

Sprawa C-332/20**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem****Data wpływu:**

22 lipca 2020 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Consiglio di Stato (Włochy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

13 lutego 2020 r.

Strona skarżąca:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Druga strona postępowania:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Przedmiot postępowania głównego

Spór dotyczy zgodności z prawem decyzji instytucji zamawiającej będącej podmiotem prawa publicznego, która wykluczyła z postępowania przetargowego w przedmiocie wyboru wspólnika prywatnego w mającej powstać nowej spółce publiczno-prywatnej tymczasową grupę złożoną z dwóch spółek, albowiem własny udział pośredni w jednej z tych dwóch spółek prowadził do przekroczenia ustalonego na poziomie 51% limitu udziału samej instytucji zamawiającej w mającej powstać nowej spółce publiczno-prywatnej.

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Interpretacja dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE oraz art. 107 TFUE w odniesieniu do ustawodawstwa włoskiego, które nakłada

ograniczenia co do udziału władz publicznych w spółkach mieszanych publiczno-
prywatnych.

Artykuł 267 TFUE.

Pytania prejudycjalne

1) Czy jest zgodne z prawem [Unii Europejskiej] i z prawidłową wykładnią motywów 14 i 32, jak i z art. 12 i 18 dyrektywy 24/2014/UE i 30 dyrektywy 23/2014/UE, także z odniesieniem do art. 107 TFUE aby, celem określenia minimalnego 30% limitu udziału wspólnika prywatnego z mającej powstać spółce mieszanej publiczno-prywatnej, co stanowi limit uznany przez ustawodawcę krajowego za adekwatny do wdrożenia zasad [prawa Unii Europejskiej] ustalonych w tym zakresie przez orzecznictwo wspólnotowe, konieczne było wzięcie pod uwagę jedynie formalnego/wynikającego z dokumentacji składu wyżej wymienionego wspólnika, czy też administracja, która ogłasza postępowanie przetargowe, może – lub raczej musi – uwzględnić jego pośredni udział w konkurującym wspólniku prywatnym?

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie, czy jest spójne i zgodne z zasadami [prawa Unii Europejskiej], a w szczególności z zasadą konkurencji, proporcjonalności i adekwatności, aby administracja ogłaszająca postępowanie przetargowe mogła wykluczyć z przetargu konkurującego wspólnika prywatnego, którego rzeczywisty udział w mającej powstać mieszanej spółce publiczno-prywatnej, w wyniku stwierdzonego bezpośredniego lub pośredniego udziału publicznego, jest w rzeczywistości mniejszy niż 30%?

Istotne przepisy prawa Unii

Dyrektywa 2014/24/UE, w szczególności motywów 14 i 32, art. 12 i 18

Dyrektywa 23/2014/UE, w szczególności art. 3 i 30

Wyrok Trybunału z dnia 15 października 2009 r., C-196/08, Acoset

Wyrok Trybunału z dnia 22 grudnia 2010 r., C-215/09, Mehiläinen Oy

Komunikat wyjaśniający Komisji Europejskiej z dnia 12 kwietnia 2008 r.

Zielona Księga Komisji Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2004 r.

Artykuł 106 TFUE

Istotne przepisy prawa krajowego

Decreto legislativo (dekret ustawodawczy) nr 175 z dnia 19 sierpnia 2016 r., «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» („tekst jednolity w dziedzinie spółek z udziałem publicznym”), w szczególności następujące artykuły.

Artykuł 4 określa cele realizowane przez organy administracji publicznej z odwołaniem do tworzenia spółek zależnych: po pierwsze, muszą to być spółki prowadzące działalność ściśle niezbędną do realizacji celów instytucjonalnych jednostki; po drugie, czynności, które mają być wykonane, muszą mieścić się w zakresie czynności wyraźnie wskazanych w drugim akapicie tego przepisu, to znaczy, w szczególności: a) tworzenie usług użyteczności publicznej, w tym tworzenie i zarządzanie sieciami i sprzętem wykorzystywanym do takich usług; b) projektowanie i wykonywanie pracy publicznej na podstawie umowy programowej między organami administracji publicznej; c) wykonywanie pracy publicznej i zarządzanie nią lub organizacja usługi użyteczności publicznej i zarządzanie nią na podstawie umowy partnerskiej.

Artykuł 7 ust. 5 nakazuje, aby wspólnicy prywatni byli wcześniej wybierani w drodze przetargów publicznych, zgodnie z art. 5 ust. 9 decreto legislativo nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. (kodeks zamówień publicznych), podczas gdy art. 17 ust. 2 wymaga, aby „wspólnik prywatny spełniał wymogi kwalifikacyjne przewidziane w przepisach prawnych lub regulacyjnych w odniesieniu do działalności, dla której spółka została utworzona”, wymogi kwalifikacyjne (ogólne i szczególne, o charakterze technicznym i ekonomiczno-finansowym), które należy określić w ogłoszeniu o przetargu.

Artykuł 17 ust. 1 przewiduje, że „W spółkach z mieszanym udziałem publiczno-prywatnym udział podmiotu prywatnego nie może być mniejszy niż 30% i jego wybór odbywa się w trybie przetargów publicznych (...), a jego przedmiotem jest jednocześnie subskrypcja lub nabycie udziału korporacyjnego przez wspólnika prywatnego oraz udzielenie zamówienia lub koncesji, które są wyłącznym przedmiotem działalności spółki mieszanej”.

Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania

- 1 Comune di Roma (gmina Rzym), zwana Roma Capitale (Rzym Stolica), ogłosiła przetarg na wybór prywatnego wspólnika i powierzenie zintegrowanych usług szkolnych, za które odpowiada Roma Capitale, mieszanej publiczno-prywatnej spółce akcyjnej, ustalając udział Roma Capitale na 51%, a wspólnika prywatnego na 49% i ustalając, że całe ryzyko operacyjne ponosi ta ostatnia.
- 2 W postępowaniu przetargowym udział brała, między innymi, tymczasowa grupa złożona z Roma Multiservizi s.p.a. i Rekeep s.p.a., która jednakże została wykluczona ze względu na to, że Roma Multiservizi s.p.a. w 51% należy do spółki AMA s.p.a., której kapitał należy w całości do instytucji zamawiającej,

Roma Capitale. W związku z tym, po zsumowaniu udziału bezpośredniego i udziału pośredniego, Roma Capitale ostatecznie posiadałaby w mającej powstać spółce publiczno-prywatnej faktyczny udział w wysokości 73,5%, przekraczając tym samym limit 51% ustanowiony dla tego przetargu.

- 3 W drodze dwóch odrębnych skarg Roma Multiservizi s.p.a. i Rekeep s.p.a. zwróciły się do Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum) o unieważnienie decyzji o wykluczeniu. Obie spółki wniosły również posiłkowo o wystąpienie z odesłaniem prejudycjalnym do Trybunału, aby dokonał on prawidłowej wykładni przepisów prawa krajowego dotyczących wyboru wspólnika prywatnego mającej powstać spółki mieszanej publiczno-prywatnej.
- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio oddalił obie skargi uznając je za bezpodstawne. Obie spółki złożyły odwołania do sądu odsyłającego, ponawiając wniosek o wystąpienie do Trybunału z odesłaniem prejudycjalnym.

Zasadnicze argumenty stron w postępowaniu głównym

Spółki składające się na stronę skarżącą podniosły podobne zarzuty. W szczególności, Roma Multiservizi s.p.a. twierdziła, że:

- a) jeśli chodzi o wspólnika prywatnego to w ogłoszeniu o przetargu nie zawarto zastrzeżenia, że udział wspólnika prywatnego w wysokości 49% nie może zostać osiągnięty także przy pośrednim udziale publicznym;
- b) decyzja o wykluczeniu była w każdym przypadku dotknięta naruszeniem zasady określenia klauzul wykluczających w sposób taksatywny.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 5 Sąd odsyłający w pierwszej kolejności przedstawia wspomniane włoskie przepisy wdrażające dyrektywy 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE regulujące, między innymi, spółki mieszane publiczno-prywatne. Przewidziały one, że administracja publiczna może, w celu zarządzania pewnymi działaniami, dokonać wyboru między zarządzaniem „in house”, poprzez spółkę w całości zależną, a utworzeniem spółki mieszanej, narzucając dyscyplinę analityczną dla tego drugiego modelu celem uczynienia go zgodnym w prawem Unii Europejskiej. W ten sposób wzięto pod uwagę uwagi wynikające z orzecznictwa Unii w odniesieniu do poprzedniego ustawodawstwa krajowego, które rezerwowało dla spółek z dominującym lub całkowitym, bezpośrednim lub pośrednim, udziałem państwowym lub publicznym, możliwość zawierania z administracją publiczną - w przypadku braku przetargu – umów na działania lub usługi. Faktycznie na podstawie tych uwag zauważono, że bezpośrednie powierzenie usługi spółce mieszanej może prowadzić do obejścia zasady wolnej konkurencji: w stosunku do tej ostatniej można stosować wyjątki tylko wtedy, gdy są one odpowiednio

uzasadnione potrzebą wypełnienia misji w ogólnym interesie gospodarczym, to znaczy mając na uwadze opłacalne partnerstwo publiczno-prywatne, jak wskazano w „Zielonej Księdze” Komisji Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2004 r.

- 6 W tym względzie należy doprecyzować i odróżnić cel (zysku) publiczno-prywatnej spółki mieszanej od celu administracji publicznej, która jest bezsprzecznie publiczna, w wyniku czego działalność publiczno-prywatnej spółki mieszanej i oferowane przez nią usługi podlegają warunkom dostępności, które podmiot wyłącznie prywatny uznałby za niekorzystne. Maksymalny limit 70% udziału publicznego w spółce mieszanej publiczno-prywatnej wskazuje zatem punkt, po przekroczeniu którego działalność takiej spółki zmieniałaby konkurencję na rynku, ponieważ nie tylko uczyniłaby ten konkretny sektor rynku mało atrakcyjnym, ale pozwoliłaby wspólnikowi prywatnemu spółki mieszanej publiczno-prywatnej na nadmierne ograniczenie (poniżej 30%) ryzyka gospodarczego związanego z udziałem w samej spółce. Ponadto spółka mieszana publiczno-prywatna, posiadająca wspólnika prywatnego wybranego w ramach przetargu mającego podwójny przedmiot, jest wynikiem orzecznictwa Consiglio di Stato (Rady Stanu), sądu odsyłającego w niniejszej sprawie, które to orzecznictwo zostało uznane przez Trybunał za prawidłowe (wyrok z dnia 15 października 2009 r., C-196/08, Acoset).
- 7 Ponadto, w świetle obowiązującego prawa Unii można założyć, że:
- a) wybór administracji publicznej co do utworzenia mieszanej spółki publiczno-prywatnej jest typowym przejawem swobody, jaką prawo przyznaje samej administracji celem realizacji interesów publicznych przypisywanych jej ochronie;
 - b) wspólnik prywatny, którego wybór dokonuje się w drodze przetargu publicznego, musi działać, a nie być zwykłym udziałowcem, zważywszy na szczególny charakter roli, jaką musi odgrywać w realizacji celu korporacyjnego: przecież zaangażowanie wspólnika prywatnego w realizację celów w interesie ogólnym jest uzasadnione właśnie brakiem po stronie administracji publicznej niezbędnych umiejętności, którymi dysponuje wspólnik prywatny;
 - c) udział działającego operacyjnie wspólnika prywatnego musi być adekwatny, tj. odpowiedni, aby umożliwić realizację celu korporacyjnego; ta adekwatność została ustalona przez ustawodawcę krajowego właśnie w celu poszanowania zasad prawa Unii Europejskiej, przy minimalnym progu uczestnictwa wynoszącym 30%; w konsekwencji posiadanie udziałów poniżej tego progu samo w sobie nie nadaje się do skutecznego osiągnięcia celu korporacyjnego;
 - d) odpowiednio, udział publiczny w mieszanej spółce publiczno-prywatnej nie może przekraczać 70%.

- 8 Dla rozstrzygnięcia sporu konieczne jest ustalenie, czy w celu przestrzegania właściwego progu udziału w mającej powstać spółce mieszanej publiczno-prywatnej (nie więcej niż 70% dla udziału publicznego, nie mniej niż 30% dla udziału wspólnika prywatnego) należy odwołać się jedynie do charakteru prawnego wspólnika prywatnego (który z „formalnego” punktu widzenia jest spółką akcyjną podlegającą prawu prywatnemu) lub, jeśli ma w nim udział kapitał publiczny, czy należy również wziąć pod uwagę „istotny” aspekt takiego udziału. W pierwszym przypadku – jak twierdzi strona skarżąca – byłyby uprzywilejowane równe traktowanie konkurentów i zasada niedyskryminacji, a także bardziej ogólna zasada wolności prywatnej inicjatywy gospodarczej; w drugim przypadku, nie uwzględniając udziału kapitału publicznego, istniałoby ryzyko obchodzenia przepisów prawa krajowego, mogłoby to doprowadzić do sytuacji nieskuteczności rynku i doszłoby do naruszenia zasady konkurencji, gdyż pozwoliłoby się wspólnikowi prywatnemu na nieuczciwe czerpanie korzyści udziału publicznego. Z tego ostatniego punktu widzenia decyzja administracji publicznej (takiej jak w tym przypadku Roma Capitale), która konkretnie ocenia skład wspólników zamierzających konkurować w wyłonieniu wspólnika mającej powstać spółki mieszanej publiczno-prywatnej i decyduje o wykluczeniu jednego z konkurentów, w którego kapitale ten sam organ administracji w znacznym stopniu uczestniczy, powinna zostać uznana za zgodną z krajowymi zasadami konstytucyjnymi oraz z zasadami prawa Unii w zakresie efektywności, skuteczności, adekwatności i proporcjonalności, z odniesieniem do zasady konkurencji, równego traktowania i niedyskryminacji. Wybór jednej lub drugiej opcji interpretacyjnej jest pomocny dla rozstrzygnięcia sporu w jeden z tych dwóch przeciwstawnych sposobów, co sprawia, że kwestia wykładni prejudycjalnej, którą należy przedłożyć Trybunałowi Sprawiedliwości, ma znaczenie.