

Predmet C-332/20

**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.
stavka 1. Poslovnika Suda**

Datum podnošenja:

22. srpnja 2020.

Sud koji je uputio zahtjev:

Consiglio di Stato (Italija)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

13. veljače 2020.

Žalitelji:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Druge stranke u žalbenom postupku:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Predmet glavnog postupka

Spor se odnosi na zakonitost odluke javnog naručitelja uređenog javnim pravom koji je iz postupka javne nabave za odabir privatnog partnera u novom javno-privatnom društvu u osnivanju, isključio udruženje koje se sastoji od dvaju društava, zbog toga što taj javni naručitelj ima neizravni udio u kapitalu jednog od tih dvaju društava, što je dovelo do toga da se prekoračilo ograničenje udjela u kapitalu koji taj javni naručitelj ima u novom javno-privatnom društvu u osnivanju, koji je bio određen u visini od 51 %.

Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku

Tumačenje direktiva 2014/23/EU, 2014/24/EU i 2014/25/EU te članka 107. UFEU-a s obzirom na talijansko zakonodavstvo koje ograničava visinu udjela u

kapitalu koju javni sektor može imati u javno-privatnim društvima s mješovitim kapitalom.

Članak 267. UFEU-a.

Prethodna pitanja

1. Je li u skladu s pravom (Europske unije) i pravilnim tumačenjem uvodnih izjava 14. i 32. kao i članaka 12. i 18. Direktive 24/2014/EU i članka 30. Direktive 23/2014/EU, također s obzirom na članak 107. UFEU-a, to što u svrhu određivanja minimalne visine udjela privatnog partnera od 30 % u kapitalu javno-privatnog društva u osnivanju s mješovitim kapitalom, koju nacionalni zakonodavac smatra primjerenom u skladu s načelima (prava Europske unije) koja je utvrdila sudska praksa Unije, treba uzeti u obzir isključivo formalni sastav / sastav „na papiru” tog partnera, odnosno, može li, ili čak mora li, javni naručitelj koji provodi postupak javne nabave uzeti u obzir i svoje neizravne udjele u kapitalu privatnog partnera koji se natječe u postupku?

2. U slučaju potvrdnog odgovora na prethodno pitanje, je li dosljedno i u skladu s načelima (prava Europske unije), konkretno s načelom tržišnog natjecanja, proporcionalnosti i primjerenosti, to što javni naručitelj koji provodi postupak javne nabave može iz postupka isključiti privatnog partnera koji se natječe u postupku, čiji je udio u mješovitom javno-privatnom partnerstvu, zbog utvrđenog izravnog ili neizravnog udjela javnog sektora u kapitalu, zapravo manji od 30 %?

Navedene odredbe prava Unije

Direktiva 2014/24/EU, konkretno, uvodne izjave 14. i 32., članci 12. i 18.

Direktiva 23/2014/EU, konkretno, članci 3. i 30.

Presuda Suda od 15. listopada 2009., C-196/08, Acoset

Presuda Suda od 22. prosinca 2010., C-215/09, Mehiläinen Oy

Mišljenje o tumačenju Europske komisije od 12. travnja 2008.

Zelena knjiga Europske komisije od 30. travnja 2004.

Članak 106. UFEU-a

Navedene nacionalne odredbe

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, „Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (Zakonodavna uredba br. 175 od 19. kolovoza 2016.,

Jedinstveni tekst u području društava u čijem kapitalu udjele ima javni sektor), konkretno, sljedeći članci.

Člankom 4. utvrđuju se ciljevi koje javna upravna tijela mogu nastojati ostvariti osnivanjem društava u čijem kapitalu imaju udjele: s jedne strane, treba biti riječ o društvima čije su djelatnosti prijeko potrebne za ostvarivanje institucionalnih ciljeva tijela; s druge strane, djelatnosti koje će se obavljati trebaju biti obuhvaćene onima koje su izričito navedene u stavku 2. tog pravnog pravila, odnosno, konkretno: (a) obavljanje usluge od općeg interesa, uključujući i izradu i upravljanje mrežama i uređajima koje služe tim uslugama; (b) projektiranje i izvođenje javnih radova na temelju programskog ugovora između javnih upravnih tijela; (c) izvođenje i upravljanje javnim radovima, odnosno organizacija i upravljanje određenom uslugom od općeg interesa na temelju ugovora o partnerstvu.

Članak 7. stavak 5. predviđa da se članovi koji su privatni subjekti prethodno utvrđuju postupcima javne nabave u skladu s člankom 5. stavkom 9. Decreta legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (Zakonodavna uredba br. 50 od 18. travnja 2016. (Zakonik o javnim ugovorima)), dok članak 17. stavak 2. predviđa da „Član društva koji je privatni subjekt treba ispunjavati uvjete o kvalifikaciji koje propisuju pravna pravila zakona ili drugog propisa u odnosu na uslugu za koju je društvo osnovano”, a uvjete o kvalifikaciji (opći i posebni, tehničke i gospodarsko-financijske prirode) treba navesti u obavijesti o nadmetanju.

Članak 17. stavak 1. predviđa da „U društvima u kojima udjele u kapitalu zajednički imaju javni i privatni sektor, udio u kapitalu privatnog subjekta ne smije biti manji od 30 % i odabir tog subjekta odvija se postupcima javne nabave [...] i ima istovremeno za cilj to da član društva koji je privatni subjekt upiše ili stječe udio u kapitalu društva te dodjelu ugovora o nabavi ili koncesiji čiji je isključivi predmet djelatnost društva s mješovitim kapitalom”.

Kratki pregled činjeničnog stanja i postupka

- 1 Comune di Roma (Općina Rim, Italija), nazvana Roma Capitale (općina Roma Capitale, Italija), pokrenula je postupak javne nabave za odabir privatnog partnera i za dodjelu integrirane obrazovne usluge u nadležnosti općine Roma Capitale javno-privatnom dioničkom društvu s mješovitim kapitalom, pri čemu je odredila da će u tom društvu općina Roma Capitale imati 51 % udjela u kapitalu, a da će privatni partner imati 49 % udjela te je predvidjela da potonji snosi cjelokupni rizik poslovanja.
- 2 U postupku javne nabave sudjelovalo je, među ostalim, udruženje društva Roma Multiservizi s.p.a. i društva Rekeep s.p.a., koje je ipak bilo isključeno zbog toga što društvo AMA s.p.a., čiji je kapital u cijelosti u vlasništvu samog javnog naručitelja općine Roma Capitale, u društvu Roma Multiservizi s.p.a. ima 51 % udjela u kapitalu. Stoga bi općina Roma Capitale, zbrajanjem udjela u kapitalu

koje ima izravno i neizravno, na kraju u javno-privatnom društvu u osnivanju imala stvarni udio u kapitalu od 73,5 %, koji dakle prelazi gornju granicu od 51 % udjela, utvrđenu za taj postupak javne nabave.

- 3 Dvama zasebnim tužbama društva Roma Multiservizi s.p.a. i Rekeep s.p.a. zatražili su od Tribunalea amministrativo regionale del Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija) poništenje odluke o isključenju. Ta dva društva također su podredno zatražila upućivanje zahtjeva za prethodnu odluku Sudu kako bi on pravilno protumačio nacionalni propis u području odabira privatnog partnera u javno-privatnom društvu u osnivanju s mješovitim kapitalom.
- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) odbio je obje tužbe kao neosnovane. Oba društva podnijela su žalbu pred sudom koji je uputio zahtjev, pri čemu su ponovila svoj zahtjev za upućivanje zahtjeva za prethodnu odluku Sudu.

Glavni argumenti stranaka u glavnom postupku

Žalitelji su istaknuli slične razloge. Konkretno, društvo Roma Multiservizi s.p.a. tvrdilo je sljedeće:

- (a) što se tiče privatnog partnera, u obavijesti o nadmetanju ne navodi se izričito da se udio privatnog partnera u kapitalu u visini od 49 % ne može postići i neizravnim udjelima u kapitalu javnog sektora;
- (b) odluka o isključenju zahvaćena je povredom načela taksativnog navođenja odredbi o isključenju.

Kratki pregled obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku

- 5 Sud koji je uputio zahtjev prije svega opisuje navedeni talijanski propis kojim se provode direktive 2014/23/EU, 2014/24/EU i 2014/25/EU i kojim se, među ostalim, uređuju javno-privatna društva s mješovitim kapitalom. Taj propis predviđa da radi obavljanja određenih djelatnosti javna uprava može odabrati između upravljanja *in house* putem društva koje je u potpunosti u njezinu vlasništvu i osnivanjem društva s mješovitim kapitalom pri čemu za potonji model donosi posebni propis kako bi ga uskladila s pravom Europske unije. Na taj način uzimaju se u obzir primjedbe koje je istaknula sudska praksa Unije u odnosu na prethodni nacionalni propis kojim se samo društvima u čijem kapitalu država ili javni sektor ima većinski ili stopostotni udio, izravno ili neizravno, ostavlja mogućnost da s javnom upravom, bez provođenja postupka javne nabave, sklope ugovore koji se odnose na djelatnosti ili usluge. Naime, kako bi se potkrijepile te primjedbe, napominje se da izravna dodjela usluge društvu s mješovitim kapitalom može dovesti do zaobilaženja načela slobodnog tržišnog natjecanja: to načelo podliježe iznimkama samo ako se one mogu opravdati na odgovarajući način potrebom za ispunjenjem zadaće od općeg gospodarskog interesa, odnosno,

sa stajališta korisnog javno-privatnog partnerstva, kao što se to navodi u Zelenoj knjizi Europske komisije od 30. travnja 2004.

- 6 U tom pogledu valja pojasniti i razlikovati cilj (ostvarivanja dobiti) javno-privatnog društva s mješovitim kapitalom od cilja javne uprave koji je nedvojbeno javan, tako da djelatnost javno-privatnog društva s mješovitim kapitalom i usluge koje nudi podliježu uvjetima dostupnosti, za koje bi isključivo privatni subjekt smatrao da su nepovoljne. Stoga gornja granica od 70 % udjela u kapitalu koji javni sektor može imati u javno-privatnom društvu s mješovitim kapitalom predstavlja točku iznad koje bi djelatnost tog društva narušavala tržišno natjecanje jer ne bi samo taj određeni sektor tržišta činila manje privlačnim, nego bi privatnom partneru javno-privatnog društva s mješovitim kapitalom omogućila da pretjerano ograniči (ispod 30 %) gospodarski rizik udjela u kapitalu tog društva. Među ostalim, javno-privatno društvo s mješovitim kapitalom čiji je privatni partner utvrđen postupkom javne nabave s dvostrukim ciljem rezultat je sudske prakse Consiglia di Stato (Državno vijeće, Italija), suda koji je uputio zahtjev u ovom predmetu, koju je Sud priznao kao pravilnu (presuda od 15. listopada 2009., C-196/08, Acoset).
- 7 Osim toga, i s obzirom na pravo Unije koje je na snazi, može se pretpostaviti da:
- (a) izbor javne uprave da osnuje određeno javno-privatno društvo s mješovitim kapitalom uobičajen je odraz margine prosudbe koju zakon dodjeljuje toj upravi za postizanje javnih interesa koje ona štiti;
 - (b) privatni partner kojeg treba odabrati provedbom javnog natječaja, treba obavljati djelatnost, a ne samo sudjelovati u kapitalu, pri čemu se uzima u obzir posebnost uloge koju on treba preuzeti u provedbi predmeta poslovanja: uostalom, sudjelovanje privatnog partnera u ostvarivanju ciljeva od općeg interesa opravdava se upravo time što javna uprava ne posjeduje potrebna stručna znanja kojima raspolaže privatni partner;
 - (c) uključenost privatnog partnera koji obavlja djelatnost u društvu treba biti primjerena, odnosno, takva da može omogućiti provedbu predmeta poslovanja; tu primjerenost utvrdio je nacionalni zakonodavac upravo u cilju poštovanja načela prava Europske unije, propisivanjem minimalnog praga udjela u kapitalu društva od 30 %; a posljedica toga je da udio manji od tog praga sam po sebi nije prikladan kako bi se stvarno mogao ostvariti predmet poslovanja;
 - (d) prema tome, udio u kapitalu koji javni sektor ima u javno-privatnom društvu s mješovitim kapitalom ne smije biti veći od 70 %.
- 8 Za rješenje spora valja utvrditi treba li s ciljem poštovanja točnog praga visine udjela u kapitalu javno-privatnog društva u osnivanju s mješovitim kapitalom (ne više od 70 % u odnosu na udio koji ima javni sektor, ne manje od 30 % u pogledu udjela privatnog partnera) uzeti u obzir samu pravnu prirodu privatnog partnera

(koji je s formalnog stajališta dioničko društvo uređeno privatnim pravom) odnosno, ako u tom društvu sudjeluje kapital javnog sektora, treba li uzeti u obzir i materijalni aspekt tog sudjelovanja? U prvom slučaju, kao što to tvrde žalitelji, prednost se daje jednakom postupanju prema natjecateljima i načelu nediskriminacije kao i općenitijem načelu slobode privatnog poduzetništva; u drugom slučaju, neuzimanjem u obzir udjela kapitala javnog sektora, postojala bi opasnost od zaobilaženja nacionalnog propisa, zbog čega bi moglo doći do neučinkovitosti tržišta te povrede načela tržišnog natjecanja, s obzirom na to da bi se privatnom partneru dopustilo da neopravdano iskoristi prednosti udjela javnog sektora. U pogledu potonjeg aspekta, odluku tijela javne uprave (kao što je u ovom slučaju općina Roma Capitale) kojom se konkretno ocjenjuje sastav partnera koji žele sudjelovati u odabiru partnera jednog javno-privatnog društva u osnivanju s mješovitim kapitalom i kojom se odlučuje da se isključi natjecatelj u čijem kapitalu sama javna uprava ima značajan udio treba smatrati u skladu s nacionalnim ustavnim načelima i načelima djelotvornosti, učinkovitosti, primjerenosti i proporcionalnosti prava Europske unije, u vezi s načelom tržišnog natjecanja, jednakog postupanja i nediskriminacije. Izbor jedne ili druge mogućnosti tumačenja može odrediti rješenje spora na jedan ili na drugi, potpuno suprotan način, zbog čega je prethodno pitanje o tumačenju koje se upućuje Sudu relevantno.