Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
E. SHARPSTON
представено на 21 март 2019 година[1]

Дело C-526/17

Европейска комисия
срещу

Италианска република

„Неизпълнение на задължения от държава членка — Директива 2004/18/ЕО относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги — Концесия за строителство — Удължаване на съществуваща концесия за строителство и управление на автомагистрала без публикуване на обявление за обществена поръчка“

1. През 1969 г. е сключен договор за концесия за строителство без провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка за автомагистрала, която да бъде изградена между Ливорно и Чивитавекия на западния бряг на Италия. Договорът впоследствие е изменен с други договори през 1987 г., 1999 г. и 2009 г. Нито един от тези последващи договори не е предшестван от процедура за възлагане на обществена поръчка.

2. Европейската комисия понастоящем е започнала производство за установяване на неизпълнение на задължения по член 258 ДФЕС срещу Италианската република. Тя счита, че сключеният през 2009 г. договор представлява съществена промяна на първоначалния договор и че поради това е следвало да бъде проведена процедура за възлагане на обществена поръчка в съответствие с Директива 2004/18/ЕО[2]. Италианската република оспорва това твърдение.

Правна уредба

Правото на ЕС

3. Член 1, параграф 2 от Директива 2004/18 определя „обществените поръчки за строителство“ като „обществени поръчки с обект изпълнение или проектиране и изпълнение на строителни работи, свързани с една от дейностите по смисъла на приложение I[3], или строеж, или извършване, независимо с какви средства, на строеж, отговарящ на изискванията на възлагащия орган“. По-нататък член 1, параграф 2 предвижда, че „[с]троеж“ е резултатът от строителство, който е достатъчен сам по себе си да изпълнява икономическа или техническа функция“.

1 Език на оригиналния текст: английски.

2 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282), отменена с Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

3 Приложение I включва „строителни и монтажни работи на магистрали“.

Член 1, параграф 3 определя „концесията за строителство“ като „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 строеж[ът], или в това право заедно с плащане“.

4. Член 2 от Директива 2004/18 предвижда, че „[в]ъзлагащите органи третират икономическите оператори равнопоставено, недискриминационно и действат по прозрачен начин“.

5. Член 56 предвижда, че правилата за предоставяне на концесии за строителство се „прилага[т] за концесионни договори за строителство, сключени от възлагащите органи, когато стойността на договорите е равна или по-голяма от 5 150 000 EUR“ [4].

6. Член 58 предвижда, че:

„1. Възлагащите органи, които желаят да предоставят концесия за строителство, известяват за своето намерение посредством обявление.

2. Обявленията за концесии за строителство съдържат информацията, посочена в приложение VII B и, когато е приложимо, всяка друга информация, която се счита за полезна от възлагащия орган в съответствие със стандартните формуляри, приети от Комисията съгласно процедурата в член 77, параграф 2.

3. Обявленията се публикуват в съответствие с член 36, параграфи 2—8.

4. Член 37 относно публикуването на обявления се прилага и при концесиите за строителство“.

7. Член 61 предвижда, че:

„Настоящата директива не се прилага за допълнително строителство, което не е включено в първоначално разглеждания концесионен проект или в първоначалния договор, но което, поради непредвидени обстоятелства, е станало необходимо за изпълнение на строителството, описано там, което възлагащият орган е възложил на концесионера, при условие че възлагането е в полза на икономическия оператор, извършващ строежа: — когато това допълнително строителство не може технически или икономически да бъде отделено от първоначалния договор, без това да предизвика големи неудобства на възлагащите органи, или — когато това строителство, макар и отделимо от първоначалния договор, е абсолютно необходимо за неговото завършване. Въпреки това, сумарната стойност на договорите, възложени за допълнително строителство, не може да надвишава 50 % от сумата на първоначалния строеж, обект на концесията“.

8. Член 80, параграф 1 предвижда, че „[д]ържавите членки въвеждат в сила необходимите законови, подзаконови и административни разпоредби, за да се съобразят с настоящата директива най-късно до 31 януари 2006 г.“

4 Съгласно изменението с Регламент (ЕО) № 1422/2007 на Комисията от 4 декември 2007 година за изменение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета по отношение на прилаганите от тях прагове за процедурите за възлагане на обществени поръчки (ОВ L 317, 2007 г., стр. 34).

Фактическа и процесуална страна

Договорът от 1969 г.

9. На 23 октомври 1969 г. между възлагащия орган Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (наричан по-нататък „ANAS“) и икономическия оператор Società Autostrada Tirrenica (наричан по-нататък „SAT“)[5] е сключен концесионен договор за строителство (наричан по-нататък „договорът от 1969 г.“).

10. В член 1, параграф 1 от този договор целите му са описани като строителството и управлението на автомагистрала A12 от Ливорно (Чечина) до Чивитавекия (наричана по-нататък „автомагистралата“)[6]. В член 1, параграф 2 се посочва, че общата дължина на автомагистралата е „приблизително 237 км“.

11. Член 7 предвижда, че„концесията ще приключи в края на тридесетата година от момента, в който започне експлоатацията на цялата автомагистрала; при всички положения, без да се засягат разпоредбите на член 5, параграфи 5 и 6, периодът не трябва да надвишава тридесет години от датата, на която приключат строителните работи, описани в общия план за изпълнение на строителството, посочен в член 5, параграфи 1 и 2“.

Договорът от 1987 г.

12. На 14 октомври 1987 г. между същите страни е сключен още един договор (наричан по-нататък „договорът от 1987 г.“). Според италианското правителство този договор заменя член 7 от договора от 1969 г. със следната разпоредба: „Срокът на настоящата концесия се определя на тридесет години, считано от датата, на която цялата автомагистрала е пусната в движение“.

Договорът от 1999 г.

13. На 7 октомври 1999 г. между същите страни е сключен още един договор (наричан по-нататък „договорът от 1999 г.“). Член 2, параграф 1 от него предвижда, че „настоящото споразумение урежда между възлагащия концесията орган и концесионера експлоатацията на отсечка от 36,6 км между Ливорно и Чечина, пусната в движение на 3 юли 1993 г. и съставляваща неразделна част от автомагистрала A12 Ливорно—Чивитавекия, чиято концесия за строителство и експлоатация се предоставя на S.A.T“.

14. Член 2, параграф 3 по-нататък предвижда, че „когато са изпълнени правните и фактическите условия за продължаване на програмата за строителство, по отношение на която е предоставена концесия, се сключва допълнително споразумение с цел установяване на договорна рамка за строителството и експлоатацията на още две отсечки: Чечина—Гросето и Гросето—Чивитавекия“.

15. Член 23 е озаглавен „Срок на концесията“. Той предвижда, че „концесията изтича на 31 октомври 2028 г.“

5 Строго погледнато, Тиренско море (il mar Tirreno), откъдето произлиза името на икономическия оператор, е част от средиземноморското западно крайбрежие на Италия, граничещо на юг със Сицилия, на запад — със Сардиния и Корсика, и на Север — с остров Елба, включващо Golfo di Follonica. Водите оттам до самия град Ливорно са част от Лигурско море. Вж. уебсайта на Istituto idrografico della Marina (http://www.marina.difesa.it).

6 Понятието „автомагистрала“, използвано в настоящото заключение, е определено в член 1, параграф 2 от договора от 1969 г. като „двойно пътно платно, всяка страна от което е с ширина от 7,5 м и е обособена с разделителна ивица и подсигурена от аварийна лента“.

Договорът от 2009 г.

16. На 11 март 2009 г. между същите страни е сключен още един договор (наричан по-нататък „договорът от 2009 г.“). В уводната част на този договор се предвижда, inter alia, че на 7 октомври 1999 г. между ANAS и SAT е сключено новото споразумение, одобрено с Декрет от 21 декември 1999 г., вписано в Сметната палата на 11 април 2000 г., което заменя предходното споразумение от 23 октомври 1969 г. и свързаното с него допълнително споразумение от 14 октомври 1987 г. и което, inter alia, предвижда, че концесията следва да приключи на 31 октомври 2028 г.

17. Съгласно предвиденото в член 1.4 „страните се договарят, че нямат право, интерес или претенция, настоящи или бъдещи, във връзка със споразумението от 7 октомври 1999 г. или който и да е акт или мярка, приети преди сключването на настоящото споразумение“.

18. Член 2.1 предвижда, че „настоящото единно споразумение урежда изцяло и изключително правоотношенията между възлагащия концесията орган и концесионера по отношение на проектирането, строителството и извършването на всички преди това възложени строителни работи съгласно концесионното споразумение, сключено с ANAS на 7 октомври 1999 г.: а) A12 Ливорно—Чечина (Розиняно) 36,6 км (пусната в движение на 3 юли 1993 г.); б) Чечина (Розиняно)—Гросето, 110,5 км; в) Гросето—Чивитавекия, 95,5 км, общо 242,6 км“.

19. Първата част от член 4.1 гласи, че „предвид периодите, през които изпълнението на строителните работи е било спряно, както е посочено в преамбюла и член 143 от Законодателен декрет № 163/2006, концесията за завършване на автомагистралата Чечина (Розиняно)—Чивитавекия приключва на 31 декември 2046 г.“

20. Втората част от член 4.1 предвижда, че „ако възлагащият концесията орган не е одобрил окончателния проект и свързания икономически и финансов план (ИФП) за изпълнението на отсечката Чечина—Чивитавекия до 31 декември 2012 г., страните следва да определят икономическите и финансовите последици от това, включително направените инвестиционни разходи в зависимост от приключването на концесията на първоначално определената дата, а именно 31 октомври 2028 г.“

Напредък на строителните работи

21. В уводната част на договора от 2009 г. се посочва, че строителните работи по автомагистралата са спрени в резултат на член 11 от Закон № 287 от 28 април 1971 г.[7] и на член 18а от Декрет-закон № 376 от 13 август 1975 г.[8], впоследствие преобразуван в Закон № 492 от 16 октомври 1975 г.[9]. Това спиране впоследствие е отменено с членове 9 и 14 от Закон № 531/1982, приет на 12 август 1982 г.[10].

7 Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (Закон № 287 за изменение и допълнение на законодателството относно автомагистралите), GURI № 137 от 1 юни 1971 г.

8 Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (Декрет-закон № 376 за въвеждане на мерки за икономическо възстановяване за износа, строителството и обществените поръчки), GURI № 218 от 18 август 1975 г.

9 Legge n. 492, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 1975 r., n. 376, concernente provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (Преобразуване в закон, с измененията, на Закон-декрет № 376 от 13 август 1975 г. относно мерките за рестартиране на икономиката във връзка с износа, строителството и обществените поръчки), GURI № 276 от 17 октомври 1975 г.

10 Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (Закон № 531 за въвеждане на десетгодишен план за устойчивостта на основните пътища и мерки за преструктуриране в автомагистралния сектор), GURI № 223 от 14 август 1982 г.

22. Безспорно е, че първата отсечка от автомагистралата, обхващаща 36,6 км от Ливорно до Чечина (Розиняно), е пусната в движение на 3 юли 1993 г. Втората и третата отсечка от автомагистралата, съответно от Чечина (Розиняно) до Гросето и от Гросето до Чивитавекия, не са били изградени към този момент. Впоследствие са били завършени само малки отсечки[11].

23. В уводната част на договора от 2009 г. по-нататък се посочва, че строителните работи по автомагистралата са спрени отново с член 55, параграф 12 от Закон № 449 от 27 декември 1997 г.[12] и че това спиране е отменено със Закон № 443 от 21 декември 2001 г.[13]. Според италианското правителство Закон № 286 от 24 ноември 2006 и Закон № 101 от 6 юни 2008 г. изискват още съществуващите концесионни договори да бъдат консолидирани. Именно на това основание е сключен договорът от 2009 г.

24. Нито Комисията, нито италианското правителство са предоставили информация относно последващи промени на италианското законодателство, които може да засягат валидността на концесионния договор[14].

Досъдебна процедура

25. През 2009 г. в Комисията постъпва жалба относно удължаването (от 31 октомври 2028 г. на 31 декември 2046 г.) на срока на възложената на SAT концесия за строителство. Комисията разглежда тази жалба, която завежда под номер 2009/4154. В размяната на съобщения между Комисията и Италия се посочва, че Италия поема задължение да намали срока с три години до 2043 г. и да обяви обществена поръчка за всички строителни работи по автомагистралата. Въз основа на тези действия Комисията решава да преустанови разглеждането на жалба № 2009/4154.

26. Изглежда, че SAT възлага приблизително 30 % от стойността на строителните работи на дружества под свой контрол на два транша, съответно на обща стойност от 34 724 661 EUR и 117 323 225 EUR на 15 декември 2009 г. и на 30 март 2012 г.

27. На 22 април 2014 г. Комисията изпраща писмо на Италия с официалната си позиция, че посредством удължаването на срока на концесията чрез договора от 2009 г., без да е проведена процедура за възлагане на обществена поръчка, Италия е нарушила Директива 2004/18, по-специално членове 2 и 58 от нея, както и че член 61 от Директивата не е приложим по отношение на обстоятелствата.

28. През юни 2014 г. Италия предлага да подложи на обществена поръчка 70 % от строителните работи и потвърждава предложението си да намали срока на концесията с три години.

29. На 17 октомври 2014 г. Комисията изпраща на Италия мотивирано становище. Тя отказва да приеме, че 30 % от строителните работи *няма* да бъдат обект на процедура за възлагане на обществена поръчка. Комисията счита, че удължаването на договора до 2046 г. е равностойно на възлагането на нов договор и че „тъй като ANAS е сключил споразумение със SAT, с което

11 Вж. точка 36 по-долу.

12 Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (Закон № 449 за въвеждане на мерки за стабилизиране на публичните финанси), GURI № 302 от 30 декември 1997 г.

13 Legge n. 443, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive (Закон № 443, предвиждащ делегиране към правителството на стратегическа инфраструктура и производствени съоръжения, както и други интервенции за съживяване на производствените дейности), GURI № 299 от 27 декември 2001 г.

14 Изглежда, че маршрутът, предложен за строителството на тази конкретна автомагистрала, е породил противоречия и че са възникнали проблеми във връзка, inter alia, с отражението ѝ върху околната среда (вж. wikivisually.com). Няма да навлизам в този дебат в настоящото заключение.

крайната дата на концесията за автомагистрала A12 Чивитавекия—Ливорно е удължена от 31 октомври 2028 г. на 31 декември 2046 г. без предварително публикуване на обявление за обществената поръчка, Италианската република не е изпълнила задълженията си по членове 2 и 58 от Директива 2004/18/ЕО“.

30. След мотивираното становище Италия предлага различни ангажименти, с цел да разреши спора си с Комисията. Така:

– на 27 октомври 2014 г. Италия изпраща на Комисията проект за договор с тригодишно намаляване на срока и ангажимент да възложи с обществена поръчка 100 % от строителните работи на трети страни,

– на 26 юни 2015 г. Италия изпраща на Комисията проект за договор с шестгодишно намаляване на срока и ангажимент да възложи с обществена поръчка 100 % от строителните работи,

– на 22 юли 2015 г. Италия изпраща на Комисията проект за договор с предложение за намаляване на срока от 2046 г. на 2040 г. и възлагане на 100 % от строителните работи посредством процедура за възлагане на обществена поръчка. Освен това SAT щял да се лиши от договора си, ако не възложи тези строителни работи на трети страни, а крайният срок щял да бъде преместен до 2028 г., ако проектът на договора не бъде одобрен до 28 февруари 2017 г.,

– на 24 юли 2015 г. Италия предоставя допълнителни разяснения защо е било необходимо удължаване на срока, като посочва, че забавянията в строителните работи са били причинени, inter alia, от липсата на публични средства и съображения за обществена сигурност.

31. На 8 март 2016 г. Комисията иска от Италия да предприеме всички мерки, необходими за приключване на концесионния договор за строителство до 31 октомври 2028 г., както е предвидено преди това с договора от 1999 г.

32. В отговор, на 18 ноември 2016 г. Италия изпраща на Комисията доказателства под формата на нотариален акт, че SAT е поел ангажимента да проведе процедура за възлагане на обществена поръчка за всички строителни работи. Италия изтъква и възможността да изтегли крайната дата на срока на концесията от 2046 г. на 2038 г.

Съдебна процедура

33. Комисията счита отговора на Италия за незадоволителен. Поради това на 4 септември 2017 г. тя започва производство за установяване на неизпълнение на задължения по член 258 ДФЕС, като иска да бъде установено, че „като е продължила до 31 декември 2046 г. срока на концесията за строителство на автомагистрала A12 Чивитавекия—Ливорно, без да публикува каквото и да било обявление за обществена поръчка, Италианската република не е изпълнила задълженията си по членове 2 и 58 от Директива 2004/18/ЕО […], изменена“. Комисията иска също Италианската република да бъде осъдена да заплати съдебните разноски.

34. Комисията и италианското правителство правят писмени изявления, като последното представя писмен отговор на писмен въпрос на Съда, по който Комисията представя становище.

35. Този въпрос се отнася до вече направените от SAT инвестиции в строителството на автомагистралата и очакваните инвестиции до 2028 г., заедно с общия размер на инвестициите, за които се твърди, че SAT няма да получи адекватна възвращаемост, ако концесията приключи през 2028 г. В отговора си до Съда от 3 октомври 2018 г. италианското правителство посочва, че:

i) Между 2009 г. и 2017 г. SAT е инвестирал 253 136 000 EUR в две отсечки от автомагистралата от Чечина (Розиняно) до Сан Пиетро ин Палаци и от Тарквиния Суд до Чивитавекия, като и двете оттогава са пуснати в движение.

ii) В икономическия и финансов план от 2011 г., основан на поръчката от 2009 г., е планирано SAT да инвестира 3 411 700 000 EUR за финализиране на автомагистралата до 2028 г., от които посочените по-горе 253 136 000 EUR покриват строителните работи, планирани за периода от 2009 г. до 2015 г. Ако договорът приключи през 2028 г., SAT нямало да спечели планирани 1 135 700 000 EUR за периода от 2028 г. до 2046 г.

iii) Според икономическия и финансов план от 2016 г., основан на ангажиментите, предложени от Италия на Комисията по време на досъдебната процедура, общият размер на инвестицията, която SAT следва да направи до 2023 г., би бил 1 400 000 000 EUR. Тъй като вече са били инвестирани 253 136 000 EUR, оставало да се инвестират още 1 146 860 000 EUR. Ако договорът приключи през 2028 г., SAT нямало да реализира планирани 505 185 000 EUR между 2028 г. и 2038 г. (като това е едната от датите за край на концесията, предложени от Италия по време на досъдебната процедура) [15].

36. В становището си от 25 октомври 2018 г. относно този писмен отговор Комисията изтъква, че използваният от италианското правителство график на инвестициите не съвпада с графика, посочен във въпроса от Съда. Комисията отбелязва също, че съгласно собствения сайт на SAT отсечката от автомагистралата от Чечина (Розиняно) до Сан Пиетро ин Палаци е пусната в движение през 2012 г., а тази от Тарквиния Суд до Чивитавекия — през 2016 г. Комисията отбелязва, че съгласно посоченото, вече завършената обща отсечка от автомагистралата е 54,6 км. Това представлявало допълнителни 18 км освен завършените през 1993 г. 36,6 км. Накрая, Комисията изтъква, че съгласно известия от вестниците италианското правителство се е отказало от по-нататъшните строителни работи по планираната автомагистрала през 2017 г., като вместо това е предпочело да ремонтира съществуващи пътища [16].

37. На 12 декември 2018 г. е проведено съдебно заседание, в което Италия и Комисията представят допълнителни становища и отговарят на въпроси на Съда.

Предварителни бележки

По приложимостта на Директива 2004/18

38. Италия оспорва приложимостта на Директива 2004/18 по отношение на договор, сключен първоначално през 1969 г. преди развитието на каквато и да е съдебна практика или относимо вторично законодателство относно обществените поръчки.

39. Не споделям съмненията на Италия. Макар че самият първоначален договор може да бъде извън обхвата на правилата за обществените поръчки, от това не следва, че всички изменения на договора трябва подобно на това да останат извън обхвата на тези правила.

15 Вж. точка 30 по-горе.

16 Комисията се позовава на статия в Il Fato quotidiano от 15 април 2017 г., която е включила като приложение към становището си.

40. В решение Belgacom [17] Съдът приема, че „принципът на правна сигурност, който е общ принцип на правото на Съюза, може да обоснове спазването на правните последици на договор, включително, доколкото този принцип изисква, в случай на договор, сключен преди Съдът да се е произнесъл относно последиците от действието на първичното право във връзка с такива договори и когато такъв договор впоследствие би се оказал в противоречие с някои от тези последици“.

41. В съответствие с това, макар Съдът да е приел също така, че при определени обстоятелства основните принципи на обществените поръчки се прилагат по отношение на договори, формално изключени от обхвата на законодателството на ЕС относно обществените поръчки [18], тези основни принципи (в случая по-специално принципите на равно третиране и прозрачност) не могат да се прилагат по отношение на договор, сключен преди въпросните принципи да са били установени от Съда.

42. Първият правен инструмент на ЕС, уреждащ възлагането на концесии за строителство, е Директива 89/440/ЕИО на Съвета от 18 юли 1989 година за изменение на Директива 71/305/ЕИО относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство [19]. Тази директива е трябвало да бъде транспонирана до 19 юли 1990 г. [20]. Следователно от само себе си е видно, че не е можела да се прилага по отношение на договора от 1969 г.

43. Съдът при все това приема също, че при сключването на договор преди приемането на законодателството на ЕС относно обществените поръчки, поради което посоченият договор остава извън обхвата на това законодателство както ratione materiae, така и ratione temporis, всяко съществено изменение на договора следва да се разглежда в светлината на действащото към момента на изменението законодателство на ЕС. По-специално, когато намерението на страните е да предоговорят съществените условия на договора, прилагането на правилата на ЕС относно обществените поръчки може да бъде обосновано. В производства за установяване на неизпълнение на задължения (като настоящото) тежестта на доказване се поема от Комисията [21].

44. Безспорно е, че разглежданият договор попада в рамките на определението за концесионен договор за строителство по член 1, параграф 3 от Директива 2004/18. Той също така отчетливо превишава праговата стойност по член 56 от Директивата след изменението. Следователно договорът от 2009 г. попада в приложното поле на Директива 2004/18 и ratione materiae, като е обхванат и ratione temporis.

45. От това следва, че всяка наложена с договора от 2009 г. промяна следва да бъде преценявана съгласно Директива 2004/18. Както посочва Съдът в решение pressetext Nachrichtenagentur [22], решаващият въпрос е дали промяната може да се счете за „съществена“.

17 Решение от 14 ноември 2013 г. (C-221/12, EU:C:2013:736, т. 40 и цитираната съдебна практика).

18 Във връзка с принципа на недопускане на дискриминация, основана на националност, вж. решение от 7 декември 2000 г., Telaustria и Telefonadress (C-324/98, EU:C:2000:669, т. 60).

19 ОВ L 210, 1989 г., стр. 1. Директива 71/305 впоследствие е заменена с Директива 93/37/ЕИО на Съвета относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, 1993 г., стр. 54), която на свой ред е заменена с Директива 2004/18.

20 Вж. член 3 от Директива 89/440.

21 Решение от 5 октомври 2000 г., Комисия/Франция (C-337/98, EU:C:2000:543, т. 41—45).

22 Решение от 19 юни 2008 г. (C-454/06, EU:C:2008:351); вж. още точка 66 и сл. по-долу.

46. Ще отбележа също, че макар да може да се поставя под въпрос това дали договорите от 1987 г. и 1999 г. са в съответствие със законодателството на ЕС относно обществените поръчки, няма основание Съдът да разглежда такива въпроси в настоящото дело. Комисията оспорва единствено съответствието на договора от 2009 г. с правото на ЕС. Следователно в настоящото заключение ще се позовавам и при необходимост, ще тълкувам предходните договори само в степента, в която те може да допринесат за разбирането дали договорът от 2009 г. е внесъл съществени промени в договорните правоотношения между ANAS и SAT.

Правен анализ

Доводите на Комисията

47. В настоящото производство Комисията е тази, която следва да докаже всяко направено от нея твърдение[23]. Ето защо е важно да се изяснят доводите, които Комисията отправя срещу Италия.

48. Комисията твърди, че Италия е нарушила членове 2 и 58 от Директива 2004/18, като не е провела процедура за възлагане на обществена поръчка, за да внесе съществено изменение в договор[24]. Фактическото основание за твърдението е относително кратко, а именно, че договорът от 2009 г. удължава срока на концесията за строителство от 2028 г., крайната дата, определена в договора от 1999 г., на 2046 г. Италианското правителство отправя критики към опростеността на това твърдение. Според него датата 2028 г., зададена в договора от 1999 г., е свързана само с една отсечка от автомагистралата, докато за останалите отсечки се е отнасял срок, който е следвало да бъде определен на по-късен етап. Италианското правителство при все това приема, че договорът от 2009 г. вече определя срока на цялата концесия за автомагистралата за 2046 г.

49. Не считам, че този довод на италианското правителство засяга допустимостта на доводите на Комисията. Позицията на Комисията е била ясно оповестена, което е дало възможност на италианското правителство да изгради защитата си във връзка с „действащото общностно законодателство към момента на изтичането на срока, който Комисията е определила за съответната държава членка, за да се съобрази с нейното мотивирано становище“[25].

50. Съдът може да извърши своя правен анализ на твърденията за нарушения едва след като има яснота по установените договорености. Ето защо е необходимо да се анализира обхватът на първоначалния договор от 1969 г., и по-специално установената в него крайна дата, след което да се разгледат въведените с последващите договори изменения.

Тълкуване на договорите

51. Член 7 от договора от 1969 г. предвижда т.нар. плаващ срок от „до 30 години“ на концесията, започващ от „завършване на цялата автомагистрала от Ливорно до Чивитавекия“. Срокът е изменен с договора от 1987 г., така че да бъде за период от точно 30 години, а не „до 30 години“.

23 Вж., inter alia, решения от 25 май 1982 г., Комисия/Нидерландия (96/81, EU:C:1982:192, т. 6), и от 11 юли 2018 г., Комисия/Белгия (C-356/15, EU:C:2018:555, т. 25).

24 Вж. точка 27 по-горе.

25 Решение от 9 ноември 1997 г., Комисия/Италия (C-365/97, EU:C:1999:544, т. 32).

52. Определянето на окончателна крайна дата (2028 г.) в договора от 1999 г. прилага ли се по отношение на цялата поръчка („широкото“ тълкуване), или единствено по отношение на първата отсечка от автомагистралата от Ливорно до Чечина (Розиняно), пусната в движение през 1993 г., която обаче обхваща само 36,6 км от проектираните 240 км за цялата автомагистрала („тясното“ тълкуване)? Макар обикновено да не следва да има съмнения по отношение на крайната дата на договора, в случая такива са налице за това какви аспекти от договора от 1969 г. са обхванати от тази нова крайна дата.

53. Италианското правителство дава предпочитание на тясното тълкуване, докато Комисията — на широкото.

54. В подкрепа на тясното тълкуване е фактът, че в член 2, параграф 1 от договора от 1999 г. изрично се посочва, че този договор се прилага единствено за първата отсечка на автомагистралата от Ливорно до Чечина, докато член 2, параграф 3 гласи, че за останалите две отсечки от нея необходимите условия следва да се договорят, след като бъде прието законодателството, което да позволи продължаването на строителните работи по тези отсечки. Това тълкуване следователно води до извода, че договорът от 1999 г. се прилага единствено по отношение на тази първа отсечка от автомагистралата, а не на цялата ѝ дължина.

55. В полза на по-широкото тълкуване е фактът, че съгласно член 23 от договора от 1999 г. концесията приключва през 2028 г., без видно да се прави някакво разграничение между различните отсечки от автомагистралата. Това изглежда се основава на съображенията на договора от 2009 г., в които се посочва, че договорите от 1969 г. и 1987 г., прилагали се по отношение на цялата автомагистрала без разграничение, е следвало да бъдат изменени с договора от 1999 г., така че концесията да приключи през 2028 г.[26].

56. Във втората част на член 4.1 от договора от 2009 г. изрично се посочва, че „първоначалната“ крайна дата през 2028 г. се прилага за останалите отсечки от Чечина (Розиняно) до Чивитавекия[27]. Първата част на член 4.1 от договора от 2009 г. също предвижда нова крайна дата през 2046 г. по същия начин, без да се прави каквото и да е разграничение между различните отсечки от автомагистралата[28].

57. Накрая, от отговора на италианското правителство на въпроса на Съда и становището на Комисията по този отговор ясно личи, че строителните работи по останалите отсечки от автомагистралата са били предприети преди сключването на договора от 2009 г. Този факт не е в подкрепа на тясното тълкуване.

58. Ето защо давам предпочитание на изтъкнатото от Комисията по-широко тълкуване на договора от 1999 г., като считам, че член 23 от договора от 2009 г. е променил крайната дата на концесията за цялата автомагистрала от 2028 г., както е установено с договора от 1999 г., на 2046 г.

59. При все това, дори и ако следваше да се даде предпочитание на по-тясното тълкуване, ще отбележа, че договорът от 2009 г. променя крайната дата и за втората и третата отсечка от автомагистралата. Това изменение може да се изведе от член 2, параграф 3 от договора от 1999 г., който предвижда, че условията за втората и третата отсечка от автомагистралата следва да бъдат определени на по-късен етап.

26 Вж. точка 16 по-горе.

27 Вж. точка 20 по-горе.

28 Вж. точка 19 по-горе.

60. При тези условия след този момент посочените в договорите от 1969 г. и 1987 г. крайни дати вече не се прилагат за никоя част от автомагистралата. Определянето на крайна дата в договора от 2009 г. съответно представлява промяна и за втората и третата отсечка от автомагистралата.

61. В случая ще припомня, че твърдението, съгласно което вече съществуващ договор не може да бъде оспорван съгласно последващо законодателство или съгласно установени впоследствие правни принципи, следва да се разглежда като изключение, което в съответствие с трайно установената практика на Съда трябва да се тълкува стеснително [29]. Така, след като договорът от 1969 г. е бил изменен с договора от 1999 г., той не може впоследствие да бъде променян обратно с по-благоприятни срокове в съответствие с първоначалния договор.

62. Затова считам, че след като с договора от 1999 г. е изменило договорите от 1969 г. и 1987 г., предвиждайки условията да бъдат договорени на по-късен етап, италианското правителство не може да твърди, че тези условия, определени с договора от 2009 г., съответстват в по-голяма или по-малка степен на първоначалните условия в договорите от 1969 г. и 1987 г., поради което следва да бъдат изключени от задълженията за възлагане на обществена поръчка.

63. При все това, дори и да се възприеме т.нар. „съвсем тесен“ подход, така че предвиденото договора от 2009 г. във връзка с втората и третата отсечка от автомагистралата да се сравнява единствено с определените в договорите от 1969 г. и 1987 г. условия, това не променя факта, че крайната дата е била променена от плаващ 30-годишен период на окончателен 37-годишен период. Така, дори и да се възприеме това съвсем тясно тълкуване, същността на твърдението на Комисията остава незасегнато. Условията на договора за били променени.

64. Само ще прибавя, че доколкото са налице затруднения и съмнения относно правилната формулировка и значение на различните договори, ANAS и чрез него италианското правителство трябва да поемат отговорност за текстовете на договорите, по които е постигнато съгласие. При наличието на съмнения двусмисленият текст не следва автоматично да се възприема в тяхна полза.

65. По-нататък ще разгледам въпроса дали направените с договора от 2009 г. промени могат да се характеризират като съществени.

Съществени промени

66. Съдът е установил неизчерпателен списък с обстоятелства и условия, при които промяна следва да се разглежда като съществена. Така в решение pressetext Nachrichtenagentur Съдът е приел, че промяна може да се счита за съществена, когато:

– има съществено различни характеристики от тези на първоначалната обществена поръчка и следователно може да изразяват волята на страните да договорят отново съществените условия на тази обществена поръчка, или

– ако е била въведена към момента на първоначалната процедура за възлагане, е щяла да позволи други оференти да бъдат допуснати или приети, или

– значително разширява обхвата на обществената поръчка до услуги, които първоначално не са предвидени, или

29 Решение от 13 януари 2005 г., Комисия/Испания (C-84/03, EU:C:2005:14, т. 58).

– променя икономическото равновесие на договора в полза на определения за изпълнител на обществената поръчка участник по начин, който не е предвиден в първоначалната обществена поръчка [30].

67. Според мен два от критериите за съществена промяна, изложени от Съда в решение pressetext Nachrichtenagentur, са изпълнени в настоящия случай. Страните ясно са имали намерението да предоговорят съществени условия на договора. Направили са това по начин, променил икономическото равновесие в полза на избрания за изпълнител на обществената поръчка.

68. Ще започна с това дали крайната дата на договора може да се счита за „съществено условие на този договор“ и такова, което „променя икономическото равновесие“. Разглежданите договори са за концесия за строителство. Колкото по-дълго концесионерът може да се ползва от тази концесия, толкова по-големи са очакванията му да генерира печалби след приключването на строителните работи и възстановяването на разходите за строителството посредством пътните такси, събирани за използването на автомагистралата.

69. Дължината на договорения между страните срок според мен съвсем очевидно е съществен аспект на всеки договор, уреждащ такава концесия. Експлоатационният период от 29 години по договора от 1999 г. (до 2028 г.) е удължен с още 18 години по договора от 2009 г. (до 2046 г.). Това обстоятелство трябва да се разглежда като съставляващо промяна на съществени условия и същевременно промяна на икономическото равновесие на договора в полза на концесионера.

70. Вярно е, че ако се възприеме съвсем теснят подход и 37-годишният фиксиран експлоатационен период по договора от 2009 г. така се сравни с плаващия 30-годишен експлоатационен период по договора от 1969 г., става по-трудно да се прецени кой от двата е икономически по-изгоден за концесионера.

71. По-горе обаче изложих причините, поради които считам, че съвсем тясното тълкуване не намира пълна подкрепа в текстовете [31]. Освен това, когато — както в случая — е налице промяна, която *във всяко отношение* основно изменя договора, считам, че италианското правителство следва да докаже, че при все това такава промяна следва да *не* се разглежда като „съществена промяна“ по смисъла на решение pressetext Nachrichtenagentur [32]. Не считам, че италианското правителство в случая е направило това.

72. Освен това, ако Съдът приеме, че само първата отсечка от автомагистралата (около 36 км) е обект на съществена промяна, твърдението на Комисията пак би останало доказано за този дял.

73. Не считам за значимо, че първата отсечка от автомагистралата е представлявала само 15 % от по-широко договорно задължение за строителството на 240 км автомагистрала. Това не може да окаже влияние върху извода, че задълженията в областта на обществените поръчки не са спазени.

74. Затова заключавам, че договорът от 2009 г. съставлява съществена промяна на съществуващите преди това договорни споразумения и че поради това за него е следвало да бъде проведена процедура за възлагане на обществена поръчка.

30 Решение от 19 юни 2008 г. (C-454/06, EU:C:2008:351, т. 34—37). Това дело се отнася до прилагането на Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, 1992 г., стр. 1), като не виждам обаче основателна причина за прилагането на различна проверка по отношение на „съществената промяна“ в контекста на Директива 2004/18. Вж. също решения от 5 октомври 2000 г., Комисия/Франция (C-337/98, EU:C:2000:543, т. 46), и от 11 юли 2013 г., Комисия/Нидерландия (C-576/10, EU:C:2013:510, т. 46).

31 Вж. точки 63 и 64 по-горе.

32 Решение от 19 юни 2008 г. (C-454/06, EU:C:2008:351, т. 34—37).

75. По-нататък ще разгледам въпроса дали италианското правителство може да се позовава на основания, освобождаващи го от това задължение.

Основания за освобождаване от задължение

76. Италианското правителство се позовава на фактически и правни положения, настъпили след 1969 г., по-специално външни събития извън контрола на SAT, отразили се върху забавянето на изграждането на автомагистралата и следователно върху способността му да използва концесията. Италианското правителство твърди, че удължаването на експлоатационния период се е изисквало, за да се „гарантира равновесието на договора“. То твърди, че при липсата на удължаване на експлоатационния период това равновесие щяло да бъде нарушено.

77. Отхвърлям този довод поради две причини.

78. Първо, Съдът вече е пояснил, че „нито фактът, че мотив за съществен[а промяна] на условията на обществена поръчка не е била съзнателната воля на възлагащия орган и на изпълнителя за предоговаряне на условията по тази поръчка, а волята им да уредят чрез споразумение спора относно обективните трудности, които са срещнали в рамките на изпълнението на посочената поръчка, нито пък произволният от обективна гледна точка характер на някои осъществени дейности може да обоснове факта, че решение за [тази промяна] е било взето, без да е спазен принципът на равно третиране, от който трябва да се ползват всички потенциално заинтересовани от обществената поръчка оператори“ [33].

79. Второ, от обобщените от мен по-горе факти [34] ясно личи, че забавянията в строителството на автомагистралата се дължат главно на някои законодателни инициативи, предприети от самото италианско правителство. Независимо какви са били причините за въвеждане на въпросното законодателство, остава налице фактът, че италианското правителство е направило изричен избор, като е приело законодателство, което пряко е засегнало способността на SAT да построи и експлоатира автомагистралата съгласно първоначално предвидения график.

80. От трайно установената практика на Съда следва, че „държава членка не може да се позовава на практически или административни затруднения, за да обоснове неспазването на предписаните от директива задължения и срокове. Същото важи и за финансовите затруднения, които държавите членки трябва да преодолеят, като приемат подходящите мерки“ [35]. Следователно, дори италианското правителство действително да е имало напълно основателни причини да предприеме мерки, засягащи преди това отдадената концесия за строителство, и дори то да е искало да смекчи въздействието на това законодателство по отношение на SAT чрез удължаване на експлоатационния период, то не е можело да направи това, без да вземе предвид правото на ЕС в областта на обществените поръчки.

81. Италианското правителство твърди също, че липсата на процедура за възлагане на обществена поръчка през 2009 г. (поради което се дерогира принципът на равно третиране) може да се обоснове чрез правото на SAT да се позове на принципите на правната сигурност и на защита на оправданите правни очаквания.

33 Решение от 7 септември 2016 г., Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, т. 32).

34 Вж. точки 21 и 23 по-горе.

35 Решение от 18 октомври 2012 г., Комисия/Обединено кралство (C-301/10, EU:C:2012:633, т. 66 и цитираната съдебна практика).

82. С това си твърдение италианското правителство изглежда се позовава на довод a contrario, изведен от постановеното от Съда в решение Promoimpresa и др., в което той приема, че „разглежданите в главните производства концесии са били предоставени, при положение че вече е било прието, че договорите, представляващи сигурен трансграничен интерес, трябва да се обвързват със задължение за прозрачност, поради което принципът на правна сигурност не може да се изтъква, за да се обоснове различно третиране, което е забранено по силата на член 49 ДФЕС“ [36].

83. Доколкото разбирам, италианското правителство в случая се позовава на (безспорния) факт, че договорът от 1969 г. е сключен преди да станат приложими правилата и принципите на ЕС относно обществените поръчки, поради което твърди, че договорът следва да остане извън контрола на правото на ЕС. Въпросът обаче не е дали договорът от 1969 г. отговаря на релевантните правила на ЕС. Той се отнася до това дали договорът от 2009 г. отговаря на тях [37].

84. Освен това, както Комисията правилно отбелязва, принципът на правната сигурност не може „да бъде изтъкван, за да се продължи действието на договор в разрез с принципите на равно третиране и недопускане на дискриминацията, както и на задължението за прозрачност, произтичащо от тях. В тази връзка е без значение възможността това продължаване да представлява разумно разрешение, което да може да сложи край на спор, възникнал поради причини, напълно независещи от волята на засегнатите страни по обвързващ ги договор, и отнасящ се до обхвата на този договор [38]“. Според мен няма причина този извод да не се приложи по отношение на договора от 1969 г.

85. Самата същност на концесията се състои в това, че повечето рискове трябва да се поемат от концесионера [39]. Така, за разлика от други видове поръчки, концесионерът (в случая SAT) е длъжен да приеме присъщия елемент на бъдещия риск при подписването на първоначалния договор. Обикновеното търговско благоразумие ще гарантира, че необходимостта от калкулиране на такъв риск ще окаже влияние върху отправената оферта и/или подробните преговори по самия договор.

86. Следва да се отбележи, че Съдът действително е приел, че разпоредби, съдържащи се в документите за първоначалната поръчка в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, може изрично да допускат извършването на съществени промени впоследствие [40].

87. С оглед на тези обстоятелства италианското правителство е могло да посочи, че член 2, параграф 3 от договора от 1999 г., съгласно който договорните условия, свързани с втората и третата отсечка от автомагистралата, е следвало да бъдат установени на по-късен етап, „когато законовите и фактическите условия за продължаване на програмата за строителство, по отношение на която е предоставена концесия, са изпълнени“, би следвало да се разглежда като резерва, аналогична на резерва в документите по договора.

88. Според мен случаят не е такъв поради две причини.

89. Първо, *не* са били налице първоначални „документи по договора“, произтичащи от процедура за възлагане на обществена поръчка, тъй като за никой от въпросните договори не е била провеждана такава процедура.

36 Решение от 14 юли 2016 г. (C-458/14 и C-67/15, EU:C:2016:558, т. 73).

37 Вж. точка 46 по-горе.

38 Решение от 14 ноември 2013 г., Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, т. 40).

39 Решение от 10 март 2011 г., Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, т. 24—26).

40 Решение от 7 септември 2016 г., Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, т. 36 и 37).

90. Второ, правото да се използва такава резерва като основание за по-късна съществена промяна, трябва да се разглежда като изключение от общия принцип, че всички необходими елементи, произтичащи от процедура за възлагане на обществена поръчка, следва да са отразени в свързаните с договора документи, съставени от възлагащия публичен орган. Съгласно трайно установената съдебна практика изключенията се тълкуват ограничително. Би било неприемливо, ако договор, който първоначално е изключен от задълженията за възлагане на обществена поръчка, на по-късен етап може да бъде „допълнен“ чрез въвеждането на резерва, въвеждаща съществено изменение в момент, когато в противен случай за такъв договор трябва да бъде проведена процедура за възлагане на обществена поръчка съгласно правото на ЕС.

91. Така, дори ако договорът от 1999 г. се възприеме като съдържащ резерва за бъдещи изменения, тази резерва не може да служи като основание за освобождаване на договора от 2009 г. от изискванията да съответства на Директива 2004/18.

92. Накрая, не считам, че Италия може да се позове на член 61 от Директива 2004/18, позволяващ извършването на промени по отношение на „допълнителното строителство“. Съществените изменение между 1999 г. и 2009 г. не се е отнасяло за първоначалните строителни работи, които е следвало да бъдат извършени от концесионера, а за *времето*, предоставено на SAT да извлече печалби от тях след приключването им. Такава промяна не попада в обхвата на член 61 ratione materiae.

93. Според мен промяната на продължителността на концесията, въведена с член 4.1 от договора от 2009 г., представлява съществена промяна, както е определена в решение pressetext Nachrichtenagentur [41], без оглед на това дали се разглежда във връзка с договора от 1999 г. (както твърди Комисията), или във връзка с договора от 1969 г. (според подхода, предложен от италианското правителство). Така сключването на договора от 2009 г. без провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка представлява нарушение на задължението за равнопоставеност по член 2 от Директива 2004/18 и на задължението за публикуване на обявление за обществена поръчка, залегнало в член 58 от нея.

По съдебните разноски

94. Съгласно член 138, параграф 1 от Процедурния правилник на Съда загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като според мен Съдът следва да уважи исканията на Европейската комисия, Италианската република трябва да заплати разноските.

Заключение

95. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да се произнесе по следния начин:

„1) Постановява, че въведеното през 2009 г. удължаване на срока от 2028 г. на 2046 г. на концесията за строителство и управление на автомагистрала A12 представлява промяна на съществен аспект на договора от 1999 г. между възлагащия орган (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) и концесионера (Società Autostrada Tirrenica); и че като не е провела процедура за възлагане на обществена поръчка за това изменение, Италианската република не е изпълнила задълженията си по членове 2 и 58 от Директива 2004/18/ЕО на

41 Решение от 19 юни 2008 г. (C-454/06, EU:C:2008:351, т. 34—37).

Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги, изменена.

2) Осъжда Италианската република да заплати съдебните разноски“.