

Sprawa C-835/19**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości****Data wpływu:**

18 listopada 2019 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Consiglio di Stato (Włochy)

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

13 czerwca 2019 r.

Strona skarżąca:

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A.

Druga strona postępowania:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Przy udziale:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Przedmiot postępowania głównego

Skargi wniesione do Consiglio di Stato (rady państwa) od wyroków Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Piemonte (regionalnego sądu administracyjnego dla Piemontu) oddalających skargi wniesione przez spółkę Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (zwaną dalej „Ativa”) na dwie decyzje Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministerstwa infrastruktury i transportu, zwanego dalej „ministerstwem”), w drodze których nie uwzględniono dwóch wniosków o finansowanie projektu (project financing)

złożonych przez Ative, których przedmiotem były w szczególności koncesje autostradowe.

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Sąd odsyłający zwraca się z pytaniem, czy włoskie przepisy dotyczące udzielania koncesji autostradowych, obecnie wykluczające korzystanie z finansowania projektu – które stanowi specjalną procedurę udzielania zamówień mającą na celu wykonanie robót publicznych co do zasady bez ponoszenia kosztów finansowych ze środków publicznych – są zgodne z dyrektywą 2014/23, w szczególności z zasadą ustanowioną w motywie 68 i art. 30 tej dyrektywy, zgodnie z którą instytucje zamawiające powinny dysponować znaczną elastycznością w definiowaniu i organizowaniu postępowania prowadzącego do wyboru koncesjonariusza.

Pytanie prejudycjalne

Czy prawo [Unii Europejskiej], w szczególności zasady ustanowione w dyrektywie [2014/23], zwłaszcza swoboda wyboru procedur udzielania zamówień, zgodnie z zasadami przejrzystości i [równego] traktowania, o których mowa w motywie 68 i art. 30, w kontekście udzielania koncesji, stoją na przeszkodzie przepisowi krajowemu art. 178 ust. 8 bis decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r., który bezwarunkowo zakazuje instytucjom zamawiającym udzielania wygasłych lub wygasających koncesji autostradowych z wykorzystaniem procedur przewidzianych w art. 183 regulującym finansowanie projektu?

Przywołane przepisy prawa Unii

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (zwana dalej „dyrektywą 2014/23”).

Przywołane przepisy prawa krajowego

Sąd odsyłający powołuje się na niektóre akty prawne w dziedzinie koncesji dotyczących autostrad i finansowania projektów, w szczególności na następujące przepisy:

Decreto legislativo (dekret ustawodawczy) nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. (zwany dalej „uprzednio obowiązującym kodeksem zamówień publicznych”), w szczególności art. 153 ust. 19 regulujący finansowanie projektów z inicjatywy prywatnej. Procedura udzielenia zamówienia przewidziana w tym przepisie obejmuje dwa etapy: a) etap wstępny – mający na celu zatwierdzenie wstępnego wniosku w sprawie projektu złożonego przez wnioskodawcę i mającego stanowić podstawę ewentualnego późniejszego przetargu –, w którym instytucja

zamawiająca musi dokonać oceny według własnego uznania zgodności wniosku z interesem publicznym; b) etap zaproszenia do składania ofert w drodze ogłoszenia i przeprowadzenia przetargu publicznego, którego podstawę stanowi zatwierdzony projekt i w którym wnioskodawca przyjmuje rolę inwestora oraz korzysta z prawa pierwszeństwa.

Decreto legge (dekret z mocą ustawy) nr 59 z dnia 4 kwietnia 2008 r., art. 8 duodecies ust. 2 ter, w którym wyraźnie uznano możliwość udzielenia zamówienia na zawarcie umowy koncesji i zarządzania oraz jedynie umowy o zarządzanie w sektorze drogowym i autostradowym zgodnie z procedurami finansowania projektu przewidzianymi w art. 153 uprzednio obowiązującego kodeksu zamówień publicznych.

Decreto legislativo nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. (zwany dalej „nowym kodeksem zamówień publicznych”), który uchylił uprzednio obowiązujący kodeks zamówień publicznych, w szczególności:

- artykuł 178 ust. 1, który zakazuje przedłużania koncesji autostradowych, oraz ust. 8 bis, wprowadzony na mocy dekretu ustawodawczego nr 56 z dnia 19 kwietnia 2017 r., zgodnie z którym „Instytucje zamawiające nie mogą udzielać wygasłych lub wygasających koncesji autostradowych z wykorzystaniem procedur przewidzianych w art. 183”;
- artykuł 183, zawierający przepisy dotyczące finansowania projektu, wprowadzone w nowym kodeksie zamówień publicznych; przepis ten, w ust. 19, zawiera element nowości w stosunku do poprzedniego uregulowania, ponieważ na etapie wstępnym instytucja zamawiająca jest zobowiązana do dokonania oceny już nie tego, czy wniosek jest zgodny z interesem publicznym, lecz wykonalności samego wniosku;
- artykuł 216 ust. 1, który stanowi w szczególności, że wyżej wymieniony dekret ustawodawczy stosuje się do postępowań i zamówień, w przypadku których ogłoszenia lub powiadomienia o wszczęciu postępowania w sprawie wyboru wykonawcy są opublikowane po dacie wejścia w życie dekretu, a także, w przypadku zamówień bez publikacji ogłoszeń lub powiadomień, do postępowań i zamówień, w odniesieniu do których, w dniu wejścia w życie niniejszego kodeksu, zaproszenia do składania ofert nie zostały jeszcze wysłane;
- artykuł 216 ust. 23, który stanowi, że wstępne projekty związane z wykonaniem robót publicznych lub robót użyteczności publicznej, dotyczące wniosków o udzielenie koncesji zgodnie z art. 153 uprzednio obowiązującego kodeksu zamówień publicznych, w odniesieniu do których wydano już oświadczenie o interesie publicznym, a które nie zostały jeszcze zatwierdzone w dniu wejścia w życie kodeksu, „podlegają ocenie wykonalności ekonomicznej i finansowej oraz zatwierdzeniu przez instytucję zamawiającą zgodnie z przepisami niniejszego kodeksu”.

Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania

- 1 Ativa, koncesjonariusz koncesji na zarządzanie odcinkiem autostrady na terytorium Piemontu w ramach kilku koncesji, z których ostatnia wygasła w 2016 r., przedstawiła w dniu 25 września 2015 r. wniosek o finansowanie projektu dotyczącego koncesji na zarządzanie odcinkiem autostrady.
- 2 Pismem z dnia 29 lipca 2016 r. ministerstwo odrzuciło wniosek Ativy, uzasadniając swoją decyzję między innymi tym, że finansowanie projektu nie może być stosowane do koncesji na zarządzanie autostradą oraz że wniosek nie był zgodny pod względem formy i treści z przepisami art. 153 uprzednio obowiązującego kodeksu zamówień publicznych, który przewiduje przedstawienie przez wnioskodawcę jedynie wstępnego projektu robót, które mają zostać wykonane, mającego stanowić podstawę późniejszej procedury przetargowej, nie zaś szczegółowego i ostatecznego projektu, takiego jak projekt przedstawiony przez skarżącą.
- 3 Ativa złożyła skargę do TAR per il Piemonte, wnosząc o stwierdzenie nieważności wyżej wspomnianego pisma, ustalenie i stwierdzenie obowiązku wypowiedzenia się przez ministerstwo w kwestii interesu publicznego lub wykonalności wniosku skarżącej i w związku z tym o nakazanie instytucjom zamawiającym będącym drugą stroną postępowania dokonania oceny interesu publicznego lub wykonalności rzeczonego wniosku. W ramach skargi zakwestionowano nie tylko uzasadnienie, na którym oparto zaskarżone pismo, dotyczące nadmiernego poziomu szczegółowości wniosku, lecz także naruszenie trzymiesięcznego terminu, licząc od daty złożenia wniosku, w ciągu którego instytucja zamawiająca powinna była ocenić ów wniosek, a także błędne zastosowanie w niniejszej sprawie art. 183 nowego kodeksu zamówień publicznych, przyjętego po złożeniu wniosku, ale obowiązującego w chwili wydania zaskarżonej decyzji.
- 4 Wyrokiem z dnia 31 sierpnia 2018 r. TAR oddalił powyższą skargę, wykluczając, po pierwsze, by naruszenie trzymiesięcznego terminu samo w sobie powodowało niezgodność z prawem zaskarżonej decyzji, i potwierdzając, po drugie, niedopuszczalność wniosku złożonego przez Ativę, który cechował się wyższym poziomem szczegółowości niż wymagany na etapie wstępnym.
- 5 W dniu 20 września 2016 r. Ativa złożyła kolejny wniosek o finansowanie projektu, którego przedmiotem jest ta sama koncesja; wniosek ten został odrzucony pismem z dnia 22 maja 2017 r., w którym oprócz powtórzenia uzasadnienia zawartego w odniesieniu do pierwszego wniosku dodano, że wniosek ów jest sprzeczny z art. 178 ust. 8 bis decreto legislativo nr 50/2016, który zakazuje korzystania z finansowania projektu w celu udzielenia wygasłych lub wygasających koncesji autostradowych. TAR per il Piemonte oddalił skargę wniesioną przez Ativę na wspomniane pismo, przedstawiając uzasadnienie podobne do tego, które zawarto w ramach pierwszego wyroku.

- 6 Ativa zaskarżyła oba wyroki TAR do Consiglio di Stato, która jest sądem odsyłającym.

Główne argumenty stron postępowania głównego

- 7 W ramach odwołania od pierwszego wyroku TAR Ativa podnosi, że ministerstwo wyraziło wolę odstąpienia od dokonywania oceny jej wniosku i udzielenia spółce Anas S.p.A. koncesji autostradowych w drodze zamówienia „in house”. Ministerstwo zamierzało zatem zapobiec sytuacji, w której przepisy dotyczące finansowania projektu, w szczególności prawo pierwszeństwa przyznane inwestorowi w odniesieniu do wniosku o finansowanie projektu (prawo, które ministerstwo bezzasadnie uważa za naruszające konkurencję), mogłyby zostać powołane przez spółki będące koncesjonariuszami w dniu poprzedzającym wygaśnięcie umowy koncesji. Ponadto zdaniem Ativy decyzja o udzieleniu Anas koncesji na zarządzanie autostradami w drodze zamówienia „in house” oraz zamiar uniemożliwienia koncesjonariuszom koncesji autostradowych skorzystania z procedury finansowania projektu, mimo iż jest ona zgodna z wymogami konkurencji, są sprzeczne i bezprawne. Wreszcie, w ramach odwołania wniesionego do Consiglio di Stato Ativa ponownie podniosła zarzuty podniesione w pierwotnej skardze.
- 8 W ramach odwołania od drugiego wyroku TAR Ativa twierdzi również, że art. 178 ust. 8 bis nowego kodeksu zamówień publicznych nie ma (również) zastosowania do jej drugiego wniosku o finansowanie projektu, ponieważ przepis ten został wprowadzony po złożeniu wniosku. Zgodnie z art. 11 przepisów wprowadzających oraz zasadą „tempus regit actum” wniosek podlega zatem przepisom obowiązującym w dniu jego złożenia. Ponadto wspomniany przepis jest w oczywisty sposób sprzeczny z przepisami regulującymi koncesję i stosunki partnerstwa publiczno-prywatnego określone w dyrektywie 2014/23. W szczególności należy uwzględnić zasadę swobody postępowania, którą ustawodawca krajowy jest zobowiązany zastosować, biorąc pod uwagę, że „instytucje zamawiające i podmioty zamawiające powinny dysponować znaczną elastycznością w definiowaniu i organizowaniu postępowania prowadzącego do wyboru koncesjonariusza” (motyw 68), aby móc wybrać procedurę najbardziej zgodną z wymogami, które należy spełnić, zgodnie z przepisami art. 30 i art. 37 ust. 6 dyrektywy. Natomiast zaskarżony przepis niepotrzebnie usztywnia system i w nieuzasadniony sposób ogranicza swobodę instytucji zamawiających, uniemożliwiając im stosowanie procedur finansowania projektu.
- 9 Druga strona postępowania twierdzi, że art. 178 ust. 8 bis ma zastosowanie *ratione temporis* w niniejszej sprawie również z uwagi na fakt, że ma on na celu wywarcie wpływu na koncesje „wygasłe lub wygasające”, a zatem ustawodawca celowo uznał go za mający zastosowanie w sytuacjach takich jak w niniejszej sprawie z zamiarem większego otwarcia konkurencji i uniknięcia dalszej konsolidacji poprzednich podmiotów gospodarczych będących koncesjonariuszami wygasających koncesji udzielonych bez przetargu. Druga

strona postępowania powołuje się na orzecznictwo, zgodnie z którym zgodność z prawem decyzji administracyjnej należy oceniać w świetle stanu faktycznego i prawnego istniejącego w chwili jej wydania.

- 10 Na podstawie powyższych argumentów druga strona postępowania twierdzi, że przepisy nowego kodeksu zamówień publicznych mają zastosowanie również do pierwszego wniosku złożonego przez Ativę przed wejściem w życie owego kodeksu, ponieważ rozpatrywana sprawa dotyczy etapu procedury prowadzącej do przetargu publicznego, który miał miejsce po wejściu w życie rzeczzonego kodeksu. Rozwiązanie to znajduje potwierdzenie w art. 216 ust. 23 wspomnianego kodeksu, zgodnie z którym wstępne projekty dotyczące wniosków o udzielenie koncesji w rozumieniu art. 153 uprzednio obowiązującego kodeksu zamówień publicznych, które nie zostały jeszcze zatwierdzone w dniu wejścia w życie nowego kodeksu, podlegają ocenie wykonalności ekonomicznej i finansowej oraz zatwierdzeniu przez instytucję zamawiającą zgodnie z przepisami nowego kodeksu.
- 11 Druga strona postępowania kwestionuje ponadto argumenty Ativy dotyczące sprzeczności art. 178 ust. 8 bis nowego kodeksu zamówień publicznych z prawem Unii. Zdaniem drugiej strony postępowania celem ustanowionego w owym przepisie zakazu jest otwarcie konkurencji, aby umożliwić jak najszersze stosowanie zasad prawa Unii chroniących konkurencję i rynek, w tym zakazu przedłużania wszystkich koncesji, w szczególności koncesji autostradowych (art. 178 ust. 1 zdanie ostatnie rzeczzonego kodeksu), a zatem obowiązku ogłaszania procedur publicznych również w przypadku wygasłych lub wygasających koncesji autostradowych.

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 12 Sąd odsyłający zgadza się z przedstawioną przez drugą stronę postępowania interpretacją dotyczącą systemu stosowania *ratione temporis* nowego kodeksu zamówień publicznych, w szczególności jego art. 178 ust. 8 bis. W tym względzie sąd odsyłający przypomina, że instytucja zamawiająca może jedynie przestrzegać prawa obowiązującego w chwili, w której składa ona oświadczenie woli; w związku z tym sytuacja prawna obowiązująca w dniu złożenia wniosku, o ile sama ustawa nie stanowi inaczej, nie jest wiążąca dla instytucji zamawiającej, a wniosek należy oceniać, stosując przepisy obowiązujące w chwili zakończenia postępowania.
- 13 Przepisy przejściowe zawarte w art. 216 nowego kodeksu zamówień publicznych stanowią wykonanie wyżej wymienionych zasad, stanowiąc w ust. 1, że działalność, na której polega publiczna procedura wyboru wykonawcy, podlega w całości przepisom obowiązującym w chwili jej wszczęcia, to znaczy w dniu publikacji ogłoszeń lub powiadomień o wszczęciu procedury (lub, w przypadku zamówień bez publikacji ogłoszeń lub powiadomień, w dniu wysłania zaproszeń do składania ofert), zaś w ust. 23 – że wstępne projekty przedłożone zgodnie

z uprzednio obowiązującym kodeksem zamówień publicznych, które nie zostały jeszcze zatwierdzone, podlegają ocenie wykonalności ekonomicznej i finansowej oraz zatwierdzeniu przez instytucję zamawiającą zgodnie z przepisami nowego kodeksu zamówień publicznych.

- 14 W związku z tym, jeżeli wstępny projekt związany z wnioskiem dotyczącym koncesji, przedłożonym w ramach poprzedniego systemu, nie został jeszcze zatwierdzony w chwili przyjęcia nowej ustawy, można jedynie – w stosownych przypadkach – dokonać zatwierdzenia zgodnie z zasadami nowej ustawy; a późniejszy przetarg, którego podstawę stanowi następnie projekt wykonalności po jego zatwierdzeniu, musi być zgodny z przepisami nowego kodeksu zamówień publicznych, w tym z zakazem ustanowionym w art. 178 ust. 8 bis; przepis ten ma zatem zastosowanie w niniejszych sprawach.
- 15 W świetle powyższego wniosku sąd odsyłający uważa, że konieczne jest rozpatrzenie zarzutu Ativy dotyczącego sprzeczności między art. 178 ust. 8 bis nowego kodeksu zamówień publicznych i prawem Unii. W tym względzie sąd odsyłający stwierdza, że wspomniany art. 178, który w ust. 1 ustanawia zakaz przedłużania koncesji autostradowych, jest przepisem, który nie znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w dyrektywie 2014/23, lecz stanowi wykonanie przepisu ustawy delegującej, zgodnie z którym należało przewidzieć wszczęcie publicznych postępowań przetargowych w celu udzielenia nowych koncesji autostradowych co najmniej dwadzieścia cztery miesiące przed wygaśnięciem obowiązujących koncesji, wraz ze zmianą systemu koncesji autostradowych, ze szczególnym uwzględnieniem wprowadzenia zakazu stosowania postanowień dotyczących przedłużenia koncesji.
- 16 Nie wydaje się, że wprowadzony dekretem ustawodawczym nr 56/2017 zakaz, o którym mowa we wspomnianym ust. 8 bis, odnoszący się dosłownie do udzielenia „wygasłych lub wygasających” koncesji autostradowych, można jednoznacznie interpretować w ten sposób, iż są to przepisy ściśle przejściowe – wbrew temu, co twierdzi druga strona postępowania, która odnosi zakaz do koncesji „wygasłych lub wygasających” w chwili wejścia w życie nowego kodeksu zamówień publicznych. Brzmienie ust. 8 bis wydaje się przewidywać ogólny zakaz udzielania koncesji autostradowych w ramach procedury finansowania projektu, jeżeli infrastruktura została już powierzona na podstawie koncesji, a zatem mogłoby być rozumiane szeroko jako przepis, który należy stosować nie tylko przejściowo, lecz także systemowo, jak w przypadku nowej koncesji udzielanej koncesjonariuszowi, którego koncesja wygasła. Mamy zatem do czynienia z problemem interpretacyjnym dotyczącym przesłanek stosowania wspomnianego przepisu i ich granic. Obie możliwości interpretacji wydają się odpowiadać celowi zakazu, który zdaniem drugiej strony postępowania wynika z konieczność przeciwdziałania obchodzeniu zakazu przedłużania koncesji autostradowych, jeżeli wnioskodawca jest koncesjonariuszem, którego koncesja wygasa, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie.

- 17 Ogólnie rzecz biorąc, finansowanie projektu musi być zgodne z zasadami publicznego postępowania przetargowego w celu ochrony konkurencji i równego traktowania potencjalnych zainteresowanych stron. Początkowy etap określenia inwestora, na którym wniosek był w przeszłości oceniany pod względem zgodności z interesem publicznym, zaś obecnie pod względem jego wykonalności, charakteryzuje się bardzo szerokim zakresem uznania administracyjnego; na tym etapie nie chodzi o wybór najlepszej oferty na podstawie wcześniej określonych kryteriów technicznych i ekonomicznych, lecz o ocenę wstępnej wykonalności wniosku dotyczącego projektu. Udzielenie koncesji będzie jednak zależeć od wyniku późniejszego przetargu w oparciu o kryterium najkorzystniejszej ekonomicznie oferty; etap ten jest niezależny od poprzedniego i musi być przeprowadzony właśnie zgodnie z zasadami publicznego postępowania przetargowego, z zastrzeżeniem jedynie korzyści, jaką stanowi prawo pierwszeństwa przyznane inwestorowi na określonych wcześniej warunkach.
- 18 Zapewnienie takiej korzyści nie wydaje się być sprzeczne z zasadami prawa Unii Europejskiej dotyczącymi przejrzystości i równego traktowania, pod warunkiem że – jak zauważył rzecznik generalny w opinii w sprawie C-412/04 - wszyscy uczestnicy zostaną poinformowani o przywilejach (polegających na zaproszeniu do udziału w procedurze w trybie negocjacji i prawie pierwszeństwa przysługującym inwestorowi) oraz o kryteriach oceny, co obecnie zapewnia procedura przewidziana w art. 183 ust. 15 nowego kodeksu zamówień publicznych.
- 19 Zdaniem sądu odsyłającego wydaje się zatem wykluczone, że wniosek o finansowanie projektu dotyczącego udzielenia koncesji można uznać za „przedłużenie” poprzedniej koncesji; ponadto, gdyby tak było, nie byłoby jasne, dlaczego zakaz miałby ograniczać się tylko do koncesji autostradowych. Wspomniany zakaz jest bezwarunkowy i abstrakcyjny oraz zawsze uniemożliwia instytucjom zamawiającym korzystanie z finansowania projektu dla tego rodzaju koncesji; dotyczy to nie tylko koncesji autostradowych, które w dniu wejścia w życie nowego kodeksu zamówień publicznych wygasły lub wkrótce wygasną, lecz także koncesji autostradowych, które wygasną w ramach zwykłego systemu.
- 20 Zasadna wydaje się zatem kwestia podniesiona przez Ative, dotycząca sprzeczności tego przepisu z zasadami dyrektywy 2014/23, w szczególności z zasadą określoną w motywie 68, zgodnie z którą instytucje zamawiające i podmioty zamawiające powinny dysponować znaczną elastycznością w definiowaniu i organizowaniu postępowania prowadzącego do wyboru koncesjonariusza, oraz w art. 30 rzeczony dyrektywy, który uznaje swobodę w organizowaniu procedur prowadzących do wyboru koncesjonariusza. Zasada ta może również odnosić się do swobody wyboru rodzaju procedury udzielania koncesji, z zastrzeżeniem poszanowania zasad przejrzystości i równego traktowania. W świetle powyższych uwag sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i przedłożyć powyższe pytanie prejudycjalne Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej.