OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
L.A. GEELHOEDA
przedstawiona w dniu 12 stycznia 2006 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. Na mocy niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Włochy) przedkłada Trybunałowi pytanie co do zgodności z prawem wspólnotowym przepisów prawa krajowego pozwalających na bezpośrednie udzielenie zamówienia na świadczenie usług z zakresu lokalnego transportu publicznego przedsiębiorstwu, w którym organ publiczny udzielający zamówienia posiada udziały i kontrolowanemu przez ten organ. Jest to kolejna sprawa, w której Trybunał ma wyjaśnić zakres swojego wyroku wydanego w sprawie Teckal [2].

2. W pkt 49 tego wyroku Trybunał stwierdził, że dla istnienia zamówienia publicznego na dostawy w rozumieniu dyrektywy Rady 93/36/EWG [3] wymagane jest w szczególności porozumienie między dwiema odrębnymi osobami.

3. W tym względzie Trybunał uściślił w pkt 50 wspomnianego wyroku, że:

„[...] co do zasady wystarczy, że umowa została zawarta między jednostką samorządu terytorialnego z jednej strony a osobą odrębną od niej z prawnego punktu widzenia z drugiej strony. Odmienne rozwiązanie dopuszczalne jest jedynie w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad daną osobą kontrolę analogiczną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami, i jednocześnie wspomniana osoba wykonuje istotną część swojej działalności wspólnie z jednostką lub jednostkami, które posiadają w niej udziały".

II — Ramy prawne

4. Jeśli chodzi o prawo włoskie, art. 14 decreto legge nr 269/03 zmienił art. 113

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Wyrok w sprawie C-107/98 z dnia 18 listopada 1999 r., Rec. str. I-8121.

3 — Dyrektywa z dnia 14 czerwca 1993 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1).

decreto legislativo nr 267/00. W nowym brzmieniu art. 113 ust. V przewiduje:

„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 publicznego;

b) spółkom o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, w których prywatny wspólnik jest wyłoniony w drodze przetargu publicznego gwarantującego przestrzeganie uregulowań krajowych i wspólnotowych z zakresu konkurencji zgodnie z wytycznymi wydanymi przez właściwe władze w formie przepisów szczególnych i okólników;

c) spółkom o wyłącznie publicznym kapitale, pod warunkiem że organ lub organy publiczne posiadające udziały w kapitale zakładowym spółki sprawują nad spółką kontrolę analogiczną do tej, którą sprawują nad własnymi służbami, i spółka ta wykonuje istotną część swojej działalności wspólnie z organem lub organami publicznymi, które posiadają w niej udziały".

III — Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

5. Decyzją z dnia 17 lipca 2003 r. administracja gminy Bari wszczęła procedurę przetargu publicznego w celu udzielenia zamówienia na usługi z zakresu lokalnego transportu publicznego na terenie Comune di Bari. Następnie decyzją z dnia 18 grudnia 2003 r. gmina postanowiła odstąpić od wszczętej procedury przetargu i przyznała sporne zamówienie za obopólną zgodą spółce AMTAB Servizio SpA.

6. Z treści postanowienia odsyłającego wynika, że Comune di Bari wydała nową decyzję w związku z wejściem w życie art. 14 decreto legge nr 269/03, który zmienił art. 113 ust. V decreto legislativo nr 267/00.

7. W szczególności, nowy przepis art. 113 ust. V lit. c), który opisuje „wewnętrzne"

zarządzanie usługami publicznymi zgodnie z definicją przyjętą przez Trybunał w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal i z którego wynika, że „wewnętrzne" zarządzanie usługami publicznymi nie podlega prawu wspólnotowemu w zakresie przetargów, miał skłonić administrację gminy Bari do odstąpienia od procedury przetargowej.

8. Stosownie do treści postanowienia odsyłającego mająca koncesję spółka AMTAB Servizio SpA jest spółką, w której całość kapitału zakładowego należy do Comune di Bari, a jej działalność ogranicza się jedynie do świadczenia usług z zakresu lokalnego transportu publicznego na terenie miasta Bari. Wspomniana spółka pozostaje pod całkowitą kontrolą administracji gminy Bari w oparciu o umowę o świadczenie usług, która wiąże oba podmioty.

9. W postępowaniu przed sądem krajowym skarżąca, Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori, wniosła do niego skargę, domagając się uchylenia decyzji Comune di Bari z dnia 18 grudnia 2003 r., na mocy której sporne zamówienie na świadczenie usług zostało przyznane spółce AMTAB Servizio SpA, jako że decyzja ta stanowi naruszenie prawa wspólnotowego, a w szczególności art. 3 WE, 16 WE, 43 WE, 49 WE, 50 WE, 51 WE, 70 WE, 71 WE, 72 WE, 81 WE, 82 WE, 86 WE i 87 WE.

10. Po zapoznaniu się z tą argumentacją Tribunale amministrativo regionale di Puglia zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 113 ust. V decreto legislativo nr 267/00 w brzmieniu zmienionym art. 14 decreto legge nr 269/03 jest zgodny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z obowiązkiem przejrzystości i wolnej konkurencji, o których mowa w art. 46 WE, 49 WE i 86 WE, w zakresie w jakim nie nakłada on żadnego ograniczenia na administrację publiczną w kwestii swobodnego wyboru spośród różnorodnych form udzielania zamówień na usługi publiczne, a w szczególności wyboru między udzieleniem zamówienia na usługi publiczne w trybie przetargu publicznego a bezpośrednim udzieleniem zamówienia spółce całkowicie przez nią kontrolowanej?".

IV — Ocena

11. Czy art. 43 WE, 49 WE i 86 WE stoją na przeszkodzie istnieniu przepisów prawa krajowego, takich jak te będące przedmiotem pytania prejudycjalnego, które pozostawiają organowi administracji lokalnej swobodę wyboru między powierzeniem spółce podlegającej temu organowi zarządzania usługami, takimi jak usługi z zakresu transportu publicznego, a wszczęciem procedury przetargu publicznego w celu przyznania osobie prywatnej koncesji na świadczenie tych usług?

12. Takie jest co do istoty pytanie, które zadaje sobie sąd krajowy i które w świetle nowego i najnowszego orzecznictwa Trybunału [4] jest stosunkowo łatwe do rozstrzygnięcia.

13. Z akt sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym złożonych w sekretariacie Trybunału wynika, że sporne usługi są finansowane, przynajmniej w części, poprzez zakup biletów przez osoby z nich korzystające, co oznacza, że chodzi tu o koncesję na świadczenie usług niepodlegającą wspólnotowym dyrektywom w sprawie zamówień publicznych, lecz bezpośrednio przepisom prawa pierwotnego, a w szczególności podstawowym swobodom przewidzianym w traktacie WE [5]. Wydaje się, że sąd krajowy doszedł do tego samego wniosku, ponieważ skierowane przez niego pytanie prejudycjalne odwołuje się jedynie do art. 43 WE [6], 49 WE i 86 WE, a nie do dyrektywy 92/50/EWG [7].

14. Najważniejsze elementy pozwalające na udzielenie odpowiedzi znajdują się w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal, jak również w pkt 49 ww. wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau. Wynika z nich, że przetarg nie jest obowiązkowy, nawet jeśli strona umowy jest podmiotem odrębnym z prawnego punktu widzenia od organu władzy publicznej, w przypadku gdy organ ten będący instytucją zamawiającą sprawuje nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami, i jednocześnie wspomniany podmiot wykonuje istotną część swojej działalności wspólnie z organem lub organami władzy publicznej, które posiadają w nim udziały [8].

15. Porównując nowe brzmienie art. 113 ust. V lit. c) decreto legislativo nr 267/00 [„spółk[om] o wyłącznie publicznym kapitale, pod warunkiem że organ lub organy publiczne posiadające udziały w kapitale zakładowym spółki sprawują nad spółką kontrolę analogiczną do tej, którą sprawują nad własnymi służbami, i spółka ta wykonuje istotną część swojej działalności wspólnie z organem lub organami publicznymi, które posiadają w niej udziały"] z przywołanymi w poprzednim punkcie fragmentami orzecznictwa Trybunału, należy stwierdzić, że ustawodawca włoski z całą pewnością zastosował się do tego orzecznictwa.

16. Zostało to potwierdzone przez Komisję Wspólnot Europejskich, która wskazuje w swoich uwagach na piśmie, że obecna wersja wspomnianego art. 113 ust. V lit. c) jest wynikiem postępowania o naruszenie

4 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Teckal; wyrok z dnia 11 czerwca 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1; wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287; wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8585 oraz wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. str. I-9705.

5 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Coname, pkt 16.

6 — Sąd krajowy przywołuje w pytaniu prejudycjalnym art. 46 WE, a nie art. 43 WE. W oparciu o całą treść postanowienia odsyłającego można dojść do wniosku, iż chodzi tu o oczywisty błąd.

7 — Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1).

8 — Zobacz również ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Austrii, pkt 34.

zobowiązań wszczętego przez nią przeciwko Republice Włoskiej.

17. Uwzględniając fakt, iż przepisy prawa krajowego są zgodne z orzecznictwem Trybunału, każda decyzja organu administracji lokalnej pozostająca w zgodzie z tymi przepisami musi być również uznana za zgodną z prawem wspólnotowym.

18. W tym zakresie należy jednak zauważyć, iż kryteria pozwalające na określenie sytuacji jako „wewnętrzna" muszą być ściśle stosowane. W szczególności z ww. wyroków w sprawie Parking Brixen oraz w sprawie Komisja przeciwko Austrii wynika, po pierwsze, że kontrola sprawowana przez organ publiczny będący instytucją zamawiającą nie może zostać osłabiona poprzez — „choćby mniejszościowy" — udział przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale spółki, której powierzono zarządzanie daną usługą, i po drugie, że ta spółka powinna wykonywać istotną część swojej działalności wspólnie z organem lub organami publicznymi, które posiadają w niej udziały.

19. W świetle okoliczności faktycznych leżących u podstaw sporu przed sądem krajowym wydaje mi się, że spełnione są te dwa kryteria, w związku z czym można byłoby zakończyć niniejszą analizę sprawy tym właśnie stwierdzeniem, gdyby z wyroku w sprawie Komisja przeciwko Austrii [9] nie wynikało trzecie kryterium, mianowicie wymóg, że dwa wspomniane kryteria muszą być stale spełnione.

20. W przypadku bowiem gdy właściwy organ administracji, po tym jak zostały spełnione dwa pierwsze kryteria w momencie przyznania zarządzania daną usługą, przeniósłby na prywatne przedsiębiorstwo „choćby mniejszościową" część udziałów w danej spółce, oznaczałoby to, że w drodze sztucznej konstrukcji składającej się z wielu odrębnych etapów, obejmującej mianowicie utworzenie spółki, przyznanie jej zarządzania usługami z zakresu transportu publicznego oraz przeniesienie części jej udziałów na prywatne przedsiębiorstwo, koncesja na świadczenie usług publicznych zostałaby przyznana przedsiębiorstwu o kapitale mieszanym z pominięciem wcześniejszej procedury przetargowej.

21. To samo rozumowanie ma zastosowanie w sytuacji gdy podmiot, któremu pierwotnie przyznano koncesję, otrzymuje — z pominięciem wcześniejszej procedury przetargowej — od organu władzy publicznej innego niż ten, który posiada w nim udziały, zamówienie na świadczenie innych usług publicznych.

22. W dwóch wyżej opisanych przypadkach zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, w rozumieniu przywołanym przez Trybunał w ww. wyrokach w sprawie Coname i w sprawie Parking Brixen, nie byłyby już spełnione.

9 — Zobacz pkt 38-42.

V — Wnioski

23. W świetle powyższych uwag proponuję Trybunałowi udzielenie następującej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne przedstawione przez Tribunale amministrativo regionale per la Puglia:

„Artykuły 43 WE, 49 WE, i 86 WE należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie stosowaniu przepisu takiego jak art. 113 ust. V włoskiego decreto legislativo nr 267/00 w jego aktualnym brzmieniu, pod warunkiem że dwa kryteria przewidziane w tym przepisie, mianowicie to, że spółka, której przyznano koncesję, musi podlegać kontroli analogicznej do tej, którą administracja sprawuje nad własnymi służbami, jak również to, że spółka ta musi wykonywać istotną część swojej działalności wspólnie z organem publicznym, który posiada w niej udziały, pozostają stale spełnione po przyznaniu tej spółce zarządzania usługą publiczną".