

Zadeva C-332/20

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

22. julij 2020

Predložitveno sodišče:

Consiglio di Stato (Italija)

Datum predložitvene odločbe:

13. februar 2020

Pritožnici:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Nasprotni stranki:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Predmet postopka v glavni stvari

Spor se nanaša na zakonitost odločbe naročnika v okviru javnega prava, ki je iz postopka javnega razpisa za izbiro zasebnega družbenika v novi javno-zasebni družbi izločil skupino, ki jo sestavljata dve družbi, ker je posredna udeležba ene od teh družb vodila v prekoračitev zgornje meje udeležbe naročnika pri ustanovitvi nove javno-zasebne družbe, ki je določena na 51 odstotkov.

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje prehodne odločbe

Razlaga direktiv 2014/23/EU, 2014/24/EU in 2014/25/EU ter člena 107 PDEU glede na italijansko zakonodajo, ki omejuje udeležbo organov oblasti v mešanih javno-zasebnih družbah.

Člen 267 PDEU.

Vprašanja za predhodno odločanje

1) Ali je v skladu s pravom [Evropske unije] in pravilno razlago uvodnih izjav 14 in 32 ter členoma 12 in 18 Direktive 24/2014/EU in členom 30 Direktive 23/2014/EU, tudi vezano na člen 107 PDEU, da je treba pri določitvi minimalne meje 30-odstotne udeležbe zasebnega družbenika v mešani javno-zasebni družbi, ki jo nacionalni zakonodajalec šteje za primerno v skladu z načeli [prava Evropske unije], ki so na tem področju določena s sodno prakso Skupnosti, treba upoštevati izključno formalno sestavo/sestavo na papirju navedenega družbenika ali lahko – oziroma mora – organ, ki vodi postopek oddaje javnega naročila, upoštevati njegovo posredno udeležbo v konkurenčni zasebni družbi?

2) Če je odgovor na prejšnje vprašanje pritrdilen, ali je v skladu z načeli [prava Evropske unije] in zlasti z načeli konkurence, sorazmernosti in ustreznosti, da organ, ki izvaja postopek oddaje javnega naročila, iz postopka oddaje javnega naročila lahko izloči konkurenčnega zasebnega družbenika, čigar dejanska udeležba v mešani javno-zasebni družbi je zaradi ugotovljenega neposrednega ali posrednega javnega lastništva dejansko nižja od 30 odstotkov?

Navajane določbe prava Evropske unije

Direktiva 2014/24/EU, zlasti uvodni izjavi 14 in 32, člena 12 in 18

Direktiva 23/2014/EU, zlasti člena 3 in 30

Sodba Sodišča z dne 15. oktobra 2009, C-196/08, Acoset

Sodba Sodišča z dne 22. decembra 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Razlagalno sporočilo Komisije z dne 12. aprila 2008

Zelena knjiga Evropske unije z dne 30. aprila 2004

Člen 106 PDEU

Navajane nacionalne določbe

Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (zakonska uredba št. 175 z dne 19. avgusta 2016, enotno besedilo o podjetjih v javni lasti; v nadaljevanju: enotno besedilo o podjetjih v javni lasti), zlasti naslednji členi.

Člen 4 določa cilje, ki jih lahko javni organi uresničujejo v okviru ustanavljanja družb, v katerih imajo deleže: prvič, iti mora za družbe, katerih predmet so dejavnosti, ki so nujno potrebne za doseganje institucionalnih ciljev subjekta; po drugi strani morajo biti dejavnosti, ki jih je treba izvajati, zajete s tistimi, ki so izrecno navedene v drugem pododstavku te določbe, in sicer zlasti: a)

projektiranje storitve splošnega pomena, vključno z vzpostavitvijo in upravljanjem omrežij in naprav za te storitve; b) projektiranje in izvedbo javne gradnje na podlagi programskega sporazuma med javnimi organi; c) izvedbo in upravljanje javne gradnje oziroma organizacijo in upravljanje storitve splošnega pomena s pogodbo o partnerstvu.

Člen 7(5) določa, da se morajo zasebni družbeniki vnaprej določiti s postopki oddaje javnih naročil, v skladu s členom 5(9) decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (zakonska uredba št. 50 z dne 18. aprila 2016, zakonik o javnih naročilih), člen 17(2) pa določa, da „mora zasebni družbenik izpolnjevati pogoje v skladu s pravnimi ali regulativnimi predpisi v zvezi z izvajanjem storitev, za katere je bila ustanovljena družba“, izpolnjevati zahteve (splošne in posebne, tehnične in ekonomsko-finančne), ki morajo biti navedene v obvestilu o javnem razpisu.

Člen 17(1) določa, da „v mešanih javno-zasebnih družbah udeležba zasebnega subjekta ne more biti manjša od 30 odstotkov, izbira družbenika poteka v skladu s postopki javnega razpisa (...), njen predmet pa je vpis ali pridobitev lastništva deleža s strani zasebnega družbenika in oddaja naročila ali koncesije, ki je izključni predmet dejavnosti mešane družbe“.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Comune di Roma (občina Rim), imenovana Roma Capitale, je objavila javni razpis za izbiro zasebnega družbenika in dodelitev storitve integriranega šolstva v pristojnosti Roma Capitale mešani javno-zasebni delniški družbi, pri čemer je delež družbe Roma Capitale določila na 51 odstotkov, delež v višini 49 odstotkov pa je dodelila zasebnemu družbeniku in določila, da se temu naloži celotno poslovno tveganje.
- 2 V postopku oddaje javnega naročila je med drugim sodelovala skupina, v kateri sta bili udeleženi družbi Roma Multiservizi s.p.a. in Rekeep s.p.a., ki pa je bila izključena, ker je družba Roma Multiservizi s.p.a. v 51-odstotni lasti družbe AMA s.p.a., katere kapital je v celoti v lasti naročnika Roma Capitale. Tako bi udeležba družbe Roma Capitale z združitvijo neposredne in posredne udeležbe dejansko znašala 73,5 odstotka, kar bi torej presegalo zgornjo mejo 51 odstotkov, ki je bila določena za ta javni razpis.
- 3 Družbi Roma Multiservizi s.p.a. in Rekeep s.p.a. sta z ločenima tožbama Tribunale amministrativo regionale del Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija) predlagali razglasitev ničnosti odločbe o izključitvi. Obe družbi sta podredno predlagali tudi predložitev vprašanja za predhodno odločanje Sodišču, da bi to pravilno razložilo nacionalno ureditev na področju izbire zasebnega družbenika v ustanovljeni mešani javno-zasebni družbi.

- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio je obe tožbi zavrnilo kot neutemeljeni. Obe družbi sta pri predložitvenem sodišču vložili pritožbi, v katerih sta ponovno podali predlog za sprejetje predhodne odločbe pri Sodišču.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

Pritožnici sta navedli podobne tožbene razloge. Natančneje, družba Roma Multiservizi s.p.a. je navedla, da:

- a) kar zadeva zasebnega družbenika, v javnem razpisu ni bilo izrecno navedeno, da 49-odstotnega deleža zasebnega družbenika ni mogoče doseči tudi s posrednim javnim lastništvom;
- b) odločba o izključitvi je bila v vsakem primeru kršena na podlagi kršitve načela izčrpnosti izključitvenih klavzul.

Kratka obrazložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 5 Predložitveno sodišče najprej navaja italijanske predpise, s katerimi so prenesene zgoraj navedene direktive 2014/23/EU, 2014/24/EU in 2014/25/EU, ki med drugim urejajo mešane javno-zasebne družbe. Določilo je, da lahko javni organ za upravljanje določenih dejavnosti izbira med „notranjim“ upravljanjem prek družbe, ki je v celoti v njegovi lasti, in ustanovitvijo mešane družbe, tako da sprejme analitično ureditev za ta model, da je v skladu s pravom Evropske unije. Tako so bile upoštevane ugotovitve iz sodne prakse Unije zoper staro nacionalno ureditev, v skladu s katero je bila možnost sklepanja sporazumov o dejavnostih ali storitvah z javnimi organi pridržana za družbe v večinski ali celotni državni ali javni lasti, neposredni ali posredni, – če ni bilo postopka oddaje javnega naročila. V podporo tem ugotovitvam je bilo namreč ugotovljeno, da se lahko zaradi neposredne dodelitve storitve mešani družbi obide načelo svobodne konkurence: pri slednjem so izjeme mogoče le, če so ustrezno utemeljene s potrebo po izpolnitvi naloge splošnega gospodarskega pomena z vidika dobička iz javno-zasebnega partnerstva, kot je navedeno v „Zeleni knjigi“ Evropske komisije z dne 30. aprila 2004.
- 6 V zvezi s tem je treba pojasniti in razlikovati med (pridobitnim) ciljem mešane javno-zasebne družbe in ciljem javnega organa, ki je nedvomno javen, tako da za dejavnost mešane javno-zasebne družbe in storitve, ki jih ponuja, veljajo pogoji dostopnosti, za katere bi izključno zasebni subjekt menil, da niso ugodni. Zgornja meja 70-odstotnega javnega lastništva v mešani javno-zasebni družbi tako opredeljuje točko, nad katero bi dejavnost te družbe vplivala na konkurenčnost na trgu, saj ne le da bi določen tržni sektor postal manj privlačen, pač pa bi zasebnemu družbeniku mešane javno-zasebne družbe omogočal, da prekomerno omeji ekonomsko tveganje udeležbe v navedeni družbi (manj kot 30 odstotkov). Poleg tega mešana javno-zasebna družba z zasebnim družbenikom, ki v okviru postopka javnega naročila nastopa z dvojnimi namenoma, izhaja iz sodne prakse

Consiglio di Stato (državni svet, Italija), ki je predložitveno sodišče v tej zadevi in ki jo je Sodišče priznalo kot pravilno (sodba z dne 15. oktobra 2009, C-196/08, Acoset).

- 7 Poleg tega je mogoče upoštevati tudi veljavno pravo Unije, da:
- a) je odločitev javnega organa, da ustanovi mešano javno-zasebno družbo, značilno uveljavljanje diskrecijske pravice, ki mu jo daje zakon za doseganje javnih interesov, ki so mu dodeljeni v varstvo;
 - b) zasebni družbenik, ki mora biti izbran na podlagi postopka oddaje javnega naročila, mora biti operativen in ne zgolj delovati kot družbenik s kapitalskim vložkom, ob upoštevanju posebnosti vloge, ki jo mora imeti pri izvajanju dejavnosti družbe: tudi sicer mora zasebni družbenik za namene splošnega interesa svojo vključenost upravičiti s tem, da razpolaga s potrebnimi kompetencami, s katerimi javni organ ne razpolaga;
 - c) udeležba zasebnega družbenika, ki opravlja dejavnost, mora biti ustrezna, tako da omogoča izvajanje dejavnosti družbe; to ustreznost je nacionalni zakonodajalec določil prav zaradi spoštovanja načel prava Evropske unije z minimalnim 30-odstotnim pragom udeležbe; tako delež, ki je nižji od tega praga, sam po sebi ne zadostuje za dejanski dosegi dejavnosti družbe;
 - d) v skladu s tem javno lastništvo v mešani javno-zasebni družbi ne sme presegati 70-odstotnega deleža.
- 8 Za rešitev spora je treba ugotoviti, ali se je treba zaradi upoštevanja ustreznega praga udeležbe v mešani javno-zasebni družbi (ki v delu javnega lastništva ne sme presegati 70-odstotnega deleža, delež zasebnega lastništva pa ne sme biti manjši od 30 odstotkov) sklicevati samo na pravno naravo zasebnega družbenika (ki je „formalno“ gledano v zasebnem pravu ustanovljen kot s.p.a.) oziroma ali je treba, če je udeležen v javnem kapitalu, upoštevati tudi „materialni“ vidik te udeležbe. V prvem primeru – kot trdita pritožnici – naj bi prednost uživali enaka obravnava konkurence in načelo prepovedi diskriminacije, pa tudi splošnejša načela svobode zasebne gospodarske pobude; v drugem primeru bi se ob neupoštevanju deleža javnega kapitala lahko zaobšel nacionalni predpis, zaradi katerega bi lahko prišlo do neučinkovitosti trga in bi bilo kršeno načelo konkurence, ker bi bilo zasebnemu družbeniku omogočene neupravičene koristi javnega lastništva. V zvezi z zadnjemavedenim bi bilo treba odločbo javnega organa (v tem primeru Roma Capitale), ki v konkretnem primeru ocenjuje partnerje, ki želijo sodelovati pri izbiri družbenika v mešani javno-zasebni družbi, in sprejema odločitve o izključitvi konkurenta, katerega kapital je v veliki meri udeležen v tem organu, šteti za združljivo z nacionalnimi ustavnimi načeli in načeli prava Evropske unije glede učinkovitosti, uspešnosti, ustreznosti in sorazmernosti glede na načelo konkurenčnosti, enakosti obravnave in prepovedi diskriminacije. Izbira ene ali

druge možnosti za razlago se lahko določi za tako ali nasprotno rešitev spora, zaradi česar je vprašanje razlage, ki ga je treba predložiti Sodišču, upoštevno.

DELOVNI DOKUMENT