

Υπόθεση C-332/20

Σύνοψη της αιτήσεως προδικαστικής απόφασης κατά το άρθρο 98, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου

Ημερομηνία καταθέσεως:

22 Ιουλίου 2020

Αιτούν δικαστήριο:

Consiglio di Stato (Ιταλία)

Ημερομηνία της απόφασης του αιτούντος δικαστηρίου:

13 Φεβρουαρίου 2020

Εκκαλούντες:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Εφεσίβλητοι:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Αντικείμενο της κύριας δίκης

Η διαφορά αφορά τη νομιμότητα της απόφασης μιας αναθέτουσας αρχής δημοσίου δικαίου η οποία απέκλεισε από διαγωνισμό για την επιλογή ιδιώτη εταίρου σε νέα υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας κοινοπραξία αποτελούμενη από δύο εταιρίες, στο μέτρο που η έμμεση συμμετοχή της ως άνω αρχής σε μία από τις δύο αυτές εταιρίες είχε ως αποτέλεσμα την υπέρβαση του ορίου συμμετοχής της στη νέα υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, το οποίο καθορίζεται στο 51%.

Αντικείμενο και νομική βάση της αιτήσεως προδικαστικής απόφασης

Ερμηνεία των οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ και του άρθρου 107 ΣΛΕΕ υπό το πρίσμα της ιταλικής νομοθεσίας που θέτει τα όρια δημόσιας συμμετοχής στις εταιρίες μικτής οικονομίας.

Άρθρο 267 ΣΛΕΕ.

Προδικαστικά ερωτήματα

1) Συνάδει προς το δίκαιο [της Ευρωπαϊκής Ένωσης] και προς την ορθή ερμηνεία των αιτιολογικών σκέψεων 14 και 32 καθώς και των άρθρων 12 και 18 της οδηγίας 24/2014/ΕΕ και 30 της οδηγίας 23/2014/ΕΕ, σε συνδυασμό με το άρθρο 107 ΣΛΕΕ, το γεγονός ότι, για τον καθορισμό του ελαχίστου ορίου του 30% της συμμετοχής ιδιώτη εταίρου σε υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, το οποίο ο εθνικός νομοθέτης κρίνει κατάλληλο κατ' εφαρμογήν των αρχών [του δικαίου της Ένωσης] οι οποίες καθορίζονται στον τομέα αυτόν από την κοινοτική νομολογία, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη μόνον η τυπική/καταστατική σύνθεση του εν λόγω εταίρου ή η αρχή η οποία προκηρύσσει τον διαγωνισμό μπορεί –ή και οφείλει– να συνεκτιμήσει την έμμεση συμμετοχή της στον διαγωνιζόμενο ιδιώτη εταίρο;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο προηγούμενο ερώτημα, είναι συνεπές και συνάδει με τις αρχές [του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης], και ειδικότερα με την αρχή του ανταγωνισμού, της αναλογικότητας και της καταλληλότητας, το γεγονός ότι η αρχή η οποία προκηρύσσει τον διαγωνισμό μπορεί να αποκλείσει από τον διαγωνισμό τον προσφέροντα ιδιώτη εταίρο, του οποίου η πραγματική συμμετοχή στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, λόγω της διαπιστωθείσας άμεσης ή έμμεσης δημόσιας συμμετοχής, είναι, στην πράξη, κατώτερη του 30%;

Σχετικές διατάξεις του δικαίου της Ένωσης

Οδηγία 2014/24/ΕΕ, ιδίως αιτιολογικές σκέψεις 14 και 32, άρθρα 12 και 18

Οδηγία 23/2014/ΕΕ, ειδικότερα άρθρα 3 και 30

Απόφαση του Δικαστηρίου της 15ης Οκτωβρίου 2009, C-196/08, Acoset

Απόφαση του Δικαστηρίου της 22ας Δεκεμβρίου 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Ερμηνευτική ανακοίνωση της 12ης Απριλίου 2008 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

Πράσινη Βίβλος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 30ής Απριλίου 2004

Άρθρο 106 ΣΛΕΕ

Σχετικές διατάξεις του εθνικού δικαίου

Νομοθετικό διάταγμα αριθ. 175 της 19 Αυγούστου 2016, «ενιαίο κείμενο στον τομέα των εταιριών με δημόσια συμμετοχή», ιδίως δε τα ακόλουθα άρθρα.

Το άρθρο 4 καθορίζει τους σκοπούς τους οποίους μπορούν να επιδιώκουν οι δημόσιες διοικητικές αρχές μέσω της σύστασης εταιριών με ολική ή μερική δημόσια συμμετοχή: αφενός, πρέπει να πρόκειται για εταιρίες που έχουν ως αντικείμενο δραστηριότητες απολύτως αναγκαίες για την επίτευξη των θεσμικών σκοπών της οντότητας· αφετέρου, οι δραστηριότητες οι οποίες θα αναληφθούν πρέπει να εμπίπτουν στις ρητώς αναφερόμενες στο δεύτερο εδάφιο της ίδιας διάταξης, ήτοι ιδίως: α) παροχή υπηρεσιών γενικού συμφέροντος, συμπεριλαμβανομένης της κατασκευής και διαχείρισης δικτύων και εγκαταστάσεων που εξυπηρετούν τις υπηρεσίες αυτές, β) σχεδιασμός και εκτέλεση δημοσίων έργων βάσει προγραμματικής συμφωνίας μεταξύ δημοσίων φορέων, γ) κατασκευή και διαχείριση δημοσίων έργων ή οργάνωση και διαχείριση υπηρεσιών γενικού συμφέροντος μέσω συμβάσεων εταιρικών σχέσεων.

Το άρθρο 7, παράγραφος 5 προβλέπει ότι οι ιδιώτες εταίροι επιλέγονται προηγουμένως μέσω διαδικασιών διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 5, παράγραφος 9 του νομοθετικού διατάγματος αριθ. 50 της 18 Απριλίου 2016 (κώδικας δημοσίων συμβάσεων), ενώ η παράγραφος 2 του άρθρου 17 προβλέπει ότι «Ο ιδιώτης εταίρος πρέπει να πληροί τις νομικές προϋποθέσεις που προβλέπονται από νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις (γενικές και ειδικές, τεχνικού και χρηματοοικονομικού χαρακτήρα) οι οποίες πρέπει να καθορίζονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού.

Το άρθρο 17, παράγραφος 1 προβλέπει ότι «Στις εταιρίες μικτής οικονομίας η συμμετοχή του ιδιώτη δεν μπορεί να είναι κατώτερη του 30%, η δε επιλογή του πραγματοποιείται σύμφωνα με διαδικασίες δημόσιου διαγωνισμού [...] και έχει ως αντικείμενο τόσο την εγγραφή του ιδιώτη εταίρου ή την απόκτηση της εταιρικής συμμετοχής από την πλευρά του όσο και την ανάθεση της σύμβασης δημοσίων έργων ή της παραχώρησης που αποτελεί αποκλειστικό αντικείμενο της δραστηριότητας της μικτής εταιρίας».

Συνοπτική έκθεση των πραγματικών περιστατικών και της πορείας της διαδικασίας

- 1 Ο Δήμος Ρώμης, με την επωνυμία Roma Capitale, προκήρυξε διαγωνισμό για την επιλογή ιδιώτη εταίρου και την ανάθεση ολοκληρωμένης εκπαιδευτικών υπηρεσιών υπαγομένων στην αρμοδιότητα της Roma Capitale σε μικτή ανώνυμη εταιρία, καθορίζοντας σε 51% τη συμμετοχή της Roma Capitale και σε 49% τη συμμετοχή του ιδιώτη εταίρου και προβλέποντας την επιβάρυνση του τελευταίου με το σύνολο του επιχειρησιακού κινδύνου.
- 2 Στον διαγωνισμό μετέσχε, μεταξύ άλλων, η υπό σύσταση κοινοπραξία μεταξύ Roma Multiservizi s.p.a. και Rekeep s.p.a., η οποία εντούτοις αποκλείστηκε με την αιτιολογία ότι στο κεφάλαιο της Roma Multiservizi s.p.a. συμμετέχει κατά 51% η εταιρία AMA s.p.a., το κεφάλαιο της οποίας ανήκει εξ ολοκλήρου στην ίδια αναθέτουσα αρχή, τη Roma Capitale. Ως εκ τούτου, προσθέτοντας την άμεση

και έμμεση συμμετοχή, η Roma Capitale θα είχε τελικά στην κατοχή της, στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας, πραγματική συμμετοχή ίση με το 73,5%, υπερβαίνοντας συνεπώς το όριο του 51% που έχει καθοριστεί για τον εν λόγω διαγωνισμό.

- 3 Με δύο διακριτές προσφυγές, η Roma Multiservizi s.p.a. και η Rekeep s.p.a. ζήτησαν από το Tribunale amministrativo regionale del Lazio (διοικητικό πρωτοδικείο περιφέρειας Λατίου, Ιταλία) την ακύρωση της αποφάσεως περί αποκλεισμού. Αμφότερες οι εταιρίες ζήτησαν επίσης, επικουρικώς, να υποβληθεί αίτηση προδικαστικής αποφάσεως στο Δικαστήριο, προκειμένου αυτό να ερμηνεύσει ορθώς την εθνική ρύθμιση σχετικά με την επιλογή του ιδιώτη εταίρου υπό σύστασης εταιρίας μικτής οικονομίας.
- 4 Το Tribunale amministrativo regionale del Lazio (διοικητικό πρωτοδικείο περιφέρειας Λατίου) απέρριψε αμφότερες τις προσφυγές ως αβάσιμες. Αμφότερες οι εταιρίες άσκησαν έφεση ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, επαναλαμβάνοντας το αίτημά τους να υποβληθεί αίτηση προδικαστικής αποφάσεως στο Δικαστήριο.

Κυριότερα επιχειρήματα των διαδίκων της κύριας δίκης

Οι εκκαλούσες προέβαλαν παρόμοιους λόγους ακυρώσεως. Ειδικότερα, η Roma Multiservizi s.p.a. υποστήριξε ότι:

α) όσον αφορά τον ιδιώτη εταίρο, η πρόσκληση προς υποβολή προσφορών δεν προέβλεπε ρητώς ότι το ποσοστό 49% του ιδιώτη εταίρου δεν μπορούσε να επιτευχθεί και με έμμεση συμμετοχή του δημοσίου,

β) η απόφαση περί αποκλεισμού, εν πάση περιπτώσει, ενείχε παραβίαση της αρχής της στενής ερμηνείας των ρητρών αποκλεισμού.

Συνοπτική έκθεση του σκεπτικού της αποφάσεως περί παραπομπής

- 5 Το αιτούν δικαστήριο εκθέτει κατ' αρχάς την προαναφερθείσα ιταλική ρύθμιση περί μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο των οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, η οποία διέπει, μεταξύ άλλων, τις εταιρίες μικτής οικονομίας. Κατά την ως άνω ρύθμιση, η δημόσια διοίκηση μπορεί να επιλέξει, για τη διαχείριση ορισμένων δραστηριοτήτων, μεταξύ της «in house» διαχείρισεως με τη συνδρομή εταιρίας με ολική δημόσια συμμετοχή και της συστάσεως μικτής εταιρίας, υπό αναλυτικούς όρους, προκειμένου το σύστημα αυτό να είναι συμβατό με το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Κατ' αυτόν τον τρόπο, ελήφθησαν υπόψη οι προβληματισμοί οι οποίοι ετέθησαν από τη νομολογία της Ένωσης ως προς την προϊσχύσασα εθνική ρύθμιση η οποία επιφύλασσε στις εταιρίες με πλειοψηφική ή ολική κρατική ή δημόσια συμμετοχή, άμεση ή έμμεση, τη δυνατότητα συνάψεως με τη δημόσια διοίκηση – απουσία διαγωνισμού – συμβάσεων σχετικά με δραστηριότητες ή υπηρεσίες. Στη βάση των προβληματισμών αυτών,

παρατηρήθηκε πράγματι ότι η απευθείας ανάθεση υπηρεσίας στη μικτή εταιρία μπορεί να οδηγήσει στην καταστράτηγηση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού: η τελευταία μπορεί να υπόκειται σε εξαιρέσεις μόνο εάν οι εν λόγω εξαιρέσεις δικαιολογούνται επαρκώς από την ανάγκη εκπληρώσεως αποστολής γενικού οικονομικού συμφέροντος, ήτοι υπό το πρίσμα εποικοδομητικής σύμπραξης δημοσίου και ιδιωτικού τομέα, όπως αναφέρεται στην «Πράσινη Βίβλο» της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 30ής Απριλίου 2004.

- 6 Συναφώς, πρέπει να γίνει διασαφήνιση και διάκριση μεταξύ του (κερδοσκοπικού) σκοπού της εταιρίας μικτής οικονομίας και του σκοπού της δημόσιας διοίκησης, ο οποίος αναμφιβόλως είναι δημόσιος, με αποτέλεσμα η δραστηριότητα της εταιρίας μικτής οικονομίας και οι υπηρεσίες τις οποίες προσφέρει να υπόκεινται σε προϋποθέσεις προσβασιμότητας τις οποίες ένα υποκείμενο αμιγώς ιδιωτικού δικαίου θεωρεί μη επωφελείς. Ως εκ τούτου, το ανώτατο όριο του 70% της δημόσιας συμμετοχής σε εταιρία μικτής οικονομίας προσδιορίζει το σημείο πέραν του οποίου η δραστηριότητα της εταιρίας αυτής θα αλλοιώνει τον ανταγωνισμό στην αγορά, διότι όχι μόνο θα καθιστούσε ελάχιστα ελκυστικό αυτόν τον συγκεκριμένο τομέα της αγοράς, αλλά θα παρείχε στον ιδιώτη εταίρο της εταιρίας μικτής οικονομίας τη δυνατότητα να περιορίσει υπερβολικά (κάτω του 30%) τον οικονομικό κίνδυνο της συμμετοχής στην εν λόγω επιχείρηση. Εξάλλου, η εταιρία μικτής οικονομίας με ιδιώτη εταίρο ο οποίος επιλέγεται κατόπιν διαγωνισμού με διττό αντικείμενο προκύπτει από τη νομολογιακή γραμμή του Consiglio di Stato (Συμβουλίου της Επικρατείας, Ιταλία), αιτούντος δικαστηρίου στην υπό κρίση υπόθεση, η οποία κρίθηκε ορθή από το Δικαστήριο (απόφαση της 15 Οκτωβρίου 2009, C-196/08, Acoset).
- 7 Επιπλέον, μπορεί επίσης υπό το πρίσμα του ισχύοντος δικαίου της Ένωσης να θεωρηθεί βέβαιο ότι:
- α) η επιλογή δημόσιου φορέα να συστήσει εταιρία μικτής οικονομίας είναι τυπική της διακριτικής εξουσίας που του παρέχει ο νόμος για την επίτευξη των δημοσίων συμφερόντων των οποίων την προστασία έχει αναλάβει,
 - β) ο ιδιώτης εταίρος, ο οποίος πρέπει να επιλεγεί μέσω δημόσιου διαγωνισμού, πρέπει να λειτουργεί σε επιχειρησιακό επίπεδο και να μην είναι απλός εταίρος στο κεφάλαιο, λαμβανομένης υπόψη της ιδιαιτερότητας του ρόλου τον οποίο πρέπει να διαδραματίζει κατά την υλοποίηση του εταιρικού σκοπού: εξάλλου, η εμπλοκή του ιδιώτη εταίρου στην επιδίωξη σκοπών γενικού συμφέροντος δικαιολογείται ακριβώς από το γεγονός ότι ο δημόσιος φορέας δεν διαθέτει τα απαιτούμενα μέσα που έχει στη διάθεσή του ο ιδιώτης εταίρος,
 - γ) η συμμετοχή του επιχειρησιακού ιδιώτη εταίρου πρέπει να είναι επαρκής, ώστε να καθίσταται δυνατή η υλοποίηση του εταιρικού σκοπού: η επάρκεια αυτή καθορίστηκε από τον εθνικό νομοθέτη, ακριβώς για την τήρηση των αρχών του δικαίου της Ευρωπαϊκής

Ένωσης, στο ελάχιστο όριο συμμετοχής 30%· ως εκ τούτου, συμμετοχή κατώτερη του ορίου αυτού δεν είναι αφ' εαυτή ικανή να καταστήσει πράγματι δυνατή την επίτευξη του εταιρικού σκοπού,

- δ) αντιστοίχως, η δημόσια συμμετοχή στην εταιρία μικτής οικονομίας δεν πρέπει να υπερβαίνει το 70%.
- 8 Για την επίλυση της διαφοράς, πρέπει να καθοριστεί εάν, για την τήρηση του ορθού ορίου συμμετοχής στην υπό σύσταση εταιρία μικτής οικονομίας (όχι άνω του 70% όσον αφορά τη συμμετοχή του δημοσίου, τουλάχιστον 30% για τη συμμετοχή του ιδιώτη εταίρου), πρέπει να λαμβάνεται υπόψη μόνο η νομική φύση του ιδιώτη εταίρου (ο οποίος είναι, από «τυπικής» απόψεως ανώνυμη εταιρία ιδιωτικού δικαίου) ή, όταν στο κεφάλαιό της συμμετέχει το δημόσιο, αν πρέπει να ληφθεί επίσης υπόψη και η «ουσιώδης» πτυχή της εν λόγω συμμετοχής. Στην πρώτη περίπτωση – όπως υποστηρίζουν οι εκκαλούσες – θα ευνοούνταν η ίση μεταχείριση των προσφερόντων και η αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και η γενικότερη αρχή της ελευθερίας της ιδιωτικής οικονομικής πρωτοβουλίας· στη δεύτερη περίπτωση, αν δεν ληφθεί υπόψη η συμμετοχή του δημοσίου κεφαλαίου, θα υπήρχε κίνδυνος καταστράτηγησης της εθνικής νομοθετικής διατάξεως, θα προέκυπτε ενδεχομένως κατάσταση αναποτελεσματικότητας της αγοράς και θα παραβιαζόταν η αρχή του ανταγωνισμού, στο μέτρο που θα επιτρεπόταν σε ιδιώτη εταίρο να επωφεληθεί αδικαιολόγητα από τα πλεονεκτήματα της δημόσιας συμμετοχής. Ως προς το τελευταίο αυτό σημείο, η απόφαση δημοσίου φορέα (όπως εν προκειμένω η Roma Capitale) με την οποία αξιολογείται συγκεκριμένα η σύνθεση των εταίρων οι οποίοι επιθυμούν να υποβάλουν υποψηφιότητα στο πλαίσιο της επιλογής εταίρου υπό σύστασης εταιρίας μικτής οικονομίας και με την οποία αποφασίζεται ο αποκλεισμός ανταγωνιστή, του οποίου η εν λόγω διοίκηση συμμετέχει σημαντικά στο κεφάλαιο, πρέπει να θεωρηθεί συμβατή με τις εθνικές συνταγματικές αρχές και τις αρχές του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της αποδοτικότητας, της αποτελεσματικότητας, της καταλληλότητας και της αναλογικότητας, υπό το πρίσμα των αρχών του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων. Η επιλογή της μίας ή της άλλης ερμηνευτικής επιλογής μπορεί να καθορίσει την επίλυση της διαφοράς κατά έναν τρόπο ή τον ακριβώς αντίθετο, πράγμα που καθιστά κρίσιμο το προδικαστικό ερώτημα το οποίο πρέπει να υποβληθεί στο Δικαστήριο.