

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 10 września 2009 r.(*)

Zamówienie publiczne – Procedura udzielania zamówień – Zamówienie dotyczące usługi zbiórki, transportu i unieszkodliwiania odpadów miejskich – Udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia przetargu – Udzielenie zamówienia spółce akcyjnej, której kapitał zakładowy jest w całości własnością samorządów publicznych, lecz której statut przewiduje możliwość posiadania akcji przez podmioty prywatne

W sprawie C-573/07

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 11 października 2007 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 28 grudnia 2007 r., w postępowaniu

Sea Srl

przeciwko

Comune di Ponte Nossa,

przy uczestnictwie

Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), J. Klučka i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 1 kwietnia 2009 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Sea Srl, przez L. Nola, avvocatessa,
- w imieniu Comune di Ponte Nossa, przez A. Di Lasciego oraz S. Monzaniego, avvocati,
- w imieniu Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA, przez M. Mazzarelliego oraz S. Sonzogniego, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego, przez R. Adama a następnie przez I. Bruni, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez G. Fiengego, avvocato dello Stato,

- w imieniu rządu czeskiego, przez M. Smolka, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu niderlandzkiego, przez C. Wissels oraz C. ten Dama, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego, przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego, przez A. Ratajczaka, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez M. Konstantinidisa oraz C. Zadrę, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 12 WE, 43 WE, 45 WE, 46 WE, 49 WE i 86 WE.
- 2 Wniosek ten wydano w ramach sporu pomiędzy Sea Srl (zwanej dalej „Sea”) a Comune di Ponte Nossa (gminą Ponte Nossa) w przedmiocie udzielenia przez tą ostatnią zamówienia na usługi zbiórki, transportu i unieszkodliwiania odpadów miejskich spółce Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA (zwanej dalej „Setco”).

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

- 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 W świetle art. 20 tej dyrektywy:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II A, udziela się zgodnie z przepisami art. 23–55.”

5 Artykuł 28 rzeczony dyrektywy stanowi, że Udzielają one zamówienia są udzielane, z zastrzeżeniem wyjątków, przy zastosowaniu procedury otwartej lub ograniczonej.

6 W świetle art. 80 dyrektywy 2004/18 państwa członkowskie muszą wprowadzić w życie najpóźniej do dnia 31 stycznia 2006 r. przepisy niezbędne do zastosowania się do tej dyrektywy.

7 Załącznik II A do tej dyrektywy zawiera kategorię 16 obejmującą „Usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne”.

Uregulowania krajowe i ramy statutowe

8 Artykuł 2341 a włoskiego kodeksu cywilnego stanowi:

„Umowy, niezależnie od ich formy, zmierzające do stabilizacji sytuacji majątkowej lub zarządu spółki:

a) które mają za cel wykonywanie prawa głosu w spółce akcyjnej lub w jej spółkach matkach;

b) ograniczają przeniesienie akcji lub udziałów w spółkach matkach;

c) które mają za celu lub skutek sprawowanie, w tym łącznie, przeważającego wpływu na te spółki, nie mogą być zawierane na okres dłuższy niż pięć lat i są uważane za zawarte na ten czas nawet jeśli strony przewidziały dłuższy czas ich trwania; umowy podlegają przedłużeniu na kolejny okres w terminie ich wygaśnięcia.

Jeśli czas trwania umowy nie został określony, każda ze stron może odstąpić od umowy ze 180-dniowym terminem wypowiedzenia.

Postanowienia poprzedniego artykułu nie mają zastosowania do czynności polegających na porozumieniach o współpracy produkcyjnej lub wymianie towarów i usług dotyczących spółek będących w całości własności stron porozumienia.”

9 Artykuł 2355 a kodeksu cywilnego stanowi:

„Gdy akcje są imienne lub nie zostały emitowane, statut może uzależnić ich przeniesienie od spełnienia szczególnych przesłanek i może go zabronić, na okres nie przekraczający pięciu lat od utworzenia spółki lub wprowadzenia tego zakazu.

Przepisy statutu, które uzależniają przeniesienie akcji wyłącznie od zezwolenia organów spółki lub innych spółek są nieważne jeśli nie przewidują po stronie spółki lub innych współników obowiązku odkupu lub nie przyznają prawa odstąpienia na rzecz

zbywcy; przepisy art. 2357 podlegają stosowaniu. Cena sprzedaży lub dywidendy likwidacyjne są ustalane zgodnie z trybem i w zakresie wskazanym w art. 2437b.

Przepisy poprzedniego akapitu mają zastosowanie we wszystkich przypadkach, gdy przeniesienie akcji w następstwie śmierci jest poddane szczególnym warunkom, chyba że udzielono wymaganego zezwolenia.

Ograniczenia przenoszenia akcji muszą wynikać z samego tytułu.”

- 10 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 usług 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 uregulowań 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”.
- 11 W świetle art. 1 ust. 3 statutu Setco:

„Ze względu na charakter spółki, uczestniczyć w niej mogą jednostki samorządu terytorialnego określone w art. 2 ust. 1 ustawy nr 267/2000, jak również inne jednostki administracji publicznej i przedsiębiorstwa publiczne posiadające osobowość prawną, których działalność i doświadczenie umożliwiają całkowite osiągnięcie celów spółki.”

- 12 W świetle art. 1 ust. 4 rzeczonego statutu:

„Akcji nie mogą posiadać podmioty prywatne i różne inne jednostki, a w każdym razie podmioty, których chociażby mniejszościowy udział pod względem jakościowym i/lub ilościowym może wpływać na mechanizmy »analogicznej kontroli« (tak jak zdefiniowano je w dalszych przepisach i w przepisach wspólnotowych oraz krajowych) lub mechanizmy zarządzania, które są niezgodne z obowiązującymi normami.”

- 13 Artykuł 3 statutu Setco stanowi:

„1. Celem spółki jest zarządzanie lokalnymi usługami publicznymi i lokalnymi usługami publicznymi o charakterze międzygminnym, dotyczącymi wyłącznie jednostek samorządu terytorialnego powierzających te usługi na podstawie art. 113 i nast. Dekretu ustawodawczego nr 267/2000 [...], w tym w drodze zawarcia umowy pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego.

[...]

3. Usługi i roboty wskazane powyżej:

- Mogą być wykonywane również na rzecz osób prywatnych, gdy nie jest to sprzeczne z celami spółki lub przyczynia się do ich lepszej realizacji;

[...]”

14 Artykuł 6 ust. 4 rzeczonoego statutu stanowi:

„Spółka może wspierać akcjonariat na poziomie lokalnym (obywateli lub przedsiębiorców) lub [akcjonariat] pracowniczy; może też emitować akcje uprzywilejowane [...].”

15 Artykuł 8a rzeczonoego statutu stanowi:

„1. Zamówienia na wykonanie publicznych usług lokalnych spółce mogą być przyznane bezpośrednio, przy poszanowaniu obowiązujących przepisów krajowych i wspólnotowych, przez wspólników reprezentujących jednostki samorządu terytorialnego (»wspólnicy powierzający wykonanie zamówienia«) odpowiednio w odniesieniu do wszystkich lub niektórych sektorów określonych w art. 8 odpowiadającym następującym działom: Dział nr 1 odpady; Dział nr 2 Woda; Dział nr 3 Gaz; Dział nr 4 Turystyka; Dział nr 5 Energia; Dział nr 6 Usługi użyteczności publicznej.

2. Spółka wykonuje usługi na zasadzie wyłączności na rzecz wspólników powierzających wykonanie zamówienia w każdym razie w granicach obszaru podlegającego kompetencji wskazanych jednostek administracyjnych.

3. Wspólnicy wykonują wspólnie i/lub oddzielnie najszersze uprawnienia kierownicze, koordynacyjne i nadzorcze nad organami spółki i innymi władzami spółki, w szczególności: mogą zwoływać organy spółki w celu wyjaśnienia sposobu, w jaki wykonywane są publiczne usługi lokalne, żądać okresowo a przynajmniej dwa razy do roku sprawozdania z zarządzania usługami i przebiegu procesu finansowego; wykonują kontrolę zarządzania zgodnie z zasadami określonymi w regulaminach wewnętrznych jednostek administracyjnych powierzających wykonanie zamówienia; wyrażają uprzednią zgodę, która jest niezbędnym warunkiem każdej zmiany statutu wpływającej na zarządzanie publicznymi usługami lokalnymi.”.

4. Poszczególne działy określają stosowanie mechanizmów analogicznej, wspólnej i zróżnicowanej kontroli zgodnie z zasadami przewidzianymi w niniejszym akcie i odpowiednich umowach o świadczenie usług.

5. Wspólnicy powierzający wykonanie zamówienia wykonują swoje uprawnienia w odniesieniu do wszystkich działów, którym zdecydowali się przyznać bezpośrednio wykonanie usług. W celu skutecznego zarządzania wspomnianych usług organy spółki i pracownicy spółki są także odpowiedzialni za działalność przed organami określonymi w niniejszym akcie.

6. Kontrola przez wspólników powierzających wykonanie zamówienia jest nie tylko wykonywana za pośrednictwem uprawnień związanych ze statusem akcjonariusza spółki określonych w prawie spółek, ale także przez: połączony komitet kierowniczy kontroli administracyjnej (zwany dalej »połączonym komitetem«); komitet technicznej kontroli każdego działu (zwany dalej »komitetem technicznym«).

7. Wspólnicy niepowierzający wykonanie zamówienia mogą uczestniczyć bez prawa głosu w spotkaniach połączonego komitetu [...] i komitetu technicznego [...] każdego działu. Bezwzględna większość członków wspomnianych komitetów może wykluczyć z udziału w pojedynczych spotkaniach lub w części spotkania wspólników niepowierzających wykonanie zamówienia podając uzasadnienie w protokole każdego spotkania.”

16 Artykuł 8b statutu spółki Setco ma następujące brzmienie:

„1. Połączony komitet [...] tworzą: przedstawiciel każdego wspólnika powierzającego wykonanie zamówienia będący albo przedstawicielem prawnym jednostki, zastępca członka zarządu jednostki samorządu terytorialnego lub zastępca urzędującego członka rady pro tempore; urzędnik mający za zadanie wsparcie i sporządzenie protokołu bez prawa głosu, powołany wspólnie przez wspólników powierzających wykonanie zamówienia podczas pierwszego spotkania spośród sekretarzy, dyrektorów generalnych lub dyrektorów (lub kierowników działów tam gdzie nie ma personelu zarządzającego, zatrudnionych w przynajmniej jednej jednostce powierzającej wykonanie zamówienia.

2. Połączony komitet ma funkcje doradcze, kierownicze i decyzyjne dla celów analogicznej kontroli, a w szczególności a) wykonuje w stosunku do organów i władz spółki kompetencje i prerogatywy rady, zarządu gminy i burmistrza/prezydenta, jakie mają oni w zakresie kontroli podlegających im urzędów i służb. Kontrola odnosi się do wszystkich aspektów organizacji i funkcjonowania służb, których dotyczy zamówienie; b) udziela wytycznych podkomitetom w celu skoordynowanego i jednolitego zarządzania usługami a także w dziedzinach i aspektach angażujących kilka działów; c) powołuje przedstawicieli jednostek samorządu terytorialnego do rady administracyjnej spółki; d) powołuje prezesa rady administracyjnej i rady nadzorczej i może odwołać go w przypadkach wskazanych w niniejszym statucie; e) udziela wytycznych w zakresie nominacji zastępców członków rady administracyjnej i dyrektora generalnego spółki; f) przygotowuje propozycję projektu budżetu na kolejne lata, rocznego budżetu a także bilansu spółki; d) wysłuchuje najwyższych przedstawicieli kadry zarządzającej, a przynajmniej raz na rok prezesa i/lub dyrektora generalnego; h) uzyskuje okresowe sprawozdania z przebiegu wykonania lokalnych usług publicznych od najwyższych organów spółki przynajmniej raz na semestr; i) może delegować niektóre zadania na jeden lub więcej komitetów technicznych w zróżnicowany sposób w zależności od specyfiki odpowiednich kompetencji; l) przygotowuje uprzednią opinię na temat działań członków rady administracyjnej, które są zatwierdzane przez zgromadzenie akcjonariuszy w przypadkach przewidzianych w niniejszym statucie.

3. Zwyczajne zebrania połączonego komitetu odbywają się przynajmniej raz na rok a nadzwyczajne spotkania na wniosek: a) jednego ze wspólników powierzających wykonanie zamówienia b) przedstawiciela prawnego spółki.”

17 W świetle art. 8c rzeczonego statutu:

«1. Ustanawia się komitet techniczny [...] dla każdego z następujących działów: dział nr 1 odpady; dział nr 2 Woda; dział nr 3 Gaz; dział nr 4 Turystyka; dział nr 5 Energia; Dział nr 6 Usługi użyteczności publicznej.

2. Komitet techniczny tworzą: przedstawiciel każdego upoważnionego wspólnika powołany spośród sekretarzy, dyrektorów (lub kierowników działów pozbawionych personelu kierowniczego z kwalifikacjami kierowniczymi) z przynajmniej jednej upoważnionej jednostki [...]

3. Ten sam podmiot może wchodzić w skład wielu działów.

4. Komitet techniczny w szczególności wykonuje a) w stosunku do innych organów i władz spółki kompetencje i prerogatywy właściwe technicznym organom administracji w odniesieniu do ich urzędów. Kontrola dotyczy wszystkich aspektów organizacji i funkcjonowania usług będących przedmiotem zamówienia w granicach kompetencji działu i przy poszanowaniu wytycznych komitetu technicznego; b) wspiera jednolity komitet w podejmowaniu decyzji dotyczących nierozzerwalnie organizacji i funkcjonowania służb będących w ramach kompetencji działu; c) wykonuje zadania przekazane przez jednolity komitet; d) koordynuje systemy kontroli zarządzania spółki; e) proponuje jednolitemu komitetowi lub organom spółki wydanie aktów niezbędnych do koordynacji działań spółki z celami jednostek administracyjnych powierzających wykonanie zlecenia jak wynika z wykonawczego planu zarządzania i planu celów; f) udziela technicznego wsparcia w administracji działalnością spółki zgodnie z zasadami określonymi przez regulaminy upoważnionych jednostek i/lub zgodnie z ustaleniami dotyczącymi stosunków pomiędzy nimi; g) sygnalizuje ewentualne nieprawidłowości w zarządzaniu usługami i proponuje modyfikacje do uregulowań gminnych i innych aktów regulujących publiczne usługi lokalne.”

18 Artykuł 14 tegoż statutu stanowi:

„1. Bez uszczerbku dla uprawnień organów kontroli analogicznej, łącznej i różnicowanej, o których mowa w art. 8a, 8b i 8c, walne zgromadzenie decyduje o wszystkich kwestiach przewidzianych prawem i niniejszym statutem, z uwzględnieniem dyrektyw, wytycznych i ewentualnych instrukcji wydanych przez rzeczono organy w zakresie organizacji i zarządzania usługami publicznymi powierzonymi bezpośrednio spółce.

[...]

3. Procedurze uprzedniego zezwolenia walnego zgromadzenia, z pozytywną opinią połączonego komitetu, o którym mowa w powyższym art. 8c w odniesieniu do stron organizacji i funkcjonowania lokalnych służb publicznych, podlegają następujące czynności zarządu:

a) programowe planowanie, planowane wieloletnie i roczne bilanse oraz korygujący bilans do planowanego bilansu tymczasowego;

b) powoływanie spółek kapitałowych mających za przedmiot działalność wspierającą lub uzupełniającą działalność spółki; nabywanie udziałów, w tym mniejszościowych, w takich spółkach i zbywanie ich;

c) uruchamianie nowych usług przewidzianych statutem lub zaprzestanie usług już świadczonych;

d) nabywanie i zbywanie nieruchomości oraz urządzeń, kredytów hipotecznych i inne podobne czynności, jakiegokolwiek rodzaju i natury, związane ze zobowiązaniami finansowymi o wartości przekraczającej 20 % majątku netto wynikającego z ostatniego zatwierdzonego bilansu;

e) wytyczne dla określania cenników i cen świadczonych usług, gdy nie są poddane wiążącym normom prawnym lub nie są ustalane przez kompetentne organy lub władze.

[...]

5. Zgromadzenie i połączony komitet mogą udzielić zgody na dokonanie czynności wskazanych w poprzedzających punktach, również z zastrzeżeniem pewnych instrukcji, zobowiązań lub czynności, które będą musieli podjąć zarządzający. W przypadku takim zarządzający wydadzą raport w zakresie przestrzegania instrukcji w terminie wskazanym w zezwoleniu lub z jego braku w terminie 30 dni od dokonania omawianej czynności.

6. Jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami reprezentującymi przynajmniej dwudziestą część kapitału spółki, oraz każdy akcjonariusz zamawiający, może żądać za pośrednictwem połączonego komitetu, jeśli uważa że spółka nie wypełniła lub nie wypełnia działań zgodnie z przyznanym zezwoleniem, natychmiastowego zwołania zgromadzenia, zgodnie z art. 2367 ust. 1 kodeksu cywilnego w celu podjęcia środków, które uzna ono za właściwe w świetle interesów spółki.

7. Wykonanie czynności podlegających uprzedniemu zezwoleniu w przypadkach wskazanych w statucie bez złożenia wniosku i bez otrzymania zgody zgromadzenia lub opinii połączonego komitetu oraz niewykonanie czynności zgodnie z udzielonym zezwoleniem, może stanowić podstawę odwołania zarządzających.

8. Zarząd, który zamierza nie wykonać czynności na którą zezwoliło zgromadzenie, podejmuje w terminie piętnastu dni od dnia decyzji zgromadzenia, uzasadnioną decyzję ad hoc, przekazywaną niezwłocznie będącym akcjonariuszami jednostkom samorządu terytorialnego, a w zakresie dziedzin istotnych dla zarządzania lokalnymi usługami publicznymi, połączonego komitetowi. Połączony komitet, w zakresie decyzji związanych z organizacją lub zarządzaniem lokalnymi usługami publicznymi, może podjąć, w terminie 30 dni od otrzymania powiadomienia od zarządu, decyzję potwierdzającą jego opinię lub instrukcje. Przyjęty akt będzie obligatoryjny do zarządu.

[...]"

19 Artykuł 16 rzeczonoego statutu stanowi:

„1. Spółka jest administrowana przez zarząd mający zwyczajne i nadzwyczajne uprawnienia administracyjne, bez uszczerbku dla uprawnień, które na mocy prawa lub statutu:

- a) są zastrzeżone dla zgromadzenia,
- b) wymagają uprzedniego zezwolenia zgromadzenia,
- c) są zastrzeżone dla organów kontroli analogicznej, o których mowa w art. 8a i nast. statutu.

2. Zarząd składa się z 3 (trzech) do 7 (siedmiu) członków, powołanych przez zgromadzenie na wniosek połączonego komitetu, o którym mowa w art. 8b. W każdym razie do akcjonariuszy zamawiających należy bezpośrednie powoływanie, odwoływanie i zmiana ilości zarządzających (w tym prezesa zarządu) proporcjonalnej do ich udziałów, a w każdym razie większej od ich połowy.

[...]

6. Zarząd przyjmuje decyzje dotyczące organizacji lub zarządzania lokalnymi usługami publicznymi, podlegających bezpośredniemu powierzeniu, z poszanowaniem wytycznych wydanych przez organy kontroli wskazane w art. 8a i nast. niniejszego statutu.

[...]”

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

- 20 Sea, spółka której udzielono zamówienia w następstwie przetargu na usługi zbiórki, transportu i unieszkodliwiania stałych odpadów miejskich i podobnych na obszarze Comune di Ponte Nossa, świadczyła rzeczony usługi przez okres trzech lat, od dnia 1 stycznia 2004 r. do dnia 31 grudnia 2006 r.
- 21 Setco jest spółką akcyjną stanowiącą własność kilku gmin Val Seriana, której większościowym akcjonariuszem jest Comune di Clusone.
- 22 Decyzją z dnia 16 grudnia 2006 r. Comune di Ponte Nossa postanowiła zostać mniejszościowym współnikiem Setco celem bezpośredniego powierzenia tej spółce omawianych usług z dniem 1 stycznia 2007 r.
- 23 W dniu 23 grudnia 2006 r. gminy będące akcjonariuszami Setco, w tym Comune di Ponte Nossa, zmieniły statut tej spółki celem poddania jej kontroli analogicznej do sprawowanej nad ich własnymi służbami, zgodnie z art. 113 ust. 5 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 267/2000.
- 24 Decyzją z dnia 30 grudnia 2006 r., Comune di Ponte Nossa postanowiła o bezpośrednim powierzeniu usług zbiórki, transportu i unieszkodliwiania stałych odpadów miejskich i podobnych na swym terytorium spółce Setco od dnia 1 stycznia 2007 r., bez przeprowadzenia uprzedniego przetargu.
- 25 W dniu 2 stycznia 2007 r. spółka Sea wniosła skargę do Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (regionalny sąd administracyjny dla Lombardii) przeciwko decyzjom Comune di Ponte Nossa z dnia 16 i 30 grudnia 2006 r.
- 26 Sea podniosła w szczególności, że powierzając bezpośrednio omawiane usługi Comune di Ponte Nossa naruszyła art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 oraz art.43 WE, 49 WE i 86 WE, w zakresie w jakim nie sprawuje nad spółką Setco kontroli analogicznej do wykonywanej nad swymi własnymi służbami, co jest wymagane dla bezpośredniego powierzenia usług przedsiębiorstwu, które stanowi własność instytucji zamawiającej.
- 27 Sąd krajowy uważa, że pewne elementy mogą rodzić wątpliwości co o kwestii czy Comune di Ponte Nossa sprawuje nad spółką Setco kontrolę analogiczną do wykonywanej nad jej własnymi służbami.
- 28 Po pierwsze, udział osób prywatnych w kapitale spółki Setco, choć obecnie nie występuje, jest możliwy. Sąd krajowy wskazuje w tym zakresie, że pomimo wyraźnego wyłączenia współników prywatnych z kapitału spółki Setco, o którym mowa w art. 1 ust. 4 jej statutu, udział ten wydaje się możliwy na podstawie art. 6 ust. 4 tegoż statutu, oraz na podstawie art. 2355 a włoskiego kodeksu cywilnego.

- 29 Po drugie co się tyczy uprawnień do kontroli rzeczywiście wykonywanych przez Comune di Ponte Nossa w odniesieniu do spółki Setco, sąd ten dąży do ustalenia czy może być mowa o kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami gminy, wobec okoliczności że gmina ta posiada jedynie mniejszościowy udział w tej spółce.
- 30 W tych okolicznościach Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia zawiesił postępowanie i przedstawił Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy przyznanie bezpośrednio zamówienia na wykonanie usług zbiórki, transportu i unieszkodliwiania stałych odpadów miejskich spółce akcyjnej z kapitałem w całości publicznym i statutem określonym – w celach art. 113 dekretu ustawowego nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r. – w sposób przedstawiony w uzasadnieniu jest zgodne z prawem wspólnotowym a w szczególności ze swobodą przedsiębiorczości lub świadczenia usług, z zakazem dyskryminacji i zobowiązaniami dotyczącymi równego traktowania, przejrzystości i wolnej konkurencji, o których mowa w art. 12, 43, 45, 49 i 86 traktatu?

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 31 Na wstępie należy stwierdzić, że przyznanie usługi w zakresie zbiórki, transportu i unieszkodliwiania odpadów miejskich, takie jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, może być objęte, w zależności od cech wynagrodzenia za tą usługę, definicją zamówienia publicznego na usługi lub koncesji na usługi publiczne, w rozumieniu odpowiednio art. 1 ust. 2 lit. d) lub art. 4 dyrektywy nr 2004/18.
- 32 W świetle okoliczności wskazanych w postanowieniu odsyłającym oraz w aktach przekazanych Trybunałowi przez sąd krajowy, umowa będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym mogłaby stanowić zamówienie na usługi publiczne, w szczególności z tego względu, że umowa zawarta pomiędzy Setco i Comune di Ponte Nossa w zakresie świadczenia omawianych usług przewiduje, że ta ostatnia wypłaci Setco wynagrodzenie za świadczone przez siebie usługi.
- 33 Zamówienie takie może być objęte zakresem dyrektywy nr 2004/18, jako zamówienie na usługi wywozu śmieci, należące do kategorii 16 załącznika II A tej dyrektywy.
- 34 Postanowienie odsyłające nie zawiera jednak informacji niezbędnych dla ustalenia czy chodzi o koncesję na usługi czy zamówienie publiczne na usługi, a w tym ostatnim przypadku, czy wszystkie przesłanki stosowania rzeczony dyrektywy są spełnione. W szczególności nie wskazuje ono czy kwota zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym przekracza próg jego stosowania.
- 35 W każdym razie kwestia czy sprawa przed sądem krajowym dotyczy koncesji na usługi czy zamówienia publicznego na usługi, oraz kwestia czy w tym ostatnim przypadku, zamówienie takie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy nr 2004/18, nie ma wpływu na odpowiedź, której Trybunał udzieli na pytania.
- 36 Z orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że przetarg nie jest obowiązkowy, nawet gdy współkontrahentem jest jednostka prawnie odrębna od instytucji zamawiającej, w sytuacji gdy samorząd terytorialny będący instytucją zamawiającą sprawuje nad odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad jej własnymi służbami, pod warunkiem że podmiot ten wykonuje działalność wraz z samorządem posiadającym w nim udziały w przeważającym zakresie na rzecz tej władzy lub tych

jednostek samorządu terytorialnego, które go kontrolują (zob. podobnie wyrok w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 50).

- 37 Orzeczenie to jest istotne zarówno dla wykładni dyrektywy nr 2004/18 jak i art. 12 WE, 43 WE i 49 WE oraz ogólnych zasad, których szczegółowy wyraz stanowią (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Rec. s. I-1, pkt 49, oraz z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 62).
- 38 Należy przypomnieć, że niezależnie od okoliczności, że zamówienie publiczne nie jest objęte zakresem stosowania dyrektyw wspólnotowych w danej dziedzinie, zawierające je instytucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania podstawowych reguł traktatu WE (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60, oraz postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. s. I-9505, pkt 20).
- 39 Co się tyczy udzielania zamówień publicznych na usługi, instytucje zamawiające muszą w szczególności przestrzegać art. 43 WE i 49 WE oraz zasad równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na narodowość, jak również wynikającego z nich obowiązku przejrzystości (zob. podobnie wyroki z dnia 13 października 2005 w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Rec. s. I-8585, pkt 47-49, oraz z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Rec. s. I-3303, pkt 19-21).
- 40 Stosowanie reguł ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE jak również ogólnych zasad, których szczególny wyraz stanowią owe reguły, jest jednakże wyłączone, w przypadku gdy kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, a podmiot ten wykonuje zasadniczą część swej działalności wspólnie z organem władzy lub władzami, w których dyspozycji pozostaje (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 62 oraz w wyrok w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 34).
- 41 Okoliczność, że jednostka, której przyznawane jest zamówienie jest spółką kapitałową nie wyłącza zastosowania wyjątku przewidzianego w orzecznictwie przypomnianym w powyższym punkcie niniejszego wyroku. W ww. wyroku w sprawie ANAV, Trybunał uznał możliwość stosowania tego orzecznictwa w przypadku spółki akcyjnej.
- 42 Sąd krajowy stwierdza, że niezależnie od okoliczności, że art. 1 ust. 3 i 4 statutu Setco, zastrzegają dostęp do jej kapitału jednostkom publicznym, art. 6 ust. 4 tego statutu przewiduje, że Setco może emitować akcje uprzywilejowane w celu wspierania akcjonariatu, na poziomie lokalnym, obywateli i przedsiębiorców lub akcjonariatu pracowniczego.
- 43 Na rozprawie Comune di Ponte Nossa podniosła, że rzeczony art. 6 ust. 4 powinien być zostać uchylony w ramach zmiany statutu Setco, która nastąpiła w dniu 23 grudnia 2006 r., lecz pozostał w nim przez pomyłkę. Zdaniem Comune di Ponte Nossa, rzeczony art. 6 ust. 4 został uchylony w dacie późniejszej. Do sądu krajowego należy weryfikacja tych okoliczności, które mogą prowadzić do wyłączenia możliwości otwarcia kapitału Setco dla inwestorów prywatnych.
- 44 Postanowienie odsyłające podnosi kwestię czy instytucja zamawiająca może sprawować nad spółką, której jest akcjonariuszem i z którą zamierza zawrzeć umowę, kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami w przypadku, gdy

istnieje możliwość, by inwestorzy prywatni objęli udziały w kapitale tej spółki, choćby możliwość ta nie uległa konkretyzacji.

- 45 By odpowiedzieć na to pytanie należy przypomnieć, że okoliczność, iż instytucja zamawiająca znajduje się w posiadaniu, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całości kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wskazuje, choć nie przesądza o tym, że instytucja publiczna sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami (zob. podobnie wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Rec. sekt. I-4137, pkt 37, oraz z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 31).
- 46 Natomiast udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także 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. podobnie wyroki z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Rec. s. I-1, pkt 49, oraz ww. w sprawie Coditel Brabant, pkt 30).
- 47 Co do zasady rzeczywiste istnienie prywatnego udziału w kapitale zakładowym spółki, której udzielono zamówienia podlega weryfikacji w chwili udzielenia rozpatrywanego zamówienia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 15 i 52). Może mieć również znaczenie uwzględnienie okoliczności, że w chwili udzielenia przez instytucję zamawiającą zamówienia spółce, w której posiada ona wszystkie udziały, mające zastosowanie ustawodawstwo krajowe przewiduje obligatoryjne otwarcie spółki, w krótkim terminie, na inne kapitały (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 67 i 72).
- 48 Wyjątkowo, szczególne okoliczności mogą wymagać uwzględnienia okoliczności, które wystąpiły po dacie udzielenia rozpatrywanego zamówienia. Jest tak w szczególności, gdy części spółki, której udzielono zamówienia, a które poprzednio w całości posiadała instytucja zamawiająca, zostały zbyte przedsiębiorstwu prywatnemu wkrótce po udzieleniu danego zamówienia tej spółce w ramach sztucznej konstrukcji mającej na celu obejście przepisów wspólnotowych obowiązujących w tej dziedzinie (zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb. Orz. s. I-9705, pkt 38-41).
- 49 Niewątpliwie, nie można wykluczyć, że części spółki zostaną zbyte w jakimkolwiek momencie podmiotom trzecim. Jednakże, uznanie że ta możliwość może przez nieograniczony czas utrzymywać w zawieszeniu ocenę publicznego charakteru - lub jego braku – kapitału spółki, której udzielono zamówienia publicznego, nie byłoby zgodne z zasadą pewności prawa.
- 50 Jeśli kapitał zakładowy spółki w całości należy do instytucji zamawiającej, samej lub wraz z innymi władzami publicznymi, w chwili udzielenia danego zamówienia tej spółce, otwarci tego kapitału na inwestorów prywatnych, może zostać uwzględnione wyłącznie jeśli istnieje, w tym momencie, konkretna perspektywa takiego otwarcia w krótkim terminie.
- 51 Wynika z tego, że w sytuacji takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy spółka, której udzielono zamówienia jest w całości własnością publiczną i gdy brak jest jakichkolwiek konkretnych wskazówek przyszłego otwarcia jej kapitału dla akcjonariuszy prywatnych, zwykłą możliwością udziału osoby prywatnej w kapitale

rzeczonej spółki nie wystarcza, by stwierdzić, że przesłanka w zakresie kontroli władz publicznych nie jest spełniona.

- 52 Stwierzeń tych nie podważają rozważania zawarte w pkt 26 wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname (Zb.Orz. s. I-7287), w świetle których okoliczność, że spółka taka jak w sprawie, w której wydano powyższy wyrok, jest otwarta na kapitał prywatny, uniemożliwia uznanie jej za strukturę wewnętrznego zarządzania usługi publicznej w przypadku objętych nią gmin. W sprawie tej bowiem, usługa publiczna została przyznana spółce, której kapitał nie był w całości publiczny, lecz większościowo publiczny, a zatem mieszany, w chwili udzielania zamówienia (zob. ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 5 i 28).
- 53 Zakładając, że zamówienie zostanie udzielone bez przeprowadzenia przetargu, spółce o kapitale publicznym w warunkach, o których mowa w pkt 51 i nast., lecz w czasie trwania zamówienia akcjonariusze prywatni zostaną dopuszczeni do udziału w kapitale rzeczony spółki, dochodzi do zmiany podstawowej przesłanki zamówienia, wymagającej przeprowadzenia przetargu.
- 54 Następnie powstaje kwestia czy w przypadku gdy organ władzy publicznej zostanie mniejszościowym współnikiem spółki akcyjnej o kapitale w pełni publicznym, w celu powierzenia jej zarządzania usługą publiczną, kontrola sprawowana przez będące współnikami władze publiczne w ramach tej spółki musi być sprawowana – by mogła zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami – indywidualnie przez każdą z tych władz czy też może być sprawowana przez nie łącznie.
- 55 Orzecznictwo nie wymaga, by kontrola sprawowana nad spółką której udzielono zamówienia w takim przypadku była indywidualna (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 46).
- 56 W przypadku, gdy kilka organów publicznych postanawia wykonać swe zadania usług publicznych za pomocą spółki, będących ich własnością, jest zazwyczaj wykluczone, by jeden z tych organów mających jedynie udział mniejszościowy, sam sprawował decydującą kontrolę nad decyzjami tej ostatniej. Wymóg w podobnym przypadku, by kontrola sprawowana przez organ władzy publicznej, była indywidualna prowadziłby do nałożenia obowiązku przeprowadzenia przetargów w większości przypadków gdzie organ taki objąłby udziały w spółce stanowiącej własność innych władz publicznych w celu powierzenia jej zarządzania usługą publiczną (zob. podobnie ww. wyrok Coditel Brabant, pkt 47).
- 57 Rezultat taki nie byłby zgodny z systemem przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych i koncesji. Uznano bowiem, że władza publiczna ma możliwość wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb (ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48, wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 48, oraz w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 45).
- 58 Ta możliwość zastosowania własnych środków przez organy publiczne w celu realizacji ich misji świadczenia usług publicznych może być wykonywana we współpracy z innymi organami publicznymi (zob. podobnie wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb. Orz. s. I-2999, pkt 57, oraz ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 49).

- 59 Należy zatem przyznać, że w przypadku, gdy wiele organów publicznych jest właścicielami spółki, której powierzają wykonanie ich zadań w zakresie usług publicznych, kontrola tych organów publicznych nad tą spółką może być sprawowana przez nie łącznie (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 50).
- 60 Jako że chodzi o organ kolegialny, procedura stosowana przy podejmowaniu decyzji, w szczególności podejmowanie decyzji większością głosów, nie ma znaczenia (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 51).
- 61 Stwierdzenia tego nie podważa ww. wyrok w sprawie Coname. Niewątpliwie Trybunał stwierdził w pkt 24 tego wyroku, że udział w wysokości 0,97% jest tak niski, że nie może pozwalać gminie na sprawowanie kontroli nad koncesjonariuszem zarządzającym świadczeniem usług publicznych. Jednakże, przedstawiając w rzeczonym wyroku powyższe stwierdzenie Trybunał nie miał na względzie kwestii czy kontrola taka może być sprawowana łącznie (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 52).
- 62 Ponadto w późniejszym ww. wyroku w sprawie Asemfo (pkt 56-61), Trybunał przyznał, że w pewnych okolicznościach przesłanka dotycząca kontroli sprawowanej przez organy publiczne mogła zostać spełniona w przypadku, gdy organy te posiadały jedynie 0,25% kapitału przedsiębiorstwa publicznego (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 53).
- 63 Wynika z tego, że jeśli władza publiczna zostanie mniejszościowym wspólnikiem spółki akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym, w celu powierzenia jej zarządzania usługą publiczną, kontrola którą będące wspólnikami tej spółki władze publiczne sprawują nad nią może zostać uznana za analogiczną do kontroli wykonywanej nad ich własnymi służbami, gdy sprawują ją łącznie.
- 64 Pytanie przedstawione przez sąd krajowy zmierza ponadto do ustalenia czy struktury decyzyjne, takie jak przewidziane w statucie spółki Setco, pozwalają będącym akcjonariuszami spółkom na rzeczywiste sprawowanie nad będącą ich własnością spółką, kontroli analogicznej do wykonywanej nad ich własnymi służbami.
- 65 Dla oceny czy instytucja zamawiająca sprawuje nad spółką której udzielono zamówienia kontrolę analogiczną do wykonywanej nad jej własnymi służbami, należy uwzględnić ogół przepisów ustawodawczych i istotnych okoliczności. Z badania tego powinno wynikać, że spółka, której udzielono zamówienia podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wpływanie na decyzje rzeczony spółki. Chodzi o możliwość przesądzającego wpływu zarówno na strategiczne cele jak i istotne decyzje tej spółki (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 36, oraz Coditel Brabant, pkt 28).
- 66 Pośród istotnych elementów wynikających z postanowienia odsyłającego należy na wstępie zbadać mające zastosowanie przepisy, a następnie kwestię czy rzeczona spółka ma cel rynkowy i wreszcie mechanizmy kontroli przewidziane w statucie Setco.
- 67 Co się tyczy mających zastosowanie przepisów, art. 113 ust. 5 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 267/2000 stanowi, że świadczenie usług może zostać powierzone z poszanowaniem prawa Unii Europejskiej, 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”.

- 68 Przyjmując ten przepis ustawodawca włoski przyjął literalnie brzmienie przesłanek wskazanych w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal i potwierdzonych w szeregu późniejszych wyrokach Trybunału. Takie ustawodawstwo krajowe jest co o zasady zgodne z prawem wspólnotowym, przy wskazaniu że wykładnia tego ustawodawstwa musi być również zgodna z wymogami prawa wspólnotowego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 25).
- 69 Ponadto z postanowienia odsyłającego wynika, że gminy będące akcjonariuszami spółki Setco zmieniły statut tej spółki w dniu 23 grudnia 2006 r. w celu poddania jej kontroli analogicznej do sprawowanej nad ich własnymi służbami, zgodnie z art. 113 ust. 5 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 267/2000.
- 70 Okoliczność, że ta zmiana statutu spółki Setco zmierza do zapewnienia poszanowania przepisów wspólnotowych w tej dziedzinie wynika również z art. 8a ust. 1 tego statutu.
- 71 Ponadto, żaden element akt nie wskazuje, by rzeczony statut został zmieniony z myślą o obejściu wspólnotowych przepisów w dziedzinie zamówień publicznych.
- 72 Wreszcie, jak wynika z postanowienia odsyłającego zarówno mające zastosowanie ramy ustawodawcze jak i statutowe pozwalają, by mniejsze jednostki samorządu terytorialnego bezpośrednio powierzały zarząd lokalnymi usługami publicznymi o znaczeniu gospodarczym, spółkom kapitałowym stanowiącym w całości własność publiczną, wyłącznie gdy samorządy te sprawują nad spółką kontrolę analogiczną do kontroli wykonywanej nad własnymi służbami, w rozumieniu prawa wspólnotowego. Termin „kontrola analogiczna” nie jest jednakże w świetle orzecznictwa krajowego zdefiniowany.
- 73 Co się tyczy kwestii czy dana spółka ma cel rynkowy narażający na szwank kontrolę będących jej akcjonariuszami jednostek samorządowych, należy zbadać zakres geograficzny i materialny działalności tej spółki oraz jej możliwości nawiązywania stosunków z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego.
- 74 Artykuł 3 statutu Setco, zatytułowany „Przedmiot działalności”, stanowi że Setco zarządza lokalnymi usługami publicznymi, dotyczącymi wyłącznie jednostek samorządu terytorialnego powierzających te usługi.
- 75 Ponadto art. 8a ust. 2 tego statutu stanowi, że Setco wykonuje usługi na zasadzie wyłączności na rzecz wspólników powierzających wykonanie zamówienia i w granicach obszaru podlegającego kompetencji tych wspólników.
- 76 Przepisy te wskazują po pierwsze, że geograficzny zakres działalności spółki, której dotyczy postępowanie przed sądem krajowym nie wykracza poza obszar gmin będących jej akcjonariuszami, a po drugie że przedmiotem działalności tej spółki jest zarządzanie usługami publicznymi wyłącznie na rzecz tych gmin.
- 77 Jednakże art. 3 ust. 3 rzeczonoego statutu stanowi, że Setco może również wykonywać usługi na rzecz osób prywatnych, gdy nie jest to sprzeczne z celami spółki lub przyczynia się do ich lepszej realizacji.
- 78 Podczas rozprawy spółka Setco stwierdziła, że uprawnienia tej spółki do negocjowania z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego są instrumentem niezbędnym do pełnienia jej zadania w zakresie służby publicznej. Tytułem przykładu wskazała ona sortowanie selektywne odpadów, które może wymagać odsprzedania pewnych kategorii odzyskanych materiałów wyspecjalizowanym jednostkom w celu ich

recyklingu. Zdaniem spółki Setco, są to działania akcesoryjne w odniesieniu do zbiórki odpadów, a nie działania całkowicie oderwane od głównej działalności.

- 79 Należy stwierdzić, że jeśli uprawnienia przyznane spółce, której udzielono zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym, w zakresie świadczenia usług przedsiębiorcom prywatnym jest tylko akcesoryjne w stosunku do jej działalności głównej, czego weryfikacja należy o sądu krajowego, to istnienie tego uprawnienia nie stanowi przeszkody, by celem głównym tej spółki było zarządzanie usługami publicznymi. Zatem, istnienie takiego uprawnienia nie wystarcza, by uznać, że rzeczona spółka ma cel rynkowy, który naraża na szwank kontrolę będących jej współnikami samorządów.
- 80 Wniosek ten jest potwierdzony przez okoliczność, że druga przesłanka wskazana w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal, w świetle której spółka, której udzielono zamówienia musi wykonywać zasadniczą część swej działalności z będącymi jej właścicielami samorządami, pozwala by spółka ta wykonywała działalność o charakterze marginalnym z podmiotami innymi aniżeli samorzady (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 63). Przesłanka ta byłaby bezcelowa gdyby pierwszą przesłankę wskazaną w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal należało interpretować jako zabraniającą wszelkiej działalności akcesoryjnej, w tym wykonywanej z sektorem prywatnym.
- 81 Co się tyczy mechanizmów kontroli przewidzianych w statucie Setco, z akt sprawy wynika, że poprzez zmiany dokonane w statucie w dniu 23 grudnia 2006 r., wspólnicy zamierzali narzucić walnemu zgromadzeniu i zarządowi, przewidzianym we włoskim prawie spółek, struktury decyzyjne, których nie przewidziano wyraźnie w tym porządku prawnym a mające zapewnić analogiczną kontrolę nad Setco do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami. Chodzi w szczególności o zapewnienie wzmocnionej kontroli poprzez po pierwsze połączony komitet a po drugie komitet techniczny dla każdego działu odpowiedzialnego za różne działalności spółki Setco.
- 82 Jak wynika art. 8b i 8c rzeczonoego statutu, połączony komitet i komitety techniczne składają się z przedstawicieli będących współnikami samorządów. Każdy z tych samorządów ma jeden głos w ramach tych komitetów, niezależnie od wielkości samorządu czy posiadanych przezeń akcji.
- 83 Ponadto art. 8a-8c statutu Setco przyznaje połączonemu komitetowi i komitetom technicznym szerokie uprawnienia kontrolne i decyzyjne.
- 84 Równocześnie art. 14 statutu Setco ogranicza uprawnienia walnego zgromadzenia zobowiązując je do uwzględnienia wytycznych i ewentualnych instrukcji wydanych przez rzeczono komitety oraz wymagając pozytywnej opinii połączono komitetu przed wydaniem zgody przez walne zgromadzenie na wykonanie pewnych czynności przez zarządzających spółką.
- 85 Także art. 16 statutu Setco ogranicza autonomię decyzyjną zarządu zobowiązując go do poszanowania uprawnień zastrzeżonych rzeczonym komitetom i podporządkowując jego decyzje wytycznym przez nie wydanym.
- 86 Uwzględniając ustanowiony zakres uprawnień kontrolnych i decyzyjnych przyznanych komitetom oraz okoliczność, że komitety te składają się z delegatów samorządów będących akcjonariuszami, przepisy statutowe, takie będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym przepisy spółki, której udzielono zamówienia, należy uznać za umożliwiające samorządom będącym współnikami, sprawowanie, za

pośrednictwem tych komitetów, decydującego wpływu zarówno na strategiczne cele jak i na istotne decyzje tej spółki.

- 87 Sąd krajowy uważa jednakże, iż art. 8a-8c statutu Setco, w zakresie w jakim dotyczy połączonego komitetu i komitetów technicznych, są podobne do umów akcjonariuszy objętych art. 2341a włoskiego kodeksu cywilnego. Wywodzi on z tego, że kontrola analogiczna do tej którą samorzady będące akcjonariuszami sprawują nad ich własnymi służbami, przewidziana przez mechanizm rzeczonych komitetów, może być nie mieć zastosowania.
- 88 Chodzi w tym przypadku o kwestię wykładni przepisów krajowych, której rozstrzygnięcie należy do sądu krajowego.
- 89 Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy charakteru rozważanych przepisów statutowych, wynika z tego, że w okolicznościach takich jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, kontrola sprawowana, poprzez organy statutowe, przez samorzady będące akcjonariuszami nad spółką, której udzielono zamówienia, może zostać uznana pozwalającą tym samorządom na sprawowanie kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami.
- 90 W świetle powyższego na przedstawione pytanie należy odpowiedzieć w następujący sposób:

Artykuły 43 WE i 49 WE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na narodowość oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości, nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu zamówienia publicznego na usługi spółce akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym, gdy samorząd publiczny będący instytucją zamawiającą sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jego własnymi służbami, a spółka ta wykonuje zasadniczą część swej działalności z będącym jej właścicielem samorządem lub samorządami.

Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy charakteru rozważanych przepisów statutowych, kontrola sprawowana przez samorzady będące akcjonariuszami nad rzeczonymi spółkami może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy:

- działalność rzeczonej spółki jest ograniczona do terytorium rzeczonych samorządów i jest zasadniczo wykonywana na ich rzecz, oraz
- sprawują one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele jak i na istotne decyzje rzeczonej spółki, poprzez organy statutowe w skład których wchodzi przedstawiciele rzeczonych samorządów.

W przedmiocie kosztów

- 91 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 i 49 WE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na narodowość oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości, nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu zamówienia publicznego na usługi spółce akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym, gdy samorząd publiczny będący instytucją zamawiającą sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jego własnymi służbami, a spółka ta wykonuje zasadniczą część swej działalności z będącym jej właścicielem samorządem lub samorządami.

Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy charakteru rozważanych przepisów statutowych, kontrola sprawowana przez samorzady będące akcjonariuszami nad rzeczonymi spółkami może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy:

- działalność rzeczonej spółki jest ograniczona do terytorium rzeczonych samorządów i jest zasadniczo wykonywana na ich rzecz, oraz**
- sprawują one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele jak i na istotne decyzje rzeczonej spółki, poprzez organy statutowe w skład których wchodzi przedstawiciele rzeczonych samorządów.**

Podpisy

* Język postępowania: włoski.