Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 24 lutego 2022 r.[1]

Sprawa C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
przeciwko
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Umowy koncesyjne – Powierzenie spółce z kapitałem mieszanym zarządzania zintegrowanymi usługami szkolnymi – Wybór wspólnika prywatnego w postępowaniu przetargowym – Wymóg posiadania przez wspólnika prywatnego udziału w spółce z kapitałem mieszanym wynoszącego co najmniej 30% – Pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale wspólnika prywatnego

I. Wprowadzenie

1. Niniejsze odesłanie prejudycjalne daje Trybunałowi sposobność wyjaśnienia swojego orzecznictwa dotyczącego sposobu unormowania w prawie Unii zinstytucjonalizowanego partnerstwa publiczno-prywatnego (ZPPP), które instytucje zamawiające stosują czasami w miejsce zamówień publicznych lub „tradycyjnych" umów koncesyjnych.

2. Chociaż żaden wiążący przepis prawa Unii nie reguluje wyraźnie ZPPP[2], to Komisja Europejska zdefiniowała je jako formę współpracy między partnerami publicznymi i prywatnymi, którzy ustanawiają podmiot z kapitałem mieszanym, wykonujący zamówienia publiczne lub koncesje[3], a Trybunał wypracował orzecznictwo w jego przedmiocie. Uznał on w szczególności, że prawo Unii co do zasady nie stoi na przeszkodzie przeprowadzeniu postępowania związanego z ZPPP, w którym z jednej strony wybierany jest partner prywatny, a z drugiej strony podmiotowi publiczno-prywatnemu, który ma zostać utworzony, udzielane jest zamówienie lub koncesja[4].

1 Język oryginału: francuski.

2 W przedmiocie różnych form partnerstwa publiczno-prywatnego, w szczególności ZPPP, w świetle prawa Unii zob. Ch. Bovis, Chapter 18: Public service partnerships, w: idem (red.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar 2016, s. 554 i nast.

3 Zobacz Zielona księga na temat partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji [COM(2004) 327 wersja ostateczna], pkt 54.

4 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 15 października 2009 r., Acoset (C-196/08, zwany dalej „wyrokiem Acoset", EU:C:2009:628).

3. Źródłem trudności wskazanych w niniejszym odesłaniu prejudycjalnym, które znajdują odbicie w strukturze i treści niniejszej opinii, wydaje się właśnie brak przepisów prawa Unii regulujących ZPPP. Z punktu widzenia prawa Unii problem prawny podniesiony w niniejszej sprawie nie jest jasno zdefiniowany. Nie jest on również osadzony z precyzją w kontekście prawa Unii.

4. Szczegółowa analiza niniejszego odesłania prejudycjalnego doprowadziła mnie do wniosku, że pytania przedstawione przez sąd odsyłający dotyczą tego, czy sposób, w jaki instytucja zamawiająca obliczyła udział prywatny w mającym powstać podmiocie z kapitałem mieszanym, a następnie na tej podstawie wykluczyła oferenta z postępowania przetargowego, jest zgodny z dyrektywami 2014/23/UE[5] lub 2014/24/UE[6].

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2014/23

5. Artykuł 3 dyrektywy 2014/23 stanowi:

„1. Instytucje zamawiające i podmioty zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców i brak dyskryminacji oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Przygotowanie postępowania o udzielenie koncesji, w tym oszacowanie wartości, nie może zostać dokonane z zamiarem wyłączenia koncesji z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy lub nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców lub niektórych robót budowlanych, dostaw lub usług.

2. Instytucje zamawiające i podmioty zamawiające mają na celu zapewnienie przejrzystości postępowania o udzielenie koncesji oraz realizacji umowy, zgodnie z art. 28”.

6. Artykuł 30 ust. 1 i 2 tej dyrektywy stanowi:

„1. Instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający mają swobodę w organizowaniu procedur prowadzących do wyboru koncesjonariusza, pod warunkiem zachowania zgodności z niniejszą dyrektywą.

2. Postępowanie o udzielenie koncesji planuje się zgodnie z zasadami ustanowionymi w art. 3. W szczególności podczas postępowania o udzielenie koncesji instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający nie mogą udzielać informacji w sposób dyskryminacyjny, który mógłby zapewnić niektórym kandydatom lub oferentom przewagę nad innymi”.

7. Artykuł 38 ust. 1 wspomnianej dyrektywy stanowi:

„Instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający weryfikuje warunki udziału dotyczące zdolności zawodowych i technicznych kandydatów lub oferentów, ich sytuacji finansowej

[5] Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

[6] Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65)

i ekonomicznej – na podstawie ich własnych deklaracji – a także referencje, jakie należy przedłożyć jako dowód, zgodnie z wymogami określonymi w ogłoszeniu o koncesji, a które mają być niedyskryminacyjne i proporcjonalne do przedmiotu koncesji. Wymogi dotyczące udziału muszą być związane z przedmiotem koncesji i proporcjonalne do możliwości realizacji koncesji przez koncesjonariusza, biorąc pod uwagę przedmiot koncesji oraz cel związany z zapewnieniem rzeczywistej konkurencji".

2. Dyrektywa 2014/24

8. Artykuł 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców".

9. Artykuł 58 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

„Kryteria kwalifikacji mogą dotyczyć:

a) kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej;

b) sytuacji ekonomicznej i finansowej;

c) zdolności technicznej i zawodowej.

Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu".

B. Prawo włoskie

10. W prawie włoskim uregulowania dotyczące spółek z kapitałem mieszanym znajdują się w decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (dekrecie ustawodawczym nr 175 w sprawie tekstu jednolitego w dziedzinie spółek z udziałem publicznym) z dnia 19 sierpnia 2016 r.[7], w brzmieniu mającym zastosowanie do sporów w postępowaniach głównych (zwanym dalej „dekretem ustawodawczym nr 175").

11. Celem dekretu ustawodawczego nr 175 jest, zgodnie z jego art. 1, zapewnienie skutecznego zarządzania udziałami publicznymi, ochrona i wspieranie konkurencji i rynku, a także racjonalizacja i ograniczanie wydatków publicznych. Dekret ten przewiduje, że administracja publiczna może w celu zarządzania działalnością, o której mowa w art. 4 wybrać między

[7] GURI nr 210 z dnia 8 września 2016 r., s. 1.

zarządzaniem wewnętrznym za pośrednictwem spółki, której kapitał posiada w całości, a utworzeniem spółki z kapitałem mieszanym, a także szczegółowo reguluje tę drugą możliwość celem zapewnienia jej zgodności z prawem Unii.

12. W odniesieniu do tej drugiej możliwości art. 17 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 175 stanowi:

„W spółkach z mieszanym udziałem publiczno-prywatnym udział podmiotu prywatnego nie może być mniejszy niż 30%, a jego wybór odbywa się w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 5 ust. 9 dekretu ustawodawczego nr 50 z 2016 r.[8], a jego przedmiotem jest jednocześnie subskrypcja lub nabycie udziału przez wspólnika prywatnego oraz udzielenie zamówienia lub koncesji, które są wyłącznym przedmiotem działalności spółki mieszanej".

III. Okoliczności powstania sporu w postępowaniu głównym

13. W 2018 r. miasto Rzym ogłosiło przetarg mający cel dwojakiego rodzaju, mianowicie, po pierwsze, wybór wspólnika prywatnego w celu utworzenia z nim spółki z kapitałem mieszanym publiczno-prywatnym (zwanej dalej „mającą powstać spółką mieszaną"), a po drugie, powierzenie tej spółce zintegrowanych usług szkolnych o szacowanej wartości 277 479 616,21 EUR, leżących w kompetencji miasta Rzym. Zgodnie z dokumentacją przetargową miasto Rzym miało posiadać 51% udziałów w tej spółce, a pozostałe 49% powinien nabyć wspólnik prywatny, który ponadto miał ponosić całe ryzyko operacyjne.

14. Jedną z ofert złożyła grupa składająca się ze spółek Roma Multiservizi SpA i Rekeep SpA.

15. Decyzją nr 435 z dnia 1 marca 2019 r. (zwaną dalej „decyzją o wykluczeniu") grupę tę wykluczono z toczącego się postępowania ze względu na to, że Roma Multiservizi należało w 51% do spółki AMA SpA, której kapitał należał w całości do miasta Rzym, a przyjęcie oferty tej grupy doprowadziłoby do tego, że miasto Rzym posiadałoby faktycznie rzeczywisty udział w mającej powstać spółce mieszanej w wysokości 73,5%[9], przekraczając w ten sposób próg 51% określony w dokumentacji przetargowej.

16. Rekeep i Roma Multiservizi zaskarżyły tę decyzję przed Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnym sądem administracyjnym dla Lacjum, Włochy), który oddalił ich skargi dwoma wyrokami wydanymi w dniu 18 czerwca 2019 r.

[8] Decreto legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (dekretu ustawodawczego nr 50 transponującego dyrektywy 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE w sprawie udzielania koncesji, zamówień publicznych i przeprowadzenia postępowań przetargowych dotyczących dostawców w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, a także nowelizacji przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych na prace budowlane, usługi i dostawy) z dnia 18 kwietnia 2016 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r.).

[9] Rzeczywisty udział w wysokości 51% wynikał już bowiem z dokumentacji przetargowej. Zgodnie z tymi dokumentami w mającej powstać spółce mieszanej miasto Rzym miało posiadać 51% udziałów. W pozostałym zakresie (73,5% – 51% = 22,5%) rzeczywisty udział w tej spółce w wysokości 22,5% wynikałby z faktu, że udział Roma Multiservizi w grupie utworzonej z Rekeep wynosił około 90%. W konsekwencji posiadanie 51% kapitału Roma Multiservizi przez AMA – której kapitał w całości należy do miasta Rzym – oznaczało rzeczywisty udział miasta Rzym w mającej powstać spółce mieszanej w wysokości 22,5% (22,5% = 49% × 90% × 51%). W uwagach na piśmie Rekeep i Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (zwane dalej „CNS") wskazują bowiem, po pierwsze, że jak przewidziano grupa ta byłaby w 10% własnością Rekeep jako członka konsorcjum, a w 90% własnością Roma Multiservizi jako lidera konsorcjum, a po drugie, że spółki te obejmą kapitał mającej powstać spółki mieszanej wspólnie z miastem Rzym stosownie do ich udziałów w rzeczonej grupie.

17. Rekeep i Roma Multiservizi wniosły apelacje od tych dwóch orzeczeń do sądu odsyłającego.

18. Z uwag tych stron wynika, że w trakcie rozpatrywania ich apelacji miasto Rzym w drodze procedury negocjacyjnej powierzyło świadczenie rozpatrywanej usługi CNS.

IV. Postępowanie przed Trybunałem i pytania prejudycjalne

19. W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 13 lutego 2020 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 lipca 2020 r., postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy jest zgodne z prawem [Unii] i z prawidłową wykładnią motywów 14 i 32, art. 12 i 18 dyrektywy 2014/24 i art. 30 dyrektywy 2014/23, w tym z odniesieniem do art. 107 TFUE, aby celem określenia minimalnego 30% limitu udziału wspólnika prywatnego w mającej powstać spółce mieszanej publiczno-prywatnej, co stanowi limit uznany przez ustawodawcę krajowego za adekwatny do wdrożenia zasad [prawa Unii Europejskiej] ustalonych w tym zakresie w orzecznictwie Unii, konieczne było wzięcie pod uwagę jedynie formalnych/wynikających z dokumentacji udziałów w kapitale takiego wspólnika prywatnego, czy też organ administracji publicznej, który ogłasza postępowanie przetargowe, może – lub raczej musi – uwzględnić swój własny pośredni udział w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem?

2) Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy wykluczenie przez administrację ogłaszającą postępowanie przetargowe z przetargu wspólnika prywatnego będącego oferentem, którego rzeczywisty udział w mającej powstać mieszanej spółce publiczno-prywatnej, w wyniku stwierdzonego bezpośredniego lub pośredniego udziału publicznego, jest w rzeczywistości mniejszy niż 30%, jest zgodne z zasadami [prawa Unii], a w szczególności z zasadami konkurencji, proporcjonalności i adekwatności?”.

20. Uwagi na piśmie zostały złożone przez strony w postępowaniu głównym, CNS oraz Komisję. Rozprawy nie przeprowadzono.

V. Analiza

A. Co do przedmiotu pytań prejudycjalnych

21. Lektura wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pokazuje, że w świetle okoliczności sprawy w postępowaniu głównym sąd odsyłający bierze pod uwagę dwa wymogi dotyczące udziału publicznego i udziału prywatnego w mającej powstać spółce mieszanej.

22. Pierwszy wymóg dotyczy minimalnego progu udziału w wysokości 30%, wymaganego od wspólnika prywatnego przy obejmowaniu udziałów w kapitale mającego powstać podmiotu z kapitałem mieszanym zgodnie z art. 17 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 175. Ów próg minimalny udziału prywatnego odpowiada logicznie maksymalnemu progowi udziału publicznego w wysokości 70%.

23. Drugi wymóg został określony w niniejszej sprawie przez samą instytucję zamawiającą w ogłoszeniu o przetargu i przewiduje on 49% udział wspólnika prywatnego i 51% udział instytucji zamawiającej.

24. Oba pytania prejudycjalne, w postaci sformułowanej przez sąd odsyłający, odnoszą się jedynie do minimalnego progu udziału w wysokości 30%, wymaganego od wspólnika prywatnego przy obejmowaniu kapitału spółki mieszanej. W tym kontekście należy zauważyć, że sąd odsyłający nie zwraca się do Trybunału z pytaniem o ważność tego progu w świetle prawa Unii. Sposób sformułowania pytań przemawia za tym, że sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie uwzględnieniu, przy ustalaniu poszanowania takiego minimalnego progu udziału wynoszącego 30%, pośredniego udziału instytucji zamawiającej w kapitale zakładowym wspólnika prywatnego.

25. Jednakże uzasadnienie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie jest już tak jednoznaczne w odniesieniu do przedmiotu pytań prejudycjalnych.

26. Z jednej strony bowiem zgodnie z treścią pytań prejudycjalnych sąd odsyłający wskazuje, że dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym „konieczne jest ustalenie, czy w celu przestrzegania właściwego progu udziału w mającej powstać spółce mieszanej publiczno-prywatnej (nie więcej niż 70% dla udziału publicznego, nie mniej niż 30% dla udziału wspólnika prywatnego) należy odwołać się jedynie do charakteru prawnego wspólnika prywatnego, czy też, jeśli w jego kapitale udział ma wspólnik publiczny, należy również wziąć pod uwagę ten udział wspólnika publicznego”.

27. Z drugiej zaś strony sąd odsyłający wskazuje również, że w postępowaniu głównym zgodność z prawem limitów udziału publicznego (51%) i udziału prywatnego (49%) nie została zakwestionowana. W konsekwencji uważa on, że „[ów] spór dotyczy zgodności z prawem decyzji instytucji zamawiającej, która w ramach badania przestrzegania pułapu 51% jej udziału w nowej, mającej powstać spółce uznała, że należy również uwzględnić jej [udział pośredni w tej spółce]”.

28. Biorąc pod uwagę niejednoznaczność przedmiotu pytań prejudycjalnych, muszę zauważyć w pierwszej kolejności, że sąd odsyłający wskazuje, iż ogłoszenie o przetargu, mające charakter lex specialis, którego warunki są „obowiązujące” w postępowaniu głównym, określa w sposób precyzyjny udział publiczny i prywatny, odpowiednio, na 51% i 49%[10]. Wydaje się zatem, że w sporze w postępowaniu głównym, który dotyczy decyzji o wykluczeniu, sąd odsyłający zastanawia się przede wszystkim nad wymogami dotyczącymi udziału publicznego i prywatnego, określonymi w dokumentacji przetargowej.

29. W drugiej kolejności, zapytane o to, czy decyzja o wykluczeniu została formalnie uzasadniona naruszeniem art. 17 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 175, czy też nieprzestrzeganiem wymogu zachowania proporcji kapitałowej określonej w dokumentacji przetargowej, strony w większym stopniu uprzywilejowały tę drugą hipotezę.

30. Roma Multiservizi odpowiedziało kategorycznie, że w decyzji o wykluczeniu powołano się na rzekome niezachowanie proporcji udziałów w kapitale zakładowym, wskazanej w dokumentacji przetargowej.

[10] Ponadto zgodnie z informacjami zawartymi we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Roma Multiservizi i Rekeep zakwestionowały decyzję o wykluczeniu, powołując się w szczególności na naruszenie, błędne zastosowanie i niedopuszczalną wykładnię celowościową tego, co strony te uznały za lex specialis.

31. Miasto Rzym wskazało najpierw, że oferta grupy, której dotyczy decyzja o wykluczeniu, zawiera dwie nieprawidłowości odnoszące się do obu wymogów dotyczących udziału publicznego i prywatnego. Miasto Rzym przedstawiło jednak następnie uzasadnienie wykluczenia owej grupy, z którego wynika, że wykluczenie opiera się na tym, że „udział kapitału podwyższonego ryzyka w [mającej powstać spółce mieszanej] byłby mniejszy niż 49%, co w oczywisty sposób prowadzi do naruszenia warunków określonych w dokumentacji przetargowej i w aktach zatwierdzonych przez radę gminy".

32. W nawiązaniu do odpowiedzi miasta Rzym Rekeep wskazał, że uzasadnienie decyzji o wykluczeniu odnosi się wyłącznie do nieprzestrzegania udziałów kapitałowych przewidzianych w dokumentacji przetargowej, dodając, że dekret ustawodawczy nr 175 przywołano w uwagach wstępnych tej decyzji.

33. Odpowiedź Komisji, jak się wydaje, jest zbieżna z powyższymi odpowiedziami, choć nie wyraża ona wprost tego stanowiska. Instytucja ta uważa za oczywiste, że ustalenie udziału prywatnego na poziomie 49% – i wynikające z niego wykluczenie – opiera się wyłącznie na limicie ustanowionym w art. 17 dekretu ustawodawczego nr 175. Wnioskuję z tego, że zdaniem Komisji wykluczenie *wynika* bezpośrednio z nieprzestrzegania wymogu dotyczącego udziału prywatnego, ustalonego w dokumentacji przetargowej na poziomie 49%.

34. Jedynie CNS uważa, że decyzję o wykluczeniu uzasadnia zarówno naruszenie art. 17 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 175, jak i uchybienie wymogowi określonej proporcji udziałów, określonemu w dokumentacji przetargowej. Jednakże fragmenty tej decyzji przytoczone przez CNS dotyczą jedynie wymogów w zakresie udziału publicznego i prywatnego, określonych w ogłoszeniu o przetargu.

35. W świetle powyższych wyjaśnień należy stwierdzić, że poprzez pierwsze pytanie prejudycjalne sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie uwzględnieniu – przy ustalaniu wielkości procentowej udziału prywatnego w mającej powstać spółce mieszanej – pośredniego udziału instytucji zamawiającej w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem.

36. W związku z tym drugie pytanie prejudycjalne należy rozumieć w ten sposób, że sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie wykluczeniu przez instytucję zamawiającą z postępowania przetargowego wspólnika prywatnego będącego oferentem, którego rzeczywisty udział w kapitale mającego powstać podmiotu z kapitałem mieszanym nie spełnia wymogu dotyczącego minimalnego progu udziału prywatnego określonego w dokumentacji przetargowej.

37. Na temat przeformułowanych w ten sposób pytań prejudycjalnych muszę przedstawić kilka uwag dodatkowych.

38. Przede wszystkim pierwotna treść pytania pierwszego sugeruje, że sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie uwzględnieniu przez instytucję zamawiającą nie jakiegokolwiek udziału publicznego w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem, lecz jedynie jej „własnego" udziału w kapitale zakładowym wspólnika prywatnego („organ administracji publicznej, który ogłasza postępowanie przetargowe, może – lub raczej musi – uwzględnić swój własny pośredni udział w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem"). Szereg sformułowań wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym potwierdza takie rozumienie nie tylko wymogów udziału publicznego i prywatnego ustalonych w ogłoszeniu

o przetargu [11], lecz również, co jeszcze ważniejsze w kontekście sprawy w postępowaniu głównym, decyzji o wykluczeniu [12].

39. Następnie z brzmienia pierwszego pytania prejudycjalnego wynika, że sąd odsyłający odnosi się do tego, że organ administracji „może – lub raczej musi" uwzględnić taki udział pośredni. Tymczasem jest bezsporne, że w sprawie w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca uwzględniła swój udział pośredni. W celu kontroli decyzji o wykluczeniu wystarczy ustalić, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie takiemu uwzględnieniu.

40. Ponadto sąd odsyłający wskazuje, że drugie pytanie prejudycjalne zadano na wypadek udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej. Tymczasem w swoim pierwotnym brzmieniu pierwsze pytanie prejudycjalne zawiera dwa alternatywne rozwiązania („czy jest zgodne z [prawem Unii] […] wzięcie pod uwagę jedynie [bezpośredniego udziału], czy też [instytucja zamawiająca] może – lub raczej musi – uwzględnić [pośredni udział] w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem"). W każdym razie należy uznać, że potrzeba udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie powstaje w przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi, zgodnie z którą prawo Unii nie stoi na przeszkodzie uwzględnieniu pośredniego udziału instytucji zamawiającej w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem.

41. Wreszcie, aby móc udzielić sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi, należy określić reżim prawny mający zastosowanie w postępowaniu głównym oraz jego przepisy, których wykładnia jest niezbędna do rozstrzygnięcia zawisłego przed tym sądem sporu. Nie wydaje się bowiem, aby wszystkie przepisy przywołane przez sąd odsyłający w postanowieniu odsyłającym były istotne dla sprawy. Z tego względu niektóre strony kwestionują dopuszczalność pytań prejudycjalnych.

B. W przedmiocie dopuszczalności pytań prejudycjalnych i w przedmiocie mającego zastosowanie reżimu prawnego

42. Sąd odsyłający przywołuje w pytaniu pierwszym szereg przepisów prawa Unii, chociaż nie precyzuje wyraźnie powodów, dla których zastanawia się nad ich wykładnią. Jeśli chodzi o pytanie drugie, sąd odsyłający ograniczył się w nim jedynie do wymienienia zasad prawa, w szczególności zasad konkurencji, proporcjonalności i adekwatności, lecz nie odniósł się do żadnego przepisu tego prawa.

43. W tym względzie Komisja uważa, że pierwsze pytanie prejudycjalne jest niedopuszczalne w zakresie, w jakim dotyczy art. 107 TFUE, natomiast CNS kwestionuje dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w całości [13]. Zbadam wskazane zarzuty niedopuszczalności w ramach analizy wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, służącej określeniu przepisów prawa Unii mających znaczenie dla niniejszej sprawy.

[11] Sąd odsyłający wskazuje w szczególności, że instytucja zamawiająca „ustaliła na 51% udział miasta Rzym i na 49% udział wspólnika prywatnego" oraz że ta instytucja zamawiająca zorganizowała przetarg, „ustalając udział miasta Rzym na 51%".

[12] Sąd odsyłający wskazuje w szczególności, że „miasto Rzym […] ostatecznie posiadałoby w spółce publiczno-prywatnej rzeczywisty udział wynoszący 73,5%, przekraczając w ten sposób limit 51% określony w dokumentacji przetargowej", a także że „udział miasta Rzym w [mającej powstać spółce z kapitałem mieszanym] przekroczyłby limit ustalony na 51%".

[13] Zdaniem CNS sąd odsyłający zwraca się jedynie o przeprowadzenie kontroli zgodności prawa krajowego w świetle ogólnych zasad prawa Unii, nie wskazując konkretnych przepisów, z którymi ową zgodność należałoby zbadać. Według CNS o braku doniosłości pytania prejudycjalnego świadczy to, że w prawie Unii nie istnieją szczególne przepisy dotyczące różnych form partnerstwa publiczno-prywatnego.

1. Dyrektywy 2014/23 i 2014/24

44. Pierwsze pytanie prejudycjalne w brzmieniu sformułowanym przez sąd odsyłający odnosi się zarówno do dyrektywy 2014/23, jak i do dyrektywy 2014/24. Dyrektywy te ustanawiają, odpowiednio, przepisy mające zastosowanie do postępowań o udzielenie koncesji oraz przepisy mające zastosowanie do procedur udzielania zamówień publicznych.

45. Aby określić dyrektywę mającą zastosowanie w niniejszej sprawie, konieczne jest zbadanie przedmiotu ogłoszenia o przetargu oraz umowy, którą instytucja zamawiająca zamierzała zawrzeć w następstwie przeprowadzenia tego przetargu.

46. Rozpatrywane w postępowaniu głównym ogłoszenie o przetargu ma dwa cele, w związku z czym można uznać, że umowa, która miała zostać zawarta, składa się z dwóch części, z których pierwsza dotyczy wyboru wspólnika prywatnego w ramach mającej powstać spółki mieszanej, a druga – powierzenia tej spółce realizacji zintegrowanych usług szkolnych.

47. Czy część pierwsza może determinować stosowanie dyrektywy 2014/23 lub dyrektywy 2014/24 do obu części umowy będącej przedmiotem postępowania głównego? Orzecznictwo daje w tym względzie użyteczne wskazówki.

a) W przedmiocie właściwego orzecznictwa

48. Trybunał miał do czynienia z analogiczną kwestią w sprawie zakończonej wyrokiem Club Hotel Loutraki i in.[14]. Odesłanie prejudycjalne dotyczyło umowy składającej się z trzech porozumień: porozumienia dotyczącego zbycia 49% akcji w przedsiębiorstwie publicznym w celu jego prywatyzacji; porozumienia, na mocy którego nabywca przejął zarządzanie przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno w zamian za wynagrodzenie; oraz porozumienia, na mocy którego ów nabywca zobowiązał się do wdrożenia planu ulepszenia lokali kasyna.

49. Aby rozstrzygnąć tę kwestię, Trybunał potwierdził, że sąd odsyłający słusznie zakwalifikował umowę jako „umowę mieszaną”[15], a następnie zbadał, czy umowa ta stanowi nierozerwalną całość i w całości objęta jest zakresem – ze względu na swój główny przedmiot – jednej z rozpatrywanych dyrektyw[16]. Trybunał odwołał się przy tym do orzecznictwa, zgodnie z którym „w przypadku umów mieszanych, których różne części […] są połączone w nierozłączny sposób i stanowią nierozerwalną całość, rozpatrywana czynność powinna zostać zbadana jako całość, w sposób jednolity, w celu jej kwalifikacji prawnej, a także powinna zostać rozpatrzona na podstawie przepisów dotyczących części, która stanowi główny przedmiot lub dominujący element umowy”[17].

50. W odniesieniu do tego orzecznictwa Trybunał stwierdził w pierwszej kolejności, że ma do czynienia z umową mieszaną, która stanowi nierozerwalną całość, ponieważ konieczne było zawarcie tejże umowy z jednym partnerem posiadającym zarówno możliwości finansowe niezbędne dla zakupu akcji, jak i doświadczenie zawodowe w prowadzeniu kasyna. W drugiej kolejności Trybunał uznał, że główny przedmiot rozpatrywanej umowy stanowi zbycie 49% akcji

[14] Wyrokiem z dnia 6 maja 2010 r. (C-145/08 i C-149/08, zwanym dalej „wyrokiem Club Hotel Loutraki i in.”, EU:C:2010:247).

[15] Zobacz wyrok Club Hotel Loutraki i in. (pkt 46).

[16] Zobacz wyrok Club Hotel Loutraki i in. (pkt 50).

[17] Zobacz wyrok Club Hotel Loutraki i in. (pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

w przedsiębiorstwie publicznym [18]. Stwierdzenie to wynikało z faktu, że sprzedaż akcji stanowiła w istocie transakcję prywatyzacyjną i wywoływała skutki bez ograniczenia w czasie, umożliwiające nabywcy, jako akcjonariuszowi, uzyskanie znacznie wyższego dochodu niż wynagrodzenie przysługujące mu jako usługodawcy [19].

51. W wyroku Mehiläinen i Terveystalo Healthcare [20] Trybunał zbadał na podstawie tego samego orzecznictwa [21] porozumienie, w ramach którego instytucja zamawiająca zawierała z niezależnym od niej podmiotem prywatnym umowę przewidującą utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w formie spółki akcyjnej, któremu wraz z jego utworzeniem instytucja ta zobowiązała się powierzyć na okres przejściowy o długości czterech lat świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, które instytucja ta miała obowiązek zapewnić swoim pracownikom.

52. W wyroku Healthcare, podobnie jak w wyroku Club Hotel Loutraki i in., Trybunał stwierdził, że rozpatrywane porozumienie jest umową mieszaną. Jednakże Trybunał uznał, że części tego układu nie były nierozłączne, ponieważ nie było obiektywnej konieczności zawarcia umowy mieszanej z jednym partnerem. W szczególności zdaniem Trybunału możliwość oddzielenia części dotyczącej usług od reszty umowy mieszanej znajduje potwierdzenie w fakcie, po pierwsze, że instytucja zamawiająca wyraziła zamiar przeprowadzenia po upływie okresu przejściowego postępowania przetargowego w przedmiocie powierzenia świadczenia takich usług, a po drugie, że wspólne przedsiębiorstwo zostało faktycznie utworzone i funkcjonowało bez części dotyczącej usług [22].

53. W wyroku Acoset Trybunał, zapytany o bezpośrednie udzielenie spółce z kapitałem mieszanym zamówienia na świadczenie lokalnej zintegrowanej usługi wodnej, nie podniósł nawet kwestii, czy rozpatrywana umowa stanowiła umowę mieszaną, której poszczególne części były ze sobą połączone w nierozłączny sposób i stanowiły zatem nierozerwalną całość. W celu ustalenia, czy udzielenie tego zamówienia wchodziło w zakres jednej z omawianych dyrektyw, Trybunał skupił się na lokalnych publicznych zintegrowanych usługach wodnych, a także na pracach związanych z zarządzaniem tą usługą.

54. Jednakże wyroku Acoset nie można interpretować w ten sposób, że w przypadku umowy składającej się z kilku części, z których jedna dotyczy utworzenia spółki z kapitałem mieszanym, część tę należy pominąć, a należy zbadać jedynie pozostałe aspekty. Taka wykładnia byłaby sprzeczna z orzecznictwem ogłoszonym po wydaniu tego wyroku, przytoczonym w poprzednich punktach niniejszej opinii.

55. Należy zatem rozumieć wyrok Acoset w takim znaczeniu, że Trybunał w sposób dorozumiany uznał, po pierwsze, iż ma do czynienia z umową mieszaną, której części stanowiły nierozerwalną całość, a po drugie, że jej główny przedmiot stanowiła część dotycząca lokalnej usługi publicznej.

56. Wynika z tego, że umowa zawarta w ramach wszczętego przez instytucję zamawiającą postępowania w sprawie wyboru wspólnika prywatnego dla spółki z kapitałem mieszanym oraz udzielenia tej spółce zamówienia lub koncesji jest umową mieszaną składającą się z dwóch

[18] Zobacz wyrok Club Hotel Loutraki i in. (pkt 57).

[19] Zobacz wyrok Club Hotel Loutraki i in. (pkt 55, 57).

[20] Wyroku z dnia 22 grudnia 2010 r. (C-215/09, zwanym dalej „wyrokiem Healthcare", EU:C:2010:807).

[21] Zobacz wyrok Healthcare (pkt 36).

[22] Zobacz wyrok Healthcare (pkt 43, 44).

części[23]. Ponadto w odniesieniu do takiej umowy mieszanej należy w pierwszej kolejności ustalić, czy poszczególne części umowy ze sobą połączone w nierozdzielny (nierozłączny) sposób i stanowią zatem nierozerwalną całość, w drugiej kolejności należy określić główny przedmiot lub przeważający element tej umowy, zaś w trzeciej kolejności reżim prawny mający zastosowanie do wspomnianej umowy w świetle tego głównego przedmiotu lub przeważającego elementu[24].

b) Zastosowanie

1) *Umowa mieszana: nierozdzielne części?*

57. Moim zdaniem obie części umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym są – jak miało to miejsce w sprawach, w których zapadły wyroki Club Hotel Loutraki i in. oraz w sprawie Acoset – nierozdzielne.

58. Aby zapewnić świadczenie zintegrowanych usług szkolnych przez spółkę z kapitałem mieszanym, składającą się z instytucji zamawiającej i partnera prywatnego, obiektywnie konieczne jest bowiem wybranie partnera dysponującego zdolnościami finansowymi koniecznymi do nabycia 49% kapitału mającej powstać spółki mieszanej i spełniającego inne warunki umożliwiające mu świadczenie poprzez spółkę z kapitałem mieszanym zintegrowanych usług szkolnych, przy jednoczesnym ponoszeniu całości ryzyka operacyjnego. Obie części umowy powinny zatem dotyczyć tego samego partnera, nawet jeśli z technicznego punktu widzenia pierwsza część dotyczy wyboru wspólnika prywatnego, a druga udzielenia zamówienia na zintegrowane usługi szkolne spółce z kapitałem mieszanym, w której wspólnik ten posiada 49% udziałów[25].

[23] Niektóre strony wydają się podawać w wątpliwość kwalifikację jako „umowy mieszanej" umowy, której jedna z części dotyczy wyboru wspólnika prywatnego dla mającego powstać podmiotu z kapitałem mieszanym. Tymczasem, o ile w wyroku Acoset Trybunał nie użył pojęcia „umowy mieszanej", o tyle uczynił tak w swoich wyrokach Club Hotel Loutraki i in. oraz Healthcare. Ponadto nawet przy założeniu, że w niniejszej sprawie zastosowanie znajduje dyrektywa 2014/24, a umowa będąca przedmiotem postępowania głównego nie wchodzi w zakres pojęcia „zamówienia mieszanego" w rozumieniu art. 3 tej dyrektywy, ponieważ wybór wspólnika prywatnego w celu utworzenia spółki mieszanej nie dotyczy zamówienia (zob. przypis 24), umowa ta może jednak wchodzić w zakres szerszej kategorii umów mieszanych, do której Trybunał, jak się wydaje, odnosił się w wyrokach Club Hotel Loutraki i in. oraz Healtcare.

[24] Niezależnie od rozwiązania przyjętego przez Trybunał w orzecznictwie przy założeniu, że w sprawie w postępowaniu głównym ma zastosowanie dyrektywa 2014/24, można by a priori osiągnąć ten sam rezultat na podstawie art. 3 ust. 6 tej dyrektywy, zgodnie z którym „[j]eżeli poszczególnych części danego zamówienia nie da się w obiektywny sposób rozdzielić, mający zastosowanie reżim prawny ustala się w oparciu o główny przedmiot tego zamówienia". Zgodnie z tą dyrektywą przedmiotem zamówień jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Powstaje zatem pytanie, czy wybór wspólnika prywatnego i utworzenie spółki mieszanej wchodzą w zakres pojęcia „zamówienia" w rozumieniu tej dyrektywy. Wydaje się, że według doktryny tak właśnie jest (zob. podobnie w zakresie, w jakim autorka odwołuje się do art. 3 ust. 4 dyrektywy 2014/24, M. Andrecka, Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 9, nr 3, 2014, s. 176). Ponadto, biorąc pod uwagę wątpliwości co do reżimu prawnego mającego zastosowanie w niniejszej sprawie, należy zwrócić uwagę na różnicę między sformułowaniem użytym w dyrektywie 2014/24, której art. 3 ust. 6 przewiduje, że „[j]eżeli poszczególnych części danego zamówienia nie da się w obiektywny sposób rozdzielić, mający zastosowanie reżim prawny ustala się w oparciu o główny przedmiot tego zamówienia [mieszanego]", a wyrażeniem użytym w dyrektywie 2014/23, której art. 20 ust. 5 przewiduje, iż „[j]eżeli poszczególnych *części danej koncesji* nie da się w obiektywny sposób rozdzielić, mający zastosowanie reżim prawny ustala się w oparciu o główny przedmiot tej koncesji" (wyróżnienie własne), przy czym to ostatnie wydaje mi się bardziej elastyczne, przynajmniej w niektórych wersjach językowych tych dyrektyw, na przykład w wersji francuskojęzycznej.

[25] Zobacz analogicznie pkt 53 wyroku Club Hotel Loutraki i in., interpretowany w świetle jego pkt 28, zgodnie z którym rozpatrywana umowa mieszana składała się „z części dotyczącej sprzedaży akcji przez [spółkę Ellinika Touristika Akinita AE] na rzecz najlepszego oferenta, który zobowiązuje się do zarządzania przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno – [oraz] z części dotyczącej zamówienia na usługi udzielonego najlepszemu oferentowi, który przejmuje obowiązki zarządzania przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno"), podczas gdy, jak wynika z pkt 25 tego wyroku, spółka powoływana przez oferenta (a nie sam oferent) działała jako zarządzający i zawierała przynajmniej porozumienie. Zobacz także w tej kwestii wyrok Acoset (pkt 54, 61).

59. Co więcej, w odróżnieniu od sprawy zakończonej wyrokiem Healthcare[26], w której okoliczności związane z częścią dotyczącą usług były bardzo specyficzne, nic nie pozwala uznać, że w niniejszej sprawie część dotyczącą utworzenia spółki z kapitałem mieszanym można oddzielić od części dotyczącej świadczenia zintegrowanych usług szkolnych. W braku tej ostatniej części mająca powstać spółka mieszana byłaby obiektywnie pozbawiona ekonomicznej racji bytu. W prawie włoskim na podstawie art. 17 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 175 zamówienie lub koncesja stanowi wyłączny przedmiot działalności spółki z kapitałem mieszanym.

60. Należy teraz ustalić, czy głównym przedmiotem umowy będącej przedmiotem postępowania głównego jest część dotycząca utworzenia spółki z kapitałem mieszanym, czy też część odnosząca się do świadczenia zintegrowanych usług szkolnych.

2) Główny przedmiot umowy

61. Jestem zdania, że główny przedmiot umowy mieszanej rozpatrywanej w postępowaniu głównym stanowi część dotycząca świadczenia zintegrowanych usług szkolnych.

62. Mająca powstać spółka mieszana była jedynie środkiem umożliwiającym zapewnienie świadczenia zintegrowanych usług szkolnych za pomocą ZPPP i w żaden sposób nie stanowiła celu ogłoszenia o przetargu. W odróżnieniu od sprawy, która doprowadziła do wydania wyroku Club Hotel Loutraki i in., w niniejszej sprawie nie chodzi o nabycie udziałów istniejącego już przedsiębiorstwa publicznego w celu jego prywatyzacji, lecz o utworzenie spółki mieszanej w celu świadczenia zintegrowanych usług szkolnych.

63. Ponadto w tamtej sprawie posiadanie udziałów istniejącego już przedsiębiorstwa publicznego stanowiło samo w sobie źródło znacznych dochodów. Nic nie pozwala uznać, że tak samo jest w niniejszej sprawie. Nie można zatem na podstawie wyroku Club Hotel Loutraki i in. dojść do wniosku, że w niniejszej sprawie utworzenie spółki mieszanej jest głównym przedmiotem umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym.

64. W konsekwencji kwestię tego, która dyrektywa ma zastosowanie w postępowaniu głównym, należy zbadać w świetle części dotyczącej zintegrowanej usługi szkolnej.

3) Zamówienia publiczne na usługi czy koncesje na usługi?

65. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie przedstawiono pełnego obrazu sytuacji w odniesieniu do części dotyczącej zintegrowanych usług szkolnych.

[26] Zobacz pkt 52 niniejszej opinii.

66. Jest prawdą, że odpowiedzi stron na pisemne pytania Trybunału dostarczają pewnych wyjaśnień co do wachlarza świadczeń objętych częścią przetargu dotyczącą zintegrowanych usług szkolnych [27]. Wyjaśnienia te nie pozwalają jednak w ramach niniejszej opinii na zakwalifikowanie owej części w sposób niepodważalny jako należącej do zakresu „zamówienia publicznego na usługi" lub „koncesji na usługi".

67. W każdym razie taka konkretna kwalifikacja należy do wyłącznej kompetencji sądu krajowego [28]. Trybunał może w razie potrzeby udzielić sądowi krajowemu wskazówek, które mogą być pomocne przy dokonywaniu takiej kwalifikacji.

68. W tym względzie pragnę zauważyć w pierwszej kolejności, że zamówienia publiczne na usługi w rozumieniu dyrektywy 2014/24 zakładają istnienie pieniężnego świadczenia wzajemnego uiszczanego bezpośrednio usługodawcy przez instytucję zamawiającą [29]. Natomiast koncesja na usługi w rozumieniu dyrektywy 2014/23 polega na powierzeniu świadczenia usług i zarządzania tymi usługami w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością [30]. Idąc tym tokiem myślenia, Trybunał uznał istnienie koncesji na usługi, w szczególności w przypadku, gdy wynagrodzenie usługodawcy pochodzi z płatności dokonywanych przez użytkowników usługi [31]. W konsekwencji okoliczność, że – jak wskazuje sąd odsyłający – spółka z kapitałem mieszanym prawa włoskiego w rzeczywistości wykonuje działalność za wynagrodzeniem i generuje zyski (nawet jeśli są one, zdaniem tego sądu, skromne), może stanowić wskazówkę co do tego, że należy zastosować dyrektywę 2014/23.

69. W drugiej kolejności, o ile sposób wynagradzania jest jednym z elementów decydujących przy dokonywaniu kwalifikacji danej czynności jako koncesji na usługi, o tyle koncesja na usługi oznacza, iż koncesjonariusz przejmuje ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem danych usług [32]. Kryterium rozróżniające dotyczące przejęcia takiego ryzyka zostało skodyfikowane w dyrektywie 2014/23 [33]. Włoska wersja językowa tej dyrektywy opisuje to

[27] Z uwag stron i ich odpowiedzi na pytania pisemne Trybunału wynika, że zintegrowane usługi szkolne obejmują pomoc ogólną, obsługę, zaopatrzenie i sprzątanie w żłobkach i szkołach oraz przewóz uczniów. Obecność w tym wachlarzu usługi dotyczącej przewozu uczniów, jak się wydaje, nie skłania sądu odsyłającego do rozważenia stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243). W każdym razie, po pierwsze, dyrektywa ta przewiduje również w art. 4 i 6 przepisy dotyczące zamówień mieszanych, a po drugie, brak jest podstaw, by uznać, że przewóz uczniów stanowi główny przedmiot umowy będącej przedmiotem postępowania głównego lub jej części dotyczącej zintegrowanych usług szkolnych.

[28] Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2011 r., Norma-A i Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, pkt 57, 59).

[29] Zobacz art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24. Zobacz także podobnie wyrok Acoset (pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

[30] Zobacz art. 5 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/23.

[31] Zobacz wyrok Acoset (pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).

[32] Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2011 r., Norma-A i Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, pkt 44). Zobacz także podobnie moja opinia w sprawach połączonych Promoimpresa i in. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:122, pkt 62, 63), w której uznałem, że koncesję na usługi charakteryzuje w szczególności to, iż organ powierza wykonywanie działalności usługowej, której świadczenie spoczywa normalnie na owym organie (pragnę dodać, że wraz z towarzyszącym jej ryzykiem), koncesjonariuszowi, zobowiązując go w ten sposób do świadczenia określonej usługi.

[33] Zobacz art. 1 ust. 1 i motyw 18 dyrektywy 2014/23.

kryterium, posługując się pojęciem „rischio operativo” (ryzyko operacyjne). Tego pojęcia użyto też w decyzji, w której miasto Rzym ogłosiło przetarg, w celu uściślenia, że wybrany oferent będzie musiał ponosić całość tego ryzyka [34].

70. W trzeciej kolejności, aby udzielić odpowiedzi na pytania prejudycjalne, Trybunał może na podstawie dostarczonych mu wskazówek przyjąć założenie, że umowa podlega określonej dyrektywie spośród tych, które są rozważane [35]. Jednakże w braku wskazówek pozwalających ustalić reżim prawny mający zastosowanie w niniejszej sprawie nie wydaje mi się, aby takie podejście było możliwe w niniejszej sprawie. Co ważniejsze, uważam, podobnie jak Komisja, że zastosowanie reżimu prawnego ustanowionego w jednej lub w drugiej z tych dyrektyw nie musi mieć wpływu na odpowiedzi, jakich należy udzielić na pytania prejudycjalne przedstawione w niniejszej sprawie. Reżim prawny mający zastosowanie do części dotyczącej zintegrowanych usług szkolnych będzie miał bowiem zastosowanie do części dotyczącej wyboru wspólnika prywatnego jedynie „w drodze rozszerzenia”. Ponieważ pytania prejudycjalne dotyczą jedynie tej ostatniej części, w tym kontekście w grę wchodzić będzie jedynie zastosowanie ogólnych zasad owych reżimów, które są wspólne dla obu tych części. W konsekwencji, respektując podział kompetencji między sądy krajowe a Trybunał, będę w niniejszej opinii odnosił się zarówno do dyrektywy 2014/23, jak i do dyrektywy 2014/24 [36].

2. Reżim prawny zamówień publicznych udzielanych między podmiotami sektora publicznego

71. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający powołuje się na art. 12 i motywy 14 i 32 dyrektywy 2014/24, a we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym cytuje art. 12 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy. Jednakże sąd ten w żaden sposób nie wyjaśnia powodów, dla których zastanawia się nad wykładnią tego ostatniego przepisu.

72. W tym względzie należy zauważyć w pierwszej kolejności, że motyw 14 dyrektywy 2014/24 wskazuje jedynie, że pojęcie „wykonawcy” należy interpretować szeroko, potwierdzając tym samym, że pojęcie to może obejmować spółkę z kapitałem mieszanym. W pozostałym zakresie motyw ten powtarza w istocie definicję wspomnianego pojęcia zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 10 tej dyrektywy. Sąd odsyłający nie powołał się na ten przepis w zadanym pytaniu prejudycjalnym.

73. W drugiej kolejności należy wskazać, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje, iż zamówienia publiczne udzielane osobom prawnym kontrolowanym przez instytucje zamawiające nie podlegają procedurom przewidzianym w tej dyrektywie. Przepis ten reguluje współpracę wertykalną między zainteresowanymi podmiotami lub udzielanie klasycznych zamówień wewnętrznych („in house”).

[34] Jest prawdą, że w sprawie w postępowaniu głównym ryzyko powinien wziąć na siebie wspólnik prywatny, wybrany w ramach pierwszej części umowy mieszanej, natomiast zintegrowane usługi szkolne, które stanowiły główny przedmiot tej umowy, powinny zostać powierzone, w ramach drugiej części tej umowy, mającej powstać spółce mieszanej. Biorąc pod uwagę tę specyfikę, można argumentować, że w ramach drugiej części, rozpatrywanej odrębnie, nie dochodzi do przeniesienia ryzyka na wybranego oferenta. Jednakże w niniejszej sprawie postępowanie przetargowe miało w każdym razie zwolnić instytucję zamawiającą z ryzyka związanego z wykonywaniem zintegrowanych usług szkolnych. Z tego względu nie wykluczam zakwalifikowania tej drugiej części jako „koncesji”, mimo tej wspomnianej cechy szczególnej. W przedmiocie tej cechy szczególnej zob. również pkt 58 niniejszej opinii.

[35] Zobacz analogicznie wyrok w sprawie Acoset (pkt 42).

[36] W trosce o kompletność pragnę zauważyć, że dyrektywy 2014/23 i 2014/24 mają zastosowanie ratione temporis, a wartość zamówienia, szacowana na ponad 277 mln EUR, przekracza progi wymagane przez te dyrektywy. Zobacz art. 8 dyrektywy 2014/23 i art. 4 dyrektywy 2014/24.

74. Sąd odsyłający wskazuje jednak jasno, że w prawie włoskim utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, stanowi alternatywę dla zarządzania „in house” [37].

75. Co ważniejsze, zastosowanie wyłączenia przewidzianego w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 w kontekście udzielenia na rzecz ZPPP zamówienia na usługi wydaje mi się a priori wykluczone. Jak bowiem wskazano w motywie 31 akapit trzeci tej dyrektywy, należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami. Ponadto w motywie 32 dyrektywy 2014/24 wyjaśniono, zgodnie z orzecznictwem poprzedzającym przyjęcie tej dyrektywy [38], że wyłączenie przewidziane w jej art. 12 ust. 1 „nie powinno dotyczyć sytuacji, gdy prywatny wykonawca ma bezpośredni udział w kapitale kontrolowanej osoby prawnej, ponieważ w takich okolicznościach udzielenie zamówienia publicznego bez procedury konkurencyjnej zapewniłoby prywatnemu wykonawcy posiadającemu udział kapitałowy w kontrolowanej osobie prawnej nienależną przewagę nad konkurentami”.

76. W trzeciej kolejności można jeszcze zadać sobie pytanie, czy umowa mieszana będąca przedmiotem postępowania głównego jest wyłączona z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24 na podstawie jej art. 12 ust. 4. Przepis ten dotyczy zamówień udzielanych wyłącznie między instytucjami zamawiającymi, w przypadku gdy zamówienia te ustanawiają lub wdrażają współpracę między tymi instytucjami zamawiającymi.

77. Hipotetycznie można sobie wyobrazić, że miasto Rzym, jako instytucja zamawiająca, chciało nawiązać współpracę ze spółką z kapitałem mieszanym, która również miała zapewniać zintegrowane usługi szkolne, a w której 51% udziałów posiadało miasto Rzym. W konsekwencji spółka ta stanowiłaby „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24, a zatem mogłaby stanowić „instytucję zamawiającą” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 tej dyrektywy.

78. Zakładając nawet, że przesłanki zastosowania wyłączenia przewidzianego w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 zostały w takiej sytuacji spełnione, Trybunał orzekł w wyroku Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39], że przepis ten oznacza, iż współpraca między instytucjami zamawiającymi nie może skutkować, zgodnie z zasadą równego traktowania, postawieniem jednego przedsiębiorstwa prywatnego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do jego konkurentów. Stąd wniosek, jak stwierdził rzecznik generalny M. Campos Sánchez-Bordona w swojej opinii w tej sprawie [40], że współpraca między instytucjami zamawiającymi, która stawia prywatnego wykonawcę w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do jego konkurentów na rynku, nie może być objęta zakresem stosowania art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. W świetle tych wyjaśnień, biorąc pod uwagę udział kapitału prywatnego w mającej powstać spółce mieszanej, jestem zdania, że współpraca rozpatrywana w niniejszej sprawie nie może być objęta wyłączeniem przewidzianym w tym przepisie.

79. W konsekwencji, aby móc udzielić odpowiedzi na pytania prejudycjalne, nie jest konieczne dokonywanie wykładni art. 12 dyrektywy 2014/24.

[37] Zobacz pkt 11 niniejszej opinii.

[38] Zobacz wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r., ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, pkt 31, 32).

[39] Wyroku z dnia 28 maja 2020 r. (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Opinii w sprawie Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, pkt 109, pkt 3).

3. Reżim prawny zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi

80. Artykuł 74 dyrektywy 2014/24 przewiduje, że zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV dyrektywy udziela się zgodnie z rozdziałem I tytułu III tejże dyrektywy. Z wyjątkiem CNS wszystkie strony wskazały w odpowiedziach na pisemne pytania Trybunału, że przynajmniej jedno ze świadczeń składających się na zintegrowane usługi szkolne wchodzi lub może wchodzić w zakres stosowania tego załącznika.

81. Weryfikacja tego twierdzenia będzie należała do sądu odsyłającego. W przypadku odpowiedzi twierdzącej wystarczyłoby, aby postępowanie o udzielenie zamówienia było zgodne ze złagodzonymi zasadami przewidzianymi w dyrektywie 2014/24 w odniesieniu do udzielania tego typu zamówień. Ograniczę się zatem do kilku uwag, które mogą okazać się użyteczne dla tego sądu.

82. Po pierwsze, rozdział I tytułu III dyrektywy 2014/24 niewątpliwie ustanawia specjalny system udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Takie zamówienia nie podlegają zatem zasadom systemu standardowego. Jednakże art. 76 ust. 1 tej dyrektywy przewiduje, że państwa członkowskie wprowadzają krajowe przepisy dotyczące udzielania zamówień objętych zakresem tego rozdziału, aby zapewnić przestrzeganie przez instytucje zamawiające zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Z założenia chodzi więc o te same zasady, co wskazane w art. 18 tej dyrektywy. Nie mogę zatem wykluczyć, że zastosowanie w sprawie w postępowaniu głównym rozdziału I tytułu III dyrektywy 2014/24 nie zmieniłoby odpowiedzi, jakich należy udzielić na pytania prejudycjalne [41].

83. Po drugie, zanim możliwe będzie stwierdzenie, że do umowy będącej przedmiotem postępowania głównego mają zastosowanie przepisy rozdziału I tytułu III dyrektywy 2014/24, należy również porównać szacunkową wartość usług objętych tym rozdziałem z wartością usług objętych standardowym systemem tej dyrektywy, a następnie na podstawie tych wartości ustalić główny przedmiot umowy [42].

84. Wobec braku wskazówek pozwalających na stwierdzenie, że za główny przedmiot umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym należy uznać usługi objęte rozdziałem I tytułu III dyrektywy 2014/24, oraz biorąc pod uwagę fakt, że sąd odsyłający w żaden sposób nie odnosi się do przepisów tego rozdziału, wychodzę z założenia, że zasady złagodzone nie mają zastosowania w niniejszej sprawie.

4. Artykuł 107 TFUE

85. Pierwsze pytanie prejudycjalne dotyczy art. 107 TFUE. Komisja twierdzi, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny w zakresie, w jakim dotyczy on wykładni tego postanowienia prawa pierwotnego.

[41] Zobacz, także w tym względzie, pkt 70 niniejszej opinii.

[42] Zgodnie z art. 3 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/24 „[w] przypadku zamówień mieszanych składających się częściowo z usług w rozumieniu tytułu III rozdział I, a częściowo z innych usług, lub w przypadku zamówień mieszanych składających się częściowo z usług, a częściowo z dostaw, główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości odnośnych usług lub dostaw jest najwyższa”.

86. Przychylam się do stanowiska Komisji. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie wskazuje bowiem jasno środka w ramach postępowania głównego, który miałby stanowić pomoc państwa. Sąd odsyłający nie precyzuje również powodów, dla których do rozstrzygnięcia zawisłego przed nim sporu niezbędna jest wykładnia tego postanowienia.

87. Wprawdzie wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym można rozumieć w ten sposób, że sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o dokonanie wykładni nie jednego z postanowień prawa pierwotnego, lecz dyrektyw 2014/23 i 2014/24 w świetle tego postanowienia („z odniesieniem do art. 107 TFUE"). Niemniej nawet taka interpretacja wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zmienia faktu, że w każdym razie nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytania prejudycjalne w zakresie, w jakim dotyczą one art. 107 TFUE.

88. W tych okolicznościach należy również uwzględnić zarzut niedopuszczalności podniesiony przez CNS w zakresie, w jakim dotyczy on pierwszego pytania prejudycjalnego i art. 107 TFUE, a także, ze względów przedstawionych w pkt 71–79 niniejszej opinii, art. 12 dyrektywy 2014/24.

C. Co do istoty

89. Poza postanowieniami i przepisami prawa Unii, których znaczenie dla niniejszej sprawy wykluczono, pierwsze pytanie prejudycjalne odnosi się do art. 30 dyrektywy 2014/23 i do art. 18 dyrektywy 2014/24. Aby określić wszystkie właściwe przepisy tych dyrektyw, należy najpierw umieścić w odpowiednim kontekście wymogi dotyczące udziału publicznego i prywatnego określone w dokumentacji przetargowej.

1. Wymogi dotyczące udziału publicznego i prywatnego w kontekście dyrektyw 2014/23 i 2014/24

90. W art. 56 dyrektywy 2014/24 ustawodawca Unii wyraźnie odróżnia od siebie dwa rodzaje kryteriów, a mianowicie: kryteria kwalifikacji podmiotowej, na które składają się przede wszystkim podstawy wykluczenia i kryteria kwalifikacji sprawdzające zdolność wykonawców do realizacji udzielanego zamówienia (art. 57 i 58 rzeczonej dyrektywy), a także kryteria udzielenia zamówienia, które odnoszą się do samych ofert. Artykuły 38 i 41 dyrektywy 2014/23, dotyczące, odpowiednio, kryteriów dotyczących wyboru i oceny podmiotowej kandydatów oraz kryteriów udzielenia zamówienia, przewidują podobne rozróżnienie.

91. W tym względzie należy stwierdzić, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie przedstawia jasno logiki, którą kierowano się przy określaniu wymogów dotyczących udziału publicznego i prywatnego ustanowionych w dokumentacji przetargowej. Ponieważ wymogi te stanowią lex specialis w stosunku do wymogów ustanowionych w dekrecie ustawodawczym nr 175[43], logikę ta można jednak wywieść z wyjaśnień dotyczących rzeczonego dekretu ustawodawczego. Wydaje się, że w dokumentacji przetargowej wprowadzono pewne niuanse w odniesieniu do wartości procentowych i ich charakteru (wymogi ustalone w sposób precyzyjny, zamiast progów maksymalnych i minimalnych), nie naruszając jednak w istotny sposób ich celów.

92. Wyjaśnienia sądu odsyłającego w tym względzie rozumiem w ten sposób, że pułap ograniczający do 70% udział publiczny w mającej powstać spółce mieszanej ma na celu zagwarantowanie, że udział prywatny w tej spółce nie będzie niższy niż 30%.

[43] Zobacz pkt 28 niniejszej opinii.

93. W konsekwencji, po pierwsze, z ogólnego punktu widzenia rynku i podmiotów gospodarczych prywatny wspólnik nie byłby w stanie nadmiernie ograniczyć (poniżej 30%) ryzyka gospodarczego wynikającego z jego udziału w spółce z kapitałem mieszanym i czerpać nienależnej korzyści z udziału publicznego, odbierając w ten sposób innym podmiotom możliwość prowadzenia z zyskiem tej samej działalności gospodarczej w danym segmencie rynku. W tym kontekście, jak wskazuje sąd odsyłający, pułap ten ma na celu zapobieganie obchodzeniu zasady wolnej konkurencji.

94. Po drugie, z punktu widzenia przedmiotu postępowania przetargowego i instytucji zamawiającej ów pułap ograniczający gwarantuje, że wspólnik prywatny będzie partnerem operacyjnym, którego wkład w realizację zadań powierzonych mającemu powstać podmiotowi z kapitałem mieszanym polega na wkładzie kapitałowym i wniesieniu kompetencji niezbędnych do wykonania tych zadań, z jednoczesnym przejęciem całości ryzyka operacyjnego związanego z ich wykonywaniem.

95. Chciałbym wskazać, że aspekt dotyczący rzeczywistego wkładu wspólnika prywatnego wydaje się mieć istotne znaczenie dla postępowania głównego oraz dla wymogów udziału publicznego i prywatnego określonych w dokumentacji przetargowej. Z uwagi na siłą rzeczy zindywidualizowany charakter warunków i kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej [44], a także mając na względzie wyrok Acoset [45], należy stwierdzić, że powyższe wskazanie stanowi argument za uznaniem wymogów udziału publicznego i prywatnego, określonych w dokumentacji przetargowej, za kryteria kwalifikacji podmiotowej.

96. Ponadto z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że ze względu na metodę obliczeniową, uwzględniającą pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale zakładowym tego wspólnika, z postępowania wszczętego w następstwie ogłoszenia przetargu wykluczono oferentów niespełniających tych wymogów. W tym względzie z utrwalonego orzecznictwa wynika, że kryteria kwalifikacji podmiotowej pozwalają instytucji zamawiającej dopuszczać do składania ofert jedynie tych wykonawców, których zdolność wskazuje na to, że będą oni w stanie zrealizować przedmiot postępowania przetargowego [46].

97. Tym samym wydaje się, ze wymogi odnoszące się do udziału publicznego i prywatnego, takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie dotyczą ofert (kryteriów udzielenia zamówienia) [47]. Natomiast, jak się zdaje, stanowią one kryteria kwalifikacji podmiotowej, za pomocą których instytucja zamawiająca stara się zapewnić, że sytuacja ekonomiczna i finansowa

[44] Artykuł 38 ust. 1 zdanie drugie dyrektywy 2014/23 stanowi, że „[w]ymogi dotyczące udziału muszą być związane z przedmiotem koncesji i proporcjonalne do możliwości realizacji koncesji przez koncesjonariusza, biorąc pod uwagę przedmiot koncesji oraz cel związany z zapewnieniem rzeczywistej konkurencji". W tym duchu art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24 stanowi w szczególności, że instytucje zamawiające ograniczają wymogi dotyczące uczestnictwa „do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu".

[45] Zobacz pkt 59 wyroku Acoset: „[…] wybór prywatnego udziałowca z zachowaniem wymogów przypomnianych w pkt 46–49 niniejszego wyroku oraz dobór kryteriów wyboru prywatnego wspólnika umożliwiają zapobieżenie takiej sytuacji, jeżeli kandydaci muszą wykazać, oprócz możliwości zostania udziałowcem, przede wszystkim kompetencję techniczną do świadczenia usługi oraz korzyści ekonomiczne i inne korzyści wynikające z ich oferty". Trybunał podkreślił w tym wyroku znaczenie kryteriów kwalifikacji podmiotowej dotyczących zdolności do świadczenia usług lub wykonywania koncesji [zob. podobnie A. Brown, Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08), *Public Procurement Law Review*, vol. 2, 2010, s. 4], nie pomijając jednak kryteriów kwalifikacji podmiotowej dotyczących zdolności zostania wspólnikiem prywatnym mającej powstać spółki mieszanej.

[46] Zobacz podobnie wyrok z dnia 8 lipca 2021 r., Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, pkt 62).

[47] Jak zauważa się w doktrynie, pomimo trudności należy w kontekście ZPPP odróżnić kryteria kwalifikacji podmiotowej od kryteriów udzielenia zamówienia. Zobacz M. Andrecka, M. Kania, „Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice", *Polish Review of International and European Law*, vol. 2, nr 1, 2013, s. 148.

wspólnika prywatnego oraz jego zdolności techniczne i zawodowe pozwalają mu na zachowanie proporcji kapitału publicznego i kapitału prywatnego w spółce z kapitałem mieszanym, ustalonej przez instytucję zamawiającą, poprzez udział w kapitale tej spółki i przejęcie całego ryzyka operacyjnego związanego ze świadczeniem tej usługi przez rzeczoną spółkę [48]. Wymogi dotyczące udziału publicznego i prywatnego określone w dokumentacji przetargowej, takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, stanowią zatem kryteria i wymogi w rozumieniu art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 lub ewentualnie w rozumieniu art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

2. Przeformułowanie pytań prejudycjalnych

98. Biorąc pod uwagę przedstawione wyjaśnienia dotyczące przedmiotu pytań prejudycjalnych [49], reżimu prawnego mającego zastosowanie w postępowaniu głównym [50] oraz kwalifikacji wymogów dotyczących udziału publicznego i prywatnego mających zastosowanie w tej sprawie [51], proponuję przeformułować pytania prejudycjalne poprzez wskazanie przepisów prawa Unii, których wykładnia jest niezbędna dla udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi.

99. Dokładniej rzecz ujmując, proponuję uznać, że poprzez swoje pytania, które proponuję przeanalizować łącznie, sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 30 i art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 lub ewentualnie art. 18 i art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by w celu określenia procentowej wielkości udziału wspólnika prywatnego będącego oferentem w mającej powstać publiczno-prywatnej spółce mieszanej wzięto pod uwagę pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale zakładowym tego wspólnika prywatnego będącego oferentem, w rezultacie czego oferent ów zostaje wykluczony z postępowania przetargowego, jeśli uwzględnienie tego udziału pośredniego prowadzi do niezachowania procentowego limitu udziału prywatnego wymaganego przez instytucję zamawiającą zgodnie z dokumentacją przetargową.

3. Ocena

100. Ponieważ wymogi dotyczące udziału publicznego i prywatnego określone w dokumentacji przetargowej są warunkami i kryteriami odnoszącymi się do sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej, wymogi te, określone w dokumentacji przetargowej, muszą wiązać się z przedmiotem postępowania przetargowego i być w stosunku do niego proporcjonalne [52]. Zgodnie z art. 30 dyrektywy 2014/23 i art. 18 dyrektywy 2014/24 instytucja zamawiająca powinna stosować te wymogi z poszanowaniem zasad równości i niedyskryminacji oferentów, a także przejrzystości i proporcjonalności.

101. W pierwszej kolejności należy zbadać istnienie związku między tymi wymogami a przedmiotem postępowania przetargowego.

[48] Z tego powodu jestem zdania, że przyjętej przez Trybunał w wyroku z dnia 19 maja 2009 r., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 21, 23), kwalifikacji przepisów krajowych – mających na celu wykluczenie wszelkich potencjalnych zmów między uczestnikami tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zachowanie równego traktowania kandydatów oraz przejrzystości postępowania – nie można przyjąć w niniejszym wypadku w odniesieniu do wymogów dotyczących udziału publicznego i prywatnego, których dotyczy niniejsza sprawa, określonych zresztą w dokumentacji przetargowej.

[49] Zobacz pkt 35, 36 niniejszej opinii.

[50] Zobacz pkt 70 niniejszej opinii.

[51] Zobacz pkt 97 niniejszej opinii.

[52] Zobacz przypis 44.

102. Zgodnie z logiką, na której opierają się wymogi określone w dokumentacji przetargowej (udział ustalony dla miasta Rzym na 51%, a dla wspólnika prywatnego na 49%), kwalifikujący się oferent powinien być podmiotem niezależnym od instytucji zamawiającej. Większy udział instytucji zamawiającej w spółce z kapitałem mieszanym, wynikający ze sprawowania kontroli nad tym oferentem (również w drodze udziału pośredniego) miałby wpływ na proporcję między kapitałem publicznym i kapitałem prywatnym w tej spółce, ustanowioną przez instytucję zamawiającą. Ponadto taka sytuacja mogłaby ograniczać rolę partnera prywatnego i, co za tym idzie, rzeczywiste zaangażowanie możliwości ekonomicznych i finansowych oferenta lub jego zdolności technicznych i zawodowych, tak że nie osiągnęłoby ono progu 49% ustanowionego przez instytucję zamawiającą. Wymogi te są zatem związane z przedmiotem postępowania przetargowego.

103. Co więcej, ponieważ prawo Unii co do zasady nie stoi na przeszkodzie przeprowadzaniu w kontekście ZPPP pojedynczego postępowania [53], wykładnia wymogu dotyczącego istnienia związku między kryteriami kwalifikacji podmiotowej a przedmiotem postępowania przetargowego, którą należy przyjąć, nie może uniemożliwić wykorzystania tej formy współpracy przez instytucje zamawiające (w tym ustanowieniu przez instytucję zamawiającą proporcji kapitału publicznego i kapitału prywatnego spółki z kapitałem mieszanym). Skorzystanie z ZPPP wynika bowiem ze swobody państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług w celu zaspokojenia potrzeb własnych instytucji zamawiających [54].

104. W drugiej kolejności w odniesieniu do proporcjonalności wymogów dotyczących udziału publicznego i prywatnego przypominam, że przynajmniej w świetle mojego rozumienia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wymogi te nie wykluczają automatycznie każdego oferenta, którego kapitał ma charakter publiczny [55]. Natomiast, mając na względzie pierwotne sformułowanie pierwszego pytania prejudycjalnego, wymogi te dotyczą, jak się wydaje, każdej formy pośredniego udziału instytucji zamawiającej w kapitale zakładowym wspólnika prywatnego.

105. Trzeba jednak zauważyć, że pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale wspólnika prywatnego może przybierać różne formy. Ponadto jego wpływ na funkcjonowanie tegoż wspólnika prywatnego zależy od jego struktury organizacyjnej. Nie ma zatem pewności co do tego, że każdy pośredni udział w kapitale wspólnika prywatnego ogranicza rzeczywiste zaangażowanie możliwości ekonomicznych i finansowych oferenta lub jego zdolności technicznych i zawodowych, tak że nie osiąga ono progu 49% ustanowionego przez instytucję zamawiającą.

106. W konsekwencji uwzględnienie każdego pośredniego udziału instytucji zamawiającej w kapitale zakładowym wspólnika prywatnego nie jest zgodne z zasadą proporcjonalności, o ile nie uwzględni się faktu, że taki pośredni udział nie musi ograniczać rzeczywistego zaangażowania możliwości ekonomicznych i finansowych lub zdolności technicznych i zawodowych tego wspólnika prywatnego, tak że nie osiągnęłoby ono progu 49% ustanowionego przez instytucję zamawiającą. W braku weryfikacji pozwalającej na stwierdzenie takiej sytuacji owego wspólnika prywatnego będącego oferentem nie można automatycznie wykluczyć z przetargu z powodu tego udziału pośredniego.

[53] Zobacz wyrok Acoset (pkt 63).

[54] Zobacz także motyw 5 dyrektywy 2014/24, który stanowi, że „żaden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.

[55] Zobacz pkt 38 niniejszej opinii.

107. Nie jest oczywiste, czy w niniejszej sprawie instytucja zamawiająca przeprowadziła konkretnie taką weryfikację. Jednakże należy zauważyć przede wszystkim, że analiza struktury kapitałowej zainteresowanych podmiotów opisana w decyzji o wykluczeniu może sugerować, że taka sytuacja ma miejsce. Następnie wydaje się, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym odzwierciedla ową decyzję w zakresie, w jakim sąd odsyłający stwierdza, że „jeśli weźmie się pod uwagę istotny aspekt, a mianowicie strukturę korporacyjną [Roma Multiservizi], w szczególności zaś fakt, że spółka ta należy w 51% do [AMA], która z kolei jest w całości własnością miasta Rzym, […] udział [publiczny i prywatny] w [mającej powstać] spółce mieszanej wynosi *w rzeczywistości* 73,5% i [26,5%]". Wreszcie, nic nie wskazuje na to, że podziału uprawnień decyzyjnych i ryzyka wynikającego z prowadzenia działalności nie dokonano stosunkowo do posiadanego kapitału. Wydaje się zatem, że posiadanie większości kapitału wspólnika prywatnego będącego oferentem przez instytucję zamawiającą może ograniczać rzeczywiste zaangażowanie możliwości ekonomicznych i finansowych tego wspólnika prywatnego lub jego zdolności technicznych i zawodowych, tak że nie osiąga ono progu 49% ustanowionego przez instytucję zamawiającą.

108. W konsekwencji jestem zdania, że art. 30 i art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 lub ewentualnie art. 18 i art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że przepisy te stoją na przeszkodzie temu, by w celu określenia procentowej wielkości udziału wspólnika prywatnego będącego oferentem w mającej powstać publiczno-prywatnej spółce mieszanej wzięto pod uwagę każdy pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale zakładowym tego wspólnika prywatnego będącego oferentem, w rezultacie czego oferent ów zostaje automatycznie wykluczony z postępowania przetargowego, jeśli uwzględnienie tego udziału pośredniego prowadzi do niezachowania procentowego limitu udziału prywatnego wymaganego przez instytucję zamawiającą zgodnie z dokumentacją przetargową.

109. Natomiast art. 30 i art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 lub ewentualnie art. 18 i art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24 nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu takiego udziału, jeżeli nie następuje to w sposób automatyczny. W szczególności przepisy te nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu udziału pośredniego, jeżeli z weryfikacji przeprowadzonej przez instytucję zamawiającą wynika, że udział ten oznacza posiadanie większości kapitału wspólnika prywatnego będącego oferentem przez inny podmiot, który z kolei należy w całości do instytucji zamawiającej, pod warunkiem że podział uprawnień decyzyjnych i ryzyka – co się tyczy tego wspólnika prywatnego będącego oferentem i tego podmiotu – jest dokonywany stosunkowo do posiadanego kapitału.

110. Jeśli chodzi o zachowanie proporcjonalności, pragnę zauważyć w trosce o kompletność, że Komisja, jak się wydaje, podaje w wątpliwość zgodność z zasadą proporcjonalności wykluczenia oferty złożonej przez Rekeep i Roma Multiservizi ze względu na to, że miasto Rzym powinno było umożliwić im wykazanie w stosownym przypadku, że jego pośredni udział w kapitale Roma Multiservizi nie powodował ryzyka konfliktu interesów. Jednakże głównym celem wymogów dotyczących proporcji udziałów publicznych i prywatnych, określonych w dokumentacji przetargowej, nie jest wyeliminowanie tego rodzaju ryzyka. Co więcej, konflikt interesów stanowi podstawę wykluczenia przewidzianą w dyrektywach 2014/23 i 2014/24, a wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w żaden sposób nie odnosi się do tego zagadnienia. Ponadto we wniosku tym nie ma mowy ani o art. 35 dyrektywy 2014/23, ani o art. 24 dyrektywy 2014/24.

111. Co się tyczy w trzeciej kolejności zasad przejrzystości i równego traktowania, muszę zauważyć, że w uwagach na piśmie Roma Multiservizi i Rekeep twierdzą, iż w dokumentacji przetargowej nie przewidziano uwzględnienia pośredniego udziału instytucji zamawiającej w kapitale jednego z oferentów.

112. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie mówi nic o braku przewidzenia tego elementu w rzeczonej dokumentacji przetargowej. W tym kontekście należy zauważyć, że w odpowiedziach na pisemne pytania Trybunału miasto Rzym podnosi, że zgodnie z dekretem ustawodawczym nr 175, który, jak się wydaje, ustanawia szczegółowe zasady stosowania dyrektyw 2014/23 i 2014/24, przedsiębiorstwo publiczne zdefiniowano jako przedsiębiorstwo, na które instytucje zamawiające mogą wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ. Zgodnie z uwagami Rekeep dekret ten przewiduje również, że „jeżeli obowiązujące przepisy zezwalają na tworzenie spółek mieszanych w celu realizacji zamówienia publicznego i zarządzania nim lub w celu organizacji usług użyteczności publicznej i zarządzania nimi, wspólnik prywatny musi zostać wybrany w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". W drodze wykładni a contrario można zatem stwierdzić, że w ramach spółki z kapitałem mieszanym wspólnik prywatny nie może uzyskać bezpośredniego lub pośredniego dominującego wpływu względem instytucji zamawiającej. Jednakże pośredniego udziału w kapitale wspólnika prywatnego prowadzącego do wywierania dominującego wpływu nie można utożsamiać z jakimkolwiek pośrednim udziałem w kapitale tegoż wspólnika prywatnego.

113. W każdym razie do sprawdzenia zasadności tych twierdzeń i ich znaczenia na obecnym etapie postępowania głównego właściwe są, w razie potrzeby, wyłącznie sądy krajowe.

114. W tym kontekście w zakresie, w jakim sąd odsyłający powołuje się na art. 30 dyrektywy 2014/23 i art. 18 dyrektywy 2014/24, należy dostarczyć temu sądowi użytecznych wyjaśnień na temat weryfikacji dokonywanej w świetle zasad ustanowionych w tych przepisach.

115. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by materialne i formalne warunki dotyczące udziału w przetargu były z góry jasno określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów [56].

116. Tytułem przykładu, co się tyczy reżimu prawnego ustanowionego w dyrektywie 2014/24, ogłoszenia o zamówieniu powinny co do zasady zawierać listę i krótki opis kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, oraz kryteriów kwalifikacji [57].

117. Zgodnie z tą logiką zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk [58].

118. Ponieważ pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale wspólnika prywatnego może przybierać różne formy, a jej wpływ na funkcjonowanie tego wspólnika prywatnego zależy od jego struktury organizacyjnej, nie wydaje mi się oczywiste, aby każda forma pośredniego udziału instytucji zamawiającej prowadziła automatycznie do wykluczenia oferenta z przetargu z powodu

[56] Zobacz wyrok z dnia 17 maja 2018 r., Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

[57] Zobacz art. 49 i załącznik V część C pkt 11 lit. c) dyrektywy 2014/24.

[58] Zobacz wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 51).

nieprzestrzegania wymogów dotyczących udziałów publicznego i prywatnego. Taka wykładnia przepisów krajowych lub dokumentacji przetargowej nie wydaje się konieczna w sposób wystarczająco oczywisty.

119. Niezależnie od powyższych dodatkowych uwag dotyczących przestrzegania zasad przejrzystości i równego traktowania podtrzymuję stanowisko w kwestii poszanowania zasady proporcjonalności, które przedstawiłem w pkt 108 niniejszej opinii.

VI. Wnioski

120. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, by na pytania przedstawione przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) odpowiedział następująco:

Artykuł 30 i art. 38 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji lub ewentualnie art. 18 i art. 58 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że przepisy te stoją na przeszkodzie temu, by w celu określenia procentowej wielkości udziału wspólnika prywatnego będącego oferentem w mającej powstać publiczno-prywatnej spółce mieszanej wzięto pod uwagę każdy pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale zakładowym tego wspólnika prywatnego będącego oferentem, w rezultacie czego oferent ów zostaje automatycznie wykluczony z postępowania przetargowego, jeśli uwzględnienie tego udziału pośredniego prowadzi do niezachowania procentowego limitu udziału prywatnego wymaganego przez instytucję zamawiającą zgodnie z dokumentacją przetargową.

Natomiast art. 30 i art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 lub ewentualnie art. 18 i art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24 nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu takiego udziału, jeżeli nie następuje to w sposób automatyczny. W szczególności przepisy te nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu udziału pośredniego, jeżeli z weryfikacji przeprowadzonej przez instytucję zamawiającą wynika, że udział ten oznacza posiadanie większości kapitału wspólnika prywatnego będącego oferentem przez inny podmiot, który z kolei należy w całości do instytucji zamawiającej, pod warunkiem że podział uprawnień decyzyjnych i ryzyka – co się tyczy tego wspólnika prywatnego będącego oferentem i tego podmiotu – jest dokonywany stosunkowo do posiadanego kapitału.