен свързаните с управлението на дружеството, е и способността за предоставяне на услугата [59].

89. По този начин изборът на спечелилия оферент или на концесионера се извършва непряко посредством избора на производствения съдружник, поради което неговата дейност се оказва от особена важност. Точното им очертаване би избегнало възможността ИПЧП да бъдат манипулирани за избягване на нови конкурентни процедури.

90. Това положение е свързано с причината за съществуването им, която в настоящия случай е интегрираната услуга по водоснабдяване, както следва от споменаването в преюдициалния въпрос на „един-единствен предмет на дейност“.

91. Освен това целта на ИПЧП е да остане непроменено до приключването му [60], въпреки че не съществува никаква пречка за неговото приспособяване към достиженията на прогреса или проницателността на частния съдружник, при условие че остават непроменени съществените условия [61] на процедурата за възлагане [62].

92. Според изложеното от Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia това изглежда е спазено, тъй като съгласно спецификацията във връзка с възлагането на строителство [63], което няма да се извършва пряко от частния акционер, ще трябва да се прибегне до „конкурентните процедури, предвидени в закона“.

93. Въпреки това в точка 8 от своето писмено становище Италианската репуб-

58 — „Transmission belt“, израз от вече класическото съчинение на *Stewart*, R. B. The reformation of American Administrative Law. — Harvard Law Review, vol. 88, No. 8, 1975, p. 1675.

59 — Обстоятелството, че посредством едно-единствено производство се изпълняват всички разглеждани критерии, опровергава твърдението на Община Vittoria, че поради различното си съдържание и цел процедурата за избор на съдружник не трябва да има приоритет пред процедурата за възлагане на услугата.

60 — Което в настоящия случай има решаващо значение, като се има предвид, че е бил определен тридесетгодишен срок.

61 — Според Решение от 29 април 2004 г. по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99 P, Recueil, стр. I-3801, точка 116) условието е съществено, когато посочването му в обявлението за обществена поръчка или в спецификацията би позволило на оферента да представи съществено различна оферта.

62 — При спазване на изключенията, предвидени в членове 31 и 61 от Директива 2004/18 и в член 40, параграф 3, букви е) и ж) от Директива 2004/17, всяко изменение на съществените условия на поръчката, което не е било предвидено в спецификацията, изисква провеждането на нова процедура, както се сочи в Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Комисия/Франция (C-337/98, Recueil, стр. I-8377, точка 50).

63 — Първоначално — посочените в Тригодишния оперативен план, одобрен от Конференцията на кметовете на събранието ѝ на 15 декември 2003 г.

лика сочи, като се основава на ius variandi, че включената в спецификацията клауза предполага възможността за търгуване на борсата на част от капитала на публичните акционери.

94. От гледна точка на договора във фазата на изпълнението трябва да се разрешат определени изменения, които не са основни, макар че с цел прозрачност и за да не се промени същността на поръчката, се изисква изрично овластяване [64].

95. Независимо от вероятността посочената продажба на борсата да промени еднообразието на условията, в своето писмено становище италианското правителство посочва, че това прехвърляне на капитал ще доведе до прекратяване на образуването, тъй като неговият устав предвижда „мажоритарно публично участие“, като по този начин образуването не само ще се окаже в незаконосъобразно положение, но и ще престане да съществува. Въпреки това в съдебното заседание avvocato dello Sttato уточнява тази позиция, като се позовава на „алтернативни форми на контрол“, неоснователни се на притежаването на капитал, с което представяне на проблема съм съгласен, при условие че по-голямото частно участие няма да засегне по-голямата тежест на публичния елемент в дружеството, произтичащ от мажоритарното участие в капитала или поне от безспорното му влияние върху стратегическите решения във връзка с дейността по водоснабдяване [65].

64 — Решение по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta, посочено по-горе.

65 — При всяко положение в устава на смесеното дружество се сочи „мажоритарно публично участие“, поради което каквито и опити да се правят за запазване на дружеството, в случай че публичният капитал спадне под 50 %, няма да е налице едно от съществените условия за възникване на това образувание.

2. Смесеното дружество и „in house“ предоставяне: две противоположни реалности

96. По-голямата част от представените в настоящото преюдициално производство становища се спират на случаите, в които услугата се предоставя със собствени средства, но изводите, които се правят, са различни: някои ги сочат, за да поддържат, че това не е така при предлаганата „интегрирана услуга по водоснабдяване“, докато други ги споменават, за да изтъкнат разликите с ИПЧП.

97. Считам, че провеждането на процедура за възлагане е излишно при „in house“ предоставянето на услуги, но също така и при ИПЧП, които при спазване на прозрачността отговарят на изискванията за равно третиране и недопускане на дискриминация.

98. Съдебната практика изключва прилагането на членове 12 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО, както и на основните принципи, които те изразяват, когато възлагащият публичен орган упражнява върху концесионера контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените му служби, и при условие че концесионерът извършва основната част от дейността си съвместно с органа, който го контролира [66].

66 — Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Teckal (C-107/98, Recueil, стр. I-8121, точка 50), Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе, точка 62 и Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Coditel Brabant SA (C-324/07, Сборник, стр. I-8457, точка 26).

99. По дефиниция за дейността на дружество, чийто капитал не е изцяло публичен, не се прилагат „in house“ критериите, тъй като участието на частно дружество лишава публичния орган от този „аналогичен контрол“ [67].

100. Въпреки това, макар да осъзнавам казуистиката, свързана с процентите, които могат да направят възможен такъв контрол, считам, че би било изключително полезно Съдът да уточни позицията си в това отношение.

101. От една страна, в някои решения се счита, че обстоятелството, че публичният орган притежава целия капитал на дружеството, което е определено за спечелил оферент, предполага, че макар и неокончателно, публичният орган ще упражнява върху дружеството контрол, който е аналогичен на упражнявания върху собствените му служби [68].

102. A contrario sensu, частното участие изключва приложимостта на доктрината за вътрешно възлагане, както се извежда от посочените по-горе Решение по дело Stadt Halle и Решение по дело Coname, според които дори миноритарно частно участие не позволява такъв контрол.

103. От друга страна, тази съдебна практика става неясна, когато Съдът, като напомня Решение по дело Asemfo, счита, че „при определени обстоятелства изискването за упражняван от публичния орган контрол може да бъде изпълнено, в случай че посоченият орган притежава само 0,25 % от капитала на публично предприятие [69]“.

104. Предвиденото от конференцията на кметовете и управителя на провинцията и от общините от Рагуза сътрудничество предполага частният съдружник да запише 49 % от капитала на новото дружество [70], което високо участие не обосновава вътрешно възлагане, тъй като пред националния съд трябва да се докаже, че публичният акционер упражнява влияние, което му позволява да надделее над частния при определяне на стратегическите цели на образуването [71].

3. Упражнение по юридическо разчленяване

105. След като е изключен инструменталният характер на това смесено дружество, остава да се провери дали неговият генезис позволява да не се провежда процедура за възлагане на услугата по водоснабдяване.

67 — Както следва от Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau (C-26/03, Recueil, стр. I-1, точка 49) и Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname (C-231/03, Recueil, стр. I-7287, точка 26).

68 — Решение от 11 май 2006 г. по дело Carbotermo (C-340/04, Recueil, стр. I-4137, точка 37) и Решение от 19 април 2007 г. по дело Asemfo (C-295/05, Сборник, стр. I-2999, точка 57).

69 — Решение по дело Coditel, посочено по-горе, точка 53, което препраща към точки 56—61 от Решение по дело Asemfo, от което обаче не може да се изведе такъв процент на участие.

70 — Точка II. 7 от становището на Acoset и точка 5 от становището на италианското правителство.

71 — Решение по дело Parking Brixen и Решение по дело Carbotermo, посочени по-горе.

106. Без да имам намерение да разбивам правната категория на „институционализирано публично-частно партньорство“, считам, че трябва да се индивидуализират отделните ѝ елементи.

107. Няма пречка административно-териториалните единици да създадат юридическо лице и във връзка с това да съставят неговия устав, да запишат капитала му и да се сдружат с когото считат за уместно.

108. Не може да се възрази и срещу отправянето на предложение за участие в това дружество към частноправните субекти, готови да инвестират в неговата дейност.

109. Пълната липса на процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги противоречи на членове 43 ЕО и 49 ЕО и на принципите на равно третиране и недопускане на дискриминация, което опорочава „интегрираната услуга по водоснабдяване“. Това обаче може да бъде преодоляно чрез критериите за самия избор на частния съдружник.

110. Кандидатите трябва да установят своята лична и финансова годност да станат акционери, но на първо място сред аспектите, които трябва да се преценят, са техническите им възможности и икономическите и други предимства, произтичащи от тяхната оферта.

111. Всъщност Съобщението за ИПЧП посочва, че „обстоятелството, че частно образувание и възлагащ орган си сътрудничат в рамките на образувание със смесен капитал, не можа да обоснове неспазването на разпоредбите относно обществените поръчки и концесиите при възлагане на обществена поръчка или концесия на това частно образувание или на образуването със смесен капитал“ [неофициален превод].

112. Следователно материалноправната действителност на ИПЧП почива на справедливостта и предвидимостта, така че всички реални или потенциални участници в процедурата да имат достъп до подходяща информация за проекта на възлагащия орган да създаде образуването със смесен капитал, на което ще възложи обществената поръчка или концесия.

113. Изискването за публичност при обществените поръчки се извежда от член 41 и сл. от Директива 2004/17 и от членове 35, 36 и 58 от Директива 2004/18, а за концесиите за обществени услуги съдебната практика [72] го е наложила като средство за спазване на принципите на прозрачност, равно третиране и недопу-

72 — Решение по дело Telaustria и Telefonadress, посочено по-горе, точки 60—62 и Решение по дело Coname, посочено по-горе, точки 16—19.

скане на дискриминация, основана на гражданството [73].

114. Съдът счита, че членове 43 ЕО и 49 ЕО са израз на принципа на равно третиране [74] и на забрана на дискриминация, основана на гражданството [75].

115. Що се отнася до конкуренцията, в заключението ми по дело Ing. Aigner приканвам да не се отстъпва пред късогледството на тези, които свеждат ролята на общностното право на обществените поръчки до прост координатор на процедурите за възлагане, тъй като всъщност то преследва по-висша цел: установяването на обективна конкуренция в този сектор в името на осъществяването на основните свободи в рамките на европейската интеграция [76].

116. Макар тази доктрина да се отнася за обществените поръчки, при концесиите за обществени услуги [77] също трябва да се възпре нарушаването на конкуренцията, тъй като те почиват на същите принципи на Договора, макар множеството национални понятия за „концесията“, „обществените услуги от обществен интерес“, „специалните права“ и „изключителните права“ да прикрива връзката им с членове 81 ЕО, 82 ЕО и 86 ЕО [78].

4. Извод

117. Положителният отговор на поставения преюдициален въпрос изглежда неизбежен по елементарни съображения

73 — Различните оференти трябва да разполагат с еднакви възможности, независимо от гражданството им, както се сочи в Решение по дело Комисия/Белгия, посочено по-горе, точки 33 и 54.

74 — Решение от 5 декември 1989 г. по дело Комисия/Италия (3/88, Recueil, стр. 4035, точка 8).

75 — Решение от 8 октомври 1980 г. по дело Überschär (810/79, Recueil, стр. 2747, точка 16).

76 — Както следва от съображение 2 от Директива 2004/18 и от съображение 9 от Директива 2004/17, както и по-специално от Решение от 22 юни 1989 г. по дело Fratelli Costanzo (103/88, Recueil, стр. 1839, точка 18 in fine), Решение от 10 ноември 1998 г. по дело BFI Holding, посочено по-горе, точка 41, Решение от 3 октомври 2000 г. по дело University of Cambridge (C-380/98, Recueil, стр. I-8035, точка 16), Решение от 1 февруари 2001 г. по дело Комисия/Франция (C-237/99, Recueil, стр. I-939, точка 41), Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau, посочено по-горе, точка 44 и Решение по дело Carbotermo, посочено по-горе, точка 58.

77 — *Muñoz Machado*, S., in: Servicio público y mercado. Los fundamentos, vol. I, Civitas, Madrid 1998, p. 40, успокоява, като обяснява, че Европа не изпитва ужас от обществената услуга, а само иска да я нагоди конкурентна среда, което е ново предизвикателство, но изобщо не води до премахването ѝ.

78 — Тези аспекти са обощени от *Neergaard*, U. The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional Law. — The new EU public procurement Directives. Ruth Nielsen & Steen Treumer (ed.), Djøf Publishing 2005, 149—181.

за ефективност на административното управление, при условие че не са нарушени произтичащите от общностното право гаранции.

118. Основните свободи на Договора изискват спазване на прозрачността и забраната за дискриминация при процедурата за определяне на частния съдружник в образуването, което, като се изключат някои несъществени промени, е предназначено да управлява услугата, като смесеното дружество е формалният титуляр на възлагането, а дейността се извършва от частното предприятие.

119. Критериите за избор на частната страна трябва не да се ограничават до капитала, който тя внася, а да обхващат и нейния опит и характеристиките на офертата ѝ относно специфичните услуги, които трябва да предоставя.

120. Сицилианският съд трябва да прецени дали обявлението н *Официален вестник на Европейските общности* е достатъчно за запазване на конкуренцията, свободното предоставяне на услуги и свободата на установяване, както и на интересите на потенциално засегнатите лица.

121. Освен това, за да се избегне предоставянето на частния съдружник на недължимо предимство по отношение на неговите конкуренти [79], трябва да се установи дали изборът му е извършен при спазване на процедурата за възлагане, предвидена в Директиви 2004/17 и 2004/18, при условие че зад ИПЧП се крият условията на обществена поръчка или на концесия за строителство.

122. За да се произнесе, този съд трябва да установи дали ИПЧП на Рагуза обхваща обществена поръчка или концесия и дали, както беше посочено, се отнася до строителство или до обществена услуга, което ще позволи да се определи задължителният правен режим, предвиждащ правилно възлагане и пълна публичност.

79 — Надеждни указания дава Съобщението, като предвижда, че обявлението за обществена поръчка или спецификацията трябва да съдържат основната информация за обществената поръчка или концесията, която трябва да се възложи на образуването със смесен капитал, което се създава, както и устава на това дружество. Препоръчва се и да се предостави информация за споразуменията между съдружниците, за договорната връзка между възлагащия орган и частния съдружник, както и между възлагащия орган и смесеното дружество, а също и за възможностите за подновяване или изменение на обществената поръчка или концесията и за възлагане на нови задачи.

VII — Заключение

123. Предвид всичко изложено по-горе предлагам на Съда да отговори на преюдициалния въпрос на Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, че:

„Членове 43 ЕО, 49 ЕО и 86 ЕО, 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 и Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, допускат пряко възлагане на обществена услуга, която включва предварителното извършване на определено строителство на дружество със смесен публичен и частен капитал, специално създадено за тази цел, при следните условия:

— смесеното дружество да запази този изключителен предмет на дейност през цялото време на съществуването си,

— частният съдружник да е избран чрез процедура за възлагане, след проверка на финансовите, техническите, оперативните и управленски изисквания, свързани с услугата, чието предоставяне трябва да се гарантира, както и на характеристиките на офертата му, що се отнася до услугата, която трябва да се предоставя,

— стният съдружник да поеме изпълнението на услугата и на строителството в качеството си на производствен партньор и

— процедурата за възлагане да е в съответствие с принципа на свободна конкуренция и да зачита прозрачността и равното третиране, които общностното право изисква за концесиите, и евентуално правилата за публичност и за възлагане, предвидени в по отношение на обществените поръчки“.