

Sprawa C-719/20**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

30 grudnia 2020 r.

Oznaczenie sądu krajowego:

Consiglio di Stato (Włochy)

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

18 listopada 2020 r.

Strona wnosząca odwołanie:

Comune di Lerici

Druga strona postępowania:

Provincia di La Spezia, IREN S.p.a., ACAM Ambiente S.p.a.

Przedmiot postępowania głównego

Odwołanie od wyroku TAR Liguria (Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria; regionalnego sądu administracyjnego Ligurii, Włochy; zwanego dalej „TAR Liguria”) nr 847, z dnia 6 listopada 2019 r., oddalającego skargę Comune di Lerici (gminy Lerici; zwanej dalej „gminą”) o stwierdzenie nieważności uchwały Consiglio provinciale di La Spezia (rady prowincji La Spezia), w której spółka Acam Ambiente S.p.a. została wskazana jako podmiot zarządzający usługą gospodarowania odpadami komunalnymi na rzecz ww. gminy na podstawie zamówienia udzielonego na zasadach in house.

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

W świetle art. 267 TFUE sąd odsyłający zwraca się o wyjaśnienie kwestii zgodności z prawem Unii przepisów ustanowionych w zakresie udzielania zamówień publicznych osobom prawnym, w szczególności w odniesieniu do pojęcia „kontroli podobnej”.

Pytanie prejudycjalne

Czy art. 12 dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. stoi na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które nakazuje dokonania połączenia spółek świadczących lokalne usługi użyteczności publicznej o charakterze gospodarczym, w wyniku którego to połączenia wykonawca, który w następstwie zdarzeń korporacyjnych przeprowadzonych zgodnie z przejrzystymi procedurami, w tym fuzji lub przejęć, wstąpił w prawa pierwotnego koncesjonariusza, kontynuuje zarządzanie usługami aż do upływu wyznaczonych terminów, w przypadku gdy:

- a) pierwotny koncesjonariusz jest spółką, której udzielono zamówienia na zasadach in house jako wykonawcy podlegającemu kontroli podobnej sprawowanej wspólnie;
- b) wykonawca będący następcą prawnym został wybrany w drodze przetargu publicznego;
- c) w wyniku połączenia spółek wymogi dotyczące kontroli podobnej sprawowanej wspólnie nie są już spełnione w odniesieniu do jednego z podmiotów władz lokalnych, które pierwotnie powierzyły daną usługę?

Powołane przepisy prawa Unii

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności art. 12 („Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego”), w którym określono wymogi dotyczące udzielania zamówień in house, tj. bezpośredniego udzielania zamówień bez przeprowadzenia przetargu.

Przytoczone orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

Wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 1999 r., C-107/98, Teckal, (wymogi dotyczące zasadniczej części działalności oraz kontroli podobnej).

Wyrok Trybunału z dnia 13 listopada 2008 r., C-324/07, Coditel Brabant SA, (kontrola podobna sprawowana wspólnie).

Wyrok Trybunału z dnia 17 lipca 2008 r., C-371/05, Komisja/Włochy, („decydujący wpływ”).

Wyrok Trybunału z dnia 10 września 2009 r., C-573/07, Sea Srl/Comune di Ponte Nossa (w celu utrzymania kontroli podobnej struktura kapitału spółki, której zostało udzielone zamówienia musi pozostać niezmienną w okresie odniesienia)

Wyrok Trybunału z dnia 11 stycznia 2005 r., C-26/03, Stadt Halle (co do zasady kontrola podobna jest wykluczona w przypadku, gdy obok współników będących podmiotami publicznymi figuruje współnik będący podmiotem prywatnym)

Powołane przepisy prawa krajowego

Decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (dekret z mocą ustawy nr 138 z dnia 13 sierpnia 2011 r.; opublikowany w Gazzetta Ufficiale – seria ogólna – nr 188 z dnia 13 sierpnia 2011 r.); w szczególności art. 3a, ust. 2a: „Wykonawca, który w wyniku sukcesji uniwersalnej lub częściowej, dokonanej w drodze zdarzeń korporacyjnych przeprowadzanych z zastosowaniem przejrzystych procedur, w tym fuzji lub przejęć, wstąpił w prawa pierwotnego koncesjonariusza, kontynuuje zarządzanie usługami aż do upływu wyznaczonych terminów, pod warunkiem spełniania pierwotnie ustalonych kryteriów jakościowych”.

Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, „Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali [dekret ustawodawczy nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r. zawierający tekst jednolity ustaw w sprawie organizacji jednostek samorządu terytorialnego; opublikowany w Gazzetta Ufficiale (włoskim dzienniku urzędowym) nr 227 z dnia 28 września 2000 r. - dodatek zwyczajny nr 162]; w szczególności art. 113

Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, „Norme in materia ambientale” (dekret ustawodawczy nr 152 z dnia 3 kwietnia 2006 r. zawierający przepisy w dziedzinie środowiska naturalnego; opublikowany w Gazzetta Ufficiale nr 88 z dnia 14 kwietnia 2006 r. - dodatek zwyczajny nr 96); w szczególności art. 200

Decreto legislativo 18 aprile 2016, 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” (dekret ustawodawczy nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. zawierający przepisy implementujące dyrektywy 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE w sprawie udzielania koncesji, zamówień publicznych i udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz reorganizujący zasady w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy) (opublikowany w Gazzetta Ufficiale nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r. - dodatek zwyczajny nr 10); w szczególności art. 5

Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, „Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (dekret ustawodawczy nr 175 z dnia 19 sierpnia 2016 r. zawierający tekst jednolity w dziedzinie spółek z udziałem podmiotów publicznych; opublikowany w Gazzetta Ufficiale nr 210 z dnia 8 września 2016 r., seria ogólna), w szczególności art. 2 ust. 1 lit. c) i d)

Legge 23 dicembre 2014, n. 190, „Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)” [ustawa nr 190 z dnia 23 grudnia 2014 r. zawierająca wytyczne dotyczące opracowania rocznego i wieloletniego budżetu państwa (ustawa o stabilności 2015)] (opublikowana w Gazzetta Ufficiale nr 300 z dnia 29 grudnia 2014 r. - seria ogólna, dodatek zwyczajny nr 99); w szczególności art. 1 ust. 611 i 612

Zwięzły opis stanu faktycznego i postępowania głównego

- 1 ACAM, spółka akcyjna należąca w całości do podmiotów publicznych, której kapitał był podzielony między kilka gmin prowincji La Spezia, zarządzała, za pośrednictwem swoich spółek zależnych, usługami publicznymi tych gmin.
- 2 W szczególności spółka ACAM zarządzała, za pośrednictwem spółki zależnej ACAM Ambiente S.p.a., zintegrowanym cyklem gospodarowania odpadami w gminie Lerici, na podstawie zamówienia udzielonego jej w trybie in house (o którym mowa w uchwale z dnia 15 czerwca 2005 r.), którego termin upływał w 2028 r.
- 3 Ze względu na sytuację kryzysową spółka ACAM musiała zawrzeć ze swoimi wierzycielami umowę o restrukturyzację zadłużenia przewidzianą we włoskim prawie upadłościowym. W ramach tej umowy, w celu dokonania operacji połączenia spółek, ogłosiła przetarg publiczny skierowany do innych spółek z udziałem publicznym świadczących usługi publiczne na rynku włoskim i wybrała podlegającą kontroli publicznej i notowaną na giełdzie spółkę IREN.
- 4 W tego rodzaju sytuacjach wspomniany art. 3a ust. 2a dekretu z mocą ustawy nr 138 z dnia 13 sierpnia 2011 r. przewiduje ciągłość zarządzania między pierwotnym wykonawcą i jego następcą prawnym.
- 5 Na mocy specjalnej umowy inwestycyjnej zawartej w dniu 29 grudnia 2017 r. gminy będące współnikami uczestniczącymi w połączeniu zbyły posiadane przez siebie akcje spółki ACAM na rzecz spółki IREN oraz nabyły, udzielając zgody na podwyższenie kapitału rezerwowego, odpowiadającą im część akcji spółki IREN. W ten sposób akcje w spółce ACAM stały się akcjami w spółce IREN, a ta ostatnia, za pośrednictwem spółek zależnych spółki ACAM, które stały się tym samym spółkami zależnymi spółki IREN, przejęła zarządzanie pierwotnie powierzonymi im usługami.
- 6 Gmina Lerici, przeciwna połączeniu, przystąpiła do umowy inwestycyjnej jedynie w odniesieniu do transakcji przeniesienia posiadanych przez nią akcji w spółce ACAM na spółkę IREN, a następnie, w dniu 11 kwietnia 2018 r., dokonała zbycia tych akcji. W ten sposób, nie będąc już z żadnego tytułu współnikiem spółki IREN, której została powierzona usługa, uznała, że przesłanki udzielenia zamówienia na zasadach in house nie były już spełnione.

- 7 Jednocześnie prowincja La Spezia, uchwałą z dnia 6 sierpnia 2018 r., wskazała spółkę Acam Ambiente S.p.a. jako podmiot zarządzający usługą zintegrowanego cyklu gospodarowania odpadami w gminie Lerici do dnia 31 grudnia 2028 r., na mocy zamówienia udzielonego jej w trybie in house.
- 8 Gmina Lerici zaskarżyła powyższy akt, jako niezgodny z prawem, do TAR Liguria.
- 9 Wyrokiem z dnia 6 listopada 2019 r. TAR Liguria oddalił skargę gminy Lerici, uznając, że udzielenie zamówienia in house na świadczenie omawianych usług było zgodne z prawem zarówno w momencie jego dokonania, jak i po zbyciu przez Gminę udziałów w spółce, która wstąpiła w prawa wykonawcy.
- 10 Gmina Lerici wniosła odwołanie od powyższego wyroku do sądu odsyłającego, podnosząc szereg zarzutów, z których pierwszy dotyczy naruszenia art. 12 dyrektywy 2014/24/UE i art. 4 dekretu ustawodawczego nr 175 z dnia 19 sierpnia 2016 r.

Zasadnicze argumenty stron postępowania głównego

- 11 Gmina Lerici utrzymuje, że uchwała prowincji La Spezia jest niezgodna z prawem, ponieważ przewiduje bezpośrednie powierzenie usługi gospodarowania odpadami, bez przeprowadzenia przetargu, w sytuacji kiedy, według gminy, nie były już spełnione początkowe warunki bezpośredniego udzielenia zamówienia in house na świadczenie usług spółce ACAM Ambiente S.p.a. (będącej pierwotnie spółką zależną spółki ACAM).
- 12 W istocie gmina Lerici, po zbyciu należących do niej akcji spółki ACAM na rzecz spółki IREN, zbyła nabyty w ten sposób udział w spółce IREN, w związku z czym nie jest współnikiem spółki IREN. W tym sensie przestały istnieć jakiegokolwiek powiązania, a zatem możliwość kontroli, gminy nad samą spółką, a w konsekwencji przestały być spełnione warunki wymagane dla przyznania zamówienia na zasadach in house, w szczególności w zakresie kontroli podobnej.
- 13 Druga strona postępowania utrzymuje, że uchwała prowincji La Spezia jest zgodna z prawem, wskazując, że spółka IREN została wybrana jako „wykonawca”, z którym należało dokonać połączenia w następstwie przetargu publicznego. Ostateczny wynik operacji (powierzenie usługi) był, według niej, już osiągnięty wraz z zakończeniem procedury przetargowej, w sposób całkowicie zgodny z zasadami prawa Unii, a nie w wyniku decyzji o udzieleniu zamówienia podjętej przez prowincję La Spezia. W takim ujęciu żadne bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówienia nie miałyby miejsca.
- 14 Okoliczność, że przedmiotem przetargu służącego wyłonieniu wykonawcy do celów operacji połączenia nie było powierzenie spornej usługi, ani w rzeczywistości powierzenie jakiegokolwiek usługi, nie jest według niej istotna z uwagi na to, iż cel ten został uwzględniony w sposób pośredni.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania

- 15 Sąd odsyłający wskazuje, że obecnie w prawie włoskim usługą zintegrowanego gospodarowania odpadami komunalnymi zarządzają, zgodnie z art. 200 dekretu ustawodawczego nr 152 z dnia 3 kwietnia 2006 r., regiony, które czynią to poprzez określenie odpowiednich obszarów terytorialnych. W regionie Liguria, gdzie miały miejsce omawiane zdarzenia, obszary terytorialne pokrywają się z prowincjami, które zarządzają usługami dla gmin wchodzących w ich skład, a te z kolei, jako instytucje zamawiające, muszą każdorazowo organizować przetargi publiczne lub, w dozwolonych przypadkach, udzielać zamówień na zasadach in house.
- 16 Sąd odsyłający wskazuje, że zgodnie z uregulowaniami krajowymi władze lokalne (takie jak gminy) mogą powierzać usługę gospodarowania odpadami poprzez tworzenie w tym celu spółek kapitałowych z udziałem podmiotów prawa publicznego.
- 17 Ponadto w 2014 r. ustawodawca krajowy przewidział, że w odniesieniu do uczestnictwa organów publicznych w spółkach, władze lokalne powinny dążyć do zmniejszenia liczby spółek oraz udziałów posiadanych bezpośrednio lub pośrednio w spółkach w celu ograniczenia wydatków publicznych. Jednym z kryteriów wyraźnie przewidzianych jest łączenie spółek świadczących lokalne usługi użyteczności publicznej o charakterze gospodarczym.
- 18 Sąd odsyłający zauważa, że w niniejszej sprawie przesłanki kontroli podobnej sprawowanej wspólnie wygasły już w momencie połączenia, ponieważ, z jednej strony, nabyty w ten sposób udział w spółce IREN miał znikome znaczenie i nie dawał możliwości wpływania na decyzje samej spółki. Z drugiej strony spółka IREN jest spółką akcyjną notowaną na włoskiej giełdzie papierów wartościowych i w związku z tym jej wspólnikami mogą być podmioty prywatne, zamierzające, bez szczególnych formalności, dokonać zakupu jej akcji.
- 19 Sąd odsyłający przypomina, że przepisy krajowe dokonały transpozycji dyrektywy 2014/24/UE, w szczególności jej art. 12, określając kontrolę podobną i kontrolę podobną sprawowaną wspólnie w sposób zgodny z postanowieniami tego artykułu.
- 20 Sąd a quo przywołuje również szereg wyroków Trybunału Sprawiedliwości dotyczących kontroli podobnej oraz spełnienia wymaganych kryteriów, podczas gdy brak jest w jego orzecznictwie precedensów odnoszących się do przypadków podobnych do analizowanego w niniejszym postępowaniu.
- 21 W świetle powyższych rozważań sąd odsyłający zgadza się ze stanowiskiem drugiej strony postępowania.
- 22 Sąd ten uznaje wspieranie konkurencji za podstawowy cel rozpatrywanych uregulowań unijnych. W odniesieniu do udzielania zamówień na usługi publiczne taki efekt zostaje osiągnięty, kiedy kilka podmiotów konkuruje lub może

konkurować, niezależnie od kwalifikacji prawnej instrumentu, za pomocą którego powyższy rezultat jest uzyskiwany.

- 23 Zdaniem sądu odsyłającego nie ma znaczenia, czy powierzenie danej usługi (w niniejszej sprawie tej odnoszącej się do gminy Lerici) ma miejsce w drodze przetargu, którego przedmiotem jest ta pojedyncza usługa, uwzględniana z osobna lub łącznie z usługami na rzecz innych zainteresowanych gmin, czy też w drodze przetargu, którego przedmiotem jest przydział pakietu akcji spółki świadczącej te usługi, ponieważ w obu przypadkach jest zagwarantowana konkurencja.
- 24 Sąd ten bierze również pod uwagę, między innymi, znaczenie jakie ma dla odpowiedniego w tym zakresie rynku europejskiego sektor gospodarki zarządzania usługami publicznymi w dziedzinie zintegrowanego gospodarowania odpadami. W związku z powyższym, w trosce o zapewnienie jasności i pewności prawa, uważa on za konieczne skierowanie sprawy do Trybunału Sprawiedliwości w celu ustalenia, czy przepisy krajowe dotyczące udzielania zamówień in house są zgodne z przepisami prawa Unii Europejskiej. Kwestia ta ma bowiem znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy: gdyby stanowisko reprezentowane przez gminę Lerici okazało się prawidłowe, należałoby uwzględnić odnośny zarzut odwołania, stwierdzając nieważność zaskarżonego aktu oraz konieczność udzielenia przez prowincję La Spezia ponownego, zgodnego z prawem, zamówienia w drodze przetargu publicznego lub na zasadach zamówienia in house podmiotowi, który spełnia stosowne wymogi. Skłaniając się natomiast ku tezie przeciwnej, zarzut odwołania należałoby odrzucić, ponieważ zamówienie okazałoby się być udzielone w sposób zgodny z prawem.