WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)
z dnia 21 lipca 2005 r. *

W sprawie C-231/03

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 14 lutego 2003 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 28 maja 2003 r., w postępowaniu

Consorzio Aziende Metano (Coname)

przeciwko

Comune di Cingia de' Botti,

przy udziale:

Padania Acque SpA,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: V. Skouris, Prezes, P. Jann, C.W.A. Timmermans (sprawozdawca), A. Rosas, R. Silva de Lapuerta i A. Borg Barthet, prezesi izb, r. Schintgen, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský i J. Klučka, sędziowie,

* Język postępowania: włoski.

rzecznik generalny: C. Stix-Hackl,
sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 1 marca 2005 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Consorzio Aziende Metano (Coname) przez M. Zoppolata, avvocato,

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

— w imieniu rządu niderlandzkiego przez D.J.M. de Grave'a, działającego w charakterze pełnomocnika,

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

— w imieniu rządu fińskiego przez A. Guimaraes-Purokoski, działającą w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa, K. Wiednera oraz C. Loggiego, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 12 kwietnia 2005 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43 WE, 49 WE i 81 WE.

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Consorzio Aziende Metano (zwanym dalej „Coname") a comune di Cingia de' Botti (gminą Cingia de' Botti) dotyczącego zlecenia przez tę ostatnią świadczenia usług zarządzania, montażu i utrzymania instalacji służącej do dystrybucji metanu spółce Padania Acque SpA (zwanej dalej „spółką Padania").

Ramy prawne

3 Zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy nr 142 o ustroju jednostek samorządu terytorialnego (legge n° 142, recante ordinamento delle autonomie locali) z dnia 8 czerwca 1990 r. (dodatek specjalny do GURI nr 135 z dnia 12 czerwca 1990 r., zwanej dalej „ustawą nr 142/1990") usługi tego rodzaju, jak zarządzanie, montaż i utrzymanie instalacji służących do dystrybucji metanu mogą być świadczone przez samą jednostkę publiczną, poprzez udzielenie koncesji na rzecz osoby trzeciej, przez przedsiębiorstwa trzecie albo wreszcie, zgodnie ze wspomnianym art. 22 ust. 3 lit. e),

„za pośrednictwem spółek akcyjnych lub z ograniczoną odpowiedzialnością z przewagą publicznego kapitału lokalnego wniesionego przez jednostkę, która zapewnia funkcjonowanie usług publicznych lub z jej udziałem oraz, gdy jest to uzasadnione charakterem lub wielkością obszaru objętego usługami, z udziałem kilku przedsiębiorstw publicznych lub prywatnych".

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

4 Coname zawarło z comune di Cingia de' Botti umowę na świadczenie usług utrzymania, zarządzania i nadzoru sieci dystrybucji metanu na okres od 1 stycznia 1999 r. do 31 grudnia 2000 r.

5 Pismem z dnia 30 grudnia 1999 r. gmina ta poinformowała Coname, że uchwałą z dnia 21 grudnia 1999 r. rada gminy powierzyła spółce Padania świadczenie usług zarządzania, montażu i utrzymania instalacji służącej do dystrybucji metanu na okres od 1 stycznia 2000 r. do 31 grudnia 2005 r. Padania jest spółką z przewagą kapitału publicznego, będącego w posiadaniu prowincji Cremona oraz prawie wszystkich gmin tej prowincji. Comune di Cingia de' Botti ma w kapitale tej spółki udział w wysokości 0,97%.

6 Świadczenie usług spornych w postępowaniu przed sądem krajowym powierzone zostało spółce Padania bezpośrednio, na podstawie art. 22 ust. 3 lit. e) ustawy nr 142/1990.

7 Coname, wnosząc do sądu odsyłającego, w szczególności, o stwierdzenie nieważności uchwały z dnia 21 grudnia 1999 r., twierdzi, że świadczenie tych usług powinno zostać zlecone po przeprowadzeniu przetargu.

8 Uznawszy, że rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu wymaga wykładni niektórych postanowień Traktatu WE, Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy powierzenie w sposób bezpośredni, to znaczy bez przetargu, świadczenia usług publicznych w zakresie dystrybucji gazu spółce z udziałem publicznego kapitału gminnego, w sytuacji, gdy wysokość tego udziału nie pozwala sprawować kontroli nad zarządzaniem spółką, a co za tym idzie, nie można, jak w niniejszym przypadku, przy udziale w wysokości 0,97%, uznać tych usług za świadczone »in house«, jest sprzeczne z art. 43 [WE], 49 [WE] i 81 WE, zabraniającymi, odpowiednio, stosowania ograniczeń w swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty z państw członkowskich na terytorium innych państw członkowskich oraz w swobodnym świadczeniu usług przez podmioty z państw członkowskich na terytorium Wspólnoty, a także praktyk handlowych i działań przedsiębiorstw mogących uniemożliwić, ograniczyć lub zakłócić konkurencję w Unii Europejskiej?".

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

9 Na wstępie należy zaznaczyć, że jak wynika z odpowiedzi sądu odsyłającego na wniosek o wyjaśnienia sformułowany przez Trybunał na podstawie art. 104 § 5 regulaminu Trybunału, postępowanie przed sądem krajowym dotyczy świadczenia

usługi wymagającej uzyskania koncesji, która nie podlega ani przepisom 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), ani przepisom dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84) (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. str. I-10745, pkt 56, i postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, Rec. str. I-4685, pkt 28).

10 W związku z tym niniejszy wyrok opiera się na założeniu, że spór w sprawie zawisłej przed sądem krajowym dotyczy udzielenia koncesji. Weryfikacja tego założenia należy do sądu odsyłającego.

11 Sąd odsyłający zwraca się w pytaniu o interpretację art. 43 WE, 49 WE i 81 WE. Odpowiedzi należy udzielić mając na uwadze powyższe zastrzeżenie.

W przedmiocie art. 81 WE

12 Należy przypomnieć, że art. 81 WE, który zgodnie ze swoim brzmieniem ma zastosowanie do porozumień „między przedsiębiorstwami", nie dotyczy w zasadzie umów koncesyjnych między gminą działającą w charakterze organu władzy publicznej a koncesjonariuszem, któremu powierzono świadczenie usług publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 4 maja 1988 r. w sprawie 30/87 Bodson, Rec. str. 2479, pkt 18).

13 Stąd, jak słusznie zauważają rząd fiński i Komisja, postanowienie to nie znajduje zastosowania w postępowaniu przed sądem krajowym przedstawionemu w ten sposób, jak w postanowieniu odsyłającym.

14 W tym zakresie nie ma zatem potrzeby udzielania odpowiedzi na przedłożone pytanie.

W przedmiocie art. 43 WE i 49 WE

15 Przedkładając Trybunałowi pytanie prejudycjalne, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy udzielenie przez gminę w sposób bezpośredni, to znaczy bez przetargu, koncesji na świadczenie usług publicznych w dziedzinie dystrybucji gazu spółce z przewagą kapitału publicznego, w której gmina ta posiada udziały w wysokości 0,97% kapitału, jest sprzeczne z art. 43 WE i 49 WE.

16 Należy przypomnieć, że udzielenie tego rodzaju koncesji nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca wspólnotowy uregulował udzielanie zamówień publicznych. W braku takich przepisów wpływ prawa wspólnotowego na udzielanie takich koncesji rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w Traktacie.

17 W związku z tym należy podkreślić, że ponieważ koncesja ta może stać się przedmiotem zainteresowania przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim niż to, w którym leży comune di Cingia de' Botti, udzielenie jej w sposób całkowicie nieprzejrzysty przedsiębiorstwu mającemu siedzibę w tym ostatnim państwie członkowskim stanowi różnicę w traktowaniu na niekorzyść przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 61).

18 Wobec braku przejrzystości procedury koncesyjnej przedsiębiorstwo z innego państwa członkowskiego nie ma bowiem żadnej możliwości wyrażenia zainteresowania otrzymaniem koncesji.

19 Takie zróżnicowanie traktowania, które poprzez wykluczenie wszelkich przedsiębiorstw mających siedziby w innych państwach członkowskich działa przede wszystkim na ich niekorzyść, stanowi — o ile nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami — pośrednią dyskryminację ze względu na przynależność państwową, zabronioną na mocy art. 43 WE i 49 WE (zob. podobnie w szczególności wyroki z dnia 10 marca 1993 r. w sprawie C-111/91 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Rec. str. I-817, pkt 17, z dnia 8 czerwca 1999 r. w sprawie C-337/97 Meeusen, Rec. str. I-3289, pkt 27, i z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-294/97 Eurowings Luftverkehr, Rec. str. I-7447, pkt 33 i cytowane orzecznictwo).

20 Jeśli chodzi o sprawę zawisłą przed sądem krajowym, z akt nie wynika, by z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego, można było racjonalnie utrzymywać, że przedsiębiorstwa z państw członkowskich innych niż to, w którym leży comune di Cingia de' Botti, nie byłyby zainteresowane przedmiotową koncesją, a zatem, że skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie, żeby pozwalały na stwierdzenie ewentualnego ograniczenia tych swobód (zob. podobnie wyroki z dnia 7 marca 1990 r. w sprawie C-69/88 Krantz, Rec. str. I-583, pkt 11, i z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-44/98 BASF, Rec. str. I-6269, pkt 16, a także postanowienie z dnia 12 września 2002 r. w sprawie C-431/01 Mertens, Rec. str. I-7073, pkt 34).

21 W tych okolicznościach do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy udzielenie przez comune di Cingia de' Botti koncesji spółce Padania odbyło się w warunkach przejrzystości pozwalających przedsiębiorstwom mającym siedzibę w państwach członkowskich innych niż Republika Włoska na uzyskanie odpowiednich informacji

dotyczących koncesji przed jej udzieleniem i ewentualne wyrażenie zainteresowania jej otrzymaniem. Tak pojęta przejrzystość procedury udzielania koncesji niekoniecznie oznacza obowiązek przeprowadzenia przetargu.

22 Jeśli by tak nie było należy stwierdzić różnicę w traktowaniu na niekorzyść tych przedsiębiorstw.

23 W odniesieniu do okoliczności obiektywnych, które mogłyby uzasadnić tego rodzaju różnicę w traktowaniu, należy stwierdzić, że udział comune di Cingia de' Botti w wysokości 0,97% w kapitale spółki Padania nie stanowi sam w sobie takiej obiektywnej okoliczności.

24 Nawet bowiem przy założeniu, że konieczność zapewnienia kontroli gminy nad koncesjonariuszem świadczącym usługi publiczne stanowi okoliczność obiektywną uzasadniającą ewentualną różnicę w traktowaniu, należy uznać, iż udział w wysokości 0,97% w kapitale zakładowym jest tak nieznaczny, że nie pozwala na zapewnienie takiej kontroli, co zauważa zresztą sam sąd odsyłający.

25 Na rozprawie rząd włoski wyjaśnił, co do istoty, że w przeciwieństwie do kilku dużych miast włoskich większość gmin nie ma środków wystarczających, by samodzielnie zapewnić funkcjonowanie usług publicznych, na przykład w dziedzinie dystrybucji gazu, na ich terytorium, i są one zatem zmuszone powierzyć świadczenie tych usługi podmiotom takiego rodzaju jak spółka Padania, w których kapitale udziały ma większa liczba gmin.

26 Trzeba w tym względzie stwierdzić, że podmiotu takiego rodzaju jak spółka Padania nie można utożsamiać ze strukturą, za pomocą której gmina lub miasto samodzielnie zapewniają świadczenie usług publicznych. Z akt sprawy wynika bowiem, że spółka Padania jest przynajmniej częściowo otwarta na udział kapitału prywatnego, co uniemożliwia uznanie jej za „wewnętrzną" strukturę świadczącą usługi publiczne w imieniu gmin mających w niej udziały.

27 Do wiadomości Trybunału nie podano żadnej innej obiektywnej okoliczności uzasadniającej ewentualną różnicę w traktowaniu.

28 W związku z powyższym na postawione pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że w okolicznościach, jakie występują w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, udzielenie przez gminę w sposób bezpośredni, to znaczy bez przetargu, koncesji na świadczenie usług publicznych w dziedzinie dystrybucji gazu spółce z przewagą kapitału publicznego, w której gmina ta posiada udziały w wysokości 0,97% kapitału zakładowego, jeżeli udzielenie tej koncesji nie odbyło się w warunkach przejrzystości pozwalających w szczególności przedsiębiorstwom mającym siedzibę w państwach członkowskich innych niż to, na terytorium którego leży owa gmina, na dostęp do odpowiednich informacji dotyczących koncesji przed jej udzieleniem i ewentualne wyrażenie zainteresowania jej otrzymaniem, co niekoniecznie oznacza obowiązek przeprowadzenia przetargu, jest sprzeczne z art. 43 WE i 49 WE.

W przedmiocie kosztów

29 Niniejsze postępowanie dla stron postępowania przed sądem krajowym 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 (wielka izba) orzeka, co następuje:

W okolicznościach, jakie występują w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, udzielenie przez gminę w sposób bezpośredni koncesji na świadczenie usług publicznych w dziedzinie dystrybucji gazu spółce z przewagą kapitału publicznego, w której gmina ta posiada udziały w wysokości 0,97% kapitału zakładowego, jeżeli udzielenie tej koncesji nie odbyło się w warunkach przejrzystości pozwalających w szczególności przedsiębiorstwom mającym siedzibę w państwach członkowskich innych niż to, na terytorium którego leży owa gmina, na dostęp do odpowiednich informacji dotyczących koncesji przed jej udzieleniem i ewentualne wyrażenie zainteresowania jej otrzymaniem, co niekoniecznie oznacza obowiązek przeprowadzenia przetargu, jest sprzeczne z art. 43 WE i 49 WE.

Podpisy