

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

19 май 2009 година\*

По дело C-538/07

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 234 ЕО от Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Италия) с акт от 14 ноември 2007 г., постъпил в Съда на 3 декември 2007 г., в рамките на производство по дело

**Assitur Srl**

срещу

**Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,**

в присъствието на:

**SDA Express Courier SpA,**

\* Език на производството: италиански.

**Poste Italiane SpA,**

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: г-н К. Lenaerts, председател на състав, г-жа R. Silva de Lapuerta,  
г-н E. Juhász (докладчик), г-н G. Arestis и г-н J. Malenovský, съдии,

генерален адвокат: г-н J. Mazák,  
секретар: г-жа L. Hewlett, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното  
заседание от 4 декември 2008 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за Assitur Srl, от адв. S. Quadrio, avvocato,

— за Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, от адв.  
M. Bassani, avvocato,

— за SDA Express Courier SpA, от адв. A. Vallefucoco и адв. V. Vallefucoco, avvocati,

- за Poste Italiane SpA, от адв. A. Fratini, avvocatessa,
  
- за италианското правителство, от г-н I. M. Braguglia, в качеството на представител, подпомаган от г-н G. Fiengo, avvocato dello Stato,
  
- за Комисията на Европейските общности, от г-н D. Kukoves и г-жа D. Recchia, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 10 февруари 2009 г.,

постанови настоящото

## Решение

- 1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 29, първа алинея от 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, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50), както и на общите принципи на общественото право в областта на обществените поръчки.
  
- 2 Запитването е отправено в рамките на спор между Assitur Srl (наричано по-нататък „Assitur“) и Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (търговско-промишлена, занаятчийска и земеделска палата на Милано (Италия) относно съвместимостта с горепосочените разпоредби и принципи на национална правна уредба, забраняваща в една и съща процедура за възлагане на

обществена поръчка да участват поотделно и като конкуренти дружества, които са в отношения на контрол или когато едното от тях упражнява значително влияние върху останалите.

## Правна уредба

### *Общностна правна уредба*

- 3 Член 29, първа алинея от Директива 92/50, съдържащ се в глава 2, озаглавена „Критерии за качествен подбор“ [неофициален превод], гласи:

„Може да бъде изключен от участие в процедура за възлагане на поръчка всеки доставчик на услуги, който:

- а) е в несъстоятелност или е в ликвидация, поставен е под съдебен надзор, сключил е предпазен конкордат, преустановил е дейността си или се намира в аналогична ситуация, произтичаща от подобна процедура съгласно националните закони и подзаконови актове;
  
- б) е в производство по обявяване в несъстоятелност, производство по ликвидация или за установяване на съдебен надзор, или е в производство за сключване на предпазен конкордат или е обект на подобно производство съгласно националните закони и подзаконови актове;

- в) е осъден с влязло в сила съдебно решение за всяко правонарушение, свързано с професионалното му поведение на доставчик на услуги;
  
- г) е виновен за сериозно професионално нарушение, доказано с всяко средство, с което могат да си послужат възлагащите органи;
  
- д) не е изпълнил задълженията си, свързани с плащането на вноски за социалното осигуряване, съгласно правните норми на страната, в която той е установен или съгласно тези на страната на възлагащия орган;
  
- е) не е изпълнил задълженията си, свързани с плащането на данъци и такси, съгласно правните норми на страната на възлагащия орган;
  
- ж) е виновен за сериозно по своя характер даване на невярна информация, изисквана по настоящата глава или за непредоставяне на такава информация.“ [неофициален превод]

<sup>4</sup> Член 3, параграф 4, втора и трета алинея от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на

обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, стр. 54) дава определение на понятията „свързани предприятия“ и „доминиращо влияние“ между предприятия. По отношение на концесионните договори за строителство той предвижда следното:

„Групи от предприятия, създадени за получаване на концесия, или предприятия, свързани с тях, не се считат за трети лица.

„Свързано предприятие“ означава предприятие, върху което концесионерът може да упражнява пряко или непряко доминиращо влияние или предприятие, което може да упражнява доминиращо влияние върху концесионера, или което, заедно с концесионера, е обект на доминиращо влияние на друго предприятие по силата на собственост, финансово участие или правилата, на които се подчинява. Счита се, че е налице доминиращо влияние от страна на дадено предприятие, когато то пряко или непряко по отношение на друго предприятие:

— притежава мажоритарния дял от записания капитал на предприятието;

или

— контролира мнозинството от гласовете, свързани с дяловете на предприятието;

или

- може да назначава повече от половината от членовете на административния, управителния или надзорния орган на предприятието.“ [неофициален превод]

*Национална правна уредба*

- 5 Директива 92/50 е транспонирана в италианското право с Декрет-закон № 157 от 17 март 1995 г. (редовна притурка към GURI № 104 от 6 май 1995 г.). Този декрет-закон не предвижда забрана за участие в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги на предприятия, между които съществуват отношения на контрол или които са свързани помежду си.
- 6 Член 10, параграф 1а от Закон № 109 от 11 февруари 1994 г. — рамков закон за обществените поръчки за строителство (GURI № 41 от 19 февруари 1994 г., наричан по-нататък „Закон № 109/1994“), гласи:

„Предприятията, между които съществува някоя от формите на контрол, предвидени в член 2359 от гражданския кодекс, не могат да участват в една и съща обществена поръчка.“

- 7 Член 2359 от италианския граждански кодекс, озаглавен „Контролирани и свързани дружества“, предвижда:

„Считат се за контролирани дружества:

- 1) дружествата, при които друго дружество притежава мнозинството от гласовете в обикновеното общо събрание;
  - 2) дружествата, при които друго дружество притежава достатъчен брой гласове, за да упражнява доминиращо влияние в обикновеното общо събрание;
  - 3) дружествата, които се намират под доминиращото влияние на друго дружество по силата на специфични договори с това дружество.
- При прилагането на точки 1 и 2 от първи параграф се вземат предвид гласовете на контролираните дружества, тръстовите и посреднически дружества; правото на глас, упражнено за сметка на трети лица, не се взема предвид.

Дружествата се считат за свързани, когато едно от тях упражнява значително влияние върху другите. Такова влияние се предполага, когато дружеството разполага с най-малко една пета от гласовете или с една десета, в случаите когато притежава акции, котиран на регулирани пазари.“

- 8 Понастоящем процедурите за възлагане на обществени поръчки в сектора на строителството, услугите и доставките са уредени изцяло с Декрет-закон № 163 от 12 април 2006 г. (редовна притурка към GURI № 100 от 2 май 2006 г., наричан



по-нататък „Закон № 163/2006“). Съгласно член 34, последен параграф от същия декрет-закон:

„Конкуренстите, които са в отношения на контрол по смисъла на член 2359 от гражданския кодекс, не могат да участват в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка. Освен това възлагащите органи изключват от тези процедури конкурентите, за които въз основа на безспорни доказателства установят, че офертите им изхождат от едно и също централно управление.“

### **Спорът по главното производство и преюдициалният въпрос**

- 9 С покана за представяне на оферти от 30 септември 2003 г. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano започва открита процедура за възлагане на обществена поръчка с цел да възложи, като използва за критерий най-ниската цена, извършването на пощенски услуги, а именно събирането и доставянето на писма и различни документи за нейна сметка, както и за сметка на собственото ѝ предприятие Ced Camera, за период от три години, съответно от 2004 г. до 2006 г. Поръчката възлиза на стойност от 530 000 EUR без данък добавена стойност.
- 10 След разглеждане на представените от заинтересованите страни документи в процедурата за възлагане на обществената поръчка са допуснати да участват SDA Express Courier SpA (наричано по-нататък „SDA“), Poste Italiane SpA (наричано по-нататък „Poste Italiane“) и Assitur.
- 11 На 12 ноември 2003 г. Assitur иска изключване от процедурата за възлагане на обществената поръчка на SDA и Poste Italiane поради отношенията, съществуващи между тези две дружества.

- 12 Извършената от комисията за възлагане на обществената поръчка проверка показва, че собственик на целия дружествен капитал на SDA e Attività Mobiliari SpA, което от своя страна е притежавано изцяло от Poste Italiane. При все това, като се има предвид, че Декрет-закон № 157 от 17 март 1995 г., който урежда възлагането на поръчки за услуги, не предвижда забрана за участие в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка на предприятия, когато едното контролира другото, и че извършената проверка не разкрива сериозни и съответни признаци от естество да навеждат на мисълта, че в дадения случай има нарушение на принципите на конкуренция и на поверителност на офертите, възлагащият орган постановява решение № 712 от 2 декември 2003 г. за възлагане на поръчката на SDA, което е представило оферта с най-ниска цена.
- 13 Assitur иска от Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia да отмени решението. То изтъква, че съгласно член 10, параграф 1а от Закон № 109/1994, който според него е приложим и по отношение на обществените поръчки за услуги поради липса на друга изрична уредба, възлагащият орган следва да изключи от такава процедура за възлагане на обществена поръчка предприятия, които попадат в някой от случаите на отношения на контрол, упоменати в член 2359 от италианския граждански кодекс.
- 14 Запитващата юрисдикция отбелязва, че член 10, параграф 1а от Закон № 109/1994, който регулира специално обществените поръчки за строителство, установява необорима презумпция, че офертата, направена от контролираното предприятие, е известна на контролиращото предприятие. Така законодателят не считал, че въпросните икономически оператори са в състояние да изготвят оферти, като проявят необходимите независимост, сериозност и благонадеждност, тъй като били тясно обвързани помежду си от общи интереси. Следователно тази разпоредба забранявала на предприятия, между които съществували такива отношения, да участват като конкуренти в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка, и в случай че се установяло подобно участие, тези предприятия следвало задължително да бъдат изключени от процедурата по възлагане. Посочената юрисдикция изтъква също, че понятието „контролирано предприятие“ в италианското право е аналогично на понятието „свързано предприятие“, дефинирано в член 3, параграф 4 от Директива 93/37.
- 15 Запитващата юрисдикция отбелязва също, че италианската съдебна практика признава на разпоредба като предвидената в член 10, параграф 1а от Закон № 109/1994 силата на императивна норма. Тази разпоредба била на практика

израз на общ принцип, обхващащ не само сферата на общественото строителство, но и процедурите за възлагане на обществени поръчки в сектора на услугите и доставките, въпреки че по отношение на последните не съществувала такава специална уредба. Законодателят потвърдил възприетия от съдебната практика подход, приемайки разпоредбата на член 34, последен параграф от Декрет-закон № 163/2006, регламентиращ понастоящем всички обществени поръчки, като тази уредба не е приложима *ratione temporis* по отношение на настоящото дело.

- 16 Въпреки това посочената юрисдикция се пита дали подобен подход е съвместим с общностния правен ред, и по-специално с член 29 от Директива 92/50, както го тълкува Съдът в Решение от 9 февруари 2006 г. по делото *La Cascina* и др. (C-226/04 и C-228/04, *Recueil*, стр. I-1347, точки 21—23). Според посоченото решение тази разпоредба, която представлявала израз на принципа „*favor participationis*“, т.е. на интереса от участие на възможно най-голям брой предприятия в процедурите за възлагане на обществени поръчки, съдържа изчерпателен списък на основанията за изключване от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги. Сред тези основания не фигурират случаите на дружества, между които съществуват отношения на контрол или на значително влияние.
- 17 Запитващата юрисдикция обаче счита, че член 10, параграф 1а от Закон № 109/1994 представлява израз на принципа на свободна конкуренция, доколкото цели да санкционира всяко тайно споразумение между предприятия в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка. Следователно той бил приет в пълно съответствие с Договора за ЕО, и по-специално с член 81 и сл. от него, и в действителност не бил в противоречие с член 29 от Директива 92/50.
- 18 Като взема предвид тези обстоятелства *Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia* решава да спре делото и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Член 29 от Директива 92/50 [...], който предвижда седем основания за изключване от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка за услуги, представлява ли изчерпателен списък на основанията за изключване и препятства ли поради това член 10, параграф 1а от закона [№ 109/1994] (понастоящем член 34, параграф последен от Декрет-закон [№ 163/2006]) да

наложи забрана за едновременно участие в процедура за възлагане на обществена поръчка на предприятия, когато едното контролира другото?“

## По преюдициалния въпрос

- 19 С цел да се даде отговор на този въпрос, следва да се отбележи, че съгласно практиката на Съда седемте основания за изключване на търговец от участие в обществена поръчка, предвидени в член 29, първа алинея от Директива 92/50, се отнасят до професионалната честност, платежоспособност или надеждност на заинтересования, т.е. до неговите професионални качества (вж. в този смисъл Решение по дело *La Cascina* и др., посочено по-горе, точка 21).
- 20 По отношение на член 24, първа алинея от Директива 93/37, който повтаря основанията за изключване, съдържащи се в член 29, първа алинея от Директива 92/50, Съдът подчертава, че волята на общностния законодател е да запази в тази разпоредба единствено основания за изключване, които са свързани с професионалните качества на заинтересования. Доколкото повтаря такива основания за изключване, Съдът приема, че изброяването е изчерпателно (вж. в този смисъл Решение от 16 декември 2008 г. по дело *Michaniki*, C-213/07, Сборник, стр. I-9999, точки 42 и 43, както и цитираната съдебна практика).
- 21 Съдът допълва, че изчерпателното изброяване все пак не изключва възможността държавите членки в допълнение към тези основания за изключване да запазят или да установят материалноправни норми, по-специално за да гарантират в областта на обществените поръчки спазването на принципите за равно третиране на всички оференти и за прозрачност, които са в основата на общностните директиви, регламентиращи процедурите за възлагане на обществени поръчки, при условие че е спазен и принципът на пропорционалност (вж. в този смисъл Решение по дело *Michaniki*, посочено по-горе, точки 44—48 и цитираната съдебна практика).

- 22 Очевидно национална законодателна мярка като разглежданата в главното производство цели да изключи всякакви потенциални тайни споразумения между участниците в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка и да осигури равното третиране на кандидатите и прозрачността на процедурата.
- 23 Поради това следва да се приеме, че член 29, първа алинея от Директива 92/50 не представлява пречка за държава членка в допълнение към съдържащите се в тази разпоредба основания за изключване да предвиди други основания за изключване с цел да осигури спазването на принципа за равно третиране и за прозрачност, при условие че подобни мерки не надхвърлят необходимото за постигането на тази цел.
- 24 Следователно съответствието с общностното право на разглежданата в главното производство национална правна уредба трябва да бъде изследвано също с оглед на принципа на пропорционалност.
- 25 В това отношение следва да се напомни, че общностните правила в областта на възлагане на обществени поръчки са приети в рамките на установяването на вътрешен пазар, в който се гарантира свободно движение и се премахват ограниченията върху конкуренцията (вж. в този смисъл Решение от 21 февруари 2008 г. по дело Комисия/Италия, C-412/04, Сборник, стр. I-619, точка 2).
- 26 В контекста на единен вътрешен пазар и на ефективна конкуренция осигуряването на възможно най-широко участие на оференти в процедурите за възлагане на обществени поръчки е в интерес на общностното право.
- 27 От акта за преюдициално запитване е видно, че разпоредбата, разглеждана в главното производство, е формулирана ясно и императивно и съдържа абсолютно задължение за възлагащите органи да изключат от процедурата за

възлагане на обществена поръчка предприятията, които представят поотделно конкурентни оферти, ако тези предприятия са обвързани с отношения на контрол като предвидените от разглежданата в главното производство национална правна уредба.

- 28 Все пак системното изключване от участие в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка на свързани помежду си предприятия може да е в противоречие с ефективното прилагане на общностното право. Подобно разрешение на практика значително би намалило конкуренцията на общностно равнище.
- 29 Следователно се налага изводът, че доколкото разглежданата в главното производство национална правна уредба разпростира забраната за участие в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка и за случаите, в които отношението на контрол между съответните предприятия не влияе върху поведението на последните в рамките на такива процедури, надхвърля необходимото за постигането на целта, изразяваща се в осигуряване на прилагането на принципите за равно третиране и за прозрачност.
- 30 Такава разпоредба, основана на необорима презумпция, че съответните оферти на свързани предприятия за една и съща поръчка непременно са повлияни една от друга, нарушава принципа на пропорционалност, тъй като не предоставя на тези предприятия възможността да докажат, че в техния случай не съществува реален риск от възникване на практики, които могат да застрашат прозрачността и да нарушат конкуренцията между оферентите (вж. в този смисъл Решения от 3 март 2005 г. по дело *Fabricom*, C-21/03 и C-34/03, *Recueil*, стр. I-1559, точки 33 и 35, както и Решение по дело *Michaniki*, посочено по-горе, точка 62).
- 31 В това отношение следва да се подчертае, че обединяването на предприятия може да се осъществи под различни форми и да преследва различни цели и не изключва задължително възможността контролираните предприятия да разполагат

с определена автономия на действие в своята търговска политика и икономическа дейност, по-специално при участието си в процедури за възлагане на обществени поръчки. Впрочем, както изтъква Комисията в писменото си становище, отношенията между предприятия от една и съща група могат да бъдат регулирани от особени разпоредби, например от договорен характер, които могат да гарантират както независимостта, така и поверителността при изготвянето на оферти, които могат да бъдат едновременно представени от разглежданите предприятия в рамките на една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка.

32 В този контекст въпросът дали отношението на контрол в случая е оказало влияние върху съответното съдържание на представените от въпросните предприятия оферти в рамките на една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка изисква изследване и оценка на фактите от страна на възлагащите органи. Установяването на такова влияние под каквато и да е форма е достатъчно, за да бъдат изключени посочените предприятия от разглежданата процедура. За сметка на това самото установяване на отношения на контрол между съответните предприятия поради собственост или брой гласове в обикновеното общо събрание не е достатъчно, за да могат възлагащите органи да изключат автоматично тези предприятия от процедурата за възлагане на обществена поръчка, без да проверят дали тези отношения на контрол са оказали конкретно влияние върху съответното поведение на предприятията в рамките на тази процедура.

33 С оглед на всички изложени по-горе съображения на поставения въпрос следва да се отговори:

— член 29, първа алинея от Директива 92/50 трябва да се тълкува в смисъл, че не представлява пречка държава членка в допълнение към съдържащите се в тази разпоредба основания за изключване да предвиди други основания за изключване с цел да осигури спазването на принципа за равно третиране и за прозрачност, при условие че подобни мерки не надхвърлят необходимото за постигането на тази цел, и

- общностното право не допуска национална разпоредба, която като преследва легитимните цели за равно третиране на оферентите и за прозрачност в рамките на процедурите за възлагане на обществени поръчки въвежда абсолютна забрана за предприятията, между които съществуват отношения на контрол или които са свързани помежду си, да участват едновременно и като конкуренти в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка, без да им предостави възможност да докажат, че споменатите отношения не са оказали влияние върху тяхното поведение в рамките на тази процедура.

### По съдебните разноски

- <sup>34</sup> С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

**Член 29, първа алинея от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги трябва да се тълкува в смисъл, че не представлява пречка за държава членка в допълнение към съдържащите се в тази разпоредба основания за изключване да предвиди други основания за изключване с цел да осигури спазването на принципа за равно третиране и за прозрачност, при условие че подобни мерки не надхвърлят необходимото за постигането на тази цел.**



**Общностното право не допуска национална разпоредба, която като преследва легитимните цели за равно третиране на оферентите и за прозрачност в рамките на процедурите за възлагане на обществени поръчки въвежда абсолютна забрана за предприятията, между които съществуват отношения на контрол или които са свързани помежду си, да участват едновременно и като конкуренти в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка, без да им предостави възможност да докажат, че споменатите отношения не са оказали влияние върху тяхното поведение в рамките на тази процедура.**

Подписи