

Cauza C-332/20**Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție****Data depunerii:**

22 iulie 2020

Instanța de trimitere:

Consiglio di Stato (Italia)

Data deciziei de trimitere:

13 februarie 2020

Apelante:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Intimate:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Obiectul procedurii principale

Litigiul privește legalitatea deciziei unei autorități contractante de drept public prin care un grup format din două societăți a fost exclus dintr-o procedură de cerere de ofertă pentru selectarea asociatului privat într-o societate nouă cu capital mixt, public și privat, în curs de constituire, pentru motivul că propria participare indirectă la una dintre aceste două societăți conducea la depășirea limitei de participare a respectivei autorități contractante la societatea nouă cu capital mixt, public și privat, în curs de constituire, limită stabilită la 51 %.

Obiectul și temeiul juridic al trimiterii preliminare

Interpretarea Directivelor 2014/23/UE, 2014/24/UE și 2014/25/UE și a articolului 107 TFUE în raport cu legislația italiană care limitează participarea publică la societățile cu capital mixt, public și privat

Articolul 267 TFUE

Întrebările preliminare

1) Este conform cu dreptul [Uniunii Europene] și cu interpretarea corectă a considerentelor (14) și (32) ale Directivei 2014/24/UE, precum și a articolelor 12 și 18 din aceasta și a articolului 30 din Directiva 2014/23/UE, inclusiv în raport cu articolul 107 TFUE, faptul că, în vederea determinării limitei minime de 30 % pentru participarea asociatului privat la o societate cu capital mixt, public și privat, în curs de constituire, limită considerată adecvată de legiuitorul național în aplicarea principiilor [dreptului Uniunii Europene] stabilite în această materie de jurisprudența comunitară, trebuie să se țină seama exclusiv de componența formală/așa cum rezultă aceasta din documentația a asociatului menționat anterior ori autoritatea administrativă care inițiază procedura de cerere de ofertă poate – sau chiar trebuie – să țină seama de propria participare indirectă la asociatul privat ofertant?

2) În cazul unui răspuns afirmativ la întrebarea precedentă, este coerentă și conformă cu principiile [dreptului Uniunii Europene], în special cu principiile concurenței, proporționalității și adecvării, posibilitatea autorității administrative care inițiază procedura de cerere de ofertă de a exclude din procedură asociatul privat ofertant a cărui participare efectivă la societatea cu capital mixt, public și privat, în curs de constituire, este *de facto* mai mică de 30 %, ca urmare a participării publice, directe sau indirecte, constatate?

Dispozițiile de drept al Uniunii invocate

Directiva 2014/24/UE, în special considerentele (14) și (32) și articolele 12 și 18

Directiva 2014/23/UE, în special articolele 3 și 30

Hotărârea Curții din 15 octombrie 2009, Acoset, C-196/08

Hotărârea Curții din 22 decembrie 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09

Comunicarea interpretativă a Comisiei Europene din 12 aprilie 2008

Cartea verde a Comisiei Europene din 30 aprilie 2004

Articolul 106 TFUE

Dispozițiile naționale invocate

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, „Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” [Decretul legislativ nr. 175 din 19 august 2016 privind

Textul unic în materie de societăți cu participare publică], în special următoarele articole.

Articolul 4 prevede obiectivele care pot fi urmărite de administrațiile publice prin recurgerea la constituirea unor societăți filiale: pe de o parte, trebuie să fie vorba despre societăți care au ca obiect activități strict necesare urmăririi finalităților instituționale ale autorității respective și, pe de altă parte, activitățile desfășurate trebuie să fie cuprinse printre cele menționate în mod expres la alineatul 2 al aceleiași dispoziții, și anume în special: a) prestarea unui serviciu de interes general, inclusiv realizarea și gestionarea rețelelor și a echipamentelor pentru serviciile respective; b) proiectarea și realizarea unei lucrări publice pe baza unui acord de program între administrațiile publice; c) realizarea și gestionarea unei lucrări publice sau organizarea și gestionarea unui serviciu de interes general prin intermediul unui contract de parteneriat.

Articolul 7 alineatul 5 prevede că asociații privați sunt stabiliți în prealabil prin proceduri de achiziții publice, în conformitate cu articolul 5 alineatul 9 din Decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) [Decretul legislativ nr. 50 din 18 aprilie 2016 (Codul achizițiilor publice)], iar alineatul 2 al articolului 17 prevede că „[a]sociatul privat trebuie să îndeplinească condițiile de calificare prevăzute de dispozițiile legale sau de normele administrative în ceea ce privește prestația pentru care a fost constituită societatea”, condiții de calificare (generale și speciale, cu caracter tehnic și economico-financiar) care trebuie să fie specificate în anunțul de participare.

Articolul 17 alineatul 1 prevede: „[c]ota de participare a entității private la societăți cu participare mixtă, publică și privată, nu poate fi mai mică de 30 %, iar selectarea acesteia se efectuează prin proceduri de achiziții publice [...] și are ca obiect, în același timp, subscrierea sau achiziționarea părților sociale de către asociatul privat și atribuirea contractului de achiziții publice sau a concesiunii care face obiectul exclusiv al activității societății mixte”.

Prezentare succintă a situației de fapt și a procedurii

- 1 Comune di Roma [Municipalitatea Roma], denumită Roma Capitale, a inițiat o procedură de cerere de ofertă pentru selectarea asociatului privat și pentru atribuirea serviciului școlar integrat aflat în competența Roma Capitale unei societăți pe acțiuni cu capital mixt, public și privat, stabilind la 51 % participarea Roma Capitale și la 49 % participarea asociatului privat și prevăzând că acesta din urmă va suporta întregul risc operațional.
- 2 La procedura de cerere de ofertă a participat, printre alții, grupul în curs de constituire între Roma Multiservizi s.p.a. și Rekeep s.p.a., care a fost însă exclus pentru motivul că Roma Multiservizi s.p.a. este deținută în proporție de 51 % de societatea AMA s.p.a., al cărei capital este deținut integral de autoritatea contractantă însăși, Roma Capitale. Prin urmare, însumând participarea directă și participarea indirectă, Roma Capitale ar fi ajuns să dețină, la societatea cu capital

mixt public și privat în curs de constituire, o participație efectivă de 73,5 %, depășind, așadar, limita de 51 % stabilită pentru procedura de cerere de ofertă în cauză.

- 3 Prin intermediul a două acțiuni distincte, Roma Multiservizi s.p.a. și Rekeep s.p.a. au solicitat Tribunale amministrativo regionale del Lazio [Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, Italia] anularea deciziei de excludere. Ambele societăți au solicitat de asemenea, cu titlu subsidiar, sesizarea Curții cu o trimitere preliminară pentru ca aceasta să interpreteze corect reglementarea națională privind selectarea asociatului privat al unei societăți cu capital mixt, public și privat, în curs de constituire.
- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio [Tribunalul Administrativ Regional din Lazio] a respins ambele acțiuni ca neîntemeiate. Ambele societăți au declarat apel la instanța de trimitere, reiterând solicitarea de a sesiza Curtea cu o trimitere preliminară.

Principalele argumente ale părților din procedura principală

Apelantele au invocat motive similare. În special, Roma Multiservizi s.p.a. a susținut că:

- a) în ceea ce privește asociatul privat, în anunțul de participare nu s-ar fi stabilit în mod expres că participația de 49 % a asociatului privat nu putea fi atinsă și în condițiile unei participări publice indirecte;
- b) decizia de excludere ar fi fost în orice caz afectată de încălcarea principiului caracterului exhaustiv al clauzelor de excludere.

Prezentare succintă a motivelor trimiterii preliminare

- 5 Instanța de trimitere prezintă mai întâi legislația italiană de transpunere a Directivelor 2014/23/UE, 2014/24/UE și 2014/25/UE, citată anterior, care reglementează, printre altele, societățile cu capital mixt, public și privat. Legislația menționată prevede că, pentru gestionarea anumitor activități, administrația publică poate să aleagă între gestiunea „in house” prin intermediul unei societăți deținută integral și constituirea unei societăți cu capital mixt, reglementând în mod analitic acest din urmă model pentru a-l face compatibil cu dreptul Uniunii Europene. În această modalitate, s-a ținut seama de criticile formulate de jurisprudența Uniunii cu privire la reglementarea națională anterioară, care rezerva societăților cu participare majoritară sau integrală, directă sau indirectă, a statului ori a sectorului public posibilitatea de a încheia cu administrația publică – fără o procedură de cerere de ofertă – convenții privind activități sau servicii. Astfel, în susținerea criticilor formulate, s-a observat că atribuirea directă a serviciului în favoarea unei societăți mixte poate conduce la eludarea principiului liberei concurențe: acesta din urmă poate face obiectul unor excepții numai dacă ele sunt

justificate în mod adecvat de necesitatea de a îndeplini o misiune de interes economic general, și anume din perspectiva unui parteneriat public-privat profitabil, astfel cum se precizează în Cartea verde a Comisiei Europene din 30 aprilie 2004.

- 6 În această privință, trebuie să se precizeze scopul (lucrativ) al societății cu capital mixt, public și privat, și să se facă distincție între un astfel de scop și cel al administrației publice, care este în mod indiscutabil public, astfel încât activitatea societății cu capital mixt, public și privat, și serviciile pe care ea le oferă sunt supuse unor condiții de accesibilitate pe care o entitate exclusiv privată le-ar considera neavantajoase. Plafonul de 70 % al participării publice la societatea cu capital mixt, public și privat, identifică, așadar, punctul dincolo de care activitatea acestei societăți ar denatura concurența pe piață, întrucât nu numai că ar face puțin atractiv acel sector specific al pieței, ci i-ar permite asociatului privat al societății cu capital mixt, public și privat, să limiteze în mod excesiv (sub 30 %) riscul economic al participării la întreprinderea în cauză. Pe de altă parte, societatea cu capital mixt, public și privat, cu asociat privat stabilit printr-o procedură de cerere de ofertă având dublu obiect este rezultatul jurisprudenței Consiglio di Stato [Consiliul de Stat, Italia], instanța de trimitere în prezenta cauză, jurisprudență considerată corectă de Curte (Hotărârea din 15 octombrie 2009, Acoset, C-196/08).
- 7 În plus, inclusiv în lumina dreptului Uniunii în vigoare, se poate considera că:
- a) alegerea unei administrații publice de a constitui o societate cu capital mixt, public și privat, este manifestarea tipică a puterii de apreciere pe care legea o acordă autorității administrative în cauză pentru a realiza interesele publice a căror garantare i-a fost atribuită;
 - b) asociatul privat, care trebuie selectat prin intermediul unei proceduri publice de cerere de ofertă, trebuie să fie operațional, iar nu un simplu participant la capital, ținând seama de caracterul specific al rolului pe care trebuie să și-l asume în realizarea obiectului de activitate: de altfel, implicarea asociatului privat în vederea urmării unor obiective de interes general se justifică tocmai prin insuficiența, în cadrul administrației publice, a competențelor necesare de care dispune asociatul privat;
 - c) participarea asociatului privat operațional trebuie să fie adecvată, adică să fie de natură să facă posibilă realizarea obiectului de activitate; pentru a asigura caracterul adecvat al participării, legiuitorul național, tocmai în scopul respectării principiilor dreptului Uniunii Europene, a fixat pragul minim al acesteia la 30 %, astfel încât o participare sub pragul menționat este, în sine, inadecvată pentru a face posibilă realizarea efectivă a obiectului de activitate;

- d) în mod corelativ, participarea publică la societatea cu capital mixt, public și privat, nu trebuie să depășească 70 %.
- 8 Pentru soluționarea litigiului, este necesar să se stabilească dacă, în scopul de a respecta pragul just al participării la societatea cu capital mixt, public și privat, în curs de constituire (cel mult 70 % în ceea ce privește participarea publică și cel puțin 30 % în ceea ce privește participarea asociatului privat) trebuie să se facă referire numai la natura juridică a asociatului privat (care, din punct de vedere „formal”, este o societate pe acțiuni de drept privat) sau dacă, atunci când la acesta participă capitalul public, trebuie să se țină seama și de aspectul „substanțial” al unei astfel de participări. În primul caz – așa cum susțin apelantele – s-ar acorda prioritate egalității de tratament a ofertanților și principiului nediscriminării, precum și principiului mai general al libertății de inițiativă economică privată; în al doilea caz, prin faptul că nu se ține seama de participarea capitalului public, s-ar risca să se eludeze legislația națională, s-ar putea da naștere unei situații de ineficiență a pieței și s-ar încălca principiul concurenței, întrucât s-ar permite unui asociat privat să beneficieze în mod nejustificat de avantajele participării publice. Referitor la acest din urmă aspect, decizia unei administrații publice (precum, în speță, Roma Capitale) prin care se evaluează în mod concret componența partenerilor care intenționează să participe la selecția pentru stabilirea asociatului unei societăți cu capital mixt, public și privat, care urmează să se constituie, și prin care se decide excluderea unui ofertant, la al cărui capital participă în mod semnificativ aceeași autoritate administrativă, ar trebui considerată conformă cu principiile constituționale naționale și cu principiile dreptului Uniunii Europene privind eficiența, eficacitatea, caracterul adecvat și proporționalitatea, în raport cu principiile concurenței, egalității de tratament și nediscriminării. Alegerea uneia dintre cele două opțiuni de interpretare poate determina soluționarea litigiului într-un sens sau în sensul exact opus, ceea ce face ca întrebările preliminare adresate Curții de Justiție să fie relevante.