

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (разширен състав)

21 юли 2005 година*

„Членове 43 ЕО, 49 ЕО и 81 ЕО — Концесия за управлението на обществената поръчка за дистрибуция на газ”

По дело С-231/03,

с предмет преюдициално запитване на основание на член 234 ЕО, от страна на Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Италия), с решение от 14 февруари 2003 г., получено в секретариата на Съда на 28 май 2003 г., по производството между

Consorzio Aziende Metano (Coname)

срещу

Comune di Cingia de” Botti,

встъпила страна:

Padania Acque SpA,

СЪДЪТ (разширен състав),

Състоящ се от: от г-н V. Skouris, председател, г-н P. Jann, г-н C. W. A. Timmermans (докладчик), А. Rosas, г-жа R. Silva de Lapuerta и г-н А. Borg Barthet, председатели на състави, г-н R. Schintgen, г-н S. von Bahr, г-н J. N. Cunha Rodrigues, г-н G. Arestis, г-н М. Pešič, г-н J. Malenovský и г-н J. Klučka, съдии,

генерален адвокат: г-жа С. Stix-Hackl,

съдебен секретар: г-жа L. Hewlett, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 1 март 2005 г.,

като има предвид становищата представени от:

–за Consorzio Aziende Metano (Coname), от г-н Zoppolato, avvocato,

–за италианското правителство, от г-н I. M. Braguglia, в качеството му на представител, подпомаган от г-н G. Fiengo, avvocato dello Stato,

–за нидерландското правителство, от г-н D. J. M. de Grave, в качеството му на представител,

* Език на производството: италиански.

–за австрийското правителство, от г-н М. Fruhmann, в качеството му на представител,

–за финландското правителство, от г-жа А. Guimaraes-Purokoski, в качеството ѝ на представител,

–за Комисията на Европейските общности, от г-н Х. Lewis, г-н К. Wiedner и г-н С. Loggi, в качеството им на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат представено в съдебното заседание от 12 април 2005 г.,

постанови настоящото

Решение

1. Искът за преюдициално запитване се отнася до тълкуването на членове 43 ЕО, 49 ЕО и 81 ЕО.

2. Този иск е бил представен в рамките на спор между Consorzio Aziende Metano (наричано по-долу „Coname”) на Comune di Cingia de” Botti (община на Cingia de” Botti) по повод даването от последната на Padania Acque SpA (наричано по-долу „Padania”) на извършването на обществена услуга, която се състои в управление, дистрибуция и поддръжка на инсталациите за дистрибуция на газ метан.

Правна уредба

3. На основание на член 22, параграф 3 от Закон №142 относно организацията на местната автономия (Legge №142, recante ordinamento delle autonomie locali) от 8 юни 1990 г. (обикновено приложение на GURI № 35 от 12 юни 1990 г., по-надолу „Закон №142/1990”), подобна услуга каквато представлява управлението, дистрибуцията и поддръжката на инсталациите за дистрибуция на газ метан може да се упражнява от самия държавен орган чрез концесия на трети лица, които прибягват до услугите на трети предприятия и също така според споменатия член 22, параграф 3, буква е), „посредством акционерни дружества или дружества с ограничена отговорност с публичен местен капитал събран чрез органа, който осигурява публичната услуга или с негово участие ако това се окаже необходимо поради природата и големината на територията покривана от тази услуга заедно с участието на няколко публични или частни оператори,,.

Спор по главното производство и преюдициален въпрос

4. Coname е сключил с общината Cingia de” Botti договор за предоставянето на услугата по поддръжката, управлението и надзора на мрежата за дистрибуция на газ метан за периода от 1 януари 1999 г. до 31 декември 2000 г.

5. С писмо от 30 декември 1999 г., упомената община е информирала Coname, че на заседанието си от 21 декември 1999, общинският съвет е поверил на Padania услугата относно управлението, дистрибуцията и поддръжката на инсталациите за дистрибуция на газ метан за периода 1 януари 2000 г. до 31 декември 2005 г. Последното дружество е с преобладаващо публични капитали, които принадлежат на провинцията Cremona, а

също така и на всички останали общини от тази провинция. Общината Cingia de' Botti има участие в капитала на това дружество в размер на 0,97 %.

6. Услугата, за която става дума в главното производство е била предоставена на Padania директно на основание на член 22, параграф 3, буква е) от Закон № 142/1990.

7. Coname, който иска от препращащия съд между другото и анулиране на общинското Решение от 21 декември 1999 г., изтъква, че предоставянето на тази услуга би трябвало да стане чрез търг.

8. Като счита, че решаването на спора, с който е сезиран изисква тълкуванието на някои разпоредби на Договора ЕО, Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia реши да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Членове 43 ЕО, 49 ЕО и 81 ЕО, които забраняват респективно рестрикциите спрямо свободата на установяване на граждани на една държава-членка на територията на друга държава-членка и свободното предлагане на услуги. Вътре в общността по отношение на граждани на Общността, а също така и търговските практики на дружествата, които могат да възпрепятстват, ограничат или накърнят конкуренцията вътре в Европейския съюз, противопоставят ли се на директното отдаване, което ще рече без търг на управлението на една обществена услуга по дистрибуция на газ на дружество с публично-общинско участие всеки път, когато това участие в капитала е такова, че то не позволява директния контрол върху управлението и трябва следователно да се твърди както е в случая, че когато участието е равно на 0,97 %, характеристиките на управление „in house” не са налице?”

По преюдициалния въпрос

9. Първоначално трябва да отбележим, че главното производство цели така както може да се направи заключение от отговора на препращащия съд на една молба за изясняване формулирана от Съда на основание на член 104, параграф 5 от своя процедурен регламент, една услуга квалифицирана като концесия, която не е в приложното поле нито на Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, стр. 1), нито на Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки в секторите на водата, енергетиката, транспорта и телекомуникациите (ОВ L 199, стр. 84) (вж., в този смисъл, Решение от 7 декември 2000 г., Telaustria и Telefonadress, C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точка 56, и Определение на Съда от 30 май 2002 г., Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Recueil, стр. I-4685, точка 28).

10. Следователно настоящото решение се основава на презумпцията според която спора по главното производство се отнася до даването на концесия, презумпция която следва да бъде проверена от препращащия съд.

11. След като изясни горния въпрос препращащия съд със своя въпрос иска тълкуване на членове 43 ЕО, 49 ЕО и 81 ЕО.

Относно член 81 ЕО

12. Трябва да припомним, че член 81 ЕО, се прилага според собствените му термини до споразумение „между предприятия”, и не визира по принцип договорите за концесия сключени между дадена община, действаща в качеството си на публичен орган и концесионер на товарен с обществена услуга (вж., в този смисъл, Решение от 4 май 1988 г., *Bodson*, 30/87, *Recueil*, стр. 2479, точка 18).

13. От тук нататък, така както с основание отбелязват финландското правителство и Комисията, споменатата разпоредба не е приложима по главното производство, така както е описана в решението за препрощане.

14. Следователно няма смисъл да отговаряме на въпроса в това отношение.

Относно членове 43 ЕО и 49 ЕО

15. С въпроса си, препрощащия съд пита дали членове 43 ЕО и 49 ЕО се противопоставят на директното възлагане, в смисъл при липса на търг от страна на една община на концесия относно управлението на обществена услуга по дистрибуцията на газ на дружество с мажоритарно-публични капитали, в които дадената община има участие в размер на 0,97 %.

16. Трябва да припомним, че даването на подобна концесия не е регламентирано от никоя от директивите чрез които общността законодател е регламентиран областта на публичните търгове. При липса на подобна регламентация следва да се разгледа въпросът с оглед на първичното законодателство и по-точно на основните свободи предвидени от договора, които трябва да бъдат разгледани в светлината на последствията, които следват от правото на Общността в областта на даването на подобни концесии.

17. В това отношение трябва да приемем, че дотолкова доколкото споменатата концесия може да заинтересува също така и предприятие разположено в друга държава-членка различна от тази на общината *Cingia de” Botti*, предоставянето при липса на всякаква прозрачност на тази концесия на предприятие разположено в последната държава-членка представлява различно третиране във вреда на предприятие разположено в друга държава-членка (вж., в този смисъл, Решения *Telaustria* и *Telefonadress*, цитирани по-горе, точка 61).

18. В действителност, при липсата на всякаква прозрачност последното предприятие няма никаква реална възможност да покаже своя интерес за получаване на споменатата концесия..

19. Но, доколкото то не се обуславя от обективни обстоятелства, подобно различно третиране, което изключвайки всички предприятия разположени в друга държава-членка действа в тяхна вреда и представлява непряка дискриминация на основание на националността, забранена съгласно членове 43 ЕО и 49 ЕО (вж., в този смисъл, между другото, Решения от 10 март 1993 г., *Комисия/Люксембург*, C-111/91, *Recueil*, стр. I-817, точка 17; от 8 юни 1999 г., *Meeusen*, C-337/97, *Recueil*, стр. I-3289, точка 27, и от 26 октомври 1999 г., *Eurowings Luftverkehr*, C-294/97, *Recueil*, стр. I-7447, точка 33 и цитираната съдебна практика).

20. По отношение на делото по главното производство, от материалите по него не става ясно, че по причина на конкретни обстоятелства като например много малък икономически интерес би могло да се поддържа становището, че едно предприятие разположено в държава-членка различна от това, което е разположена Cingia de' Botti не би могло да бъде заинтересувано от въпросната концепция и че отражението върху основните свободи, за които става дума би могло да се счете за прекалено дребно и прекалено не пряко, за да може да се счита, че последните са нарушени (вж., в този смисъл, решения от 7 март 1990 г., Krantz, C-69/88, Recueil, стр. I-583, точка 11; и от 21 септември 1999 г., BASF, C-44/98, Recueil, стр. I-6269, точка 16, и също така с Определение на Съда от 12 септември 2002 г., Mertens, C-431/01, Recueil, стр. I-7073, точка 34).

21. При тези условия, препращащия съд следва да провери дали даването на концесията от страна на общината Cingia de' Botti на Padania отговаря на изискванията за прозрачност, които без непременно да създават задължение за търг са по съществото си предназначени да позволят на едно предприятие разположено на територията на една държава-членка различна от тази на италианската република да може да има достъп до съответната информация относно въпросната концепция преди тя да бъде дадена, така че ако предприятието би поискало то да бъде в състояние да прояви своя интерес за получаване на тази концесия.

22. Ако случая не е такъв, трябва да направим заключение, че съществува разлика в третирането по отношение на упоменатото предприятие.

23. Като става дума за обективни обстоятелства можещи да оправдаят подобна разлика в третирането, трябва да признаем, че фактът, че общината Cingia de' Botti има участие в размер 0,97 % в капитала на Padania, което само по себе си не представлява едно от тези обективни обстоятелства.

24. И в действителност, ако предположим, че необходимостта за една община да упражнява контрол върху концесионера поел една обществена услуга може да представлява обективно обстоятелство, което би могло да оправдае евентуална разлика в третирането, трябва да отбележим, че участието от 0,97 % е толкова слабо, че то не може само по себе си да позволи подобен контрол, така както отбелязва препращащия съд.

25. По време на заседанието, италианското правителство изтъква, че противно на някои големи градове в Италия, повечето от общините нямат средства да осигурят вътрешните структури на обществените си услуги, такава каквато е дистрибуцията на газ на тяхна територия и следователно са принудени да прибегват до структури подобни на Padania, в капитала на които участват най-различни общини.

26. В това отношение трябва да се установи, че структура подобна на тази на Padania не може да бъде приравнена към структура чрез която дадена община или град управлява по вътрешен начин една обществена услуга. И в действителност, така както е видно от делото Padania представлява едно отворено дружество с поне от части, частен капитал, така че то не може да се разглежда като „вътрешна” структура за управление на една обществена услуга в съзнанието на общините, които са част от споменатото дружество.

27. Никакво друго обективно обстоятелство, което може да оправдае евентуална разлика в третирането не е било доведено до знанието на Съда.

28. При тези условия, трябва да отговорим на зададените въпроси, че членове 43 ЕО и 49 ЕО се противопоставят в обстоятелства подобни на тези по главното производство на директното даване на община на концесия относно управлението на обществена услуга по дистрибуцията на газ, на капиталово дружество с мажоритарно-публични капитали и в което въпросната община има участие в размер на 0,97 %, ако това предоставяне на отговаря на условия за прозрачност, които без задължително да включват търг са от естество да позволят на едно предприятие със седалище в друга държава-членка от тази на въпросната община да може да има достъп до адекватните информации относно въпросната концесия преди тя да бъде предоставена, така че ако това предприятие би желало то да е могло да бъде в състояние да прояви своя интерес за получаване на упоменатата концесия.

По съдебните разноски

29. С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело има характер на инцидентен установителен иск в производството, висящо пред националния съд, последният следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите направени за представяне на становищата пред Съда, различни от тези на посочените страни не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (разширен състав) реши:

Членове 43 ЕО и 49 ЕО се противопоставят при обстоятелствата, такива каквито са по главното производство на директното даване от страна на една община на концесия отнасяща се до управлението на обществената услуга под дистрибуция на газ, на капиталово дружество с преобладаващо публични капитали, в което въпросната община има участие в капитала в размер на 0,97 %, ако това предоставяне не отговаря на изискванията за прозрачност, които без задължително да включват организиране на търг са от естество да позволят на дадено предприятие разположено на територията на страна-членка, различна от тази на общината да може да има достъп до адекватни информации относно въпросната концесия, преди тя да бъде предоставена така че ако това предприятие би пожелало то да е било в състояние да прояви своя интерес за постигане на въпросната концесия.

Подписи