SODBA SODIŠČA (veliki senat)
z dne 21. julija 2005*

V zadevi C-231/03,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italija) z odločbo z dne 14. februarja 2003, ki je prispela na Sodišče 28. maja 2003, v postopku

Consorzio Aziende Metano (Coname)

proti

Comune di Cingia de' Botti,

ob udeležbi

Padania Acque SpA,

SODIŠČE (veliki senat),

v sestavi V. Skouris, predsednik, P. Jann, C. W. A. Timmermans (poročevalec), A. Rosas, predsedniki senatov, R. Silva de Lapuerta, predsednica senata, A. Borg Barthet, predsednik senata, R. Schintgen, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský in J. Klučka, sodniki,

* Jezik postopka: italijanščina.

generalna pravobranilka: C. Stix-Hackl,
sodna tajnica: L. Hewlett, glavna administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 1. marca 2005,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

— za Consorzio Aziende Metano (Coname) M. Zoppolato, odvetnik,

— za italijansko vlado I. M. Braguglia, zastopnik, skupaj z G. Fiengom, avvocato dello Stato,

— za nizozemsko vlado D. J. M. de Grave, zastopnik,

— za avstrijsko vlado M. Fruhmann, zastopnik,

— za finsko vlado A. Guimaraes-Purokoski, zastopnica,

— za Komisijo Evropskih skupnosti X. Lewis, K. Wiedner in C. Loggi, zastopniki,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalne pravobranilke na obravnavi 12. aprila 2005

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 43 ES, 49 ES in 81 ES.

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Consorzio Aziende Metano (v nadaljevanju: Coname) in comune di Cingia de' Botti (občina Cingia de' Botti), ker je ta podelila storitev upravljanja, distribucije in vzdrževanja naprav za distribucijo plina metana družbi Padania Acque SpA (v nadaljevanju: družba Padania).

Pravni okvir

3 Na podlagi člena 22(3) Zakona št. 142 o organizaciji lokalne samouprave (legge n° 142, recante ordinamento delle autonomie locali) z dne 8. junija 1990 (redna priloga h GURI št. 135 z dne 12. junija 1990, v nadaljevanju: zakon št. 142/1990), lahko storitev, kot je upravljanje, distribucija in vzdrževanje naprav za distribucijo plina metana, zagotavlja javni subjekt sam, s podelitvijo koncesije

tretjim, po tretjih podjetjih ali na podlagi navedenega člena 22(3)(e) „s posredovanjem delniških družb ali družb z omejeno odgovornostjo s pretežnim lokalnim javnim osnovnim kapitalom, ki ga je ustanovil ali ima v njem delež subjekt, ki zagotavlja javno službo, in če se zaradi narave ali obsega ozemlja, ki ga pokriva storitev, izkaže kot primerno s sodelovanjem več javnih ali zasebnih izvajalcev".

Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

4 Coname je z občino Cingia de' Botti za obdobje od 1. januarja 1999 do 31. decembra 2000 sklenil pogodbo o podelitvi storitve vzdrževanja, vodenja in nadzora omrežja za plin metan.

5 Z dopisom z dne 30. decembra 1999 je zadevna občina obvestila Coname, da je s sklepom z dne 21. decembra 1999 občinski svet družbi Padania zaupal storitev upravljanja, distribucije in vzdrževanja naprav za distribucijo metana za obdobje od 1. januarja 2000 do 31. decembra 2005. Družba Padania je družba z večinskim javnim osnovnim kapitalom province Cremona in skoraj vseh njenih občin. Delež občine Cingia de' Botti v osnovnem kapitalu te družbe znaša 0,97 %.

6 Storitev, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, je bila zaupana družbi Padania z neposredno podelitvijo na podlagi člena 22(3)(e) zakona št. 142/1990.

7 Coname, ki pred predložitvenim sodiščem zahteva zlasti razveljavitev sklepa z dne 21. decembra 1999, navaja, da bi bilo treba podelitev zadevne storitve izvesti z vabilom k oddaji ponudb.

8 Ker je Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia menilo, da je za odločitev v sporu, o katerem odloča, potrebna razlaga določenih določb Pogodbe ES, je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali so členi 43 [ES], 49 [ES] in 81 ES, ki prepovedujejo omejitve pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice in omejitve svobode opravljanja storitev v Skupnosti za državljane držav članic ter trgovinska in podjetniška ravnanja, ki bi lahko preprečevala, omejevala ali izkrivljala konkurenco v Evropski uniji, v nasprotju z neposredno podelitvijo, to je brez vabila k oddaji ponudb, opravljanja javne službe distribucije plina družbi, v kateri ima občina delež v osnovnem kapitalu, kadar je delež v osnovnem kapitalu družbe tak, da ne dopušča neposrednega nadzora nad samim upravljanjem, in ali je zato treba pritrditi temu, da kot v obravnavanem primeru, ko je kapitalski delež 0,97 %, niso izpolnjeni pogoji za upravljanje ‚in house'?"

Vprašanje za predhodno odločanje

9 Uvodoma je treba poudariti, da se postopek v glavni stvari, kot izhaja iz odgovora predložitvenega sodišča na zahtevo za pojasnilo, ki jo je Sodišče izdalo na podlagi člena 104(5) Poslovnika, očitno nanaša na storitev, ki je opredeljena kot koncesija, za

katero ne velja niti Direktiva Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1) niti Direktiva Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84) (v tem smislu glej sodbo z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress, C-324/98, Recueil, str. I-10745, točka 56, in sklep z dne 30. maja 2002 v zadevi Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Recueil, str. I-4685, točka 28).

10 Ta sodba torej temelji na premisi, da se spor v postopku v glavni stvari nanaša na podelitev koncesije, na premisi, ki jo mora preveriti predložitveno sodišče.

11 Predložitveno sodišče želi z vprašanjem po tej pojasnitvi razlago členov 43 ES, 49 ES in 81 ES.

Člen 81 ES

12 Treba je opozoriti, da člen 81 ES, ki se, glede na svoje besedilo, uporablja za sporazume „med podjetji", načeloma ne velja za koncesijske pogodbe, ki jih skleneta občina, ki deluje kot javni organ, in koncesionar, ki je zadolžen za javno službo (v tem smislu glej sodbo z dne 4. maja 1988 v zadevi Bodson, 30/87, Recueil, str. 2479, točka 18).

13 Zato, kot pravilno poudarjata finska vlada in Komisija, zadevna določba ne velja za postopek v glavni stvari, kot je opisan v predložitveni odločbi.

14 Zato na vprašanje v tej zvezi ni treba odgovoriti.

Člena 43 ES in 49 ES

15 Predložitveno sodišče s svojim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali člena 43 ES in 49 ES nasprotujeta temu, da občina neposredno, to je brez vabila k oddaji ponudb, podeli koncesijo za opravljanje javne službe distribucije plina družbi z večinskim javnim osnovnim kapitalom, v kateri ima ta občina 0,97-odstotni delež v osnovnem kapitalu.

16 Treba je opozoriti, da podelitve take koncesije ne ureja nobena izmed direktiv, s katerimi je zakonodajalec Skupnosti uredil področje javnih naročil. Ker take ureditve ni, je treba posledice prava Skupnosti na podelitev takih koncesij preučiti v smislu primarnega prava in zlasti v smislu temeljnih svoboščin, ki jih določa Pogodba.

17 Glede tega je treba poudariti, da če bi se za zadevno koncesijo lahko zanimalo tudi podjetje, ki se nahaja v državi članici, ki ni država občine Cingia de' Botti, pomeni popolnoma nepregledna podelitev te koncesije podjetju, ki se nahaja v zadnje navedeni državi članici, različno obravnavanje v škodo podjetja, ki se nahaja v drugi državi članici (v tem smislu glej zgoraj navedeno sodbo Telaustria in Telefonadress, točka 61).

18 Zaradi popolne nepreglednosti to podjetje namreč nima nobene resnične možnosti, da bi izkazalo svoj interes za pridobitev zadevne koncesije.

19 Razen če ni upravičeno z objektivnimi okoliščinami, tako različno obravnavanje, ki je z izključitvijo vseh podjetij iz drugih držav članic predvsem njim v škodo, pomeni posredno diskriminacijo glede na državljanstvo, ki je prepovedana na podlagi členov 43 ES in 49 ES (v tem smislu glej zlasti sodbe z dne 10. marca 1993 v zadevi Komisija proti Luksemburgu, C-111/91, Recueil, str. I-817, točka 17; z dne 8. junija 1999 v zadevi Meeusen, C-337/97, Recueil, str. I-3289, točka 27, in z dne 26. oktobra 1999 v zadevi Eurowings Luftverkehr, C-294/97, Recueil, str. I-7447, točka 33 in navedena sodna praksa).

20 Glede postopka v glavni stvari iz spisa ne izhaja, da bi zaradi posebnih okoliščin, kot je zelo zmanjšan gospodarski interes, lahko razumno zatrdili, da naj podjetja iz druge države članice, kot je država, ki ji pripada občina Cingia de' Botti, ne bi zanimala obravnavana koncesija in da bi bilo učinke na zadevne temeljne svoboščine zato treba šteti kot premalo gotove in posredne, da bi lahko sklepali o njihovi morebitni kršitvi (v tem smislu glej sodbi z dne 7. marca 1990 v zadevi Krantz, C-69/88, Recueil, str. I-583, točka 11, in z dne 21. septembra 1999 v zadevi BASF, C-44/98, Recueil, str. I-6269, točka 16, ter sklep z dne 12. septembra 2002 v zadevi Mertens, C-431/01, Recueil, str. I-7073, točka 34).

21 V teh okoliščinah je naloga predložitvenega sodišča, da preveri, ali podelitev koncesije občine Cingia de' Botti družbi Padania izpolnjuje zahteve za preglednost, ki so, ne da bi nujno zajemale obveznosti izvedbe postopka s povabilom k oddaji ponudb, predvsem take, da dopuščajo, da bi podjetje, ki se nahaja na ozemlju druge

države članice, kot je Italijanska republika, lahko imelo dostop do ustreznih informacij o zadevni koncesiji, preden je ta podeljena, tako da bi imelo, če bi to želelo, možnost izkazati svoj interes za njeno pridobitev.

22 Če ni tako, je treba ugotoviti, da obstaja različno obravnavanje v škodo zadevnega podjetja.

23 Glede objektivnih okoliščin, ki lahko upravičijo tako različno obravnavanje, je treba poudariti, da dejstvo, da ima občina Cingia de' Botti 0,97-odstotni delež v osnovnem kapitalu družbe Padania, ni ena izmed takih objektivnih okoliščin.

24 Tudi ob domnevi, da potreba občine po izvajanju nadzora nad koncesionarjem, ki opravlja javno službo, lahko pomeni tako objektivno okoliščino, ki lahko upraviči morebitno različno obravnavanje, je treba poudariti, da je 0,97-odstotni delež v osnovnem kapitalu tako nizek, da ne omogoča takega nadzora, kar navaja tudi predložitveno sodišče.

25 Italijanska vlada je na obravnavi navedla, da večina občin, nasprotno kot nekatera velika italijanska mesta, nima sredstev, da bi lahko z notranjimi organizacijskimi oblikami zagotavljale javne storitve, kot je storitev distribucije plina na svojem ozemlju, in se morajo torej zateči k organizacijskim oblikam, kot je družba Padania, v kateri ima več občin deleže v osnovnem kapitalu.

26 Glede tega je treba ugotoviti, da organizacijske oblike, kot je družba Padania, ni mogoče enačiti z organizacijsko obliko, s katero občina oziroma mesto na notranji ravni opravlja javno službo. Tako kot izhaja iz spisa, je družba Padania dejansko družba, ki je vsaj deloma odprta za zasebni kapital, kar preprečuje, da bi se v občinah, ki imajo v njej deleže, lahko štela kot organizacijska oblika „notranjega" opravljanja javne službe.

27 Sodišče ni bilo seznanjeno z nobeno drugo objektivno okoliščino, ki bi lahko upravičila morebitno različno obravnavanje.

28 V teh okoliščinah je treba na zastavljeno vprašanje odgovoriti tako, da člena 43 ES in 49 ES v okoliščinah, kot so v postopku v glavni stvari, nasprotujeta temu, da občina neposredno podeli koncesijo za opravljanje javne storitve distribucije plina družbi z večinskim javnim osnovnim kapitalom, v kateri ima zadevna občina 0,97-odstotni delež, če ta podelitev ne izpolnjuje zahtev za preglednost, ki so, ne da bi nujno zajemale obveznosti izvedbe postopka s povabilom k oddaji ponudb, zlasti take, da dopuščajo podjetju, ki se nahaja na ozemlju druge države članice, kot je država zadevne občine, da ima dostop do ustreznih informacij o zadevni koncesiji, preden je ta podeljena, tako da bi imelo podjetje, če bi to želelo, možnost izkazati svoj interes za njeno pridobitev.

Stroški

29 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (veliki senat) razsodilo:

Člena 43 ES in 49 ES v okoliščinah, kot so v postopku v glavni stvari, nasprotujeta temu, da občina neposredno podeli koncesijo za opravljanje javne storitve distribucije plina družbi z večinskim javnim osnovnim kapitalom, v kateri ima zadevna občina 0,97-odstotni delež, če ta podelitev ne izpolnjuje zahtev za preglednost, ki so, ne da bi nujno zajemale obveznosti izvedbe postopka s povabilom k oddaji ponudb, zlasti take, da dopuščajo podjetju, ki se nahaja na ozemlju druge države članice, kot je država zadevne občine, da ima dostop do ustreznih informacij o zadevni koncesiji, preden je ta podeljena, tako da bi imelo podjetje, če bi to želelo, možnost izkazati svoj interes za njeno pridobitev.

Podpisi