

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 15 października 2009 r. (*)

Artykuły 43 WE, 49 WE i 86 WE – Udzielanie zamówień publicznych – Powierzenie świadczenia usług wodnych spółce o kapitale mieszanym – Postępowanie publiczne – Wybór wspólnika prywatnego odpowiedzialnego za wykonanie usługi – Powierzenie z pominięciem zasad udzielania zamówień publicznych

W sprawie C-196/08

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Włochy) postanowieniem z dnia 13 marca 2008 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 14 maja 2008 r., w postępowaniu

Acoset SpA

przeciwko

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

przy udziale:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: J. N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), prezes drugiej izby pełniący obowiązki prezesa trzeciej izby, P. Lindh, A. Rosas, U. Löhmus i A. O Caoimh, sędziowie,

rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 2 kwietnia 2009 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Acoset SpA przez A. Scuderi oraz G. Bonaventurę, avvocati,
- w imieniu Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i in. przez N. Gentilego, avvocato,
- w imieniu Comune di Vittoria (RG) przez A. Bruno oraz C. Giurdanelłę, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez R. Adameę, działającego w charakterze pełnomocnika , wspieranego przez G. Fiengę, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego przez M. Dowgielewicza, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez C. Zadrę oraz D. Kukoveca, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 2 czerwca 2009 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43 WE, 49 WE i 86 WE.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Acoset SpA (zwaną dalej „Acoset”) oraz Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa i in. (zgrupowaniem burmistrzów i prezydenta prowincji Ragusa, zwanym dalej „Conferenza”), dotyczącego stwierdzenia przez to ostatnie nieważności postępowania przetargowego w sprawie wyboru prywatnego przedsiębiorcy na mniejszościowego udziałowca w spółce mieszanej, której bezpośrednio powierzona została zintegrowana usługa wodna („servizo idrico integrato”) w prowincji Ragusa.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

Dyrektywa 2004/18

- 3 Artykuł 1 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114), stanowi:

„[...]”

2. a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

[...]

- d) »Zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II

[...]

4. »Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

[...]”

- 4 Zgodnie z art. 3 dyrektywy 2004/18:

„W przypadku gdy instytucja zamawiająca przyznaje podmiotowi, który nie jest instytucją zamawiającą, prawa specjalne lub wyłączne w zakresie świadczenia usług użyteczności publicznej, akt przyznający takie prawo zawiera zastrzeżenie, że podmiot, którego to dotyczy, udzielając osobom trzecim zamówień publicznych na dostawy w ramach swojej działalności, musi przestrzegać zasady niedyskryminacji w odniesieniu do przynależności państwowej”.

- 5 W rozumieniu art. 7 wskazanej dyrektywy:

„Niniejszą dyrektywę stosuje się wobec zamówień publicznych, [...] których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od podanych poniżej progów:

[...]

- b) 249 000 EUR:

- dla zamówień publicznych na dostawy i usługi, udzielanych przez instytucje zamawiające inne niż wymienione w załączniku IV, [»centrale organy rządowe«],

[...]”.

- 6 Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L 333, s. 28), wprowadziło zmianę w art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18 w brzmieniu wynikającym z rozporządzenia Komisji (WE) nr 1874/2004 z dnia 28 października 2004 r. (Dz.U. L 326, s. 17), zastępując kwotę 236 000 EUR kwotą 211 000 EUR obowiązującą w okresie od dnia 1 stycznia 2006 r. do dnia 1 stycznia 2007 r.
- 7 Zgodnie z art. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 1422/2007 z dnia 4 grudnia 2007 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L 317, s. 34), powyższa kwota została od dnia 1 stycznia 2008 r. zastąpiona kwotą 206 000 EUR.
- 8 Artykuł 17 dyrektywy 2004/18 stanowi:
- „Bez uszczerbku dla zastosowania art. 3, niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na usługi określonych w art. 1 ust. 4”.
- 9 W rozumieniu art. 21 dyrektywy 2004/18:
- „Proces udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B, regulują wyłącznie przepisy art. 23 i 35 ust. 4”.
- 10 Do kategorii 27 w załączniku II B tej dyrektywy należą „inne usługi” z wyłączeniem umów o pracę, zamówień obejmujących nabycie, przygotowanie, produkcję lub koprodukcję materiałów programowych przez nadawców, jak również zamówień dotyczących czasu transmisji.

Dyrektywa 2004/17

- 11 W rozumieniu art. 1 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1):

„2. [...].

- b) »Zamówienia na roboty budowlane« oznaczają zamówienia, których przedmiotem jest wykonanie lub zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności w rozumieniu załącznika XII, lub dzieło, lub realizacja za pomocą dowolnych metod dzieła spełniającego wymagania określone przez podmiot zamawiający. »Dzieło« oznacza wynik robót budowlanych lub inżynierskich, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję ekonomiczną lub techniczną;
- c) »Zamówienia na dostawy« oznaczają zamówienia inne niż wymienione w lit. b), których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji wykupu, produktów.

Zamówienie, którego przedmiotem jest dostawa produktów, obejmujące dodatkowo ich rozmieszczenie i instalację, uważa się za »zamówienia na dostawy«;

- d) »Zamówienia na usługi« oznaczają zamówienia inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku XVII.

Zamówienie, którego przedmiotem są zarówno produkty, jak i usługi w rozumieniu załącznika XVII, uważa się za »zamówienie na usługi«, jeżeli wartość usług przekracza wartość produktów objętych zamówieniem.

Zamówienie, którego przedmiotem są usługi w rozumieniu załącznika XVII i które obejmuje działalności w rozumieniu załącznika XII, które mają jedynie dodatkowy charakter w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia, uważa się za zamówienie na usługi.

3. a) »Koncesja na roboty budowlane« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z płatnością;
- b) »Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług obejmuje wyłącznie prawo do korzystania z usług, albo takie prawo wraz z płatnością».

12 Zgodnie z art. 4 dyrektywy 2004/17:

„1. Niniejsza dyrektywa dotyczy następujących rodzajów działalności:

- a) dostarczanie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej; lub
- b) dostawy wody pitnej do takich sieci.

[...]”.

13 W rozumieniu art. 9 ust. 1 tej dyrektywy:

„Zamówienie obejmujące kilka różnych rodzajów działalności podlega zasadom dotyczącym działalności, która stanowi działalność główną.

Jednakże wybór między udzieleniem jednego zamówienia a kilku odrębnych zamówień nie może być dokonany w celu wyłączenia go z zakresu niniejszej dyrektywy, lub dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli ma ona zastosowanie w tym przypadku”.

14 Artykuł 18 dyrektywy 2004/17 stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na roboty budowlane i usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące jedną lub kilka działalności wymienionych w art. 3–7, jeżeli wspomniane koncesje przyznawane są w celu prowadzenia tych działalności”.

Uregulowania krajowe

15 Dekret ustawodawczy nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustaw w sprawie organizacji jednostek samorządu terytorialnego

(testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) (dodatek zwykły do GURI nr 227 z dnia 28 września 2000 r.), zmieniony dekretem z mocą ustawy nr 269 z dnia 30 września 2003 r. w sprawie przepisów o charakterze doraźnym przyjętych w celu wspierania rozwoju i skorygowania funkcjonowania finansów publicznych (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) (dodatek zwykły do GURI nr 229 z dnia 2 października 2003 r.), przekształcony po zmianach w ustawę, ustawą nr 326 z dnia 24 listopada 2003 r. (dodatek zwykły do GURI nr 274 z dnia 25 listopada 2003 r., zwany dalej „dekretom ustawodawczym nr 267/2000”), w art. 113 ust. 5 stanowi co następuje:

„Świadczenie [lokalnych usług publicznych przez jednostkę samorządu terytorialnego] ma miejsce zgodnie z uregulowaniami sektorowymi i z poszanowaniem prawa Unii Europejskiej, przy czym zamówienie publiczne jest udzielane:

- a) spółkom kapitałowym wyłonionym w drodze przetargu;
- b) spółkom o kapitale mieszanym publiczno- prywatnym, w których prywatny wspólnik jest wyłoniony w drodze przetargu gwarantującego przestrzeganie przepisów krajowych i wspólnotowych z zakresu konkurencji zgodnie z wytycznymi wydanymi przez właściwe władze w formie przepisów szczególnych i okólników;
- c) spółkom należącym w pełni do Skarbu Państwa, pod warunkiem że organ lub organy publiczne posiadające udział w kapitale sprawują nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem lub organami publicznymi, które sprawują nad nią kontrolę”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

- 16 W dniu 10 lipca 2002 r. Provincia Regionale di Ragusa (regionalna prowincja Ragusa) oraz lokalne gminy zawarły umowę o współpracy, na mocy której ustanowiły wodny Ambito Territoriale Ottimale (optymalny obszar terytorialny, zwany dalej „ATO”) idrico di Ragusa (w odniesieniu do zasobów wodnych dla Ragusy), stanowiący miejscowy organ odpowiedzialny za zintegrowaną usługę wodną w Ragusa.
- 17 W dniu 26 marca 2004 r. Conferenza, organ zarządzający ATO, wybrał jako formę zarządzania omawianą usługą „spółkę mieszaną z przeważającym kapitałem publicznym”, o której mowa w art. 113 ust. 5 lit. b) dekretu ustawodawczego nr 267/2000.
- 18 W dniu 7 czerwca 2005 r. Conferenza zatwierdziło projekt aktu utworzenia spółki akcyjnej, jej statutu, a także projekt dotyczący umowy o zarządzaniu wskazaną usługą, która w art. 1 przewidywała bezpośrednio i na zasadach wyłączności powierzenie usługi tworzonej spółce o kapitale mieszanym (zarządzającemu zintegrowaną usługą wodną).
- 19 Następnie między innymi w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* (Dz.U. S 195 z dnia 8 października 2005 r.) opublikowane zostało ogłoszenie o przetargu w celu wybrania przedsiębiorcy, mniejszościowego prywatnego udziałowca, celem powierzenia mu zarządzania zintegrowaną usługą wodną i przeprowadzenia związanych z tym prac, rozumianych jako roboty przewidziane w trzyletnim planie operacyjnym zatwierdzonym na konferencji burmistrzów w dniu 15 grudnia 2003 r.

- 20 Artykuł 1 pkt 8 specyfikacji warunków zamówienia przewidywał, że „prace do wykonania określone są w trzyletnim planie operacyjnym, zmienionym lub uzupełnionym w ofercie, a także w późniejszym projekcie informacyjnym, przewidzianym w planie zagospodarowania [...]” oraz że „w celu udzielenia zamówienia na prace, które nie są wykonywane bezpośrednio przez prywatnego udziałowca, należy odwołać się do przewidzianych w ustawie postępowań publicznych”.
- 21 W postępowaniu przetargowym uczestniczyły trzy tymczasowe grupy spółek, których liderami były odpowiednio Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset i Aqualia SpA. Komisja przetargowa wykluczyła Aqualia SpA i dopuściła dwie pozostałe. Następnie podmiot odpowiedzialny za przeprowadzenie postępowania wezwał pozostałe spółki do potwierdzenia zainteresowania przetargiem. Jedynie Acoset udzieliła odpowiedzi twierdzącej.
- 22 Z postanowienia odsyłającego wynika również, że Conferenza zamiast wydać decyzję o udzieleniu zamówienia i utworzeniu zarządczej spółki o kapitale mieszanym celem uruchomienia usługi i wykorzystania funduszy europejskich, na posiedzeniu w dniu 26 lutego 2007 r., w obawie przed bezprawnością przeprowadzonego postępowania z powodu jego sprzeczności z prawem wspólnotowym, postanowiło podjąć działania w celu stwierdzenia nieważności postępowania w sprawie wyboru Acoset. W rezultacie techniczny sekretariat wykonawczy ATO pismem z dnia 28 lutego 2007 r. poinformował spółkę Acoset o wszczęciu postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności, a Acoset przedstawiła uwagi w tej kwestii pismem z dnia 26 marca 2007 r.
- 23 W dniu 2 października 2007 r. Conferenza opowiedziało się za stwierdzeniem nieważności rozpatrywanego postępowania przetargowego i wybrało „konsorcjum” jako formę zarządzania usługą wodną dla Ragusa. Pismem z dnia 9 października 2007 r. powiadomiono Acoset o stwierdzeniu nieważności postępowania przetargowego.
- 24 W ramach skargi w postępowaniu przed sądem krajowym na decyzję z dnia 2 października 2007 r. oraz akty będące podstawą tej decyzji, Acoset żąda naprawienia szkody poprzez udzielenie zamówienia oraz zasądzenia odpowiedniego odszkodowania za szkodę wnikającą z zaskarżonych aktów. Acoset żąda również zastosowania środków tymczasowych w postaci tymczasowego zawieszenia wykonania tych aktów.
- 25 Zdaniem Acoset bezpośrednie powierzenie zarządzania terytorialnymi usługami publicznymi spółkom o kapitale mieszanym zgodnie z art. 113 ust. 5 lit. b) dekretu ustawodawczego nr 267/2000, w których prywatny udziałowiec został wybrany w postępowaniu przetargowym z zachowaniem przepisów wspólnotowych z zakresu konkurencji, jest zgodne z prawem wspólnotowym.
- 26 Pozwane przed sądem krajowym uważają natomiast, że prawo wspólnotowe zezwala na takie bezpośrednie, bez przeprowadzania przetargu udzielenie zamówienia na roboty budowlane i usługi, wyłącznie spółkom należącym w całości do Skarbu Państwa, które realizują większą część swej działalności wraz z kontrolującymi je organami publicznymi i nad którymi organy publiczne sprawują kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami. Udział, nawet mniejszościowy przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, do której należy również zainteresowana instytucja zamawiająca wyklucza w każdym razie, by instytucja ta mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (zob. w szczególności wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1).

- 27 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia uważa, że kwestia dotycząca zgodności bezpośredniego udzielenia omawianego zamówienia z prawem wspólnotowym, które została podniesione przez Acoset, jest istotna, a odpowiedź w przedmiocie tej kwestii nie może być w sposób jednoznaczny ustalona na podstawie orzecznictwa Trybunału.
- 28 W tej sytuacji Tribunale amministrativo regionale della Sicilia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy model spółki mieszanej publiczno-prywatnej, ustanowionej w celu świadczenia określonej usługi publicznej o znaczeniu przemysłowym, i wyłącznym celu działalności, której to spółce omawiane usługi są powierzane bezpośrednio, i w której wspólnik prywatny o charakterze »przemysłowym« i »operacyjnym« jest wybierany w postępowaniu publicznym, po sprawdzeniu zarówno wymogów finansowych i technicznych, jak i wymogów operacyjnych i zarządczych dotyczących usługi oraz szczegółowych świadczeń podlegających wykonaniu, jest zgodny z prawem wspólnotowym, w szczególności z obowiązkami w zakresie przejrzystości i wolnej konkurencji, o których mowa w art. 43 WE, 49 WE i 86 WE?».

W przedmiocie dopuszczalności

- 29 Rząd austriacki zauważa, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym musi zostać uznany za niedopuszczalny z uwagi na fakt, że postanowienie odsyłające nie zawiera wystarczających informacji co do stanu faktycznego i prawnego w związku z postępowaniem przed sądem krajowym, umożliwiających Trybunałowi udzielenie pomocnej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne. Brak jest w szczególności informacji dotyczących szczególnego charakteru świadczonych usług, przedmiotu postępowania przetargowego i postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oraz niektórych terminów użytych w przedłożonym pytaniu.
- 30 Co się tyczy informacji, które muszą zostać przedstawione Trybunałowi w ramach postanowienia odsyłającego, należy przypomnieć, że informacje te nie służą jedynie umożliwieniu Trybunałowi udzielenia przydatnej odpowiedzi, lecz muszą również umożliwić rządów państw członkowskich i innym zainteresowanym stronom przedstawienie uwag zgodnie z art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w tym celu niezbędne jest, by sąd krajowy wskazał ramy faktyczne i prawne przedstawionych pytań lub przynajmniej wyjaśnił okoliczności faktyczne będące podstawą tych pytań. Ponadto postanowienie odsyłające musi wskazywać dokładne powody, dla których sąd krajowy powziął wątpliwości w przedmiocie wykładni prawa wspólnotowego i uznał za konieczne postawienie pytań prejudycjalnych Trybunałowi. W tym kontekście niezbędne jest, aby sąd krajowy przedstawił minimum wyjaśnień dotyczących powodów wyboru przepisów wspólnotowych, o których wykładnię się zwraca, oraz związku, jaki dostrzega między tymi przepisami a ustawodawstwem krajowym mającym zastosowanie w sprawie (zob. w szczególności wyrok z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04, Placanica i in., Zb.Orz. s. I-01891, pkt 34).
- 31 Postanowienie odsyłające Tribunale amministrativo regionale della Sicilia spełnia te wymogi.
- 32 Sąd krajowy w postanowieniu odsyłającym wskazuje bowiem mające zastosowanie przepisy krajowe oraz przedstawia opis okoliczności faktycznych, który – choć lakoniczny – jest wystarczający, aby umożliwić Trybunałowi rozstrzygnięcie sprawy.

Ponadto sąd ten wskazuje powody, które sprawiły, że uznał za konieczne przedłożenie pytania prejudycjalnego Trybunałowi, ponieważ postanowienie odsyłające zawiera szczegółowy opis przeciwnych stanowisk stron w postępowaniu przed sądem krajowym w odniesieniu do wykładni przepisów prawa wspólnotowego, które są przedmiotem pytania prejudycjalnego i ponieważ, zdaniem sądu krajowego, odpowiedź na rzezone pytanie nie może być w sposób jednoznaczny ustalona na podstawie orzecznictwa Trybunału.

- 33 Ponadto Conferenza zauważa, że w zakresie w jakim stwierdzono nieważność postępowania w sprawie wyboru prywatnego udziałowca którego dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, Acoset nie ma żadnego interesu prawnego w celu uzyskania odpowiedzi na przedłożone pytanie.
- 34 W związku z tym wystarczy zauważyć, że art. 234 WE wprowadził bezpośrednią współpracę między Trybunałem a sądami krajowymi w drodze postępowania wszczętego bez inicjatywy stron i w toku którego strony te wzywa się jedynie do przedstawienia swoich stanowisk w odniesieniu do pytań, które formułowane są wyłącznie przez sąd krajowy (zob. podobnie, w szczególności wyrok z dnia 9 grudnia 1965 r. w sprawie 44/65 Singer, Rec. s. 1191).
- 35 W powyższych okolicznościach pytanie skierowane przez sąd krajowy wymaga rozpoznania.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 36 W przedłożonym pytaniu sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy art. 43 WE, 49 WE i 86 WE sprzeciwiają się bezpośredniemu powierzeniu usługi publicznej, która wiąże się z wcześniejszym wykonaniem pewnych prac, takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym, spółce o kapitale mieszanym prywatno-publicznym, utworzonej specjalnie w celu świadczenia tej usługi o wyłącznym celu działalności, a której prywatny udziałowiec został wybrany w publicznym przetargu, po sprawdzeniu zarówno wymogów finansowych i technicznych, jak i wymogów operacyjnych i zarządczych dotyczących wykonywanej usługi oraz szczególnych cech składanej przez niego oferty w odniesieniu do usługi, która ma być świadczona.
- 37 Na wstępie należy przypomnieć, że powierzenie terytorialnej usługi publicznej w zakresie zintegrowanego zarządzania zasobami wodnymi, takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym może być objęte, w zależności od cech szczególnych wynagrodzenia za tę usługę, definicją „zamówień publicznych na usługi” lub definicją „koncesji na usługi” w rozumieniu odpowiednio art. 1 ust. 2 lit. d) i ust. 4 dyrektywy 2004/18, lub w zależności od okoliczności, art. 1 ust. 2 lit. d) i ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17, której art. 4 ust. 1 lit. e) przewiduje, że znajduje ona zastosowanie do działalności w zakresie dostarczania lub obsługi stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej lub w zakresie dostaw wody pitnej do takich sieci.
- 38 Kwestia, czy dane działanie powinno zostać zakwalifikowane jako „koncesja na usługi” lub „zamówienie publiczne na usługi”, musi być zatem oceniana wyłącznie w świetle prawa wspólnotowego (zob. w szczególności wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-6657, pkt 31).
- 39 Różnica pomiędzy zamówieniem na usługi a koncesją na usługi spoczywa w wynagrodzeniu za świadczenie usług (zob. w szczególności wyrok z dnia 10 września

2009 r. w sprawie C-206/08 WAZV Gotha, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 51). „Zamówienie publiczne na usługi” w rozumieniu dyrektyw 2004/18 i 2004/17 zakłada istnienie pieniężnego świadczenia wzajemnego uiszczanego bezpośrednio usługodawcy przez instytucję zamawiającą (zob. w szczególności wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Rec. s. I-8585, pkt 39). Koncesja na usługi występuje wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu usługodawcy do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie (zob. w szczególności wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-437/07 Komisja przeciwko Włochom, pkt 29 i 31, a także ww. w sprawie WAZV Gotha, pkt 59 i 68).

- 40 Sąd krajowy odwołuje się do tworzonej spółki o kapitale mieszanym w charakterze „koncesjonariusza” zarządzania zintegrowaną usługą wodną. Z akt sprawy wynika, że czas trwania tej operacji został określony na trzydzieści lat.
- 41 Ponadto rząd włoski zauważa, że chodzi bez wątplenia o powierzenie usługi publicznej poprzez trzydziestoletnią koncesję, której zasadniczym sposobem wynagrodzenia jest możliwość żądania od użytkowników opłat za wodę, co zostało wskazane w postępowaniu przetargowym jako wynagrodzenie za świadczoną usługę.
- 42 Trybunał przyjmując zatem hipotezę, że chodzi o koncesję.
- 43 Trybunał przyznał występowanie koncesji na usługi, w szczególności w przypadku, gdy wynagrodzenie usługodawcy pochodzi z płatności dokonywanych przez użytkowników parkingów publicznych, usług transportu publicznego i sieci teledystrybucji (zob. wyroki ww. w sprawie Parking Brixen, pkt 40; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb. Orz. s. I-3303, pkt 16 i z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 24).
- 44 Artykuł 17 dyrektywy 2004/18 stanowi, że z zastrzeżeniem art. 3, dyrektywa ta nie ma zastosowania do koncesji na usługi. Ponadto, art. 18 dyrektywy 2004/17 wyklucza zastosowanie tej dyrektywy do koncesji na usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące jedną lub kilka działalności wymienionych w art. 3–7 tejże dyrektywy, jeżeli wspomniane koncesje przyznawane są w celu prowadzenia tych działalności.
- 45 Nie ulega ponadto wątpliwości, że wykonanie prac związanych z wyłącznym zarządzaniem zintegrowaną usługą wodną, będącą przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, ma charakter drugorzędny w stosunku do zasadniczego przedmiotu omawianej koncesji, jakim jest świadczenie tej usługi, co oznacza, że nie może być ona uznana za „koncesję na roboty budowlane” (zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, Rec. p. I-1329, pkt 26–28 i art. 9 ust. 1 dyrektywy 2004/17).
- 46 Mimo że umowy koncesyjne na świadczenie usług publicznych są wyłączone z zakresu stosowania dyrektyw 2004/18 i 2004/17, organy władzy publicznej udzielające koncesji są niemniej zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE w ogóle, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 18).
- 47 Szczegółowe postanowienia traktatu znajdujące zastosowanie do koncesji na świadczenie usług publicznych zawarte są w szczególności w art. 43 i 49 WE (ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 19).

- 48 Poza zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową do koncesji na usługi publiczne powinna mieć również zastosowanie zasada równego traktowania oferentów, nawet w przypadku braku dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 19).
- 49 Zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala publicznej instytucji zamawiającej na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Ten obowiązek przejrzystości, który ciąży na wspomnianym organie, polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie koncesji na usługi na konkurencję i kontrolę bezstronności postępowań przetargowych (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 21).
- 50 Ponadto z art. 86 ust. 1 WE wynika, że państwa członkowskie nie mogą utrzymywać w mocy przepisów krajowych, które zezwalają na udzielenie koncesji na usługi publiczne bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, ponieważ takie udzielenie narusza postanowienia art. 43 WE lub art. 49 WE, lub zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 23).
- 51 Stosowanie reguł ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE jak również ogólnych zasad, których szczególny wyraz stanowią owe reguły, jest jednakże wykluczone, w przypadku gdy zarówno kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, jak i podmiot ten wykonuje zasadniczą część swej działalności wspólnie z organem władzy lub władzami, w których dyspozycji pozostaje (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 24). W takim przypadku nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet jeżeli wykonawca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej (zob. w szczególności wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 36).
- 52 Orzecznictwo to jest istotne zarówno dla wykładni dyrektyw 2004/18 i 2004/17 jak i wykładni art. 43 i 49 WE oraz ogólnych zasad, których szczególny wyraz przepisy te stanowią (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie Sea, pkt 37).
- 53 Udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza, by instytucja ta mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie Sea, pkt 46).
- 54 Tak jest w przypadku koncesji będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, gdyż prywatny udziałowiec ma objąć 49 % kapitału spółki o kapitale mieszanym, której omawiana koncesja zostaje udzielona.
- 55 W tej sytuacji należy określić szczegółowo, czy powierzenie omawianej usługi publicznej spółce o kapitale mieszanym bez ogłaszania szczególnego przetargu jest zgodne z prawem wspólnotowym, jeżeli przetarg w celu wybrania prywatnego udziałowca odpowiedzialnego za pełne zarządzanie usługą wodną następuje z zachowaniem art. 43 WE i 49 WE a także zasad równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową oraz wynikającego z nich obowiązku przejrzystości.

- 56 Z orzecznictwa wynika, że udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu z kapitałem mieszanym z pominięciem postępowania przetargowego stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania w szczególności dlatego, że taka procedura dawałaby przedsiębiorstwu prywatnemu obecnemu w kapitale tego przedsiębiorstwa przewagę w stosunku do jego konkurentów (ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 51, a także wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz., s. I-9705, pkt 48).
- 57 Ponadto jak wynika z pkt 2.1 komunikatu wyjaśniającego Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP) (Dz.U. 2008 C 91, s. 4), fakt współpracy podmiotu prywatnego i podmiotu zamawiającego w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym nie może uzasadniać nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych i koncesji podczas udzielania zamówień publicznych lub koncesji temu podmiotowi prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym.
- 58 Jednakże jak zauważył rzecznik generalny w pkt 85 opinii, wprowadzenie podwójnej procedury przetargowej z trudem można pogodzić z ekonomią procesową, która stanowi podstawę zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, którego utworzenie łączy w tym samym akcie wybór prywatnego partnera gospodarczego oraz przyznanie koncesji utworzonemu w tym celu podmiotowi o kapitale mieszanym.
- 59 Jeżeli brak przeprowadzenia przetargu w ramach powierzenia usług wydaje się sprzeczny z art. 43 WE i 49 WE oraz zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, wybór prywatnego udziałowca z zachowaniem wymogów przypomnianych w pkt 46–49 niniejszego wyroku oraz dobór kryteriów wyboru prywatnego współnika umożliwiają zapobieżenie takiej sytuacji, jeżeli kandydaci muszą wykazać, oprócz możliwości zostania udziałowcem, przede wszystkim kompetencję techniczną do świadczenia usługi oraz korzyści ekonomiczne i inne korzyści wynikające z ich oferty.
- 60 W zakresie w jakim kryteria wyboru prywatnego udziałowca oparte są nie tylko na wnoszonym kapitale, ale również kompetencji technicznej tego udziałowca oraz cechach charakteryzujących jego ofertę w świetle szczegółowych świadczeń podlegających wykonaniu a udziałowcowi temu, tak jak w postępowaniu przed sądem krajowym, powierza się operacyjny aspekt omawianej usługi i w związku z tym zarządzanie nią, można uznać, że wybór koncesjonariusza wynika pośrednio z wyboru takiego udziałowca, który nastąpił w postępowaniu, które zachowuje zasady prawa wspólnotowego, co oznacza że drugie postępowanie przetargowe w celu wybrania koncesjonariusza nie byłoby uzasadnione.
- 61 Wprowadzenie w takiej sytuacji podwójnego postępowania, najpierw w sprawie wyboru partnera prywatnego spółki o kapitale mieszanym i następnie, w sprawie udzielenie koncesji takiej spółce, zniechętałoby podmioty prywatne i organy publiczne do tworzenia zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych, takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym z uwagi na czas trwania konieczny do przeprowadzenia takich postępowań i brak gwarancji prawnych co do udzielenia koncesji uprzednio wybranemu prywatnemu partnerowi.
- 62 Należy dodać, że spółka o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, taka jak w postępowaniu przed sądem krajowym, podczas całego okresu, na który koncesja

została przyznana musi zachować ten sam przedmiot działalności i że każda istotna zmiana umowy powodowałaby obowiązek przeprowadzenia postępowania przetargowego (zob. podobnie, wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, Zb.Orz., s. I-4401, pkt 34).

- 63 W świetle powyższych rozważań na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 43 WE, 49 WE i 89 WE nie sprzeciwiają się bezpośredniemu powierzeniu usługi publicznej obejmującej wcześniejsze wykonanie pewnych prac, takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym, spółce o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, utworzonej specjalnie w celu świadczenia tej usługi i posiadającej wyłączny cel działalności, w której prywatny udziałowiec został wyłoniony w trybie przetargu publicznego, po sprawdzeniu wymogów finansowych, technicznych, operacyjnych i zarządczych w związku z wykonywaną usługą oraz szczególnych cech składanej przez niego oferty w odniesieniu do usługi, która ma być świadczona, pod warunkiem, że omawiane postępowanie przetargowe jest zgodne z zasadami wolnej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania przewidzianymi w traktacie w odniesieniu do koncesji.

W przedmiocie kosztów

- 64 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

Artykuły 43 WE, 49 WE i 89 WE nie sprzeciwiają się bezpośredniemu powierzeniu usługi publicznej obejmującej wcześniejsze wykonanie pewnych prac, takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym, spółce o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, utworzonej specjalnie w celu świadczenia tej usługi i posiadającej wyłączny cel działalności, w której prywatny udziałowiec został wyłoniony w trybie przetargu publicznego, po sprawdzeniu wymogów finansowych, technicznych, operacyjnych i zarządczych w związku z wykonywaną usługą oraz szczególnych cech składanej przez niego oferty w odniesieniu do usługi, która ma być świadczona, pod warunkiem, że omawiane postępowanie przetargowe jest zgodne z zasadami wolnej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania przewidzianymi w traktacie WE w odniesieniu do koncesji.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.