OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA

przedstawiona w dniu 2 czerwca 2009 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przedłożony przez Tribunale Amministrativo Regionale (regionalny trybunał administracyjny) Sycylii daje Trybunałowi okazję do dokonania analizy reżimu prawnego mającego zastosowanie do mechanizmów „partnerstwa publiczno-prywatnego” [2] w kontekście zarządzania usługami publicznymi oraz wypowiedzenia się co do jego zgodności z art. 43, 49 i 86 WE.

2. Bezpośrednie powierzenie świadczenia takich usług na rzecz spółki o kapitale mieszanym może być niezgodne z prawem wspólnotowym, jeżeli nie są spełnione przesłanki wynikające z dyrektyw w sprawie udzielania zamówień publicznych. Niezgodność sięga aż do samego sposobu udzielania koncesji na usługi, w takim zakresie, w jakim to udzielenie może być niezgodne z art. 43 WE, 49 WE, jak również z zasadą równego traktowania, zasadą niedyskryminacji i zasadą przejrzystości [3], chyba, że wykorzystywane są w rozsądnym zakresie środki własne lub instrumentalne [4].

3. Niniejsza sprawa cechuje się pewnym szczególnym aspektem, odróżniającym ją od innych postępowań toczących się do tej pory przed Trybunałem, gdyż sąd włoski wskazuje na bezpośrednie udzielenie zamówienia na zarządzanie zintegrowanymi usługami wodnymi na rzecz podmiotu, w którym łączą się interesy publiczne i prywatne. Jednocześnie włoski sąd podkreśla przeprowadzenie uprzedniego przetargu publicznego, którego klasyczne zasady zostały jednak w pewnym zakresie zmienione.

4. Rzeczywiście, procedura wyboru podmiotu, któremu udziela się zamówienia lub koncesji została przekształcona w metodę

1 — Język oryginału: hiszpański.

2 — Skrót „PPP”, używany w niniejszej opinii dotyczy polskiego wyrażenia „partnerstwo publiczno-prywatne” — odpowiada on stosowanemu w języku angielskim i francuskim skrótowi „PPP” używanym, odpowiednio, jako skrót „public private partnership” oraz „partenariat public-privé”.

3 — Wyroki: z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-9705, pkt 48; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV Zb.Orz. s. I-3303, pkt 33; i z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585), pkt 52.

4 — Spełniając wymogi przewidziane dla „in house providing”.

wyłonienia wspólnika prywatnego w spółce handlowej, która realizować będzie zamówienie lub koncesję, co skutkuje nie tylko ponoszeniem kosztów ekonomicznych, lecz również obejmuje świadczenie usług.

5. W przeciwieństwie do sprawy Komisja przeciwko Austria [5], w której Trybunał oceniał sztuczną konstrukcję „wielofazową", ujawniając niezgodność z prawem zamówienia udzielonego na rzecz spółki o mieszanym kapitale, ubranej w szaty relacji o charakterze wewnętrznym *in house* [6], w niniejszym postępowaniu na scenie pojawia się również konkurencja w niespotykanej dotychczas postaci w postępowaniu. Postępowaniu, które nie kryje pewnej dozy ascetyzmu, gdyż w drodze jednego aktu prawnego powołana została spółka, powierzono jej wykonywanie określonych zadań, jak również ustalono kryteria służące do przyjęcia do tej spółki prywatnego udziałowca. Czyż można żądać więcej?

6. Konieczne jest zatem rozstrzygnięcie czy ten skrót metodologiczny spełnia wymogi prawa wspólnotowego [7].

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

1. Traktat rzymski

7. Zgodnie z treścią art. 43 WE:

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

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

5 — Wyżej wymieniony wyrok.

6 — Okoliczności faktyczne tej sprawy przedstawione Trybunałowi przez Komisję w drodze art. 226 WE, bez trudu pozwalały na ustalenie w jaki sposób zostanie rozstrzygnięta skarga o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego, gdyż w pierwszej kolejności gmina Mödling, posiadając 100% kapitału w spółce AbfallGmbH, udzieliła tej spółce, bez żadnego przetargu, zamówienia w zakresie zbiórki i przetwarzania odpadów gminnych, po czym gmina zatwierdziła przeniesienie 49% swoich udziałów na rzecz Saubermacher AG, co stanowiło ponadto znaczący warunek możliwości funkcjonowania AbfallGmbH, w konsekwencji prowadziło to do bezpośredniego udzielenia zamówienia publicznego na usługi na rzecz spółki o kapitale mieszanym, w którym 49% udział posiadał podmiot prywatny.

7 — Niniejszy wniosek przywodzi mi na myśl sarkastyczną uwagę C. Dossi'ego w *Note Azurre,* Wyd. Adelphi, Mediolan, 1964, vol. I, s. 248, który ironicznie stwierdził, że nie ma potrzeby dokonywać oszustw wbrew prawu gdyż o wiele wygodniej jest oszukiwać zgodnie z prawem.

8. Na mocy art. 46 WE:

„1. Postanowienia niniejszego rozdziału oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególne traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego.

2. Rada, stanowiąc zgodnie z procedurą określoną w art. 251, uchwala dyrektywy w celu koordynacji powyższych postanowień".

9. Artykuł 49 ust. 1 WE stanowi:

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

10. Artykuł 86 ust. 1 WE wskazuje, że „państwa członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami niniejszego traktatu, w szczególności z normami przewidzianymi w artykułach 12 oraz 81–89".

2. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych

a) Sektory tradycyjne

11. Wielość aktów normatywnych, które regulowały takie aspekty jak kryteria oceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub stopniowe ograniczenie uznaniowości po stronie instytucji zamawiającej skłaniały do zreformowania tego sektora. Po przeprowadzeniu pewnych nieśmiałych prób [8], reforma została zakończona przyjęciem dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18") [9].

8 — Takich jak dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. zmieniająca dyrektywy: 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, odpowiednio: na usługi, dostawy i roboty budowlane (97/52/WE, Dz.U. L 328, s. 1).

9 — Dz.U. L 134, s. 114.

12. Jednak udzielanie zamówień podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasad swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad bardziej ogólnych, jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

13. Niemniej jednak, w przypadku zamówień publicznych przekraczających określone kwoty, aby zapewnić ich skuteczne wdrożenie oraz otwarcie zamówień publicznych na konkurencję „[…] wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach […]" (motyw drugi dyrektywy 2004/18).

14. Dążąc do zapewnienia pewności prawa, w art. 1 dyrektywy 2004/18 zawarto kilka definicji, wśród których wyróżniam na obecnym etapie następujące elementy mające na celu ustalenie zakresu pojęcia zamówienia i pojęcia koncesji:

Zamówienia publiczne: „[…] oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy".

Koncesja na roboty budowlane: „[…] oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością".

Koncesja na usługi: „[…] oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością".

b) Sektory wyłączone

15. Mając na względzie szczególny charakter rynku gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, nie byłoby możliwe zastosowanie do nich reżimu ogólnego bez koniecznego dostosowania do potrzeb tych rynków.

16. W tym celu została uchwalona dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (zwana dalej „dyrektywą

2004/17") [10], oparta na identycznych zasadach jak te, które zostały przedstawione poniżej [11], lecz jednak w innym duchu niż filozofia leżąca u podstaw dyrektywy 2004/18, gdyż decydującym czynnikiem nie jest podmiot udzielający zamówienia, lecz charakter działalności, której ono dotyczy [12].

17. Dyrektywa 2004/17 dotyczy zamówień na dostawy, roboty budowlane i usługi [art. 1 ust. 2 lit. b], c), i d)] i przeciwstawia im koncesje [art. 1 ust. 3 lit. a) i b)], jak również potwierdza swoje zastosowanie do „dostarczani[a] lub obsług[i] stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej" [art. 4 ust. 1 lit. a)], jak również do „dostawy wody pitnej do takich sieci" [art. 4 ust. 1 lit. b)].

B — *Prawo włoskie*

18. Artykuł 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustaw w sprawie organizacji jednostek samorządu terytorialnego z dnia 18 sierpnia 2000 r. (zwanego dalej „dekretem ustawodawczym nr 267/2000") [13], w brzmieniu mającym zastosowanie ratione temporis [14], umożliwia tym jednostkom [15] dokonanie wyboru spośród trzech wariantów, w zależności od tego, czy 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 gwarantującego przestrzeganie uregulowań krajowych i wspólnotowych z zakresu konkurencji zgodnie z wytycznymi wydanymi przez właściwe władze w formie przepisów szczególnych i okólników;

10 — Dz.U. L 134, s. 1.

11 — Artykuł 10 i motyw 9 dyrektywy 2004/17.

12 — Jak wskazuję w pkt 41 mojej opinii z dnia 22 listopada 2007 r. przedstawionej w sprawie C-393/06 Aigner, rozstrzygniętej przez Trybunał wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2008 r. (Zb.Orz. s. I-2339).

13 — Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana (zwana dalej „GURI") z dnia 28 września 2000 r., dodatek zwyczajny nr 227.

14 — Przepis zastąpiony art. 35 ustawy nr 448/2001 (dodatek zwyczajny do GURI nr 285 z dnia 29 grudnia 2001 r.) i zmieniony przez art. 14 dekretu z mocą ustawy nr 269 ustanawiającego środki nadzwyczajne dla wspierania rozwoju i poprawy działania finansów publicznych z dnia 30 września 2004 (dodatek zwyczajny do GURI nr 22 z dnia 2 października 2003 r.).

15 — Z odpowiednim przypomnieniem, że musi mieć to miejsce z uwzględnieniem ustawodawstwa sektorowego i prawa Unii Europejskiej.

c) spółkom należącym w pełni do Skarbu Państwa, pod warunkiem że organ lub organy publiczne posiadające udział w kapitale sprawują nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem lub organami publicznymi, które posiadają w niej udziały".

19. Litera a) wskazanego powyżej przepisu dotyczy zawierania umów, lit. c) relacji o charakterze wewnętrznym lub relacji typu „in house providing" [16], podczas gdy lit. b) tego przepisu wkracza na trudny obszar „partnerstwa publiczno-prywatnego".

III — Stan faktyczny w postępowaniu przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

20. W dniu 10 lipca 2002 r. Provincia Regionale de Ragusa i jej lokalne gminy zawarły umowę o współpracy, na mocy której ustanowiły wodne „Ambiti Territoriali Ottimali" (zwane dalej „ATO"), których głównym celem było zapewnienie zarządzania „Servizio Idrico integrato".

21. W dniu 26 marca 2004 r. Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (zgromadzenie burmistrzów i prezydenta prowincji) [17] powierzyło zarządzanie zintegrowaną usługą wodną „spółce mieszanej z przeważającym kapitałem publicznym", o której mowa w art. 113 ust. 5 lit. b) dekretu ustawodawczego nr 267/2000. W dniu 7 czerwca 2005 r. ten sam organ zatwierdził projekt aktu utworzenia spółki akcyjnej i jej statut, ponownie powierzając tej spółce wyłączne zarządzanie usługą wodną.

22. W *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* (Dz.U. S 195 z dnia 8 października 2005 r.) zostało opublikowane ogłoszenie o przetargu dotyczące wyboru prywatnego przedsiębiorcy na mniejszościowego prywatnego udziałowca, celem powierzenia mu zarządzania usługą wodną i przeprowadzenia związanych z tym prac.

23. W przetargu uczestniczyły trzy tymczasowe grupy spółek: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA y Aqualia SpA.

24. Komisja przetargowa wykluczyła Aqualia SpA i dopuściła pozostałe grupy do uczestnictwa w przetargu. Po wezwaniu pozostałych przedsiębiorstw do potwierdzenia zainteresowania przetargiem, jedynie Acoset SpA udzieliła odpowiedzi twierdzącej.

16 — W ww. sprawie ANAV, Tribunal oceniał zgodność art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 z prawem wspólnotowym, lecz nie poruszył trudnych aspektów lit. b) tego przepisu, gdyż Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia zwrócił się z pytaniem dotyczącym nieograniczonego uprawnienia administracji publicznej do wyboru między powierzeniem zarządzania usługami transportu publicznego spółce kontrolowanej przez administrację lokalną [lit. c)] a trybem przetargu publicznego [lit. a], jak to opisał rzecznik generalny L.A. Geelhoed w pkt 11 swojej opinii z dnia 12 stycznia 2006 r.

17 — Organ zarządzający ATO.

25. Mimo tego w dniu 26 lutego 2007 wszczęte zostało postępowanie o unieważnienie procedury przetargowej, z powodu jej możliwej niezgodności z prawem wspólnotowym. W wyniku podjęcia odpowiednich kroków prawnych, w dniu 2 października 2007 r. W rezultacie zgromadzenie burmistrzów i prezydenta prowincji unieważniło to postępowanie przetargowe i jednocześnie zdecydowało się na zarządzanie usługą wodną w postaci konsorcjum [18].

26. Acoset SpA wniosła skargę do sądu przeciwko tej decyzji administracyjnej, jak również przeciwko wcześniejszym decyzjom w tym przedmiocie, wskazując na przysługujące jej prawo do przyznania jej zamówienia lub też do odszkodowania za poniesioną szkodę, jak również wniosła o tymczasowe zawieszenie wykonania zaskarżonych aktów.

27. W tych okolicznościach sprawy, Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia przedkłada Trybunałowi następujące pytanie:

„Czy model spółki mieszanej publiczno-prywatnej, ustanowionej w celu świadczenia określonej usługi publicznej o znaczeniu przemysłowym, i wyłącznym celu działalności, której to spółce omawiane usługi są powierzane bezpośrednio, i w której wspólnik prywatny o charakterze »przemysłowym« i »operacyjnym« jest wybierany w postępowaniu publicznym, po sprawdzeniu zarówno wymogów finansowych i technicznych, jak i wymogów operacyjnych i zarządczych dotyczących usługi oraz szczegółowych świadczeń podlegających wykonaniu, jest zgodny z prawem wspólnotowym, w szczególności z obowiązkami w zakresie przejrzystości i wolnej konkurencji, o których mowa w art. 43, 49 i 86 traktatu?”.

18 — Wskazanym w treści art. 31, ust. 8 dekretu ustawodawczego nr 267/2000.

IV — Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

28. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału w dniu 14 maja 2008 r.

29. W przedstawionych uwagach na piśmie Zgromadzenie burmistrzów i prezydenta prowincji oraz gmina Vittoria wnoszą o stwierdzenie, że postępowanie przetargowe jest niezgodne z prawem wspólnotowym, gdyż mimo wyboru w postępowaniu przetargowym udziałowca prywatnego, zarządzanie usługą zostało bezpośrednio powierzone spółce o kapitale mieszanym. Gminy Comiso i Modica wniosły o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawie braku interesu prawnego po stronie Acoset SpA, zważywszy na to, że postępowanie przetargowe zostało unieważnione.

30. Z drugiej strony, Acoset SpA, Komisja, jak również rząd włoski, rząd austriacki i rząd polski podtrzymują, że art. 43, 49 i 86 WE nie stoją w sprzeczności z przyznaniem przedmiotowego zamówienia, pod warunkiem, że

zapewnione są gwarancje prawne ustanowione przez prawo wspólnotowe.

31. Na rozprawie, która miała miejsce w dniu 2 kwietnia 2008 r., stawili się celem ustnego przedstawienia swoich stanowisk przedstawiciele Acoset SpA, rządu włoskiego i Komisji.

V — W przedmiocie dopuszczalności

A — *Zagadnienie wstępne*

32. Jakkolwiek żadna ze stron nie podnosiła tej okoliczności, pragnę rozwiać wszelkie wątpliwości dotyczące wymiaru wspólnotowego pytania prejudycjalnego przedłożonego przez Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, aby jednoznacznie stwierdzić, że niniejsza sprawa nie jest czysto wewnętrznym sporem dotyczącym wyłącznie jednego państwa członkowskiego, skoro wszystkie zainteresowane przedsiębiorstwa mają siedzibę we Włoszech.

33. Należy jednak brać pod uwagę fakt, że ze względu na swój zasięg, sporne usługi mogą być przedmiotem zainteresowania ze strony przedsiębiorstwa mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, co stanowi okoliczność przemawiającą za tym, że w niniejszej sprawie występuje wymiar wspólnotowy (wyroki Trybunału: z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie Komisja przeciwko Belgii [19] i ww. sprawa Parking Brixen), wzmocniony interpretacją zasad i przepisów traktatowych.

34. Ponadto nawet PPP nie zostały objęte harmonizacją, zgodnie z tym co opisuję bardziej szczegółowo poniżej, należy przeanalizować jednolite przepisy, które są nierozerwalnie związane z zamówieniami publicznymi i skonfrontować je z regulacjami dotyczącymi udzielania koncesji, chociażby w celu ustalenia, jaki jest charakter usług i zarządzania, które obejmują te dwa przypadki.

B — *Niepełny charakter pytania prejudycjalnego*

35. Rząd austriacki podnosi, że choć pytanie o wykładnię jest zrozumiałe i może na nie zostać udzielona odpowiedź, to jednak nie jest wystarczająco jasne, by mogło być użyteczne w sporze rozpatrywanym przed włoskim sądem. Sąd krajowy bowiem nie dostarczył danych dotyczących szczególnego charakteru świadczonych usług, przedmiotu postępowania przetargowego ani też zakresu „wstępnej oceny spełnienia kryteriów".

36. Konieczność dokonania wykładni prawa wspólnotowego, która będzie użyteczna dla sądu krajowego i która jednocześnie umoż-

19 — C-87/94, Rec. s. I-2043, pkt 33 i 54.

liwia stronom postępowania przedstawienie swoich uwag [20] wymaga precyzyjnego określenia stanu faktycznego i ram prawnych mających zastosowanie w sprawie, w której pojawiło się pytanie prejudycjalne, lub przynajmniej znajomości założeń faktycznych, na jakich sprawa się opiera [21].

37. Trybunał uznał, że odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne jest uzasadniona wyłącznie, w przypadku gdy z okoliczności sprawy wynika, że wnioskowana wykładnia jest niezwiązana ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, lub też ze względu na hipotetyczny charakter przedstawionego problemu [22].

38. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zawiera minimalny zakres wyjaśnień odnośnie do art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 w związku z postępowaniem przetargowym, które zostało przeprowadzone na podstawie tego przepisu, jak również przeciwstawia przepis prawa krajowego normom i zasadom prawa wspólnotowego. W związku z tym, skoro nie zachodzi żadna przesłanka odrzucenia wniosku ad limine, Trybunał obowiązany jest do udzielenia odpowiedzi na przedłożone pytanie [23].

20 — Wyrok Trybunału z dnia 1 kwietnia 1982 r. w sprawach połączonych od 141/81 do 143/81Holdijk i inni, Rec. s. 1299), pkt 6.

21 — Wyrok Trybunału z dnia 26 stycznia 1993 r. w sprawach połączonych C-320/90, C-321/90 i C-322/90 Telemarsicabruzzo i inni, Rec. s. I-393, pkt 6; oraz postanowienia: z dnia 19 marcade 1993 r. w sprawie C-157/92 Banchero, Rec. s. I-1085, pkt 4; z dnia 7 kwietnia 1995 r. w sprawie C-167/94, Grau Gomis i inni, Rec. s. I-1023, pkt 8; z dnia 20 marca 1996 r. w sprawie C-2/96 Sunino i Data, Rec. s. I-1543, pkt 4.

22 — Wyrok z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 Canal Satélite Digital, Rec. s. I-607, pkt 19.

23 — Wyrok z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 PreussenElektra Rec. s. I-2099, pkt 38.

C — *Legitymacja procesowa Acoset SpA*

39. Conferenza oraz gminy Comiso i Modica zwracają uwagę Trybunału na fakt, że Acoset nie legitymuje się interesem prawnym w niniejszym postępowaniu, gdyż jej skarga dotyczy wyłącznie unieważnienia postępowania przetargowego dotyczącego wyboru prywatnego wspólnika.

40. Ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie i powinien zostać odrzucony bez nadmiernych wyjaśnień.

41. Z treści art. 234 traktatu wynika, że wyłącznie sąd krajowy decyduje czy zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym [24], nie zaś strony postępowania, bez uszczerbku dla przysługujących stronom uprawnień dotyczących udziału w postępowaniu [25]. Dla Trybunału jest wystarczające, że dany podmiot posiada status strony w postępowaniu przed sądem krajowym, aby przyznać mu udział w postępowaniu prejudycjalnym, zaś Acoset SpA całkowicie spełnia ten wymóg [26].

24 — W przedmiocie powzięcia świadomości co do istotności pytań prejudycjalnych jako instrumentu współpracy we wspólnotowej układance, zob. wyroki Trybunału: z dnia 1 grudnia 1965 r. w sprawie 16/65 Schwarze, Rec. s. 265; z dnia 16 stycznia 1974 r. w sprawie 166/73 Rheinmühlen, Rec. s. 33.

25 — Artykuł 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości.

26 — W każdym razie zdziwienie budzi argument, że unieważnienie przetargu wyklucza legitymację Acoset w niniejszym postępowaniu, gdyż w istocie to właśnie unieważnienie przetargu było powodem wszczęcia niniejszego postępowania.

VI — Analiza istoty pytania prejudycjalnego

A — *W kierunku autonomicznego pojęcia „partnerstwa publiczno-prywatnego”*

1. Perspektywa krajowa

42. Na przestrzeni ostatniego wieku, polityka gospodarcza i zarządzanie władzą publiczną przeszły znaczące przeobrażenie. Począwszy od postawy liberalnego powstrzymywania się od jakiegokolwiek interwencjonizmu, której jedynym celem było utrzymanie porządku publicznego tradycyjnymi metodami policyjnymi takimi jak kary i zakazy, polityka ta przekształciła się w kierunku zaspokajania określonych potrzeb podmiotów prawa [27], osiągając wreszcie stadium, gdzie państwo wspiera obywateli, w oparciu o ideę solidarności społecznej [28].

43. Opisana powyżej droga doprowadziła do tego, że klasyczny archetyp usługi publicznej uległ przekształceniu, gdyż w obecnych czasach stopień wzajemnego oddziaływania między administracją a obywatelami stoi na przeszkodzie umieszczeniu pełnionych przez nich odpowiednio funkcji w oddzielonych od siebie szczelnie pomieszczeniach.

44. Mimo tego, że działania administracji ukierunkowane są na zaspokojenie interesu ogółu, to mnożą się sposoby zaspokojenia tego interesu, wśród których należy wyróżnić te, które upoważniają osoby prywatne do wykonywania działań o charakterze publicznym i które wiążą się z koniecznym zakresem współpracy między sferą publiczną i prywatną [29].

45. Wykładnikiem tej konwergencji są w szczególności wskazane powyżej pośrednie zarządzanie usługami publicznymi lub zamówienia publiczne, a są to metody, których korzenie sięgają historii prawa.

46. W ten sposób, jeżeli przedsiębiorstwo prywatne staje się odpowiedzialne za świadczenie określonych usług i motywowane osiągnięciem zysków, ryzykuje swoje zasoby, aby zapewnić regularne i właściwe działanie tych usług, powstaje bardzo bliski związek z majątkiem publicznym. Taki sam związek powstaje w sytuacji gdy organ administracji, świadomy swoich ograniczeń technicznych lub gospodarczych przekazuje zadanie wykonania określonych robót lub świadczenia usług podmiotowi, któremu udziela zamówienia.

27 — E. Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stuttgart, 1938, określił tę postawę jako „pieczę” nad obywatelami, i ujmując ją pod pojęciem *Daseinsvorsorge* w odniesieniu do żywotnych potrzeb społeczeństwa, stworzył administrację silną i dynamiczną, zdolną do zaspokojenia tych potrzeb; w odniesieniu do prawidłowego przyjęcia tej teorii zob. L. Martín Retortillo, „La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge”, w *Revista de Administración Pública,* nr 38, maj–sierpień, 1962, s. 35–65.

28 — Znaczącym prekursorem tej postawy jest L. Duguit., *Leçons de Droit public général,* Wyd. Boccard, Paryż, 1926, s. 36, który odrzuca siłę jako nieodzowny element władzy państwowej, nadając państwu misję ukierunkowywania solidarności społecznej.

29 — W innym kierunku przebiega poddanie państwa reżimowi właściwemu dla podmiotów prywatnych, w sytuacji gdy państwo konkuruje na równej stopie z innymi operatorami.

47. Kapitał prywatny pełni rolę pośrednika między organem zobowiązanym do świadczenia usług lub prowadzenia działalności a beneficjentami tych usług. Powoduje to, że w takim układzie, bez uszczerbku dla niuansów mających zastosowanie do poszczególnych wariantów takiej współpracy, nadrzędną rolę pełni zasada podziału pracy i reguluje ona wszystkie aspekty tej współpracy.

48. Ponadto poza kontekstem zamówień publicznych i koncesji, dla organów administracji łączenie podmiotów prywatnych z wykonywaniem funkcji publicznych, które jednakże nie są zintegrowane w ich strukturze, nie jest rzeczą niezwykłą ani nową [30].

49. W konsekwencji uznanie, że „partnerstwo publiczno-prywatne" stanowi odrębną kategorię wymagało oznaczenia jego przedmiotowych cech, poczynając od zestawu wzajemnych powiązań, które wpisane są w niektóre instytucje prawa.

50. Anglosaskie pochodzenie tej instytucji znajduje swoje odbicie w otwartej debacie jaka toczyła się wokół „New Public Management", które stanowiło prawdziwą pożywkę dla powstania PPP, poprzez otwarcie drzwi administracji na świat standardów zarządzania przedsiębiorstwami, które wymagają gospodarczych wkładów ze strony osób prywatnych („Private Finance Iniciative").

30 — J.A. Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo,* vol. I, wyd. 3, Colección Ceura, Wyd. Centro de Estudios Ramón Áreces, s. 460, opisuje tę współpracę, wywodząc, że obok administracji w ścisłym tego słowa znaczeniu, zawsze występował rodzaj „administracji niewłaściwej".

51. Dalej pojawiają się jednak pewne różnice, gdyż w niektórych ustawodawstwach krajowych próbowano wprowadzić model „umowy o współpracy" [31], podczas gdy w innych krajach tego rodzaju środki są uznawane za całkowicie atypowe [32].

2. Brak jednolitej wizji wspólnotowej

52. Prawo wspólnotowe aspiruje do harmonizacji ustawodawstw krajowych w zakresie zamówień publicznych, traci jednak siłę w odniesieniu do pojawiającego się „fenomenu" PPP [33].

53. Wobec rosnącego znaczenia PPP w sektorze publicznym, państwa członkowskie wychodzą z inicjatywą ustanowienia regulacji na szczeblu Wspólnoty, jako że korzyści, jakie wiążą się z takimi strukturami, nie mogą przejść niezauważone.

31 — We Francji, przykładem takiej polityki jest ordonnance nr 2004/559 z dnia 17 czerwca 2004 r. oraz ustawa nr 2008-735 z dnia 28 lipca 2008 r. dotyczące umów o partnerstwie. W Hiszpanii, ustawa 30/2007 z dnia 30 października o umowach w sektorze publicznym (*Ley de Contratos del Sector Público*) (BOE nr 261 z dnia 31 października 2007 r. s. 44336) nadaje charakter umowny „partnerstwu publiczno-prywatnemu".

32 — J. González García w publikacji *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado* (wkrótce zostanie opublikowana) wskazuje na ścierające się poglądy dotyczące charakteru tego partnerstwa i — przewidując pojawienie się nowego trybu zawierania umów — podsumowuje swoje rozważania wnioskiem, że mamy do czynienia ze środkiem „włączenia do praktyki administracyjnej wszystkich atypowych mechanizmów, które rozwijają się w świecie relacji gospodarczych pomiędzy podmiotami prywatnymi".

33 — „Zielona Księga w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji" z dnia 30 kwietnia 2004 r. (COM(2004) 327 wersja ostateczna (zwana dalej „zieloną księgą") ujawnia, że przynajmniej w tamtym okresie, Komisja w ten sposób opisywała „PPP".

54. Instrumenty te nie tylko działają jak wentyl bezpieczeństwa, pozwalający uniknąć ograniczeń budżetowych, lecz również sprzyjają finansowaniu ze źródeł prywatnych i umożliwiają wykorzystanie wiedzy posiadanej przez przedsiębiorstwa, które są nieobecne w sferze publicznej. Stanowią one także odpowiedź na porażkę, jaką ponosi państwo wobec sił liberalizacji, gdyż jego status bezpośredniego operatora przekształcił się w pozycję regulatora praktyk, których jest ostatecznym gwarantem, w sytuacji gdy są to usługi zaspakajające interesy ogółu.

55. Wobec braku jakiegokolwiek szczególnego reżimu prawnego, który miałby zastosowanie do tej instytucji, niepewność prawa dotyczy przede wszystkim kwestii związanych z udziałem podmiotów prywatnych i środków włączania udziałowców prywatnych w przeciwstawne interesy gospodarcze.

56. Z tych względów pojawiła się konieczność ustalenia pewnych wytycznych interpretacyjnych, aby dostosować te praktyki do zasad traktatowych, co nastąpiło w drodze komunikatu wyjaśniającego Komisji [34] z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych [35].

57. W mojej ocenie, brak harmonizacji [36] na szczeblu wspólnotowym uniemożliwia uznanie PPP jako samoistnego kontraktu, co jednak nie wpływa na możliwość uznania, że te nowatorskie rozwiązania w zakresie współpracy stanowią przedłużenie porozumień natury kontraktowej lub też mogą być bliskie jakościowo pojęciu koncesji.

58. Wprowadzenie całościowej regulacji prawnej PPP pozwoliłoby na uniknięcie pewnych niedogodności i dostarczyłoby wskazówek organom administracji i podmiotom prywatnym, gdyż panująca obecnie niepewność co do ich statusu często zniechęca te organy do powoływania PPP (jak wskazuje komunikat) [37], ze szkodą dla rozwoju infrastruktury i świadczenia usług, wobec faktu, że występuje ryzyko, że tego rodzaju rozwiązania mogą okazać się niezgodne z porządkiem, do którego dąży Unia Europejska.

34 — R. Alonso, García, w *El soft law comunitario*, „Revista de Administración Pública", nr 154, styczeń–kwiecień 2001 r., s. 79, wskazuje, że wśród zalet instrumentów przewidzianych przez art. 249 WE znajduje się w szczególności ta zaleta, że udzielają one organom administracji i operatorom prywatnym określonych, przejrzystych i spójnych ram, w odniesieniu do których te podmioty mogą kształtować swoje działania w kierunku zgodnym z prawem wspólnotowym.

35 — C(2007) 6661, w dalszej części zwany „komunikatem".

36 — Niemniej jednak, w drodze opinii przyjętej w pierwszym czytaniu w dniu 10 maja 2002 r. Parlament Europejski wezwał Komisję do dokonania oceny możliwości przyjęcia projektu dyrektywy, COM(2000) 275. Ze swojej strony, Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny uznał za konieczne podjęcie inicjatywy legislacyjnej (opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (Dz.U. C 14 z dnia 16 stycznia 2001 r.) wnioskodawca Levaux, punkt 4.1.3 i opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (Dz.U. C 193 z dnia 10 czerwca 2001 r. wnioskodawca Bo Green, punkt 3.5.).

37 — Jest to naturalna reakcja po stronie podmiotów stosujących prawo i potwierdza ją J. Carbonnier w „Sociologie juridique", Quadrige, PUF, Paryż, 1994, s. 331, podkreślając zróżnicowaną wrażliwość prawników i socjologów na złożoność prawa, gdyż dla jednych jest ona nieszczęściem, a nawet chorobą, która skłania do powrotu do tego, co jest proste, natomiast inni, bez wydawania jakichkolwiek ocen, ograniczają się do uznania jej za czyste zróżnicowanie, podlegające dalszej analizie.

59. Ze względu na tę próżnię prawną, próby klasyfikacji działań administracji z podziałem na policję, rozwój i usługi publiczne są naznaczone pewnym relatywizmem [38], do czego dochodzi jeszcze to, że we Wspólnocie globalnej pod względem prawnym, każda z tych kategorii jest rozumiana odmiennie w poszczególnych krajach.

60. Różnorodność ujawnia się w szczególności z całą mocą w odniesieniu do świadczenia usług publicznych [39]. Podczas gdy w niektórych systemach prawnych to pojęcie jest mocno zakorzenione w regulacjach prawa administracyjnego [40], w innych rusztowania „régime administratif" nie są podtrzymywane, ani też „publicatio" nie nabiera znaczącej mocy [41].

61. W mojej ocenie w tym tkwi jedna z przyczyn zróżnicowania postaci PPP, gdyż trzeba dokonać ich konfrontacji z problemem o głębszym wymiarze; prawodawca wspólnotowy dokonał mianowicie harmonizacji prawa zamówień publicznych, lecz nie zharmonizował gmatwaniny koncesji [42] ani też usług publicznych. Skoro te kategorie są obecne w całkiem sporej licznie PPP, to sieroce otoczenie normatywne, w których się znajdują, nie jest wcale przypadkowe.

38 — Jak wskazuje E. Presutti, „Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione", Societá Editrice, Mediolan 1903.

39 — Wynika to z treści opinii Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z dnia 22 maja 2003 w sprawie Zielonej Księgi nt. usług użyteczności publicznej [COM(2003) 270 wersja ostateczna (Dz.U. C 76)].

40 — W oczywisty sposób we Francji, Włoszech i w Hiszpanii, w przeciwieństwie do koncepcji, które przeważyły np. w Zjednoczonym Królestwie, Niemczech lub Danii.

41 — W niektórych przypadkach stosowana terminologia różni się, mimo, że podstawa i istota usługi publicznej jest znana: S. González-Varas Ibáñez, w „El derecho administrativo privado", Wyd. Montecorvo, Madryt, 1996, s. 398.

42 — Mimo tego, że Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący koncesji w prawie wspólnotowym (Dz.U. C 121, s. 6) zawiera niezależne pojęcie koncesji, odrębne od pojęć krajowych.

B — *Skatalogowanie PPP*

62. Mimo tego, że brak jest definicji pojęciowej, w zielonej księdze proponowano dokonanie klasyfikacji PPP, stwierdzając na podstawie badań empirycznych, że różnorodne formy PPP w państwach członkowskich oparte są o dwa główne modele, w zależności od tego, czy współpraca oparta jest o związek o charakterze czysto zobowiązaniowym (PPP kontraktowe) czy też przejawia się w powołaniu określonego podmiotu (PPP zinstytucjonalizowane lub „ZPPP").

63. Ten dualizm został utrzymany w komunikacie Komisji, którego przedmiot ogranicza się do ZPPP, gdyż wielość form jakie przybierają PPP kontraktowe, wynikająca z bardzo szerokiej autonomii woli stron, powoduje, że o wiele trudniej poddają się one jakiejkolwiek systematyzacji [43].

64. W ZPPP obowiązki wspólnika publicznego i prywatnego są powierzane podmiotowi o odrębnej osobowości prawnej, który jest zobowiązany do wykonania zamówienia lub też świadczenia usług na rzecz ogółu.

43 — Według zielonej księgi, PPP kontraktowe faktycznie „[…] Zawiera w sobie różnorodne rodzaje ustaleń, w których jedno lub więcej zadań większego lub mniejszego formatu jest przypisane partnerowi prywatnemu; zadania te mogą zawierać projektowanie, finansowanie, wykonanie, renowację lub eksploatację prac lub usługi".

65. W przeciwieństwie do pewnych struktur umownych, w których tworzy się bezpośredni związek między udziałowcem prywatnym, który świadczy usługę w miejsce organu administracji i użytkownikiem końcowym, w ZPPP spółka handlowa, jako podmiot wykonujący zamówienie lub posiadający koncesję, jest „formalnie" związana z odbiorcą końcowym, lecz z „faktycznego" punktu widzenia, usługi są dostarczane przez udziałowca prywatnego. W ten sposób nabiera znaczenia wyjaśnienie udzielone przez przedstawiciela Acoset na rozprawie, która miała miejsce w niniejszym postępowaniu, potwierdzające, że w rzeczywistości udziałowiec prywatny świadczy swoje usługi na rzecz spółki o kapitale mieszanym.

66. Oprócz wskazanych powyżej zalet, za ZPPP przemawia fakt, że partner publiczny sprawuje relatywnie wysoki poziom kontroli nad prowadzeniem działalności przez ZPPP, poprzez udział w kapitale zakładowym i obecność w organach zarządzających.

67. Z kazuistycznych obserwacji wynika, że zasadniczo istnieją dwa główne sposoby tworzenia ZPPP: powołanie ex novo określonego podmiotu lub też zmiana w kapitale zakładowym już istniejącego podmiotu, który do czasu zmiany znajdował się wyłącznie w rękach publicznych, a po zmianie częściowo przechodzi w ręce podmiotów prywatnych. Z oczywistych względów, w drugim scenariuszu prawidłowy przebieg zdarzeń wymaga, aby udział sektora prywatnego był uzewnętrzniony wcześniej lub w tym samym czasie co udzielenie zamówienia, nie zaś później [44].

68. Artykuł 113 ust. 5 lit. b) dekretu ustawodawczego nr 267/2000 pokazuje, że chodzi tu o ZPPP utworzone wg pierwszego z opisanych modeli, gdyż powołuje się spółkę o kapitale mieszanym, jej udziałowcowi prywatnemu powierza się zintegrowane zarządzanie gminną gospodarką wodną [45], zaś wyboru udziałowca prywatnego dokonuje się w drodze przetargu publicznego.

69. Jako ostatni element, należy wskazać, że ZPPP mogą wykonywać zamówienie publiczne albo koncesję, co skutkuje kolejnym podziałem według przedmiotu ich działalności, istotnym dla wyjaśnienia dotyczących ich reguł w perspektywie wspólnotowej.

C — *Rozróżnienie między zamówieniem publicznym a koncesją*

70. W świetle klasyfikacji wskazanej w poprzednim punkcie, niezbędne jest wytyczenie granic między zamówieniem publicznym a koncesja, przed przystąpieniem do określenia reżimu prawnego mającego zastosowanie do ZPPP w Ragusie.

44 — Jak wynika z treści pkt 42 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Austrii, kolejność ta ma na celu przeciwdziałanie wybiegom dla uniknięcia wymogów prawa wspólnotowego, gdyż instytucje zamawiające nie mogą „stosować wybieg[ów] maskujący[ch] udzielanie zamówień publicznych przedsiębiorstwom z kapitałem mieszanym".

45 — Znaczące jest to, że zielona księga wskazuje, że w państwach członkowskich są stosowane podobne struktury partnerstwa w związku ze świadczeniem „usług publicz[nych] związa[nych] z dystrybucją wody lub gospodarką odpadami)".

71. Podzielam stanowisko wyrażone przez Komisję wskazujące, że powierzenie lokalnej publicznej usługi, takiej jak zintegrowane zarządzanie gospodarką wodną, może przybierać formę zamówienia lub koncesji. Ze względu na to, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera wyczerpujących informacji, nie jest możliwe ustalenie, czy w niniejszej sprawie dokonano wyboru jednej czy drugiej formy.

72. Niemniej jednak należy uwzględnić następujące elementy: po pierwsze, Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia w swoim pytaniu odwołuje się wyłącznie do norm i zasad traktatowych, nie odnosząc się w ogóle do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych [46]; po drugie, sąd krajowy określa spółkę o kapitale mieszanym mianem „koncesjonariusza"; po trzecie zaś, że przewidziany okres 30 lat świadczenia usług bardziej odpowiada strukturze koncesji [47].

73. Różnica nie jest błaha, gdyż jeżeli spółce o kapitale mieszanym powierzone zostało wykonanie zamówienia publicznego, dyrektywy 2004/17 lub 2004/18 przewidywałyby zasady dokonywania ogłoszenia o przetargu i kryteria wyboru prywatnego wspólnika, których należałoby przestrzegać, jeżeli wartość zamówienia przekraczałaby określone w tych przepisach progi. Natomiast jeżeli mamy do czynienia z koncesją na świadczenie usług lub z zamówieniem publicznym nieobjętym ww. dyrektywami (np. ze względu na to, że nie zostały osiągnięte ustalone progi kwotowe), swobody i zasady Traktatu stanowią jedyny punkt odniesienia.

74. Dlatego też istotne jest ustalenie kryteriów służących do rozgraniczenia nieostrych granic między zamówieniem publicznym a koncesją [48]. Wobec nieprzekazania odpowiednich informacji w tym zakresie, powyższe zadanie leży w kompetencji sądu krajowego, który powinien wziąć pod uwagę takie elementy jak „ryzyko związane z świadczeniem usług" oraz „wynagrodzenie za świadczone usługi", które były już interpretowane przez Trybunał.

75. Na horyzoncie niniejszego postępowania jawią się pierwsze trudności związane z rozróżnieniem między „zamówieniem publicznym" a „koncesją na usługi publiczne".

76. Zamówienie publiczne na usługi zakłada istnienie pieniężnego świadczenia wzajemnego uiszczanego bezpośrednio usługodawcy przez instytucję zamawiającą. Natomiast w przypadku gdy wynagrodzenie usługo-

46 — Ostrożność, jaką wykazuje sąd sycylijski w tym zakresie jest godna pochwały, gdyż wobec wielości norm i reżimów prawnych, które mogą potencjalnie rozdmuchać byt prawny określonej ZPPP, ten sąd powołuje się wyłącznie na swobody i zasady Traktatu, stanowiące minimalny wspólny mianownik dla zamówień publicznych i koncesji, idąc za radą F. Bacona, który stwierdził w „Essays" (Wyd. Cosimo, 2007, rozdział LVI, of Judicatory, s. 137), że „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws".

47 — W oparciu o te dane, Republika Włoska i Acoset nie wahają się przed kwalifikacją tej struktury jako koncesji. Ponadto jak to zostało wykazane na rozprawie, okres czasu przez jaki ma funkcjonować dana struktura zależy od wydatków inwestycyjnych, gdyż musi on umożliwiać amortyzację tych kosztów.

48 — R. Passerieux, i J.M. Thouvenin, w „Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession", w „Revue du Marché commun et de l'Union européenne", nr 487, kwiecień 2005,s. 237, wskazują, że głównym źródłem niepewności prawnej jest rozgraniczenie między tymi dwoma kategoriami, wobec ryzyka, że te struktury, które zostały utworzone na podstawie elastycznych regulacji dotyczących koncesji („PPP concessions") zostaną następnie zakwalifikowane jako „PPP marchés".

dawcy nie pochodzi od danego organu władzy publicznej, lecz z kwot pieniężnych wpłacanych przez osoby trzecie korzystające z usług, mamy do czynienia z koncesją na świadczenie usług publicznych [49].

77. Ponadto przeniesienie „ryzyka związanego ze świadczeniem usług" [50] jest jednym z istotniejszych kryteriów przyjmowanych do rozstrzygnięcia między tymi dwoma pojęciami, gdyż to ryzyko stanowi niezbędny element koncesji [51], podczas gdy takie ryzyko nie występuje przy zamówieniu publicznym [52].

78. Lecz sąd w Katanii powinien zachować czujność, gdyż w ramach rozstrzygania niniejszej sprawy może występować więcej przeszkód do pokonania, jako że poza zarządzaniem usługą publiczną, konieczne jest przeprowadzenie robót, które umożliwią jej świadczenie. Prowadzi to do konieczności zbadania różnic między „zamówieniem na świadczenie usług", „koncesją na roboty budowlane" i „koncesją na usługi" [53].

79. Artykuł 18 dyrektywy 2004/17 stanowi, że nie ma ona zastosowania do „koncesji na roboty budowlane i usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące jedną lub kilka działalności wymienionych w art. 3–7, jeżeli wspomniane koncesje przyznawane są w celu prowadzenia tych działalności". Podkreślenia wymaga, że w porównaniu do dyrektywy 2004/18, która wyklucza w art. 17 jedynie koncesje na usługi, dyrektywa 2004/17 wyłącza również koncesje na roboty budowlane. W świetle wykładni systemowej art. 12 dyrektywy 2004/18 ta okoliczność pozwala na stwierdzenie, że koncesje na roboty budowlane, nawet wtedy gdy dotyczą szczególnych sektorów (takich jak gospodarka wodna), podporządkowane są regulacjom dotyczącym sektorów tradycyjnych [54].

80. Aby przezwyciężyć zamieszanie, jakie mogą powodować zamówienia obejmujące kilka rodzajów działalności (np. usługa wodna, która wymaga przeprowadzenia robót budowlanych), dyrektywa 2004/17 ustanawia obiektywną zasadę, że tego rodzaju zamówienie podlega zasadom dotyczącym działalności, która stanowi działalność główną (art. 9 ust. 1). Ta zasada jest zgodna z orzecznictwem, które stanowi, że zamówienie nie posiada statusu zamówienia „na roboty budowlane", w przypadku gdy mają one charakter akcesoryjny w stosunku do usług lub dostawy [55].

81. Wobec usunięcia wcześniej wskazanych przeszkód, należy stwierdzić, że koncesja na usługi jest poddana normom i podstawowym zasadom Traktatu, natomiast koncesja na roboty budowlane dodatkowe podlega posta-

49 — Wyroki: z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 BFI Holding, Rec. s. I-6821; oraz z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I 8585).

50 — W tym zakresie należy podkreślić, że przedstawiciel Acoset kategorycznie podtrzymywał na rozprawie, że ryzyko związane z przedmiotową działalnością ponosi udziałowiec prywatny.

51 — Wyroki: z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-6657), pkt 34; oraz z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-437/07 Komisja przeciwko Włochom, pkt 29.

52 — Wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse i.in., Zb.Orz. s. I-9315, pkt 22.

53 — W wykonaniu tego trudnego zadania, pewnej jasności dostarczają uwagi zawarte w pracy J.M. Gimeno Feliú „La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma", Wyd. Thomson Civitas, Madryt, 2006, s. 151–175, oparte na usystematyzowaniu pod względem pojęciowym poszczególnych kategorii struktur.

54 — Wyłączenie koncesji spod zakresu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych zostało potwierdzone w postanowieniu Trybunału z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, Rec. s. I-4685), lecz wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I -10745, stanowi, że koncesje na roboty budowlane są poddane regulacjom dotyczącym tradycyjnych sektorów.

55 — Wyrok Trybunału z dnia 19 kwietnia 2004 r. w sprawie C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, Rec. s. I-1329).

nowieniom dyrektywy 2004/18, które stosuje się, jeżeli osiągnięte zostały kwoty progowe.

D — *Sprawowanie kontroli nad ZPPP*

82. Wątpliwości, które budzi art. 113 ust. 5 lit. b) włoskiego dekretu ustawodawczego nr 267/2000 ograniczają się do konieczności ustalenia, czy poza przetargiem ogłoszonym w celu wyboru prywatnego udziałowca, konieczne jest przeprowadzenie dodatkowego przetargu w celu udzielenia zamówienia na świadczenie usług [56]. Gdyby ta kwestia została rozstrzygnięta na korzyść pojedynczego przetargu, należałoby głębiej zbadać fundamenty prawne, które przemawiają za jego zgodnością z prawem, w świetle swobody przedsiębiorczości (art. 43 WE), swobody świadczenia usług (art. 49 WE), jak również wolnej konkurencji (art. 86 WE).

1. Jeden przetarg spełniający dwa cele

83. W swoim komunikacie Komisja wyraziła pogląd, że „[…] stosowanie podwójnej procedury (pierwszej w celu wybrania partnera prywatnego do ZPPP i drugiej w celu przydziału zamówienia publicznego lub koncesji podmiotowi z kapitałem mieszanym) byłoby niepraktyczne[…]".

84. Jakkolwiek każda regulacja prawna w logiczny sposób aspiruje do stosowania pragmatycznego podejścia, to jednak nie powinno ono stanowić wyłącznego fundamentu rozumowania prawnego. Z tym zastrzeżeniem, podzielam opinię Komisji, którą można uzupełnić badaniami dotyczącymi wymogów, jakie Wspólnota nakłada na zamówienia publiczne i na koncesje, które to wymogi, w drodze przenikania, tworzą panoramę, na tle której rozwijają się PPPP.

85. Wprowadzenie podwójnej procedury przetargowej nieprawidłowo kojarzy się z oszczędnością proceduralną, która inspiruje procedurę pojedynczą, w której utworzenie podmiotu jest połączone, w tym samym akcie przyjmowanym przez dany organ, z wyborem prywatnego partnera oraz udzieleniem zamówienia publicznego lub przyznaniem koncesji podmiotowi o kapitale mieszanym.

86. W dosłownym znaczeniu, skuteczności nie powinno się przeciwstawiać zasadzie legalizmu, gdyż skuteczność rozwija się pod skrzydłami legalizmu, a co za tym idzie, można tylko głosić niezgodność z prawem nieskutecznego zarządzania.

87. W przypadku gdy przestrzegane są odpowiednie wymogi [57], ZPPP powinny się przekształcić w wiarygodne wskaźniki wyważenia interesów, oparte na przesłankach racjonalnego działania, motywacji, koordynacji i ekonomii, stymulujące administrację odpowiedzialną za zapewnienie dobrobytu ogółu, w czasach gdy administracja odsuwa się od

56 — Tak twierdzi Konferencja Syndyków i Prezydenta Prowincji, jak również gmina Vittoria.

57 — Wymogi, które wynikają z prawa do dobrej administracji, które Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej proklamuje w art. 41 tytułu V, poświęconego obywatelstwu. Odnoszę się do tego przepisu w kontekście prawa do bycia wysłuchanym, w mojej opinii z dnia 27 listopada 2007 r., częściowo uwzględnionej w wyroku Trybunału z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP, Zb.Orz. s. I-3565.

pełnienia roli wyłącznie „pasa transmisyjnego” [58] przepisów prawa.

88. Jeden z kluczowych aspektów polega na tym, by przedsiębiorstwo, które staje się udziałowcem nowego podmiotu, działało w praktyce jak podmiot realizujący zamówienie lub koncesjonariusz, przyjmując na siebie ciężar świadczenia usługi. Nie należy tego ukrywać, gdyż jednym z kryteriów wyboru takiego partnera, oprócz jego biurokratycznego wkładu w zarządzanie spółką handlową, jest jego zdolność do świadczenia określonej usługi [59].

89. W ten sposób wybór podmiotu realizującego zamówienie lub koncesjonariusza jest przeprowadzany pośrednio poprzez wyłonienie partnera przemysłowego, jako że jego działalność pełni bardzo ważną rolę. Precyzyjne określenie ram tej działalności pozwoliłoby na uniknięcie zjawiska manipulowania ZPPP celem uniknięcia przyszłych postępowań przetargowych.

90. Te okoliczności łączą się z podstawą istnienia przedmiotowej ZPPP, której przedmiotem działalności jest zintegrowana usługa wodna, zgodnie z tym, co zostało wskazane w pytaniu prejudycjalnym przez odniesienie do „wyłącznego celu działalności”.

91. Ponadto cel, dla którego ZPPP zostało powołane, musi pozostać niezmieniony przez cały okres, w którym spółka wykonuje swoje zadania [60], aczkolwiek nic nie stoi na przeszkodzie temu, by dostosować jej funkcjonowanie do postępu w danej dziedzinie lub do przenikliwości udziałowca prywatnego, pod warunkiem, że nie ulegną zmianie podstawowe warunki [61] przetargu publicznego [62].

92. Stwierdzenia poczynione przez Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia wydają się uwzględniać ten kluczowy aspekt sprawy, zważywszy, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia wskazywała, że udzielenie zamówienia na roboty budowlane [63], których nie będzie wykonywał bezpośrednio udziałowiec prywatny, będą poddane „wymogom postępowania przetargu publicznego ustanowionym przez przepisy prawa”.

93. Jednakże w uwagach przedstawionych przez Republikę Włoską (ust. 8) podkreślono, że — na podstawie jus variandi — klauzula umieszczona w treści tej specyfikacji pozwala przewidzieć możliwą ofertę publiczną

58 — „Transmission belt” wyrażenie pochodzące z klasycznego już dzieła R.B. Stewarta „The reformation of American Administrative Law”, Harvard Law Review, Vol. 88, nr 8, 1975, s. 1675.

59 — Biorąc pod uwagę, że w drodze jednego aktu należy uwzględnić wszystkie przeciwstawne kryteria, osłabieniu ulega twierdzenie gminy Vittoria dotyczące tego, że przetarg, którego przedmiotem jest wybór partnera nie może być nadrzędny wobec udzielenia zamówienia na usługi, wobec różnic w ich przedmiocie i w ich celu.

60 — Znacząca kwestia w niniejszym postępowaniu, skoro okres, przez który spółka ma funkcjonować został wyznaczony na 30 lat.

61 — Zgodnie z treścią wyroku Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie (C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, Zb.Orz. s. I-03801, pkt 116, istotny charakter warunku przejawia się w tym, że gdyby był objęty treścią ogłoszenia o przetargu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pozwoliłby na złożenie przez uczestników przetargu różniących się przedmiotowo ofert.

62 — Bez uszczerbku dla wyjątków ustanowionych w art. 31 i 61 dyrektywy 2004/18 oraz w art. 40 ust. 3 lit. f) i g) dyrektywy 2004/17/WE, jakakolwiek modyfikacja istotnych warunków zamówienia, która nie została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego, jak to wskazuje wyrok Trybunału z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 50.

63 — Początkowo, roboty budowlane wskazane w trzyletnim planie operacyjnym zatwierdzonym przez Zgromadzenie Syndyków na zgromadzeniu w dniu 15 grudnia 2003 r.

w stosunku do części kapitału, która znajduje się w rękach akcjonariuszy publicznych.

94. Z punktu widzenia kontraktowego należy umożliwić dokonywanie pewnych zmian w trakcie fazy wykonywania kontraktu, jeżeli nie mają one charakteru istotnych, jednak ze względu na wymóg przejrzystości i aby nie zniekształcić wykonywania zamówienia, wymagane jest wyraźne upoważnienie w tym zakresie [64].

95. Niezależnie od tego, że wskazana powyżej oferta publicznego nabycia akcji zmieniłaby jednolity charakter warunków zamówienia, rząd włoski zauważył w swoich uwagach, że dokonanie takiej zmiany w kapitale spółki spowodowałoby likwidację tego podmiotu, jako, że jego statut przewiduje, że „większościowym akcjonariuszem będzie organ publiczny", co nie tylko spowodowałoby, że spółka znajdzie się w niezgodnej z prawem sytuacji, lecz doprowadzić musiałoby do ustania jej bytu prawnego. Niemniej jednak, występujący na rozprawie avvocato di Stato zmienił to kategoryczne stanowisko, odnosząc się do „innych alternatywnych form sprawowania kontroli", nieopartych na posiadaniu kapitału spółki. Zgadzam się z tym stwierdzeniem, pod warunkiem, że większy udział prywatny w kapitale nie zniekształci przeważającego elementu publicznego w spółce, wynikającego z większościowego posiadania jej funduszy lub przynajmniej z faktu wywierania decydującego wpływu na podejmowanie strategicznych decyzji dotyczących działalności związanej z gospodarką wodną [65].

64 — Wyżej wskazany wyrok Trybunału w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA.

65 — W każdym wypadku, nie można pominąć faktu, że statut spółki o kapitale mieszanym dotyczy „większościowego publicznego udziału w kapitale spółki", w związku z czym, nawet jeśli bardzo chciałoby się ocalić dalszy byt spółki, w przypadku gdy udział publiczny spada poniżej 50%, to jednak w tym przypadku nie byłby spełniony jeden z podstawowych warunków dla powstania takiego podmiotu.

2. Spółka o kapitale mieszanym a świadczenie usług „in-house" przez spółkę „wewnętrzną": dwie przeciwstawne koncepcje

96. W większości z przedstawionych w niniejszym postępowaniu uwag pisemnych pojawiają się założenia działania za pomocą wewnętrznych środków instrumentalnych, aczkolwiek w dalszej kolejności te stanowiska się różnią, gdyż niektórzy uczestnicy odnoszą się do tego rodzaju zamówień, wywodząc, że nie są one objęte proponowanym „Servizio Indirico Integrato", inni zaś powołują się na nie aby podkreślić różnice między nimi a ZPPP.

97. W mojej opinii przetarg nie jest konieczny w przypadku świadczenia usług „in house", lecz również w odniesieniu do ZPPP, które, spełniając wymogi przejrzystości, zapewniają zasady równego traktowania i niedyskryminacji.

98. Z orzecznictwa wynika, że stosowanie reguł ustanowionych w art. 12, 43 i 49 WE, jak również zasad ogólnych, których szczególny wyraz stanowią owe reguły, jest wykluczone, w przypadku gdy kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez zamawiający organ publiczny jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, pod warunkiem, że podmiot ten wykonuje zasadniczą część swej działalności wspólnie z organem, który go kontroluje [66].

66 — Wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 50; z dnia 13 października 2005 r. w ww. sprawie Parking Brixen, pkt 62; oraz z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant S.A., Zb.Orz. s. I-8457, pkt 26.

99. Zarządzanie usługami sprawowane przez spółkę, w której kapitale dokonały wkładu podmioty inne niż organy administracji, z definicji znajduje się poza zakresem pojęcia stosunków wewnętrznych „in-house", gdyż udział przedsiębiorstwa prywatnego pozbawia organ władzy publicznej kontroli „analogicznej" [67].

100. Niemniej jednak, będąc świadomym kazuistyki, która otacza kwestię progów procentowych, umożliwiających sprawowanie kontroli, użyteczne wydaje się ustalenie przez Trybunał bardziej jednoznacznego stanowiska w tym zakresie.

101. Z jednej strony, z niektórych orzeczeń wynika, że okoliczność, że zamawiający organ publiczny posiada całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wskazuje raczej i co do zasady na to, że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami [68].

102. A contrario sensu, udział partnera prywatnego wyłącza doktrynę środków wewnętrznych, co wynika z treści ww. wyroków w sprawie Stadt Halle oraz Coname, w świetle których nawet mniejszościowy udział udziałowca prywatnego uniemożliwia sprawowanie takiej kontroli przez organ publiczny.

103. Z drugiej strony, to orzecznictwo staje się mniej czytelne w momencie gdy Trybunał, odwołując się do wyroku w sprawie Asemfo, wywodzi, że „w pewnych okolicznościach przesłanka dotycząca kontroli sprawowanej przez organy publiczne mogła zostać spełniona, w przypadku gdy organy te posiadały jedynie 0,25% kapitału przedsiębiorstwa publicznego" [69].

104. Jako że w modelu współpracy proponowanym przez Zgromadzenie burmistrzów i prezydenta prowincji jak również gminę Ragusa, udziałowiec prywatny miał objąć 49% kapitału zakładowego nowo utworzonej spółki [70], nie można uznać przy tak wysokim poziomie udziału, że występuje wewnętrzne powierzenie usług „in-house", gdyż wymagałoby to ustalenia przed sądem krajowym, że udziałowiec publiczny wywiera taki wpływ na spółkę, że eliminuje swobodną wolę udziałowca prywatnego w podejmowaniu decyzji strategicznych dotyczących spółki [71].

3. Dokonanie dekompozycji prawnej

105. Skoro odrzucony zostaje instrumentalny charakter tej hybrydowej spółki, pozostaje rozstrzygnąć czy źródło jej powstania zezwala, czy też nie pozwala, na przeprowadzenie przetargu publicznego na dostawę usług gospodarki wodnej.

67 — Jak wynika z wyroków Trybunału: z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 49; i z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287), pkt 26.

68 — Wyroki: z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo, Zb.Orz. s. I-4137, pkt 37; oraz z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 57.

69 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Coditel, pkt 53, który odwołuje się do pkt 56–61 wyroku w sprawie Asemfo, z których jednakże nie wynika taki udział procentowy.

70 — Ustęp II. 7 uwag pisemnych Acoset i ust. 5 uwag przedstawionych przez rząd włoski.

71 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Parking Brixen i Carbotermo.

106. Bez zamiaru dokonania destabilizacji prawnego pojęcia „zinstytucjonalizowanego partnerstwa publiczno-prywatnego”, uważam, że indywidualnej analizie należy poddać jego poszczególne elementy.

107. Nie ma przeszkód, aby publiczne jednostki terytorialne utworzyły osobę prawną i wykonały związane z tym zadania polegające na redakcji jej statutu, objęcia jej kapitału zakładowego i związania się z partnerem według swojego uznania.

108. Niczego nie można również zarzucić procedurze ogłoszenia oferty mającej na celu wprowadzenie do spółki podmiotów prywatnych gotowych do przekazania spółce zasobów gospodarczych wspierających prowadzenie przez nią działalności.

109. Całkowity brak przeprowadzenia przetargu na zamówienie usług wydaje się być trudny do pogodzenia z treścią art. 43 WE, 49 WE, jak również z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, co stawia w negatywnym świetle „Servizio Idrico Integrato”. Jednakże kryteria przyjęte co do wyboru udziałowca prywatnego mogą stanowić antidotum wobec takiej sytuacji.

110. Kandydaci powinni wykazać się zdolnością osobową i finansową do wstąpienia do spółki w charakterze udziałowca, lecz możliwości techniczne oraz posiadanie przewagi ekonomicznej i innego rodzaju zalet wynikających z przedstawionej przez kandydatów oferty powinno stanowić kluczowy element oceny.

111. Rzeczywiście, Komunikat w sprawie ZPPP wskazuje, że „fakt współpracy podmiotu prywatnego i podmiotu zamawiającego w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym nie może uzasadniać nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych i koncesji podczas udzielania zamówień publicznych lub koncesji temu podmiotowi prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym”.

112. Co za tym idzie, wyznacznikiem materialnej zgodności z prawem ZPPP jest jej przeprowadzenie uczciwego i odpowiednio upublicznionego postępowania, tak aby wszyscy oferenci, rzeczywiści jak i potencjalni mieli dostęp do odpowiedniego zakresu informacji dotyczących zamiaru po stronie instytucji zamawiającej utworzenia spółki o kapitale mieszanym, której udzielone zostanie zamówienie publiczne lub przyznana koncesja.

113. W odniesieniu do zamówień, wymóg dokonania publikacji wynika z treści art. 41 i nast. dyrektywy 2004/17/WE i art. 35, 36 i 58 dyrektywy 2004/18/WE; w odniesieniu zaś do koncesji na usługi publicznej, orzecznictwo [72] wprowadziło ten wymóg, aby zachować

72 — Wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Teleaustria y Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60, 62; oraz ww. sprawa Coname, pkt 16–19.

zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową [73].

114. Trybunał stwierdził, że art. 43 WE, 49 WE odzwierciedlają zasadę równego traktowania [74] i niedyskryminacji [75].

115. W odniesieniu do zasad konkurencji, w mojej opinii przedstawionej w sprawie Ing. Aigner wzywam do zmiany krótkowzrocznego podejścia tych, którzy twierdzą, że wspólnotowe prawo zamówień publicznych ma ograniczony cel koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Jednak ten cel jest jedynie narzędziem służącym realizacji celu wyższego rzędu: rozwoju obiektywnej konkurencji w tej dziedzinie w obszarach urzeczywistniania podstawowych swobód w integracji europejskiej [76].

116. Jakkolwiek to stanowisko odnosi się do zamówień publicznych, to w odniesieniu do koncesji na usługi publiczne [77] również należy unikać zakłócenia konkurencji, gdyż te dwa obszary objęte są tymi samymi zasadami traktatowymi, mimo, że obfity zbiór krajowych koncepcji dotyczących „koncesji", „usług użyteczności publicznej", „praw szczególnych" i „praw wyłącznych" przyćmiewa nieco ich związek z art. 81, 82 i 86 WE [78].

4. Ocena

117. Udzielenie odpowiedzi twierdzącej na przedstawione pytanie prejudycjalne wydaje się nieuniknione, mając na względzie elementarne kryterium skutecznego zarządzania

73 — Poszczególni oferenci powinni korzystać z takich samych możliwości, niezależnie od ich przynależności państwowej, jak wynika z wyroku Trybunału z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94, Komisja przeciwko Belgii C-87/94, Rec. s. I-2043, pkt 33, 54.

74 — Wyrok z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 4035, pkt 8.

75 — Wyrok z dnia 8 października 1980 r. w sprawie 810/79 Überschär, Rec. s. 2747, pkt 16.

76 — Jak wynika z treści motywu 2 dyrektywy 2004/18 i motywu 9 dyrektywy 2004/17, jak również z wyroków Trybunału m.in.: z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88 Fratelli Costanzo, Rec. s. 1839, pkt 18 in fine; z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie BFI Holding, pkt 41; z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 16; oraz z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-939, pkt 41; ww. spraw Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 44; oraz ww. sprawy Carbotermo, pkt 58.

77 — S. Muñoz Machado, w „Servicio público y mercado. Los fundamentos", vol. I, Ed. Civitas, Madryt, 1998, s. 40, uspokaja odbiorców, wskazując, że Europa nie potępia usług publicznych, lecz jedynie chce poddać je warunkom konkurencji, co stanowi jedynie ich nowe ukształtowanie, a nie likwidację.

78 — Ten aspekt podsumowuje w sposób syntetyczny U. Neergaard, w „The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional Law", *The new EU public procurement Directives,* Ruth Nielsen & Steen Treumer (wyd), Djøf Publishing, 2005, s. 149–181.

administracyjnego, pod warunkiem, że zachowane będą zasady wynikające z prawa wspólnotowego.

118. Podstawowe swobody ustanowione w traktacie wymagają, aby przetarg publiczny, którego przedmiotom jest wybór prywatnego udziałowca spółki odbywał się z zachowaniem przejrzystości i niedyskryminacji. Bez uszczerbku dla zmian, które nie mają istotnego charakteru, los tej spółki powinien być związany z zarządzaniem tymi usługami, i to tej spółce powinno być formalnie powierzone usługi, zaś operacyjnie powinny być one wykonywane przez przedsiębiorstwo prywatne.

119. Kryteria selekcji udziałowca prywatnego powinny dotyczyć nie tylko wnoszonego przez niego kapitału, lecz także obejmować jego doświadczenie i charakterystykę przedstawionej przez niego oferty w odniesieniu do usług, które mają być przedmiotem świadczenia.

120. Sycylijski sąd powinien ocenić, czy ogłoszenie opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* jest wystarczające z punktu widzenia zachowania konkurencji i swobody świadczenia usług i przedsiębiorczości, jak również interesów potencjalnych oferentów.

121. Ponadto aby uniknąć sytuacji, gdy udziałowiec prywatny jest w nienależny sposób uprzywilejowany w stosunku do swoich konkurentów [79], sąd krajowy powinien zbadać, czy jego wybór został przeprowadzony zgodnie z zasadami wynikającymi z dyrektyw 2004/17 i 2004/18 w odniesieniu do udzielenia zamówienia, w każdym wypadku gdy pod płaszczykiem ZPPP ukryte są warunki zamówienia na usługi lub koncesji na roboty budowlane.

122. Aby dokonać właściwego rozstrzygnięcia, sąd krajowy powinien wyjaśnić, czy ZPPP w Ragusie udzielone ma zostać zamówienie publiczne czy też koncesja i czy dotyczą one robót budowlanych czy też usługi publicznej, w ten sposób ustalając, jakie przepisy znajdą zastosowanie i jakie będą wymogi w zakresie udzielenia zamówienia i publikacji.

79 — W tym zakresie użytecznych wskazówek dostarcza Komunikat, postulując aby w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji zamówienia były zawarte podstawowe informacji na temat zamówienia publicznego lub koncesji, które ma zostać udzielone nowo utworzonemu podmiotowi o kapitale mieszanym jak również informacje dotyczące statutu tego podmiotu. Konieczne jest również udzielenie informacji dotyczących umów zawieranych między akcjonariuszami, stosunku umownego między instytucją zamawiającą a partnerem prywatnym z jednej strony oraz stosunku między instytucją zamawiającą a podmiotem z kapitałem mieszanym z drugiej strony, nie pomijając również możliwości odnowienia lub zmiany zamówienia publicznego lub zmiany czy też możliwego zlecenia nowych zadań.

VII — Wnioski

123. Mając na uwadze powyższe, proponuję aby Trybunał udzielił na pytanie przedłożone przez Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia następującej odpowiedzi:

„Artykuły 43, 49 i 86 traktatu, dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu powierzeniu usługi publicznej wymagającej uprzedniego wykonania robót budowlanych spółce o kapitale mieszanym ustanowionej specjalnie w tym celu, pod warunkiem, że zachodzą następujące okoliczności:

— spółka utrzyma wyłącznie ten przedmiot działalności przez cały okres jej trwania;

— udziałowiec prywatny zostanie wyłoniony w trybie przetargu publicznego, po sprawdzeniu wymogów finansowych, technicznych, operacyjnych i zarządczych oraz szczególnych cech składanej przez niego oferty w odniesieniu do usługi, która ma być świadczona;

— udziałowcowi prywatnemu, jako partnerowi o charakterze przemysłowym, zostanie powierzone świadczenie usług i wykonanie robót budowlanych; oraz

— postępowanie przetargowe będzie zgodne z zasadami wolnej konkurencji i z poszanowaniem zasady równego traktowania wymaganej przez prawo wspólnotowe w odniesieniu do koncesji, i — w razie potrzeby — z regułami dotyczącymi publikacji i udzielania zamówień publicznych".