WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)
z dnia 13 października 2005 r. *

W sprawie C-458/03

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Włochy) postanowieniem z dnia 23 lipca 2003 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 30 października 2003 r., w postępowaniu:

Parking Brixen GmbH

przeciwko

Gemeinde Brixen

i

Stadtwerke Brixen AG,

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann, prezes izby, K. Schiemann, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), K. Lenaerts i E. Juhász, sędziowie,

* Język postępowania: niemiecki.

rzecznik generalny: J. Kokott,
sekretarz: M.F. Contet, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 13 stycznia 2005 r.

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Parking Brixen GmbH przez K. Zellera oraz S. Thurina, avvocati,

— w imieniu Gemeinde Brixen przez N. De Nigro, Rechtsanwalt,

— w imieniu Stadtwerke Brixen AG przez A. Mulsera, Rechtsanwalt,

— w imieniu rządu włoskiego przez I.M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika oraz przez G. Fienga, avvocato dello Stato,

— w imieniu rządu niderlandzkiego przez C. Wissels, działającą w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez K. Wiednera, działającego w charakterze pełnomocnika,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 1 marca 2005 r.,.

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), postanowień art. 43 WE, 49 WE i 86 WE oraz zasad niedyskryminacji, przejrzystości i równego traktowania.

2 Wniosek ten został zgłoszony w ramach sporu między spółką Parking Brixen GmbH (zwaną dalej „Parking Brixen") a Gemeinde Brixen (zwaną dalej „gminą Brixen") i spółką Stadtwerke Brixen AG w przedmiocie przyznania tej ostatniej zarządu nad dwoma parkingami znajdującymi się na terytorium tej gminy.

Ramy prawne

Prawo wspólnotowe

3 Artykuł 43 WE stanowi:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego Państwa Członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień. [...]

Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 48 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli".

4 Artykuł 49 akapit pierwszy WE stanowi:

„W ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia".

5 Motyw ósmy dyrektywy 92/50 wyjaśnia:

„[Ś]wiadczenie usług jest objęte niniejszą dyrektywą jedynie w zakresie, w jakim opiera się ono na zamówieniach; świadczenie usług na innych podstawach, takich jak ustawy, rozporządzenia lub umowy o pracę, nie jest objęte niniejszą dyrektywą".

6 Artykuł 1 tej dyrektywy stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

a) *zamówienia publiczne na usługi* oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą, z wyłączeniem:

[...]

b) *instytucje zamawiające* oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

[...]".

Prawo krajowe

7 Artykuł 22 ust. 3 legge (włoskiej ustawy) nr 142 z dnia 8 czerwca 1990 r. dotyczącej ustroju samorządów lokalnych (suplemento ordinario GURI nr 135 z dnia 12 czerwca 1990 r., zwanej dalej „ustawą nr 142/1990") stanowi, że comuni (włoskie gminy) i province (włoskie prowincje) mogą stosować następujące formy zarządzania lokalnymi usługami publicznymi pozostającymi ustawowo w ich kompetencji:

„a) bezpośrednie, gdy ze względu na niewielkie rozmiary bądź charakter usług bezzasadne jest tworzenie odrębnej instytucji lub przedsiębiorstwa;

b) w trybie koncesji udzielonej osobie trzeciej, gdy przemawiają za tym względy techniczne, ekonomiczne bądź użyteczności społecznej;

c) za pomocą przedsiębiorstw specjalnych, również w odniesieniu do zarządzania większą liczbą usług o znaczeniu gospodarczym lub przedsiębiorczym;

d) za pomocą instytucji w zakresie świadczenia usług społecznych bez znaczenia przedsiębiorczego;

e) za pomocą spółek akcyjnych bądź z ograniczoną odpowiedzialnością o przeważającym udziale publicznego kapitału lokalnego, gdy udział innych podmiotów publicznych lub prywatnych wydaje się wskazany w związku z charakterem lub zasięgiem terytorialnym danej usługi".

8 Artykuł 44 legge regionale (włoskiej ustawy regionalnej) nr 1 z dnia 4 stycznia 1993 r. w pierwotnym brzmieniu przejął w znacznej mierze brzmienie przepisu art. 22 ustawy nr 142/1990. Następnie artykuł ten został zmieniony mocą legge regionale nr 10 z dnia 23 października 1998 r.

9 Artykuł 44 ustawy regionalnej nr 1 w brzmieniu zmienionym mocą ustawy regionalnej nr 10 stanowi, co następuje:

„[...]

6. Gminy ustanawiają w drodze rozporządzenia tryb postępowania i kryteria wyboru wymienionych poniżej form organizacyjnych zarządzania usługami publicznymi o znaczeniu gospodarczym i przedsiębiorczym:

a) tworzenie przedsiębiorstw specjalnych;

b) tworzenie bądź udział w odpowiednich spółkach akcyjnych lub z ograniczoną odpowiedzialnością o przeważającym wpływie publicznym na poziomie lokalnym;

c) udzielanie zamówienia na zarządzanie usługami publicznymi osobom trzecim w trybie odpowiednich ogłoszeń o zamówieniu celem ich wyłonienia. Z zastrzeżeniem innych przepisów prawnych ten stosunek prawny nie może trwać dłużej niż dwadzieścia lat i może zostać odnowiony z tym samym podmiotem jedynie przy zachowaniu wymogów proceduralnych przewidzianych w niniejszym tekście. Przy zachowaniu równości wymogów spółdzielniom i stowarzyszeniom reprezentującym ustawowo inwalidów i osoby niepełnosprawne, jak również stowarzyszeniom dobroczynnym i podmiotom prowadzącym działalność niezarobkową zostaje przyznane prawo pierwszeństwa.

[...]

18. Samorządy jednostek lokalnych mogą w każdej chwili powierzyć spółkom utworzonym zgodnie z ust. 6 oraz spółkom, o których mowa w ust. 17, wykonywanie innych usług publicznych pozostających w zgodzie ze statutem danej spółki, w trybie uchwały rady zatwierdzającej jednocześnie odnośną umowę o świadczenie usług".

10 Przepisy art. 44 ust. 6 i 18 ustawy regionalnej nr 1, w brzmieniu zmienionym ustawą regionalną nr 10, zostały dokładnie powtórzone w art. 88 ust. 6 i 18 jednolitego tekstu przepisów regulujących organizację gmin Regione Autonoma Trentino-Alto Adige (regionu autonomicznego Trentino-Tyrol Południowy).

11 Artykuł 115 decreto legislativo (włoskiego dekretu z mocą ustawy) nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r., tekst jednolity ustaw dotyczących organizacji jednostek lokalnych (supplemento ordinario GURI n. 227 z dnia 28 września 2000 r., dalej zwanego „dekretem nr 267/2000") upoważnia gminy do przekształcenia ich przedsiębiorstw specjalnych w spółki akcyjne pozostające jednoosobowymi spółkami gminy przez okres nieprzekraczający dwóch lat od chwili przekształcenia.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

12 Do zarządzania niektórymi publicznymi usługami lokalnymi pozostającymi w jej właściwości gmina Brixen zaangażowała w trybie art. 22 ustawy nr 142/1990 Stadtwerke Brixen, specjalne przedsiębiorstwo będące własnością tej gminy.

13 Na mocy art. 1 jej statutu w dniu 1 stycznia 1999 r. Stadtwerke Brixen uzyskała osobowość prawną oraz zyskała niezależny status gospodarczy, stając się podmiotem gminnym, którego szczególnym zadaniem jest jednolite i zintegrowane świadczenie publicznych usług lokalnych.

14 Zgodnie z art. 2 tego statutu przedmiotem działalności Stadtwerke Brixen jest w szczególności:

„f) zarządzanie miejscami parkingowymi i parkingami wielopoziomowymi oraz dokonywanie wszelkich związanych z tym czynności".

15 Decyzją nr 97 z dnia 25 października 2001 r., w trybie art. 115 dekretu nr 267/2000, gmina Brixen przekształciła przedsiębiorstwo specjalne Stadtwerke Brixen w spółkę akcyjną o nazwie „Stadtwerke Brixen AG".

16 Na mocy art. 1 ust. 3 statutu tej spółki „całość istniejących praw i obowiązków przedsiębiorstwa specjalnego (Stadtwerke Brixen) pozostaje w mocy również po przekształceniu, a w konsekwencji spółka (Stadtwerke Brixen AG) przejmuje owe prawa i obowiązki i wchodzi w całość wynikających z nich stosunków prawnych jako następca prawny Stadtwerke Brixen".

17 Zgodnie z art. 4 jej statutu Stadtwerke Brixen AG jest w szczególności uprawniona do prowadzenia na szczeblu lokalnym, krajowym i międzynarodowym działalności obejmującej:

„g) zarządzanie miejscami parkingowymi i garażami, jak również związane z tym czynności".

18 Artykuł 18 statutu Stadtwerke Brixen AG stanowi, że zarządowi tej spółki zostają przekazane następujące uprawnienia:

„1) Zarząd dysponuje szeroko pojętymi uprawnieniami zwykłego zarządu spółką, łącznie z prawem do podejmowania wszelkich czynności użytecznych lub niezbędnych dla realizacji celów spółki.

2) O ile walne zgromadzenie wspólników nie udzieli mu upoważnienia w tym zakresie, zarząd nie może udzielać poręczenia na kwoty przewyższające 5 (pięć) milionów euro ani podpisywać weksli czy też akceptować weksli trasowanych opiewających na sumę przewyższającą tę kwotę.

3) Zakup bądź zbycie udziałów w innych spółkach, zakup, zbycie oraz zastawienie przedsiębiorstwa lub jego części oraz zakup lub sprzedaż pojazdów na kwotę do wysokości 5 (pięciu) milionów euro w zakresie danej transakcji stanowią czynności zwykłego zarządu.

4) Podejmowanie decyzji dotyczących ustalenia lub zmiany wynagrodzenia z tytułu wykonywania szczególnych zadań w rozumieniu art. 2389 akapit drugi włoskiego kodeksu cywilnego stanowi wyłączną kompetencję zarządu".

19 Zgodnie z art. 5 ust. 2 statutu Stadtwerke Brixen AG „udział gminy Brixen w początkowym kapitale akcyjnym nie może w żadnym razie obejmować mniej niż absolutną większość akcji". Ponadto gmina Brixen ma prawo wyznaczania

większości członków zarządu tej spółki. Ponieważ zarząd tej spółki składa się z trzech członków i dwóch zastępców członków, rzeczona gmina wyznacza co najmniej dwóch członków i jednego zastępcę członka w zarządzie.

20 Zdaniem sądu odsyłającego, przekształcenie przedsiębiorstwa specjalnego w spółkę akcyjną pociąga za sobą oczywisty wzrost autonomii spółki. Zakres działalności Stadtwerke Brixen AG uległ bowiem znacznemu poszerzeniu w stosunku do zakresu działalności Stadtwerke Brixen, albowiem spółka ta może prowadzić działalność na szczeblu lokalnym, krajowym i międzynarodowym, podczas gdy działalność specjalnego przedsiębiorstwa Stadtwerke Brixen ograniczała się do terytorium gminy Brixen. Ponadto przedsiębiorstwo specjalne Stadtwerke Brixen było poddane kontroli i bezpośrednim wpływom Consiglio municipale (rady miasta), podczas gdy kontrola wykonywana przez gminę w odniesieniu do Stadtwerke Brixen AG ogranicza się do wykonywania praw związanych z akcjami, z których na podstawie prawa spółek korzysta również większość akcjonariuszy.

21 Mocą decyzji nr 37 z dnia 23 marca 2000 r. rada miasta Brixen powierzyła budowę i zarządzanie basenem publicznym przedsiębiorstwu Stadtwerke Brixen. Wskutek jego przekształcenia w spółkę akcyjną w dniu 25 października 2001 r. spółka Stadtwerke Brixen AG weszła w prawa i obowiązki wynikające z tej decyzji.

22 Mocą decyzji nr 118 z dnia 18 grudnia 2001 r. rada miasta udostępniła spółce Stadtwerke Brixen AG prawa — tak na powierzchni, jak i pod nią — do przeznaczonej pod budowę basenu nieruchomości gruntowej, znajdującej się na terenie gminy Brixen i opisanej między innymi jako działka 491/11, celem wybudowania podziemnych miejsc parkingowych.

23 W oczekiwaniu na ukończenie realizacji owego projektu podziemnego parkingu na powierzchni został przewidziany parking tymczasowy. W tym celu działka 491/11, która do tej pory była użytkowana jako boisko piłki nożnej, została tymczasowo

pokryta nawierzchnią celem przekształcenia jej w parking o powierzchni mieszczącej około 200 miejsc parkingowych. Zdaniem sądu odsyłającego, nie zostało zawarte żadne porozumienie dotyczące wykorzystania działki 491/11 jako parkingu naziemnego.

24 Celem stworzenia dodatkowych miejsc parkingowych mocą decyzji rady miasta Brixen nr 107 z dnia 28 listopada 2002 r., spółce Stadtwerke Brixen AG oddany został w zarząd teren przylegający — tj. działka wpisana do rejestru pod numerem 491/6, również znajdująca się na terenie gminy Brixen — mieszczący około 200 miejsc parkingowych, który to teren od przeszło 10 lat pozostawał w bezpośrednim zarządzie gminy. W decyzji tej wyjaśniono, iż „dla potrzeb działalności kąpielowej Stadtwerke Brixen AG wybudowała już prowizoryczny parking w bezpośrednim sąsiedztwie terenu gminnego", stąd „wydaje się koniecznym i użytecznym przekazanie spółce Stadtwerke Brixen AG również zarządzania terenem przylegającym, oznaczonym jako działka 491/6 [...] o powierzchni 5137 m^2, który w chwili obecnej pozostaje w bezpośrednim zarządzie gminy".

25 W dniu 19 grudnia 2002 r., celem wykonania decyzji nr 107, gmina Brixen zawarła porozumienie ze spółką Stadtwerke Brixen AG, mocą którego tej ostatniej został przekazany zarząd parkingiem na działce 491/6 na okres dziewięciu lat.

26 W zamian za zarządzanie owym parkingiem Stadtwerke Brixen AG pobiera opłaty parkingowe. Niemniej jednak wpłaca ona gminie Brixen rocznie opłatę w wysokości 151 700 euro, która jest skorelowana z ceną biletów parkingowych w ten sposób, że wzrost cen biletów parkingowych przekłada się na wzrost opłaty uiszczanej na rzecz gminy. Poza zarządzaniem parkingiem spółka Stadtwerke Brixen AG bierze na siebie odpowiedzialność za usługi darmowego wypożyczania rowerów i zgadza się na to, aby w omawianej strefie nadal odbywał się cotygodniowy targ. Stadtwerke Brixen

AG przejęła również pracowników, którzy byli uprzednio zatrudnieni przez gminę Brixen. Wreszcie również zwykłe oraz wyjątkowe utrzymanie strefy spoczywa na tej spółce, która ponosi z tego tytułu pełną odpowiedzialność.

27 Na mocy umowy koncesyjnej zawartej w dniu 19 czerwca 1992 r. z gminą Brixen spółka Parking Brixen przyjęła na siebie zadanie wybudowania i zarządu parkingiem odrębnym od tego, który stanowi przedmiot niniejszej sprawy, również znajdującym się na terenie tej gminy. Parking Brixen zaskarżyła przed Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen decyzję o przyznaniu zarządzania parkingami zorganizowanymi na działkach 491/6 i 941/11 spółce Stadtwerke Brixen AG. Jej zdaniem, gmina Brixen powinna była zastosować przepisy rządzące sektorem udzielania zamówień publicznych.

28 Pozwani w sprawie głównej, a mianowicie spółka Stadtwerke Brixen AG i gmina Brixen, zaprzeczyły, jakoby miały jakikolwiek obowiązek dokonania publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Gmina Brixen stwierdziła w tym względzie, że Stadtwerke Brixen AG pozostawała pod całkowitą jej kontrolą, a zatem nie można tu mówić o udzieleniu zamówienia osobie trzeciej.

29 W tych okolicznościach Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy udzielenie zamówienia na zarządzanie spornymi płatnymi parkingami publicznymi stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50/EWG, czy też jest raczej udzieleniem koncesji na świadczenie usług publicznych, która podlega zasadom konkurencji Wspólnoty Europejskiej, w tym w szczególności zasadzie równego traktowania i przejrzystości?

2) Przy założeniu, że mamy istotnie do czynienia z koncesją na świadczenie usług obejmującą zarządzanie lokalnymi usługami publicznymi, czy udzielenie zamówienia na zarządzanie płatnymi parkingami publicznymi, które — zgodnie z art. 44 ust. 6 lit. b) ustawy regionalnej nr 1 z dnia 4 stycznia 1993 r., zmienionego przez art. 10 ustawy regionalnej nr 10 z dnia 23 października 1998 r. oraz zgodnie z art. 88 ust. 6 lit. a) i b) jednolitego tekstu przepisów regulujących organizację gmin — może się odbyć bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, pozostaje w zgodzie z prawem wspólnotowym, w tym w szczególności z zasadami swobodnego świadczenia usług, wolnej konkurencji i niedyskryminacji oraz z obowiązkiem równego traktowania i przejrzystości, które z nich wypływają, jak również z zasadą proporcjonalności, w przypadku gdy chodzi o spółkę akcyjną powstałą w trybie art. 115 dekretu nr 267/2000 wskutek przekształcenia przedsiębiorstwa specjalnego gminy, którego całość kapitału akcyjnego jest własnością tej gminy w chwili udzielenia zamówienia, lecz której zarząd posiada szerokie uprawnienia obejmujące całość czynności zwykłego zarządu do wysokości 5 milionów euro każda?".

30 Postanowieniem Prezesa Trybunału z dnia 25 maja 2004 r. został odrzucony jako niedopuszczalny wniosek spółki Energy Service Srl o dopuszczenie do udziału w sprawie w charakterze interwenienta.

W przedmiocie pierwszego pytania

31 W pierwszym pytaniu sąd odsyłający pragnie się dowiedzieć, czy udzielenie zamówienia na zarządzanie płatnymi parkingami publicznymi, będącego przedmiotem sporu w sprawie głównej, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50, czy też jest koncesją na świadczenie usług publicznych.

32 Na wstępie należy wyjaśnić, że dokonywanie kwalifikacji prawnej czynności będących przedmiotem sporu w sprawie głównej nie należy do właściwości Trybunału. Tego typu kwalifikacja pozostaje bowiem w wyłącznej kompetencji sądu krajowego. Rola Trybunału sprowadza się do dokonania na użytek tego sądu wykładni prawa wspólnotowego, użytecznej celem wydania orzeczenia, które sąd ten ma obowiązek wydać w sprawie przed nim zawisłej.

33 W tym celu Trybunał jest uprawniony do wyłonienia z akt sprawy głównej elementów istotnych z punktu widzenia wykładni prawa wspólnotowego.

34 W tym kontekście należy stwierdzić, że sprawa główna dotyczy udzielenia zamówienia na zarządzanie dwoma odrębnymi parkingami: jednym znajdującym się na działce 491/11 i drugim znajdującym się na działce 491/6.

35 Odnośnie do parkingu naziemnego znajdującego się na działce 491/11 orzeczenie odsyłające zawiera jedynie informację, że nie zostało zawarte żadne porozumienie w przedmiocie zarządzania tym parkingiem. W szczególności orzeczenie to nie zawiera żadnych informacji dotyczących warunków wynagrodzenia użytkownika tego parkingu.

36 W tych okolicznościach Trybunał może jedynie stwierdzić, że nie posiada wystarczających informacji dla dokonania użytecznej wykładni prawa wspólnotowego w odpowiedzi na tę część pytania.

37 Jak zostało już powiedziane w pkt 24–26 niniejszego wyroku, z orzeczenia odsyłającego wynika, iż parking znajdujący się na działce 491/6 do chwili

powierzenia na okres dziewięciu lat zarządu tym parkingiem spółce Stadtwerke Brixen AG na mocy porozumienia zawartego w dniu 19 grudnia 2002 r. między tą spółką a gminą Brixen, od przeszło dziesięciu lat pozostawał w zarządzie rzeczonej gminy. W zamian za zarządzanie owym parkingiem Stadtwerke Brixen AG pobiera opłaty parkingowe oraz wpłaca gminie Brixen roczną opłatę. Ponadto Stadtwerke Brixen AG zgadza się na to, aby w omawianej strefie nadal odbywał się cotygodniowy targ, bierze na siebie odpowiedzialność za usługi darmowego wypożyczania rowerów oraz za zwykłe i wyjątkowe utrzymanie tej strefy.

38 Mając na uwadze powyższe okoliczności należy rozumieć, że w pierwszym pytaniu sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy udzielenie przez organ władzy publicznej zamówienia na zarządzanie płatnym parkingiem publicznym usługodawcy, w zamian za co ów usługodawca otrzymuje wynagrodzenie w postaci opłat uiszczanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z tego parkingu, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50, czy też koncesję na świadczenie usług publicznych, do której nie ma zastosowania owa dyrektywa.

39 Jak wynika z jej motywu ósmego, dyrektywa 92/50 stosuje się jedynie do „zamówień publicznych na usługi", które zostały zdefiniowane w art. 1 lit. a) tej dyrektywy jako „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą". Z definicji tej wynika, że zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu tej dyrektywy zakłada istnienie pieniężnego świadczenia wzajemnego uiszczanego bezpośrednio usługodawcy przez instytucję zamawiającą.

40 W sytuacji opisanej w pierwszym pytaniu natomiast wynagrodzenie usługodawcy nie pochodzi od danego organu władzy publicznej, lecz z kwot pieniężnych wpłacanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z rzeczonego parkingu. Ten sposób wynagrodzenia oznacza, iż usługodawca bierze na siebie ryzyko związane

z korzystaniem ze spornych usług, co stanowi cechę charakterystyczną koncesji. Z tego względu w sytuacji takiej, jak ta zaistniała w postępowaniu głównym, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na usługi, lecz z koncesją na świadczenie usług publicznych.

41 W tym zakresie należy stwierdzić, że wykładnia ta znajduje swe potwierdzenie w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114), choć dyrektywa ta nie obowiązywała w chwili zdarzeń będących przedmiotem sprawy głównej. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 1 ust. 4 tej dyrektywy „»koncesja na świadczenie usług« to umowa odznaczająca się tymi samymi cechami co zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem tego, iż świadczenie wzajemne związane ze świadczeniem usług polega albo wyłącznie na prawie do korzystania z usług, albo na prawie tym obwarowanym ceną" [tłumaczenie nieoficjalne].

42 Wiadomym jest, że koncesje na świadczenie usług zostały wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 92/50 (zob. postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler Vereinigung, Rec. str. I-4685, pkt 28).

43 Należy zatem odpowiedzieć na pierwsze pytanie, że udzielenie przez organ władzy publicznej zamówienia na zarządzanie płatnym parkingiem publicznym usługodawcy, w zamian za co ów usługodawca otrzymuje wynagrodzenie w postaci opłat uiszczanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z tego parkingu, stanowi koncesję na świadczenie usług publicznych, do której nie ma zastosowania dyrektywa 92/50.

W przedmiocie drugiego pytania

44 W drugim pytaniu sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy udzielenie koncesji na świadczenie usług publicznych bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu pozostaje w zgodzie z prawem wspólnotowym, w przypadku gdy chodzi o powstałą wskutek przekształcenia specjalnego przedsiębiorstwa organu władzy publicznej spółkę akcyjną, której całość kapitału akcyjnego w chwili udzielenia zamówienia jest własnością tego organu władzy publicznej, lecz której zarząd posiada szerokie uprawnienia obejmujące całość czynności zwykłego zarządu i może w sposób autonomiczny, bez zgody walnego zgromadzenia wspólników, zawierać pewne transakcje do wysokości 5 milionów euro każda.

45 Pytanie to dotyczy, z jednej strony, postępowania organu udzielającego koncesji w świetle udzielenia konkretnej koncesji, a z drugiej strony, przepisów krajowych, które zezwalają na udzielenie takiej koncesji bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

46 Mimo że umowy koncesyjne na świadczenie usług publicznych w obecnym stanie prawa wspólnotowego są wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektywy 92/50, organy udzielające koncesji mają ogólny obowiązek przestrzegania podstawowych zasad Traktatu WE, w tym w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie wyroki z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. str. I-10745, pkt 60 oraz z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 16).

47 Zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową został ustanowiony w art. 12 WE. Bardziej szczegółowe postanowienia Traktatu dotyczące

koncesji na świadczenie usług publicznych zawarte są między innymi w art. 43 WE, którego pierwszy akapit stanowi, że ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane, oraz w art. 49 WE, którego pierwszy akapit stanowi, że ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

48 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału postanowienia art. 43 WE i 49 WE stanowią szczególny wyraz zasady równości traktowania (zob. wyrok z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. 4035, pkt 8). Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową również stanowi szczególny wyraz ogólnej zasady równości traktowania (zob. wyrok z dnia 8 października 1980 r. w sprawie 810/79 Überschär, Rec. str. 2747, pkt 16). W orzecznictwie dotyczącym dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych Trybunał wyjaśnił, że zasada równości traktowania oferentów ma na celu zagwarantowanie, aby wszyscy oferenci mieli takie same szanse w fazie przygotowywania warunków ich oferty, niezależnie od ich przynależności państwowej (zob. podobnie wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-2043, pkt 33 i 54). Wynika z tego, że zasada równego traktowania oferentów znajduje zastosowanie do koncesji na świadczenie usług publicznych nawet przy braku dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

49 Zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala organowi władzy publicznej udzielającemu koncesji na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Ów obowiązek przejrzystości, który ciąży na rzeczonym organie, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu publiczności otwierającego drogę konkurencji w zakresie ubiegania się o koncesję oraz gwarantującego bezstronność jej udzielania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 61 i 62).

50 Zadaniem organu władzy publicznej udzielającego koncesji jest przeprowadzenie, pod kontrolą właściwego organu sądowniczego, oceny dotyczącej odpowiedniości sposobu ogłoszenia pod kątem szczególnych cech koncesji na świadczenie spornych usług publicznych. Niemniej jednak całkowity brak ogłoszenia w przypadku udzielania koncesji na świadczenie usług publicznych, jak miało to miejsce w sprawie głównej, nie jest zgodny ani z wymogami art. 43 WE i 49 WE, ani z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.

51 Ponadto art. 86 ust. 1 WE stanowi, że Państwa Członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami niniejszego Traktatu, w szczególności z normami przewidzianymi w art. 12 WE oraz 81–89 WE.

52 Wynika z tego, że Państwa Członkowskie nie powinny utrzymywać w mocy przepisów krajowych, które zezwalają na udzielenie koncesji na świadczenie usług publicznych bez ogłoszenia o zamówieniu, stąd takie udzielenie narusza postanowienia art. 43 WE lub art. 49 WE, lub zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.

53 Na poparcie twierdzenia, iż wymienione w pkt 46–52 niniejszego wyroku postanowienia Traktatu i zasady ogólne nie mają zastosowania w przypadku udzielania koncesji na świadczenie usług publicznych w okolicznościach, o których mowa w sprawie głównej, zostały powołane dwa argumenty.

54 Z jednej strony, Stadtwerke Brixen AG podnosi, że art. 43–55 WE nie znajdują zastosowania w sytuacji takiej, o jakiej mowa w sprawie głównej, gdyż chodzi tu o sytuację czysto wewnętrzną danego państwa członkowskiego, albowiem zarówno spółki Parking Brixen i Stadtwerke Brixen AG, jak i gmina Brixen mają wszystkie swoje siedziby we Włoszech.

55 Nie można podzielić tego argumentu. Nie można bowiem wykluczyć, że w sprawie głównej również przedsiębiorstwa z siedzibą w innych państwach członkowskich, a nie we Włoszech, byłyby zainteresowane świadczeniem spornych usług (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 33). Tymczasem w braku ogłoszenia i zaproszenia konkurentów do składania ofert w ramach postępowania o udzielanie koncesji na świadczenie usług publicznych, o których mowa w sprawie głównej, mamy do czynienia z co najmniej potencjalną dyskryminacją przedsiębiorstw pochodzących z innych Państw Członkowskich, którym nie jest dana możliwość skorzystania z przewidzianych w Traktacie swobód świadczenia usług i przedsiębiorczości (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 17).

56 Z drugiej strony, Republika Włoska, spółka Stadtwerke Brixen AG oraz gmina Brixen podnoszą, że stosowanie reguł traktatowych oraz zasad ogólnych prawa wspólnotowego w sytuacji analogicznej do tej opisanej w sprawie głównej jest wykluczone z tego względu, iż spółka Stadtwerke Brixen AG nie jest podmiotem niezależnym od gminy Brixen. Na poparcie tego argumentu przywołują oni wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 49–51.

57 W tym względzie należy przypomnieć, że w ww. wyroku w sprawie Teckal Trybunał orzekł, iż dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1) stosuje się, w przypadku gdy instytucja zamawiająca — taka jak na przykład jednostka samorządu terytorialnego — zamierza zawrzeć z podmiotem formalnie od niej

odrębnym i decyzyjnie niezależnym umowę odpłatną na piśmie, mającą za przedmiot dostawy produktów.

58 W kwestii istnienia takiej umowy Trybunał wyjaśnił w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal, że zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36 wystarczającym jest co do zasady, aby zamówienie zostało zawarte między jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem prawnie od niej odrębnym. Nie jest tak jedynie, w przypadku gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje większą część swej działalności wspólnie z jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego, w których dyspozycji pozostaje.

59 Trybunał potwierdził, że to samo rozumowanie ma zastosowanie do dyrektywy 92/50 odnoszącej się do udzielania zamówień publicznych na usługi oraz do dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54) (zob. odpowiednio wyroki z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1, pkt 48, 49 i 52 oraz z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. str. I-139, pkt 39).

60 Owe rozważania wychodzą z założenia, że stosowanie dyrektyw 92/50, 93/36 i 93/37 zależy od istnienia umowy zawartej między dwoma odrębnymi podmiotami (zob. ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 46 i 49). Tymczasem stosowanie art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak również związanych z nimi zasad równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości nie zależy od istnienia umowy. W konsekwencji tok rozumowania przeprowadzony w orzeczeniach cytowanych w pkt 56–59 niniejszego wyroku nie ma automatycznego zastosowania ani do rzeczonych postanowień Traktatu, ani do owych zasad.

61 Należy wszakże stwierdzić, że owe rozważania mogą zostać przełożone na postanowienia Traktatu i zasady związane z koncesjami na świadczenie usług

publicznych, które zostały wyłączone z zakresu stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych. W sektorze zamówień publicznych i koncesji na świadczenie usług publicznych bowiem zasada równego traktowania oraz jej szczególne przypadki, jakimi są zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz art. 43 WE i 49 WE, znajdują zastosowanie, w przypadku gdy organ władzy publicznej powierza wykonywanie działalności gospodarczej osobie trzeciej. Z drugiej strony, nie znajdują zastosowania reguły wspólnotowe w sektorze zamówień publicznych lub koncesji na świadczenie usług publicznych, w przypadku gdy organ władzy publicznej wypełnia ciążące na nim zadania interesu publicznego za pomocą własnych zasobów administracyjnych, technicznych i innych, bez uciekania się do pomocy ze strony podmiotów zewnętrznych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48).

62 W konsekwencji w sektorze koncesji na świadczenie usług publicznych stosowanie reguł ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak również ogólnych zasad, których szczególny wyraz stanowią owe reguły, jest wykluczone, w przypadku gdy zarówno kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez jednostkę udzielającą koncesji jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, jak i podmiot ten wykonuje większą część swej działalności wspólnie z organem władzy, w którego dyspozycji pozostaje.

63 Ponieważ mamy do czynienia z odstępstwem od zasad ogólnych prawa wspólnotowego, rzeczone dwie przesłanki wymienione w poprzednim punkcie podlegają wykładni zawężającej i na podmiocie, który zamierza z niego skorzystać, spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających to odstępstwo (zob. ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 46).

64 Należy w pierwszej kolejności zbadać, czy udzielający koncesji organ władzy publicznej sprawuje nad koncesjonariuszem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje on nad własnymi służbami.

65 Ocena ta musi brać pod uwagę całokształt przepisów prawnych i istotnych okoliczności. Z analizy sprawy musi wynikać, że sporny koncesjonariusz jest poddany kontroli, która umożliwia udzielającemu koncesji organowi władzy publicznej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez owego koncesjonariusza. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje.

66 Z postanowienia odsyłającego wynika, że zgodnie z art. 1 statutu specjalnego przedsiębiorstwa Stadtwerke Brixen przedsiębiorstwo to było podmiotem gminnym ze szczególnym zadaniem jednolitego i zintegrowanego świadczenia publicznych usług lokalnych. Choć przedsiębiorstwo dysponowało konieczną niezależnością, rada gminna ustalała ogólną linię postępowania, przydzielała środki finansowe, odpowiadała za pokrycie ewentualnych kosztów społecznych, analizowała rezultaty zarządzania i sprawowała nadzór strategiczny.

67 Z drugiej strony, Stadtwerke Brixen AG została poddana prawom rynku, który sprawia, że kontrola gminy stała się niepewna. Świadczą o tym:

a) przekształcenie specjalnego przedsiębiorstwa gminy Brixen — Stadtwerke Brixen — w spółkę akcyjną (Stadtwerke Brixen AG) oraz sam charakter tej formy spółki;

b) rozszerzenie przedmiotu działalności spółki poprzez to, iż spółka rozpoczęła działalność w nowych ważnych sektorach, między innymi w sektorze przewozu osób i towarów oraz w sektorze informatycznym i telekomunikacyjnym. Należy stwierdzić, iż spółka nadal zachowała szeroki zakres działalności wykonywanej poprzednio przez przedsiębiorstwo specjalne, w szczególności doprowadzanie wody i oczyszczanie ścieków komunalnych, dostawę ogrzewania i energii, utylizację odpadów oraz budowę dróg;

c) obowiązkowe otwarcie się spółki w krótkim czasie na kapitał zewnętrzny;

d) rozszerzenie terytorialnego zasięgu działalności spółki na całe Włochy i zagranicę;

e) znaczne uprawnienia władcze przyznane zarządowi, praktycznie bez żadnej kontroli gminy w zakresie zarządzania.

68 Jeśli chodzi konkretnie o uprawnienia przyznane zarządowi, z orzeczenia odsyłającego wynika, że statut spółki Stadtwerke Brixen AG, w tym w szczególności jego art. 18, przyznaje jej zarządowi bardzo szeroki zakres uprawnień w zakresie zarządzania tą spółką, albowiem dysponuje on uprawnieniem do podejmowania wszelkich czynności użytecznych lub niezbędnych dla realizacji celów spółki. Ponadto przewidziane w art. 18 uprawnienie do udzielania poręczenia na kwoty nieprzekraczające pięciu milionów euro oraz dokonywania innych czynności bez uprzedniej zgody walnego zgromadzenia wspólników wskazuje na to, że spółka ta posiada dużą autonomię w stosunku do swych akcjonariuszy.

69 Orzeczenie odsyłające wskazuje również na fakt, że gmina Brixen ma prawo wyznaczania większości członków zarządu spółki Stadtwerke Brixen AG. Mimo to sąd odsyłający podkreśla, że kontrola sprawowana nad Stadtwerke Brixen AG przez gminę sprowadza się w istocie do zakresu uprawnień, które prawo spółek przyznaje większości akcjonariuszy, co znacznie łagodzi stosunek zależności, który istniał pomiędzy gminą a specjalnym przedsiębiorstwem Stadtwerke Brixen, zwłaszcza w świetle szerokich uprawnień zarządu spółki Stadtwerke Brixen AG.

70 W sytuacji gdy koncesjonariusz cieszy się dużym marginesem autonomii, która odznacza się takimi cechami, jak te, o których mowa w pkt 67–69 niniejszego wyroku, wykluczonym jest, aby udzielający koncesji organ władzy publicznej sprawował nad koncesjonariuszem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje on nad własnymi służbami.

71 W takich okolicznościach i bez potrzeby badania kwestii tego, czy koncesjonariusz wykonuje większą część swej działalności wspólnie z organem władzy publicznej udzielającym koncesji, należy stwierdzić, że udzielenie przez organ władzy publicznej koncesjonariuszowi koncesji na świadczenie usług publicznych nie może być uważane za działanie wewnętrzne tego organu władzy publicznej, do którego nie znajdują zastosowania reguły wspólnotowe.

72 Wynika z tego, iż na drugie z zadanych pytań należy odpowiedzieć w następujący sposób:

Postanowienia art. 43 WE i 49 WE, jak również zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości powinny być interpretowane w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby organ władzy publicznej, bez ogłoszenia o zamówieniu, udzielał koncesji na świadczenie usług publicznych na rzecz powstałej w wyniku przekształcenia specjalnego przedsiębiorstwa tego organu spółki akcyjnej, której przedmiot działalności został rozszerzony na nowe ważne sektory, której kapitał musi obowiązkowo otworzyć się na kapitał zewnętrzny, której zakres działalności został rozszerzony na całe terytorium kraju i zagranicę oraz której zarząd posiada szerokie uprawnienia w zakresie zarządzania spółką, które może sprawować w sposób autonomiczny.

W przedmiocie kosztów

73 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 (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

1) **Udzielenie przez organ władzy publicznej zamówienia na zarządzanie płatnym parkingiem publicznym usługodawcy, w zamian za co ów usługodawca otrzymuje wynagrodzenie w postaci opłat uiszczanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z tego parkingu, stanowi koncesję na świadczenie usług publicznych, do której nie ma zastosowania dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi.**

2) **Postanowienia art. 43 WE i 49 WE, jak również zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości powinny być interpretowane w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby organ władzy publicznej, bez ogłoszenia o zamówieniu, udzielał koncesji na świadczenie usług publicznych na rzecz powstałej w wyniku przekształcenia specjalnego przedsiębiorstwa tego organu spółki akcyjnej, której przedmiot działalności został rozszerzony na nowe ważne sektory, której kapitał musi obowiązkowo otworzyć się na kapitał zewnętrzny, której zakres działalności został rozszerzony na całe terytorium kraju i zagranicę oraz której zarząd posiada szerokie uprawnienia w zakresie zarządzania spółką, które może sprawować w sposób autonomiczny.**

Podpisy