



Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

1 август 2022 година*

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Договори за концесия — Учредяване на дружество със смесен капитал — Възлагане на това дружество на управлението на „интегрирана училищна услуга“ — Определяне на частния съдружник чрез процедура за възлагане на обществена поръчка — Директива 2014/23/ЕС — Член 38 — Директива 2014/24/ЕС — Член 58 — Приложимост — Критерии „in house“ — Изискване за минимално участие на частния съдружник в капитала на дружеството със смесен капитал — Непряко участие на възлагащия орган в капитала на частния съдружник — Критерии за подбор“

По дело C-332/20

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) с акт от 13 февруари 2020 г., постъпил в Съда на 22 юли 2020 г., в рамките на производство по дело

Roma Multiservizi SpA,

Rekeep SpA

срещу

Roma Capitale,

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

при участието на:

Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS),

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: С. Lycourgos (докладчик), председател на състава, S. Rodin, J.-C. Bonichot, L.S. Rossi и О. Spineanu-Matei, съдии,

генерален адвокат: М. Szpunar,

секретар: А. Calot Escobar,

* Език на производството: италиански.

предвид изложеното в писмената фаза на производството,

като има предвид становищата, представени:

- за Roma Multiservizi SpA, от F. Baglivo, T. Frosini, P. Leozappa, D. Lipani и F. Sbrana, avvocati,
- за Rekeep SpA, от A. Lirosi, M. Martinelli, G. Vercillo и A. Zoppini, avvocati,
- за Roma Capitale, от L. D'Ottavi, avvocato,
- за Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS), от F. Cintioli, G. Notarnicola и A. Police, avvocati,
- за Европейската комисия, от G. Gattinara, P. Ondrůšek и K. Talabér-Ritz, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 24 февруари 2022 г.,

постанови настоящото

Решение

- 1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 30 от Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия (ОВ L 94, 2014 г., стр. 1 и поправки в ОВ L 82, 2018 г., стр. 17 и ОВ L 114, 2015 г., стр. 24), изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2366 на Комисията от 18 декември 2017 г. (ОВ L 337, 2017 г., стр. 21) (наричана по-нататък „Директива 2014/23“), както и на членове 12 и 18 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65 и поправка в ОВ L 275, 2015 г., стр. 68), изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365 на Комисията от 18 декември 2017 г. (ОВ L 337, 2017 г., стр. 19) (наричана по-нататък „Директива 2014/24“), разглеждани във връзка с член 107 ДФЕС.
- 2 Запитването е отправено в рамките на спор между Roma Multiservizi SpA и Rekeep SpA, от една страна, и Roma Capitale (община Рим, Италия) и Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Орган за защита на конкуренцията и на пазара, Италия), от друга страна, по повод решението на тази община да изключи планираното от Roma Multiservizi и Rekeep сдружение от процедурата за възлагане на договор.

Правна уредба

Правото на Съюза

Директива 2014/23

3 Член 3 от Директива 2014/23 гласи:

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

Организацията на процедурата за възлагане на концесия, включително оценката на стойността, не трябва да се прави с цел тази процедура да бъде изключена от обхвата на настоящата директива или да се даде неоправдано предимство, или да се поставят в неизгодно положение определени икономически оператори или определено строителство, доставки или услуги.

2. Възлагащите органи и възложителите се стремят да осигурят прозрачността на процедурата за възлагане и на изпълнението на договора, като спазват член 28“.

4 Член 5 от тази директива предвижда:

„За целите на настоящата директива се прилагат следните определения:

1) „концесии“ означава концесии за строителство или услуги съгласно определението в букви а) и б):

[...]

б) „концесия за услуги“ означава възмезден договор, сключен в писмена форма, чрез който един или повече възлагащи органи или възложители възлагат предоставянето и управлението на услуги, различни от изпълнението на строителство по буква а), на един или повече икономически оператори, като възнаграждението за това се състои само от правото на използване на услугите, предмет на договора или от това право в съчетание с възнаграждение.

Възлагането на концесия за строителство или услуги включва прехвърлянето на концесионера на оперативен риск от експлоатирането на това строителство или услуги, включващ риск, свързан с търсенето, или риск, свързан с предлагането, или и двете. Счита се, че концесионерът е поел оперативен риск, когато при нормални условия на експлоатация не му е гарантирано, че ще си възвърне направените инвестиции или разходи по експлоатацията на строителството или услугите, които са предмет на концесията. Частта от риска, прехвърлена на концесионера, включва реално излагане на колебанията на пазара, при което евентуалната прогнозна загуба на концесионера не е само символична или пренебрежима;

[...]“.

5 Член 8, параграф 1 от посочената директива гласи:

„Настоящата директива се прилага за концесии, чиято стойност е равна на или надвишава 5 548 000 EUR“.

6 Член 10, параграф 3 от същата директива има следното съдържание:

„Настоящата директива не се прилага за концесии за въздухоплавателни услуги, основани на издаването на оперативен лиценз по смисъла на Регламент (ЕО) № 1008/2008 на Европейския парламент и на Съвета [от 24 септември 2008 година относно общите правила за извършване на въздухоплавателни услуги в Общността (ОВ L 293, 2008 г., стр. 3)] или за концесии за обществени услуги за пътнически превоз по смисъла на Регламент (ЕО) № 1370/2007 [на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2007 година относно обществените услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и за отмяна на регламенти (ЕИО) № 1191/69 и (ЕИО) № 1107/70 на Съвета (ОВ L 315, 2007 г., стр. 1)]“.

7 Съгласно член 17 от Директива 2014/23:

„1. Концесия, която се възлага от възлагащ орган или възложител съгласно член 7, параграф 1, буква а) на частноправно или публичноправно юридическо лице, попада извън обхвата на настоящата директива, когато са изпълнени всички условия по-долу:

- а) възлагащият орган или възложителят упражнява върху съответното юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена;
- б) повече от 80 % от дейността на контролираното юридическо лице се извършва при изпълнението на задачи, възложени му от контролиращия възлагащ орган или възложител или от други юридически лица, контролирани от същия възлагащ орган или възложител; и
- в) в контролираното юридическо лице няма пряко частно капиталово участие, с изключение на форми на частно капиталово участие, които не са свързани с контролни или блокиращи правомощия, които се изискват от разпоредби на националното законодателство в съответствие с Договорите и които не оказват решаващо влияние върху контролираното юридическо лице.

За възлагащ орган или възложител съгласно член 7, параграф 1, буква а) се счита, че упражнява върху юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена по смисъла на първа алинея, буква а) от настоящия параграф, когато има решаващо влияние както върху стратегическите цели, така и върху значимите решения на контролираното юридическо лице. Такъв контрол може да бъде упражняван и от друго юридическо лице, което на свой ред е контролирано по същия начин от възлагащия орган или възложителя.

[...]

4. Договор, сключен изключително между два или повече възлагащи органи или възложители по член 7, параграф 1, буква а), попада извън обхвата на настоящата директива, когато са изпълнени всички условия по-долу:

- а) договорът установява или осъществява сътрудничество между участващите възлагащи органи или възложители, за да се гарантира, че задълженията им за предоставяне на обществени услуги се изпълняват с оглед на постигането на общи за тях цели;
- б) осъществяването на това сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес; и
- в) участващите възлагащи органи или възложители извършват на свободния пазар по-малко от 20 % от дейностите, свързани със сътрудничеството.

[...].

8 Член 19 от тази директива гласи:

„За концесиите за социални и други специфични услуги, изброени в приложение IV, които попадат в обхвата на настоящата директива, се прилагат единствено задълженията по член 31, параграф 3 и членове 32, 46 и 47“.

9 Член 20, параграф 1 от посочената директива предвижда:

„Договори за концесии, които имат за предмет както строителство, така и услуги, се възлагат в съответствие с разпоредбите, приложими за вида концесия, която характеризира основния предмет на въпросния договор.“

При смесени договори за концесии, включващи отчасти социални и други специфични услуги по приложение IV и отчасти други услуги, основният предмет се определя в зависимост от това коя от прогнозните стойности на съответните услуги е по-висока“.

10 Член 30 от Директива 2014/23 гласи:

„1. Възлагащият орган или възложителят е свободен да организира процедурата за избор на концесионер при спазване на разпоредбите на настоящата директива.“

2. Организирането на процедурата по възлагане на концесия трябва да спазва принципите по член 3. По-специално в хода на процедурата по възлагане на концесия възлагащият орган или възложителят не трябва да предоставя по дискриминационен начин информация, която може да даде предимство на някои кандидати или оференти за сметка на други.“

[...].

11 Член 38, параграф 1 от Директива 2014/23 има следното съдържание:

„Възлагащите органи и възложителите проверяват изпълнението на условията за участие, свързани с професионалните и техническите способности и финансовото и икономическото състояние на кандидатите или оферентите въз основа на личните декларации, свидетелството или свидетелствата, които се представят като доказателство в съответствие с изискванията на

обявлението за концесията, които са недискриминационни и пропорционални на предмета на концесията. Условието за участие трябва да са свързани със и пропорционални на необходимостта да се гарантира способността на концесионера да изпълни концесията при отчитане на предмета на концесията и целта да се осигури реална конкуренция“.

Директива 2014/24

12 Съгласно съображение 32 от Директива 2014/24:

„Предвидените в настоящата директива процедури не следва да се прилагат за обществените поръчки, възложени на контролирани юридически лица, ако възлагащият орган упражнява върху съответното юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена, при условие че контролираното юридическо лице извършва повече от 80 % от дейността си при изпълнението на задачи, възложени му от контролиращия възлагащ орган или от други юридически лица, контролирани от същия възлагащ орган, независимо от бенефициера на изпълнението на поръчката.

Исключението следва да не обхваща случаите на пряко участие на частен икономически оператор в капитала на контролираното юридическо лице, тъй като при подобни обстоятелства възлагането на обществената поръчка без състезателна процедура би дало на частния икономически оператор с капиталово участие в контролираното юридическо лице неоправдано предимство спрямо неговите конкуренти. Въпреки това, предвид особените характеристики на публичните органи със задължително членство, като организациите, отговарящи за управлението или изпълнението на определени обществени услуги, това следва да не се прилага в случаи, когато съгласно разпоредба на националното законодателство в съответствие с Договорите участието на конкретни частни икономически оператори в капитала на контролираното юридическо лице е задължително, при условие че това участие не включва контролни или блокиращи правомощия и не оказва решаващо влияние върху решенията на контролираното юридическо лице. В допълнение следва да се поясни, че решаващ елемент е единствено прякото частно участие в контролираното юридическо лице. Ето защо участието на частен капитал в контролиращия възлагащ орган или органи не е пречка за възлагането на обществени поръчки на контролираното юридическо лице, без да се прилагат предвидените в настоящата директива процедури, тъй като подобно участие не оказва отрицателно въздействие върху конкуренцията между частните икономически оператори.

Следва също така да се поясни, че възлагащите органи от вида на публичноправните организации, при които може да има частно капиталово участие, следва да могат да се ползват от изключението във връзка с междуведомственото сътрудничество. Следователно, когато са спазени всички останали условия, свързани с междуведомственото сътрудничество, изключението за междуведомствено сътрудничество следва да се прилага и за възлагащите органи, когато договорът за поръчка е сключен изключително между възлагащи органи“.

13 Член 2, параграф 1 от тази директива предвижда:

„За целите на настоящата директива се прилагат следните определения:

[...]

9. „обществени поръчки за услуги“ означава договори, чийто предмет е предоставянето на услуги, различни от посочените в точка 6;

[...]“.

14 Член 3 от посочената директива предвижда:

„1. Параграф 2 се прилага за договорите за смесени поръчки, които имат за предмет различни видове обществени поръчки, всички от които са обхванати от настоящата директива.

Параграфи 3—5 се прилагат за договори за смесени поръчки, които имат за предмет поръчки, обхванати от настоящата директива, и обществени поръчки, обхванати от други правни режими.

2. Договори с предмет два или повече вида обществени поръчки (строителство, услуги или доставки) се възлагат в съответствие с разпоредбите, приложими към вида обществена поръчка, която характеризира основния предмет на съответния договор.

При договори за смесени поръчки, включващи отчасти услуги по смисъла на дял III, глава I и отчасти други услуги, или договори за смесени поръчки, включващи отчасти услуги и отчасти доставки, основният предмет се определя в зависимост от това коя от прогнозните стойности на съответните услуги или доставки е най-висока.

3. Когато различните части от дадена поръчка са обективно делими, се прилага параграф 4. Когато различните части от дадена поръчка са обективно неделими, се прилага параграф 6.

Когато част от дадена поръчка е обхваната от член 346 ДФЕС или от Директива 2009/81/ЕО [на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно координирането на процедурите за възлагане на някои поръчки за строителство, доставки и услуги от възлагащи органи или възложители в областта на отбраната и сигурността и за изменение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО (ОВ L 216, 2009 г., стр. 76)], се прилага член 16 от настоящата директива.

4. При договори с предмет обществена поръчка, която попада в обхвата на настоящата директива, както и обществена поръчка, която не попада в нейния обхват, възлагащите органи могат да решат да възложат отделни поръчки за отделните части или да възложат една поръчка. Когато възлагащите органи решат да възложат отделни поръчки за отделните части, решението кой правен режим се прилага за всяка една от отделните поръчки се взема въз основа на характеристиките на съответната част.

Когато възлагащите органи решат да възложат една поръчка и освен ако не е предвидено друго в член 16, настоящата директива се прилага за получения в резултат на това договор за смесена поръчка, независимо от стойността на частите, които в противен случай биха били уредени от различен правен режим, и независимо от това от кой правен режим биха били уредени иначе тези части.

При договори за смесени поръчки, съдържащи елементи на договори за доставка, строителство и услуги, и на концесии, смесената поръчка се възлага в съответствие с настоящата директива, при условие че прогнозната стойност на частта от договора, която

представява поръчка, попадаща в обхвата на настоящата директива, изчислена в съответствие с член 5, е по-голяма или равна на съответния праг, установен в член 4.

5. При договори с предмет както обществена поръчка, попадаща в обхвата на настоящата директива, така и обществена поръчка за осъществяване на дейност, за която се прилага Директива 2014/25/ЕС [на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 243)], приложимите правила се определят съгласно членове 5 и 6 от Директива [2014/25], независимо от параграф 4 от настоящия член.

6. Когато различните части от дадена поръчка са обективно неделими, приложимият правен режим се определя въз основа на основния предмет на поръчката“.

15 Съгласно член 4 от същата директива:

„Настоящата директива се прилага за обществени поръчки, чиято прогнозна стойност без данък върху добавената стойност (ДДС) е по-голяма или равна на следните прагове:

[...]

б) 144 000 EUR — за обществени поръчки за доставки и услуги, които се възлагат от органи на централната власт, и конкурси за проект, които се организират от такива органи; когато обществените поръчки за доставки се възлагат от възлагащи органи, работещи в областта на отбраната, този праг се прилага само за поръчки, засягащи продукти, попадащи в обхвата на приложение III;

в) 221 000 EUR — за обществени поръчки за доставки и услуги, които се възлагат от нецентрални възлагащи органи, и конкурси за проекти, които се организират от такива органи; този праг се прилага и за обществени поръчки за доставки, възлагани от органи на централната власт, работещи в областта на отбраната, когато тези поръчки включват продукти извън обхвата на приложение III;

г) 750 000 EUR — за обществени поръчки за услуги във връзка с социални и други специфични услуги, изброени в приложение XIV“.

16 Член 7 от Директива 2014/24 има следното съдържание:

„Настоящата директива не се прилага за обществени поръчки и конкурси за проект, които съгласно Директива [2014/25] се възлагат или организират от възлагащи органи, извършващи една или повече от дейностите, посочени в членове 8—14 от посочената директива, и се възлагат за изпълнение на тези дейности [...]“.

17 Съгласно член 12 от тази директива:

„1. Обществена поръчка, която се възлага от възлагащ орган на частноправно или публичноправно юридическо лице, попада извън обхвата на настоящата директива, когато са изпълнени всички условия по-долу:

- а) възлагащият орган упражнява върху съответното юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена;
- б) повече от 80 % от дейността на контролираното юридическо лице се извършва при изпълнението на задачи, възложени му от контролиращия възлагащ орган или от други юридически лица, контролирани от същия възлагащ орган; и
- в) в контролираното юридическо лице няма пряко частно капиталово участие, с изключение на форми на частно капиталово участие, които не са свързани с контролни или блокиращи правомощия, които се изискват от разпоредби на националното законодателство в съответствие с Договорите и които не оказват решаващо влияние върху контролираното юридическо лице.

За възлагащ орган се счита, че упражнява върху едно юридическо лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена по смисъла на първа алинея, буква а), когато има решаващо влияние както върху стратегическите цели, така и върху значимите решения на контролираното юридическо лице. Такъв контрол може да бъде упражняван и от друго юридическо лице, което на свой ред е контролирано по същия начин от възлагащия орган.

[...]

4. Договор за поръчка, сключен изключително между два или повече възлагащи органа, попада извън обхвата на настоящата директива, когато са изпълнени всички условия по-долу:

- а) поръчката установява или осъществява сътрудничество между участващите възлагащи органи, за да се гарантира, че задълженията им за предоставяне на обществени услуги се изпълняват с оглед постигането на общи за тях цели;
- б) осъществяването на това сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес; и
- в) участващите възлагащи органи извършват на свободния пазар по-малко от 20 % от дейността, свързана със сътрудничеството.

[...]“.

18 Член 18 от тази директива гласи:

„1. Възлагащите органи третират икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин.

Обществените поръчки не трябва да се подготвят с цел изключването им от обхвата на настоящата директива или изкуствено ограничаване на конкуренцията. Приема се, че има изкуствено ограничаване на конкуренцията, когато обществената поръчка е подготвена с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение.

2. Държавите членки вземат необходимите мерки, за да гарантират, че при изпълнението на договорите за обществени поръчки икономическите оператори спазват приложимите задължения в областта на екологичното, социалното и трудовото право, установени с правото на Съюза, националното право, колективни споразумения или с разпоредби на международното екологично, социално и трудово право, които са изброени в приложение X“.

19 Член 57 от посочената директива предвижда:

„1. Възлагащите органи изключват икономически оператор от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка, когато са установили, чрез проверка в съответствие с членове 59, 60 и 61, или когато са узнали по друг начин, че този икономически оператор е осъден с окончателна присъда на едно от следните основания:

- а) участие в престъпна организация по смисъла на член 2 от Рамково решение 2008/841/ПВР на Съвета [от 24 октомври 2008 година относно борбата с организираната престъпност (ОВ L 300, 2008 г., стр. 42)];
- б) корупция по смисъла на член 3 от Конвенцията за борба с корупцията, в която участват длъжностни лица на Европейските общности или длъжностни лица на държавите — членки на Европейския съюз [...], и член 2, параграф 1 от Рамково решение 2003/568/ПВР на Съвета [от 22 юли 2003 година относно борбата с корупцията в частния сектор (ОВ L 192, 2003 г., стр. 54)], както и корупция по смисъла на националното законодателство на възлагащия орган или на икономическия оператор;
- в) измама по смисъла на член 1 от Конвенцията за защита на финансовите интереси на Европейските общности [...];
- г) терористични престъпления или престъпления, които са свързани с терористични дейности, по смисъла съответно на членове 1 и 3 от Рамково решение 2002/475/ПВР на Съвета [от 13 юни 2002 година относно борбата срещу тероризма (ОВ L 164, 2002г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 3, стр. 252)], или подбудителство, помагачество или съучастие или опит за извършване на престъпление, както е посочено в член 4 от същото рамково решение;
- д) изпиране на пари или финансиране на тероризъм по смисъла на член 1 от Директива 2005/60/ЕО на Европейския парламент и на Съвета [от 26 октомври 2005 година за предотвратяване използването на финансовата система за целите на изпирането на пари и финансирането на тероризъм (ОВ L 309, 25.11.2005г., стр. 15; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 2, стр. 214)];

- е) детски труд и други форми на трафик на хора по смисъла на член 2 от Директива 2011/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета [от 5 април 2011 година относно предотвратяването и борбата с трафика на хора и защитата на жертвите от него и за замяна на Рамково решение 2002/629/ПВР на Съвета (ОВ L 101, 2011 г., стр. 1)].

Задължението за изключване на икономически оператор се прилага и когато осъденото с окончателна присъда лице е член на административния, управителния или надзорния орган на този икономически оператор или има правомощия да представлява, да взема решения или да упражнява контрол в рамките на тези органи.

2. Икономически оператор се изключва от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка, когато на възлагащия орган е известно, че този икономически оператор е нарушил задълженията си по отношение на плащането на данъци или социалноосигурителни вноски и това е установено със съдебно решение или административен акт с окончателен и обвързващ характер в съответствие с правните норми на държавата, в която той е установен, или с тези на държавата членка на възлагащия орган.

Освен това възлагащите органи, по собствена инициатива или по искане на държавите членки, могат да изключат от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка икономически оператор, когато възлагащият орган може да докаже с подходящи средства, че този икономически оператор е нарушил задълженията си по отношение на плащането на данъци или социалноосигурителни вноски.

Настоящият параграф престава да се прилага, когато икономическият оператор изпълни задълженията си, като плати или поеме обвързващ ангажимент да изплати дължимите данъци или социалноосигурителни вноски, включително, когато е приложимо, всякакви начислени лихви или глоби.

[...]

4. Възлагащите органи, по собствена инициатива или по искане на държавите членки, могат да изключат от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка всеки икономически оператор, който се намира в което и да е от следните положения:

- а) когато възлагащият орган може да докаже по какъвто и да е подходящ начин нарушение на приложимите задължения по член 18, параграф 2;
- б) когато икономическият оператор е обявен в несъстоятелност или е предмет на процедура по несъстоятелност или ликвидация, когато активите му се управляват от синдик или ликвидатор или от съда, когато има споразумение с кредиторите си, когато стопанската му дейност е прекратена или е в подобно положение, произтичащо от сходна процедура съгласно националните законови и подзаконови разпоредби;
- в) когато възлагащият орган може да докаже по подходящ начин, че икономическият оператор е виновен за тежко професионално нарушение, които поставят под въпрос честността му;
- г) когато възлагащият орган разполага с достатъчно убедителни данни, че икономическият оператор е сключил споразумения с други икономически оператори, насочени към нарушаване на конкуренцията;

- д) когато конфликт на интереси по смисъла на член 24 не може да бъде ефикасно разрешен чрез други мерки с по-ниска степен на намеса;
- е) когато нарушението на конкуренцията поради предходното участие на икономическите оператори в подготовката на процедурата за възлагане на обществени поръчки, съгласно посоченото в член 41, не може да бъде поправено с други мерки с по-малка степен на намеса;
- ж) когато икономическият оператор е допуснал значителни или трайни недостатъци при изпълнението на съществено изискване в предходен договор за обществена поръчка, предходен договор за поръчка с възложител или предходен договор за концесия, довели до предсрочно прекратяване на този предходен договор, изплащане на обезщетения или други подобни санкции;
- з) когато икономическият оператор е виновен за сериозно изопачаване на данни при предоставянето на информацията, необходима за удостоверяване на липсата на основания за изключване или на изпълнението на критериите за подбор, не е предоставил такава информация или не е в състояние да представи придружаващите документи, изисквани съгласно член 59; или
- и) когато икономическият оператор се е опитал да упражни непозволено влияние върху процеса на вземане на решение от възлагащия орган, да получи поверителна информация, която може да му даде неоправдани предимства в процедурата за възлагане на обществена поръчка, или да предостави поради небрежност подвеждаща информация, която може да окаже съществено влияние върху решенията по отношение на изключването, подбора или възлагането.

Независимо от първа алинея, буква б), държавите членки могат да изискват или да предвидят възможност възлагащият орган да не изключва икономически оператор, който се намира в едно от положенията по посочената буква, когато възлагащият орган е установил, че въпросният икономически оператор ще е в състояние да изпълни поръчката, като се взимат предвид приложимите национални правила и мерки за продължаване на стопанската дейност в случаите по буква б).

[...].

20 Съгласно член 58 от същата директива:

„1. Критериите за подбор могат да се отнасят до:

- а) годността за упражняване на професионалната дейност;
- б) икономическото и финансовото състояние;
- в) техническите и професионалните способности.

Възлагащите органи могат да налагат на икономическите оператори като изисквания за участие само критериите, посочени в параграфи 2, 3 и 4. Възлагащите органи ограничават изискванията само до тези, които са необходими, за да се гарантира, че кандидат или оферент има както правните и финансовите възможности, така и техническите и

професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. Всички изисквания трябва да са пропорционални на предмета на поръчката и да са свързани с него.

[...]

3. По отношение на икономическото и финансовото състояние възлагащите органи могат да налагат изисквания, с които да се гарантира, че икономическите оператори притежават необходимия икономически и финансов капацитет за изпълнение на поръчката. За тази цел възлагащите органи могат да изискват, по-специално, икономическите оператори да имат определен минимален годишен оборот, включително определен минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката. Освен това възлагащите органи могат да изискват икономическите оператори да предоставят информация относно годишните си отчети, които показват например съотношението между активите и пасивите. Те могат също така да изискват подходящо равнище на застраховката за риска „професионална отговорност“.

Изискваният от икономическите оператори минимален годишен оборот не може да превишава най-много двукратно прогнозна стойност на поръчката, освен в надлежно обосновани случаи, отнасящи се например до конкретните рискове, свързани с естеството на строителството, услугите или доставките. Възлагащият орган посочва основните причини за това изискване в документацията за обществената поръчка или в индивидуалния доклад по член 84.

Така например съотношението между активите и пасивите може да се вземе предвид, когато възлагащият орган уточни методите и критериите за това в документацията за обществената поръчка. Тези методи и критерии трябва да са прозрачни, обективни и недискриминационни.

Когато определена поръчка е разделена на обособени позиции, настоящият член се прилага по отношение на всяка обособена позиция. Възлагащият орган обаче може да определя минималния годишен оборот, изискван от икономическите оператори, по отношение на групи от обособени позиции, в случай че на спечелилия оферент се възлагат няколко обособени позиции за едновременно изпълнение.

Когато поръчки се възлагат въз основа на рамково споразумение след подновяване на състезателната процедура, максималното изискване за годишен оборот по втора алинея от настоящия параграф се изчислява въз основа на очаквания максимален размер на конкретните поръчки, които ще се изпълняват едновременно, или когато той не е известен — въз основа на прогнозната стойност на рамковото споразумение. При динамични системи за покупки максимално изискуемият годишен оборот по втора алинея се изчислява въз основа на очаквания максимален размер на конкретните поръчки, възлагани по тази система.

[...]“.

21 Член 74 от Директива 2014/24 има следното съдържание:

„Обществените поръчки за социални и други специфични услуги, изброени в приложение XIV, се възлагат в съответствие с настоящата глава, когато стойността на поръчките е по-голяма от или равна на прага, посочен в член 4, буква г)“.

Директива 2014/25

- 22 Съгласно член 6, параграф 2 от Директива 2014/25:

„За всяка поръчка, имаща за цел да обхване няколко дейности, се прилагат правилата, приложими за дейността, към която тя е основно насочена“.

- 23 Член 11 от тази директива гласи:

„Настоящата директива се прилага за дейности във връзка с предоставяне или експлоатиране на мрежи за обществени услуги в областта на железопътния транспорт, автоматизираните транспортни системи, трамвайния, тролейбусния, автобусния транспорт или въжените линии.

По отношение на транспортните услуги се счита, че съществува мрежа, когато услугата се предоставя при експлоатационни условия, установени от компетентен орган на държава членка, като например условията на обслужваните маршрути, капацитета, който трябва да е наличен, или честотата на услугата“.

Италианското право

- 24 Член 5, параграф 9 от decreto legislativo n. 50 — Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Законодателен декрет № 50 за транспониране на директиви 2014/23/ЕС, 2014/24/ЕС и 2014/25/ЕС за възлагане на договори за концесия, на обществени поръчки и за процедурите относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, както и за промяна в действащата уредба в областта на обществените поръчки за строителство, услуги и доставки) от 18 април 2016 г. (редовна притурка към GURI, бр. 91 от 19 април 2016 г., наричан по-нататък „Законодателен декрет № 50/2016“) гласи:

„Когато действащите разпоредби разрешават учредяването на смесени дружества за изпълнението и управлението на публичен строеж или за организиране и управление на услуга от общ интерес, частният съдружник трябва да бъде избран чрез процедура за възлагане на обществена поръчка“.

- 25 Член 4 от decreto legislativo n. 175 — Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Законодателен декрет № 175 за приемане на консолидиран текст за дружествата с публично участие) от 19 август 2016 г. (GURI бр. 210 от 8 септември 2016 г., наричан по-нататък „Законодателен декрет № 175/2016“) предвижда, че целите, преследвани от публичните административни органи при учредяването на дружества, в които имат дялово участие, подлежат на двойно условие за предмет. От една страна, трябва да става въпрос за дружества, чийто предмет са дейности, строго необходими за постигането на институционалните цели на съответната администрация. От друга страна, подлежащите на извършване дейностите трябва да попадат в обхвата на изрично посочените в параграф 2 от този член, а именно, наред с останалото, производството на услуга от общ интерес, включително изграждането и управлението на мрежите и съоръженията, които служат за посочените услуги, и организирането и управлението на услуга от общ интерес

посредством договор за партньорство по член 180 от Законодателен декрет № 50/2016, с предприемач, избран съгласно условията, предвидени в член 17, параграфи 1 и 2 от Законодателен декрет № 176/2016.

26 Член 7, параграф 5 от Законодателен декрет № 175/2016 изисква частните съдружници да бъдат предварително подбрани чрез процедура за възлагане на обществена поръчка в съответствие с член 5, параграф 9 от Законодателен декрет № 50/2016.

27 Член 17, параграф 1 от Законодателен декрет № 175/2016 има следното съдържание:

„В дружествата със смесено публично-частно участие делът на участието на частния съдружник не може да е по-малък от 30 % и изборът му се осъществява чрез процедура за обществена поръчка съгласно член 5, параграф 9 от [Законодателен декрет № 50/2016] и едновременно има за цел записването или придобиването на участие в дружеството от частния съдружник и възлагането на договора за поръчка или за концесия, изключителен предмет на дейността на смесеното дружество“.

28 Съгласно член 17, параграф 2 от Законодателен декрет № 175/2016:

„Частният съдружник трябва да отговаря на изискванията за квалификация, предвидени в законови или подзаконови разпоредби във връзка с престацията, за която дружеството е учредено [...]“.

Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси

29 На 4 септември 2018 г. община Рим открива процедура за възлагане на обществена поръчка, с която, от една страна, се цели да се определи съдружник с цел учредяване на дружество със смесен капитал и от друга страна, да се възложи на това дружество управлението на „интегрирана училищна услуга“ на стойност, оценена на 277 479 616,21 EUR. Съгласно документацията за поръчката община Рим трябва да притежава 51 % от дружествените дялове на посоченото дружество, като останалите 49 % следва да бъдат придобити от нейния съдружник, като освен това последният се задължава да поеме изцяло оперативния риск.

30 Една-единствена оферта е подадена от сдружение в процес на учредяване, състоящо се от Roma Multiservizi и Rekeep. Предвидено е това сдружение да бъде 10 % собственост на Rekeep, в качеството на доверител, а 90 % — на Roma Multiservizi, в качеството му на водещ довереник, и че двете дружества участват в капитала на смесеното дружество с предстоящо учредяване с община Рим, пропорционално на дяловото им участие в това сдружение.

31 Roma Multiservizi, създадено през 1994 г. от община Рим, е 51 % собственост на AMA SpA, като останалата част от капитала му е собственост на Rekeep и на La Venenta Servizi SpA. От своя страна капиталът на AMA се притежава изцяло от тази община.

32 На 1 март 2019 г. сдружението в процес на учредяване, образувано от Roma Multiservizi и Rekeep, е изключено от текущата процедура с мотив, че предвид участието на AMA в капитала на Roma Multiservizi община Рим фактически би притежавала 73,5 % от капитала на смесеното дружество, което би учредила с това сдружение, при което се надхвърля определената в поканата за представяне на оферти граница от 51 %, а притежаваната от частни оператори част „рисков капитал“ в това дружество се свежда под прага от 49 %.

- 33 Rekeep и Roma Multiservizi обжалват това решение за изключване пред Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Областен административен съд Лацио, Италия). Той отхвърля жалбите им с две решения, постановени на 18 юни 2019 г.
- 34 Roma Multiservizi и Rekeep обжалват тези две решения пред запитващата юрисдикция.
- 35 В хода на въззивното производство община Рим възлага след проведена процедура на договаряне изпълнението на „интегрираната училищна услуга“ на Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS). Това възлагане е спряно от запитващата юрисдикция.
- 36 В преюдициалното си запитване Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) отбелязва, на първо място, че съгласно приложимата национална правна уредба, когато дружества със смесен капитал имат за предмет осъществяването на обществено строителство или организирането и управлението на услуга от общ интерес посредством договор за партньорство с предприемач, избран съгласно условията, предвидени в член 17, параграфи 1 и 2 от Законодателен декрет № 175/2016, участието на частноправния субект не може да бъде по-малко от 30 % и подборът на този частен съдружник трябва да се направи посредством сключването на обществена поръчка.
- 37 В това отношение запитващата юрисдикция отбелязва, че законосъобразността на максималното участие на възлагащия орган в дружество със смесен капитал не е оспорена пред нея и че тя трябва само да провери дали непрякото участие на община Рим в капитала на Roma Multiservizi трябва да се вземе предвид, за да се определи дали тази граница е спазена.
- 38 На второ място, според тази юрисдикция прякото възлагане на услуга на дружество със смесен капитал само по себе си не е несъвместимо с правото на Съюза, при условие, от една страна, че обществената поръчка, организирана за целите на подбора на частния съдружник на възлагащия орган в дружеството, на което се възлага поръчката, се провежда при спазване на членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, както и на принципите на равно третиране, на недопускане на дискриминация и на прозрачност, и от друга страна, че критериите за подбор на този частен съдружник са свързани не само с капиталовата вноска на последния, но и с неговия технически капацитет и с характеристиките на неговата оферта, с оглед на специфичните престации, които трябва да предоставя, поради което подборът на изпълнителя на поръчката може да се счита за произтичащ непряко от подбора на съдружника на възлагащия орган. При това положение този съдружник би трябвало да бъде подходящ оперативен партньор, а не обикновен акционер, тъй като участието му се обосновава именно с липсата в рамките на публичната администрация на необходимите компетенции, с които разполага частният съдружник.
- 39 Според запитващата юрисдикция, за да осигури такова съответствие, италианският законодател е определил на 30 % минималния праг на частно участие в дружествата със смесен капитал. Тя уточнява, че горната граница от 70 % на публичното участие в такива дружества съответства на прага, над който дейността на тези дружества може да наруши конкуренцията, лишавайки съответния пазар от неговата привлекателност и позволявайки на частния съдружник да ограничи прекомерно икономическия риск от участието си в посочените дружества.

- 40 На трето място, запитващата юрисдикция отбелязва, че ако процентът на участие на съдружника на възлагащия орган в капитала на дружеството със смесен капитал трябва да се изчисли, като се вземе предвид само правно-организационната форма на този съдружник, изключването на сдружението, планирано от Roma Multiservizi и Rekeep, от разглежданата в главното производство процедура по възлагане, не би било обосновано. За сметка на това, ако трябва да се вземе предвид непрякото участие на община Рим в капитала на Roma Multiservizi, дялът на частния съдружник, произтичащ от участието на сдружението, планирано от Roma Multiservizi и Rekeep, в дружеството със смесен капитал, определен формално на 49 %, всъщност би бил 26,5 %, което би довело до положение на неефективност на пазара и би представлявало нарушение на принципа на конкуренция, доколкото този съдружник би могъл неоснователно да извлече ползи от предимствата на публичното участие и по този начин да си осигури доход от материалноправно положение.
- 41 При тези условия Consiglio di Stato (Държавен съвет) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:
- „1) В съответствие ли е с правото [на Съюза] и с правилното тълкуване на съображения 14 и 32, както и на членове 12 и 18 от Директива 2014/24 и член 30 от Директива 2014/23, също и във връзка с член 107 ДФЕС, за целите на определянето на минималния праг от 30 % за участието на частния съдружник в смесено публично-частно дружество с предстоящо учредяване, праг, счетен за подходящ от националния законодател при прилагането на принципите [на правото на Съюза], установени от съдебната практика на Съюза, да се вземе предвид единствено формалният състав на този съдружник или администрацията, която провежда обществената поръчка, може или дори трябва да вземе предвид собственото си непряко участие в частен съдружник оферент?
- 2) При утвърдителен отговор на първия въпрос съгласувано и съвместимо ли е с принципите [на правото на Съюза], и особено с принципите на конкуренция, на пропорционалност и на пригодност администрацията, която провежда процедурата за обществената поръчка, да може да изключи от участие в процедурата частен съдружник оферент, чието ефективно участие в смесеното публично-частно дружество с предстоящо учредяване, в резултат на установеното пряко или непряко публично участие фактически е по-малко от 30 %?“.

По преюдициалните въпроси

По допустимостта на преюдициалните въпроси

- 42 Съгласно постоянната съдебна практика въпросите относно правото на Съюза се ползват с презумпция за релевантност. Съдът може да откаже да се произнесе по отправеното от национална юрисдикция преюдициално запитване само когато е съвсем очевидно, че исканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора в главното производство, когато проблемът е от хипотетично естество или когато Съдът не разполага с необходимите данни от фактическа и правна страна, за да бъде полезен с отговора на поставените му въпроси (решения от 15 декември 1995 г., *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, т. 59 и 61 и от 25 ноември 2021 г., *État luxembourgeois* (Информация за група от данъчнозадължени лица), C-437/19, EU:C:2021:953, т. 81).

- 43 Необходимостта да се даде тълкуване на правото на Съюза, което да е от полза за националния съд, изисква последният да определи фактическата и правната обстановка, в която се вписват поставените от него въпроси, или най-малко да обясни фактическите хипотези, на които те се основават. Актът за преюдициално запитване трябва да посочва и конкретните причини, поради които националният съд си задава въпроси относно тълкуването на правото на Съюза и приема за необходимо да отправи преюдициален въпрос до Съда (решение от 10 март 2022 г., *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs* (Пълно здравно застрахователно покритие), C-247/20, EU:C:2022:177, т. 75 и цитираната съдебна практика).
- 44 Запитващата юрисдикция обаче не обяснява нито причините, поради които счита, че следва да тълкува член 107 ДФЕС, нито връзката, която установява между тази разпоредба и разглежданата в главното производство национална правна уредба.
- 45 За сметка на това, противно на поддържаното от CNS, запитващата юрисдикция, от една страна, достатъчно точно посочва разпоредбите на директиви 2014/23 и 2014/24, чието тълкуване иска, и от друга страна, не иска от Съда да приложи правото на Съюза към спора по главното производство.
- 46 От изложеното по-горе следва, че преюдициалните въпроси са допустими, с изключение на първия от тях в частта му относно тълкуването на член 107 ДФЕС.

По същество

- 47 Спорът в главното производство се отнася до изключването на планираното от Roma Multiservizi и Rekeep сдружение от започнатата на 4 септември 2018 г. процедура, която, преди да е била изоставена от община Рим, именно поради изключването на това сдружение, единствения направил оферта кандидат, е имала за цел сключването на споразумение с предмет, от една страна, да се учреди дружество със смесен капитал с икономически оператор, избран от тази община, и от друга страна, да се възложи на това дружество доставката на набор от услуги, които са допълнителни спрямо училищната дейност като такава, състоящи се основно в услуги от общо подпомагане, поддръжка, почистване, пощенски доставки, помощ на резервирания училищен транспорт. От това следва, че такава процедура е имала за цел сключването на смесен договор.
- 48 Освен това от акта за преюдициално запитване е видно, че община Рим приема, че ако беше учредила разглежданото в главното производство дружество със смесен капитал със сдружението, планирано от Roma Multiservizi и Rekeep, тя фактически е щяла да притежава 73,5 % от капитала на това дружество, докато релевантната национална правна уредба ограничава до 70 % максималния дял, който възлагащ орган може да притежава в капитала на такова дружество, и изготвените от тази община документи във връзка с обществената поръчка са определяли на 51 % участието на тази община в капитала на това дружество.
- 49 Община Рим обаче стига до констатацията, че фактически е щяла притежава 73,5 % от капитала на дружеството със смесен капитал с предстоящо учредяване само защото е взела предвид факта, че едно от дъщерните ѝ дружества, а именно АМА, което е изцяло нейна собственост, притежава 51 % от капитала на дружеството Roma Multiservizi.

- 50 Освен това от акта за преюдициално запитване и от отговорите на поставените от Съда въпроси следва, че изключването на сдружението, планирано от Roma Multiservizi и Rekeep, от разглежданата в главното производство процедура е обосновано най-малкото както от невъзможността да се спази, ако това сдружение беше избрано от община Рим, максималният размер на участието на тази община в капитала на дружеството със смесен капитал, определен в релевантната национална правна уредба, така и с невъзможността да се спази по-строгото ограничение за подобно участие, предвидено в документацията за обществената поръчка.
- 51 Ето защо, за да се даде полезен отговор на запитващата юрисдикция, е достатъчно да се провери дали правото на Съюза допуска, при проверката дали последното ограничение е спазено, възлагащият орган да вземе предвид и непрякото си участие в капитала на икономически оператор, който е проявил интерес да стане съдружник.
- 52 Въз основа на тези съображения следва да се приеме, че с двата си преюдициални въпроса, които следва да се разгледат заедно, запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали директиви 2014/24 и 2014/23 трябва да се тълкуват в смисъл, че възлагащият орган не може да изключи икономически оператор от процедурата, с която се цели, от една страна, да се учреди дружество със смесен капитал и от друга страна, да се възложи на това дружество договор за услуги, когато това изключване е обосновано от факта, че поради непрякото участие на този възлагащ орган в капитала на този икономически оператор, максималното участие на посочения възлагащ орган в капитала на това дружество, както е определено от документацията за обществената поръчка, би било фактически превишено, ако той избере този икономически оператор за съдружник.

По правния режим, приложим към разглеждания в главното производство договор

- 53 На първо място, важно е да се припомни най-напред, че създаването от възлагащ орган и от частен икономически оператор на съвместно предприятие само по себе си не попада в обхвата на правилата на правото на Съюза относно обществените поръчки или концесиите за услуги. При това положение следва да се гарантира, че капиталова транзакция в действителност не прикрива възлагането на частен партньор на договори, които могат да бъдат квалифицирани като „обществени поръчки“ или като „концесии“. Освен това фактът, че частноправно образувание и възлагащ орган си сътрудничат в рамките на образувание със смесен капитал, не може да обоснове неспазването на тези правила при възлагането на обществена поръчка или на концесия за услуги на това частно образувание или на образуванието със смесен капитал (вж. в този смисъл решение от 22 декември 2010 г., Mehiläinen и Terveystalo Healthcare, C-215/09, EU:C:2010:807, т. 33 и 34)
- 54 По-нататък, както по същество подчертава генералният адвокат в точки 57—59 от заключението си, от акта за преюдициално запитване, както и от отговорите на поставените от Съда въпроси следва, че особеностите на разглеждания в главното производство смесен договор изискват двете части на същия да бъдат сключени с един-единствен партньор, който, както документацията за обществената поръчка налага, разполага както с финансовите възможности, необходими за придобиването на 49 % от капитала на подлежащото на учредяване дружество със смесен капитал, така и с финансовия и технически капацитет, необходим за извършване на практика на всички допълнителни услуги на училищната дейност на община Рим. От това следва, освен ако запитващата юрисдикция не установи друго при проверката си, че двете части на

разглеждания в главното производство договор очевидно са неразривно свързани и образуват едно неделимо цяло (вж. в този смисъл решение от 6 май 2010 г., *Club Hotel Loutraki* и др., С-145/08 и С-149/08, ЕУ:С:2010:247, т. 53 и 54).

- 55 В подобна хипотеза обаче разглежданата сделка трябва да се разглежда в нейната цялост по единен начин за целите на правната ѝ квалификация и да се преценява въз основа на нормите, които уреждат частта, представляваща основния предмет или преобладаващия елемент (решения от 6 май 2010 г., *Club Hotel Loutraki* и др., С-145/08 и С-149/08, ЕУ:С:2010:247, т. 48 и от 22 декември 2010 г., *Mehiläinen и Terveystalo Healthcare*, С-215/09, ЕУ:С:2010:807, т. 36).
- 56 В това отношение от акта за преюдициално запитване и от отговорите на поставените от Съда въпроси следва, че основната цел на разглежданата в главното производство процедура е не да се учреди дружество със смесен капитал, а да се пренесе на съдружника на община Рим, в рамките на това дружество, целият оперативен риск, свързан с предоставянето на допълнителни услуги на училищната дейност на тази община, тъй като посоченото дружество е замислено само като средство, посредством което посочената община е считала, че качеството на услугите ще бъде най-добре гарантирано.
- 57 Освен това нищо не показва, че самото притежаване на част от капитала на същото дружество със смесен капитал може да представлява източник на значителни приходи за съдружника на община Рим.
- 58 При това положение изглежда, освен ако запитващата юрисдикция не установи друго при проверката си, че частта, свързана с предоставянето на допълнителните услуги на същинската училищна дейност, представлява основният предмет и преобладаващият елемент на разглеждания в главното производство договор.
- 59 При тези условия на преюдициалните въпроси следва да се отговори въз основа на предпоставката, че двете части на разглеждания в главното производство договор представляват едно неделимо цяло и че преобладаващата му част е тази, която има за предмет да възложи на дружеството със смесен капитал доставките на допълнителните услуги на училищната дейност на община Рим. Поради това правният режим, приложим към разглеждания в главното производство договор, в неговата цялост, е този, на който се подчинява тази част.
- 60 На второ място, следва да се отбележи, че запитващата юрисдикция не се е произнесла по въпроса дали разглежданият в главното производство договор е целял да възложи на дружеството със смесен капитал концесия за услуги, която попада в приложното поле на Директива 2014/23, или обществена поръчка на услуги, спадаща към това на Директива 2014/24. Всъщност първият преюдициален въпрос визира без разграничение тези две директиви, чиито приложни полета обаче взаимно се изключват.
- 61 В това отношение следва първо да се припомни, че обществена поръчка за услуги се различава от концесия за услуги поради естеството на насрещната престация, предоставена на изпълнителя по договора за предоставените от него услуги. Така насрещната престация на изпълнителя на обществена поръчка се състои в заплащана от възлагащия орган цена, докато насрещната престация на концесионера се състои в правото да експлоатира услугата, предмет на концесията, като това право евентуално се съпътства от цена. При това положение възлагането на концесия предполага прехвърлянето на

- концесионера на свързан с експлоатацията риск (вж. в този смисъл решения от 10 септември 2009 г., Eurawasser, C-206/08, EU:C:2009:540, т. 51 и от 15 октомври 2009 г., Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, т. 39).
- 62 Запитващата юрисдикция следва да определи в светлината на гореизложеното дали възлагането на разглежданото в главното производство дружество със смесен капитал на управлението на допълнителните услуги на училищната дейност на община Рим би представлявало обществена поръчка за услуги или концесия за услуги. За да се даде полезен отговор на запитващата юрисдикция, в рамките на настоящото решение обаче преюдициалните въпроси следва да се разгледат с оглед на всяка от тези две хипотези.
- 63 Второ, доколкото, както бе подчертано в точка 47 от настоящото решение, услугите по подпомагане на резервирания училищен транспорт са част от услугите, за които се отнася разглежданият в главното производство договор, следва да се провери дали това обстоятелство може да повлияе на приложимостта на Директива 2014/23 или на Директива 2014/24 към процедурата по възлагане на разглеждания в главното производство договор.
- 64 В това отношение следва да се подчертае, от една страна, че съгласно член 7 от Директива 2014/24 приложното ѝ поле не обхваща обществените поръчки в сектора на транспортните услуги, така както е определен в член 11 от Директива 2014/25.
- 65 Като се има предвид това, от преписката, с която Съдът разполага, не следва, че разглежданите в главното производство услуги за подпомагане на училищния транспорт се състоят в експлоатацията на мрежа, предназначена да предоставя транспортна услуга, по-специално с автобуси, при условията, определени от компетентния национален орган, каквито са условията относно маршрутите, които трябва да се следват, наличния капацитет или честотата на услугата по смисъла на този член 11.
- 66 При всички положения от член 3, параграф 5 от Директива 2014/24 следва, че когато дадена поръчка има за предмет покупки, попадащи в обхвата на тази директива, и покупки с оглед извършването на дейност, попадаща в обхвата на Директива 2014/25, следва да се вземат предвид членове 5 и 6 от последната директива. От своя страна член 6, параграф 2 от нея предвижда, че за поръчка, имаща за цел да обхване няколко дейности, се прилагат правилата, приложими към дейността, към която тя е основно насочена.
- 67 От преписката, с която Съдът разполага, обаче не следва, че предвидените в разглеждания в главното производство договор услуги за подпомагане на резервирания училищен транспорт, дори и да се предположи, че отговарят на условията по член 11 от Директива 2014/25, представляват основната дейност, за която е сключен такъв договор.
- 68 От друга страна, съгласно член 10, параграф 3 от Директива 2014/23 тя не се прилага за концесии за обществени услуги за пътнически превоз по смисъла на Регламент № 1370/2007.
- 69 При това положение от посочената преписка още по-малко следва, че услугите за подпомагане на резервирания училищен транспорт, визирани в разглеждания в главното производство договор, трябва да се считат за обществени услуги за пътнически превоз, за които се прилага Регламент № 1370/2007.

По Директива 2014/24

- 70 В случай че частта от разглеждания в главното производство договор, отнасяща се до възлагането на допълнителни услуги на училищната дейност, би трябвало да се квалифицира като „обществена поръчка за услуги“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 9 от Директива 2014/24, в самото начало следва да се направят следните констатации.
- 71 Първо, от акта за преюдициално запитване е видно, че прогнозната стойност на такава поръчка и следователно на разглеждания в главното производство договор, в неговата цялост, е значително по-висока от праговете, над които съгласно член 4 от Директива 2014/24 обществените поръчки за услуги попадат в приложното поле на тази директива.
- 72 Второ, следва да се провери, както приканва запитващата юрисдикция, дали разглежданият в главното производство договор все пак може да остане извън приложното поле на тази директива по силата на член 12 от нея.
- 73 В това отношение следва да се отбележи, от една страна, че член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 предвижда, че договор за поръчка, сключен изключително между два или повече възлагащи органа, попада извън обхвата на тази директива, когато са изпълнени условията, предвидени в тази разпоредба.
- 74 Без да е необходимо да се проверява дали в случая разглежданото в главното производство дружество със смесен капитал е можело да се счита за възлагащ орган по смисъла на член 2, параграф 1, точка 1 от Директива 2014/24, достатъчно е да се отбележи, че за да попадне в приложното поле на разпоредбите на член 12, параграф 4 от тази директива, споразумение за сътрудничество не може да има за последица поставянето на частно предприятие в привилегировано положение спрямо конкурентите му (решение от 28 май 2020 г., *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, C-796/18, EU:C:2020:395, т. 76). Както обаче отбелязва генералният адвокат в точка 78 от заключението си, в настоящия случай това непременно е било така, като се има предвид участието на частен капитал в дружеството със смесен капитал с предстоящо учредяване, поради което тази разпоредба не позволява разглежданата в главното производство процедура да бъде изключена от приложното поле на Директива 2014/24.
- 75 От друга страна, не изглежда и дружеството със смесен капитал, разглеждано в главното производство, да е могло да изпълни наложените с член 12, параграф 1 от Директива 2014/24 условия, позволяващи то да бъде считано за образуване *in house* на община Рим.
- 76 В това отношение, макар да е вярно, че по силата на тази разпоредба образуване *in house* може да включва форми на пряко участие в частни капитали, трябва освен това последните да не предоставят контролни или блокиращи правомощия, да се изискват от националните законови разпоредби в съответствие с Договорите и да не позволяват упражняването на решаващо влияние върху това дружество, докато възлагащият орган, напротив, трябва да запази такова влияние.
- 77 Що се отнася обаче до условието, според което тези форми на участие трябва да бъдат наложени от националните законодателни разпоредби, следва да се констатира, че учредяването на дружеството със смесен капитал, разглеждано в главното производство, и като последица от това участието на частен съдружник в капитала му, изглежда, произтичат

не от законово задължение, наложено на община Рим, а от свободния избор на този възлагащ орган да приложи процедура за публично-частно партньорство с цел да управлява допълнителните услуги на училищната дейност.

- 78 Трето, следва да се отбележи, че членове 74—77 от Директива 2014/24 въвеждат опростен режим за възлагане на обществени поръчки с предмет социалните и специални услуги, изброени в приложение XIV към тази директива. От отговорите на поставените от Съда въпроси обаче е видно, че разглежданият в главното производство договор, изглежда, е имал отчасти за предмет възлагането на изброените в това приложение услуги.
- 79 По силата на член 3, параграф 2, втора алинея от Директива 2014/24 правилата, приложими за този вид смесени обществени поръчки, са тези, които уреждат възлагането на основния предмет на въпросната поръчка, като самият основен предмет се определя в зависимост от най-високата от съответните прогнозни стойности на въпросните услуги.
- 80 Предвид отговорите, дадени на поставените от Съда въпроси, изглежда, че прогнозната стойност на разглежданите в главното производство услуги, които могат да попаднат в обхвата на приложение XIV към Директива 2014/24, би могла да бъде по-ниска от прогнозната стойност на другите услуги, които съставляват предмета на разглеждания в главното производство договор. При това положение следва да се вземе предвид предпоставката, че членове 74—77 от тази директива не са приложими в случая, което при все това следва да се провери от запитващата юрисдикция.
- 81 Въз основа на тези съображения следва да се определи дали общите правила за възлагане на обществени поръчки, така както са установени в Директива 2014/24, допускат икономически оператор да бъде изключен от процедурата за сключване на смесен договор като разглеждания в главното производство, с мотив че, след като е взел предвид непрякото си участие в капитала на този икономически оператор, възлагащият орган е счел, че вноската му в капитала на дружеството със смесен капитал фактически ще надхвърли предвиденото в документацията за обществената поръчка, ако той избере посочения икономически оператор за свой съдружник.
- 82 На първо място, следва да се подчертае, че в рамките на смесен договор като разглеждания в главното производство обществената поръчка за услуги се възлага, без последната сама по себе си да е била предмет на процедура за възлагане в съответствие с изискванията на Директива 2014/24.
- 83 При това тези изисквания трябва да се считат за спазени при възлагането на такава обществена поръчка, когато икономическият оператор, с който възлагащият орган трябва да учреди дружеството със смесен капитал, на което е възложена поръчката, е избран съгласно процедура, която отговаря на посочените изисквания. От това следва, че тази процедура трябва да позволи по-специално да се избере съдружникът на възлагащия орган, на който са поверени оперативната дейност и управлението на услугата, предмет на обществената поръчка, при спазване на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация, на свободна конкуренция и на прозрачност. При това положение критериите за подбор на този съдружник не могат да се основават единствено на внесения капитал, а трябва да позволяват на кандидатите да докажат, освен способността си да станат акционери, преди всичко своята техническа способност да предоставят услугите,

- предмет на обществената поръчка, и икономическите и други предимства на тяхната оферта (вж. по аналогия решение от 15 октомври 2009 г., Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, т. 59 и 60).
- 84 На второ място, от член 58, параграфи 1 и 3 от Директива 2014/24 следва, че възлагащият орган може да прилага критерии за подбор, които имат за цел по-специално да отстранят от процедурата за възлагане кандидатите или оферентите, които не представят достатъчно гаранции за икономическия си и финансов капацитет да изпълнят съответната обществена поръчка, при условие че, от една страна, тези критерии са в състояние да гарантират, че кандидатът или оферентът разполага с такъв капацитет, и от друга страна, че те са свързани и пропорционални на предмета на поръчката.
- 85 В това отношение е важно да се отбележи, първо, че поради самото естество на смесен договор като разглеждания в главното производство възлагащият орган определя разпределението между него и неговия съдружник на капитала на дружеството със смесен капитал с предстоящо учредяване.
- 86 От това следва, че в рамките на прилагането му към подобен смесен договор член 58, параграфи 1 и 3 от Директива 2014/24 позволява на възлагащия орган да изисква от икономическите оператори, проявили интерес да станат негови съдружници и да поемат ефективното изпълнение на договора за услуги, възложен на така учреденото дружество, да докажат, че разполагат с икономическия и финансов капацитет, необходим както за учредяването на това дружество, така и за изпълнението на този договор.
- 87 Второ, доколкото използването на смесено дружество се обяснява по-специално със стремежа на възлагащия орган да ограничи както инвестицията си в капитала на това дружество, така и произтичащата от това икономическа неизвестност, на този възлагащ орган трябва освен това да се позволи да вземе предвид участието си, дори и непряко, в капитала на икономическите оператори, които са изразили интерес да станат негови съдружници. Всъщност дори когато то е непряко, такова участие по принцип излага възлагащия орган на допълнителна неизвестност спрямо тази, която би понесъл, ако не притежаваше пряко или непряко дял от капитала на съдружника си.
- 88 При това положение възлагащият орган трябва въз основа на качествения подбор на икономическия оператор, който следва да стане негов съдружник, да изключи всеки кандидат, в който притежава дялове или акции, макар и непряко, когато това участие фактически води до незачитане на разпределението на капитала на дружеството със смесен капитал между посочения възлагащ орган и неговия съдружник, така както е определено в документацията за поръчката, и по този начин да постави под въпрос икономическия и финансов капацитет на съдружника му да понесе, без намесата на възлагащия орган, произтичащите за него задължения от подобен смесен договор.
- 89 Следователно подобно изискване позволява да се гарантира, както налага член 58, параграф 1 от Директива 2014/24, че икономическите оператори разполагат с необходимия икономически и финансов капацитет, за да изпълнят задълженията, произтичащи от съответния смесен договор.
- 90 В допълнение, освен ако запитващата юрисдикция не установи друго при проверката си, това изискване не изглежда да надхвърля необходимото за гарантиране на преследваната от възлагащия орган цел, състояща се в това неговият икономически ангажимент, макар и

непряк, да не надхвърля дела от капитала на дружеството със смесен капитал, който този възлагащ орган е изразил намерение да придобие в документацията за поръчката. Подобно изискване може да се счита за непропорционално само в хипотезата, в която по силата на приложимата национална правна уредба или на релевантните договорни разпоредби е изключено в рамките на дейностите на дружеството със смесен капитал, учредено от възлагащ орган и икономически оператор, в който този възлагащ орган притежава пряко или непряко дял от капитала, посоченият възлагащ орган да бъде изложен на какъвто и да било допълнителен икономически риск, дори косвен, поради такова участие в капитала на неговия съдружник.

- 91 На трето място, следва да се добави, че принципите на равно третиране и на прозрачност, припомнени в точка 83 от настоящото решение, изискват също всички условия и ред за провеждане на процедурата за възлагане да са определени ясно, точно и еднозначно в документацията за поръчката, така че, първо, да се позволи на всички разумно информирани и полагащи обичайната грижа кандидати и оференти да разберат техния точен обхват и да ги тълкуват по еднакъв начин и второ, да се даде възможност на възлагащия орган да провери действително дали характеристиките и офертите на оферентите съответстват на критериите за разглежданата поръчка (вж. в този смисъл решения от 19 декември 2018 г., *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato — Antitrust и Coopservice*, C-216/17, EU:C:2018:1034, т. 63 и от 17 юни 2021 г., *Simonsen & Weel*, C-23/20, EU:C:2021:490, т. 61).
- 92 При това положение запитващата юрисдикция следва да провери дали в случая от документацията за поръчката е можело ясно, точно и еднозначно да се заключи, че непреките участия на община Рим в капитала на икономическите оператори, кандидатствали да станат нейни съдружници, ще бъдат взети предвид, за да се определи дали последните разполагат с достатъчен икономически и финансов капацитет.
- 93 От всички изложени по-горе съображения следва, че член 58 от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че възлагащ орган може да изключи икономически оператор от процедурата, целяща, от една страна, да се учреди дружество със смесен капитал и от друга страна, да се възложи на това дружество обществена поръчка за услуги, когато това изключване е обосновано от факта, че поради непрякото участие на този възлагащ орган в капитала на този икономически оператор максималният дял на посочения възлагащ орган в капитала на това дружество, както е определен в документацията за поръчката, фактически би бил надвишен, ако същият този възлагащ орган избере посочения икономически оператор за свой съдружник, доколкото подобно превишаване води до увеличаване на риска от икономическата неизвестност, който същият възлагащ орган носи.

По Директива 2014/23

- 94 В случай че частта от разглеждания в главното производство договор, отнасяща се до възлагането на допълнителни услуги на училищната дейност, трябва да се квалифицира като „концесия за услуги“ по смисъла на член 5, параграф 1, буква б) от Директива 2014/23, следва да се отбележи, на първо място, че прогнозната стойност на тази част, а следователно и на разглеждания в главното производство договор, в неговата цялост, надхвърля значително прага, над който се прилага тази директива съгласно член 8 от нея.

- 95 На второ място, по съображения, аналогични на изложените в точки 73—77 от настоящото решение, член 17, параграфи 1 и 4 от тази директива не изглежда приложим към разглежданата в главното производство процедура.
- 96 На трето място, по съображения, аналогични на изложените в точки 78—80 от настоящото решение, следва да се вземе предвид предпоставката, която все пак запитващата юрисдикция трябва да провери, според която по силата на член 20, параграф 1, втора алинея от Директива 2014/23 концесията за услуги, разглеждана в главното производство, не попада в обхвата на опростения режим за възлагане по член 19 от тази директива, тъй като прогнозната стойност на услугите, разглеждани в главното производство, които могат да попаднат в обхвата на приложение IV към посочената директива, не изглежда да е по-висока от стойността на останалите услуги, предмет на концесията.
- 97 На четвърто място, по съображения, аналогични на изложените в точки 82—93 от настоящото решение, следва да се приеме, че член 38 от Директива 2014/23 позволява на възлагащ орган да вземе предвид евентуалното си непряко участие в капитала на икономическите оператори, проявили интерес да станат негов съдружник, за да определи дали учредяването с такива оператори на дружество със смесен капитал фактически не би му попречило да спази ограничените за участието в капитала на това дружество, което самият той си е наложил. Този член 38 по принцип му позволява също да изключи от процедурата за възлагане на концесия за услуги всеки икономически оператор, който, поради факта че възлагащият орган притежава, макар и непряко, част от неговия капитал, не би могъл да бъде съдружник на този възлагащ орган, без фактически да наруши максимално участие в капитала на това дружество със смесен капитал, което възлагащият орган си е определил.
- 98 От всички изложени по-горе съображения следва, че член 38 от Директива 2014/23 трябва да се тълкува в смисъл, че възлагащ орган може да изключи икономически оператор от процедурата, целяща, от една страна, да се учреди дружество със смесен капитал и от друга страна, да се възложи на това дружество концесия за услуги, когато това изключване е обосновано от факта, че поради непрякото участие на този възлагащ орган в капитала на този икономически оператор максималният дял на посочения възлагащ орган в капитала на това дружество, както е определен в документацията за поръчката, фактически би бил надвишен, ако същият този възлагащ орган избере посочения икономически оператор за свой съдружник, доколкото подобно превишаване води до увеличаване на риска от икономическата неизвестност, който същият възлагащ орган носи.

По съдебните разноски

- 99 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:

- 1) Член 58 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365 на Комисията от 18 декември 2017 г., трябва да се тълкува в смисъл, че възлагащ орган може да изключи икономически оператор от процедурата, целяща, от една страна, да се учреди дружество със смесен капитал и от друга страна, да се възложи на това дружество обществена поръчка за услуги, когато това изключване е обосновано от факта, че поради непрякото участие на този възлагащ орган в капитала на този икономически оператор максималният дял на посочения възлагащ орган в капитала на това дружество, както е определен в документацията за поръчката, фактически би бил надвишен, ако същият този възлагащ орган избере посочения икономически оператор за свой съдружник, доколкото подобно превишаване води до увеличаване на риска от икономическата неизвестност, който същият възлагащ орган носи.
- 2) Член 38 от Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2366 на Комисията от 18 декември 2017 г., трябва да се тълкува в смисъл, че възлагащ орган може да изключи икономически оператор от процедурата, целяща, от една страна, да се учреди дружество със смесен капитал и от друга страна, да се възложи на това дружество концесия за услуги, когато това изключване е обосновано от факта, че поради непрякото участие на този възлагащ орган в капитала на този икономически оператор максималният дял на посочения възлагащ орган в капитала на това дружество, както е определен в документацията за поръчката, фактически би бил надвишен, ако същият този възлагащ орган избере посочения икономически оператор за свой съдружник, доколкото подобно превишаване води до увеличаване на риска от икономическата неизвестност, който същият възлагащ орган носи.

Подписи