

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 10 września 2009 r. \*

W sprawie C-573/07

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 11 października 2007 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 28 grudnia 2007 r., w postępowaniu:

**Sea Srl**

przeciwko

**Comune di Ponte Nossa,**

przy uczestnictwie

**Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA,**

\* Język postępowania: włoski.

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, A. Ó Caoimh, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca),  
J. Klučka i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,  
sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 1 kwietnia  
2009 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Sea Srl przez L. Nola, avvocatessa,

— w imieniu Comune di Ponte Nossa przez A. Di Lasciego oraz S. Monzaniego,  
avvocati,

— w imieniu Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA przez M. Mazzarellego oraz  
S. Sonzogniego, avvocati,

— w imieniu rządu włoskiego przez R. Adama, a następnie przez I. Bruni, działających  
w charakterze pełnomocników, wspieranych przez G. Fienga, avvocato dello Stato,

- w imieniu rządu czeskiego przez M. Smolka, działającego w charakterze pełnomocnika,
  
- w imieniu rządu niderlandzkiego przez C. Wissels oraz C. ten Dama, działających w charakterze pełnomocników,
  
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
  
- w imieniu rządu polskiego przez A. Ratajczaka, działającego w charakterze pełnomocnika,
  
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez M. Konstantinidisa oraz C. Zadrę, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

## Wyrok

<sup>1</sup> Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 12 WE, 43 WE, 45 WE, 46 WE, 49 WE i 86 WE.

- 2 Wniosek ten wydano w ramach sporu pomiędzy Sea Srl (zwaną dalej „Sea”) a Comune di Ponte Nossa (gminą Ponte Nossa) w przedmiocie udzielenia przez tę ostatnią zamówienia na usługi zbiórki, transportu i unieszkodliwiania odpadów miejskich spółce Servizi Tecnologici Comuni — Se.T.Co. SpA (zwanej dalej „Setco”).

## Ramy prawne

### *Uregulowania wspólnotowe*

- 3 Artykuł 1 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 (Dz.U. L 134, s. 114), stanowi:

„[...]

2. a) »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.

[...]

- d) »Zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II.

[...]

4. »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”.

4 W świetle art. 20 tej dyrektywy:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku IIA, udziela się zgodnie z przepisami art. 23–55”.

5 Artykuł 28 rzeczonyj dyrektywy stanowi, że zamówienia są udzielane, z zastrzeżeniem wyjątków, przy zastosowaniu procedury otwartej lub ograniczonej.

6 W świetle art. 80 dyrektywy 2004/18 państwa członkowskie muszą wprowadzić w życie najpóźniej do dnia 31 stycznia 2006 r. przepisy niezbędne do zastosowania się do tej dyrektywy.

- 7 Załącznik IIA do tej dyrektywy zawiera kategorię 16 obejmującą „usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne”.

*Uregulowania krajowe i ramy statutowe*

- 8 Artykuł 2341a włoskiego kodeksu cywilnego stanowi:

„Umowy, niezależnie od ich formy, zmierzające do stabilizacji sytuacji majątkowej lub zarządu spółki:

- a) które mają za cel wykonywanie prawa głosu w spółce akcyjnej lub w jej spółkach matkach;
- b) ograniczają przeniesienie akcji lub udziałów w spółkach matkach;
- c) które mają na celu lub jako skutek wywieranie, w tym łącznie, przeważającego wpływu na te spółki, nie mogą być zawierane na okres dłuższy niż pięć lat i są uważane za zawarte na ten czas, nawet jeśli strony przewidziały dłuższy czas ich trwania; umowy podlegają przedłużeniu na kolejny okres w terminie ich wygaśnięcia.

Jeśli czas trwania umowy nie został określony, każda ze stron może odstąpić od umowy ze 180-dniowym terminem wypowiedzenia.

Postanowienia niniejszego artykułu nie mają zastosowania do czynności polegających na porozumieniach o współpracy produkcyjnej lub wymianie towarów i usług dotyczących spółek będących w całości własnością stron porozumienia”.

9 Artykuł 2355a kodeksu cywilnego stanowi:

„Gdy akcje są imienne lub nie zostały emitowane, statut może uzależnić ich przeniesienie od spełnienia szczególnych przesłanek, może również zabronić przeniesienia, na okres nieprzekraczający pięciu lat od utworzenia spółki lub wprowadzenia tego zakazu.

Przepisy statutu, które uzależniają przeniesienie akcji wyłącznie od zezwolenia organów spółki lub innych spółek, są nieważne, jeśli nie przewidują po stronie spółki lub innych wspólników obowiązku odkupu lub nie przyznają prawa odstąpienia na rzecz zbywcy; przepisy art. 2357 podlegają stosowaniu. Cena sprzedaży lub dywidendy likwidacyjne są ustalane zgodnie z trybem i w zakresie wskazanym w art. 2437b.

Przepisy poprzedniego akapitu mają zastosowanie we wszystkich przypadkach, gdy przeniesienie akcji w następstwie śmierci jest poddane szczególnym warunkom, chyba że udzielono wymaganego zezwolenia.

Ograniczenia przenoszenia akcji muszą wynikać z samego tytułu”.

- 10 Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (dekret ustawodawczy nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustaw w sprawie organizacji jednostek samorządu terytorialnego (dodatek zwyczajny do GURI nr 227 z dnia 28 września 2000 r.), zmieniony przez decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici (dekret z mocą ustawy nr 269 z dnia 30 września 2003 r. w sprawie przepisów o charakterze doraźnym przyjętych w celu wspierania rozwoju i skorygowania funkcjonowania finansów publicznych) (dodatek zwyczajny do GURI nr 229 z dnia 2 października 2003 r.), przekształcony po zmianach w ustawę, ustawą nr 326 z dnia 24 listopada 2003 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 274 z dnia 25 listopada 2003 r., zwany dalej „dekretem ustawodawczym nr 267/2000”), w art. 113 ust. 5 stanowi, co następuje:

„Świadczenie usług ma miejsce zgodnie z uregulowaniami sektorowymi i z poszanowaniem prawa Unii Europejskiej, przy czym zamówienie publiczne jest udzielane:

- a) spółkom kapitałowym wyłonionym w drodze przetargu;
- 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;
- 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 sprawują nad nią kontrolę”.



11 W świetle art. 1 ust. 3 statutu Setco:

„Ze względu na charakter spółki uczestniczyć w niej mogą jednostki samorządu terytorialnego określone w art. 2 ust. 1 ustawy nr 267/2000, jak również inne jednostki administracji publicznej i przedsiębiorstwa publiczne posiadające osobowość prawną, których działalność i doświadczenie umożliwiają całkowite osiągnięcie celów spółki”.

12 W świetle art. 1 ust. 4 rzeczzonego statutu:

„Akcji nie mogą posiadać podmioty prywatne i różne inne jednostki, a w każdym razie podmioty, których chociażby mniejszościowy udział pod względem jakościowym i/lub ilościowym może wpływać na mechanizmy »analogicznej kontroli« (tak jak zdefiniowano je w dalszych przepisach i w przepisach wspólnotowych oraz krajowych) lub mechanizmy zarządzania, które są niezgodne z obowiązującymi normami”.

13 Artykuł 3 statutu Setco stanowi:

„1. Celem spółki jest zarządzanie lokalnymi usługami publicznymi i lokalnymi usługami publicznymi o charakterze międzygminnym, dotyczącymi wyłącznie jednostek samorządu terytorialnego powierzających te usługi na podstawie art. 113 i nast. dekretu ustawodawczego nr 267/2000 [...], w tym w drodze zawarcia umowy pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego.

[...]

3. Usługi i roboty wskazane powyżej:

— mogą być wykonywane również na rzecz osób prywatnych, gdy nie jest to sprzeczne z celami spółki lub przyczynia się do ich lepszej realizacji;

[...]”.

<sup>14</sup> Artykuł 6 ust. 4 rzeczzonego statutu stanowi:

„Spółka może wspierać akcjonariat na poziomie lokalnym (obywateli lub przedsiębiorców) lub [akcjonariat] pracowniczy; może też emitować akcje uprzywilejowane [...]”.

<sup>15</sup> Artykuł 8a rzeczzonego statutu stanowi:

„1. Zamówienia na wykonanie publicznych usług lokalnych spółce mogą być przyznane bezpośrednio, przy poszanowaniu obowiązujących przepisów krajowych i wspólnotowych, przez wspólników reprezentujących jednostki samorządu terytorialnego (»wspólników powierzających wykonanie zamówienia«) odpowiednio w odniesieniu do wszystkich lub niektórych sektorów określonych w art. 8 odpowiadającym następującym działom: dział nr 1: odpady; dział nr 2: woda; dział nr 3: gaz; dział nr 4: turystyka; dział nr 5: energia; dział nr 6: usługi użyteczności publicznej.

2. Spółka wykonuje usługi na zasadzie wyłączności na rzecz wspólników powierzających wykonanie zamówienia w każdym razie w granicach obszaru podlegającego kompetencji wskazanych jednostek administracyjnych.

3. Wspólnicy wykonują wspólnie i/lub oddzielnie najszersze uprawnienia kierownicze, koordynacyjne i nadzorcze nad organami spółki i innymi władzami spółki, w szczególności: mogą zwoływać organy spółki w celu wyjaśnienia sposobu, w jaki wykonywane są publiczne usługi lokalne, mogą żądać okresowo a przynajmniej dwa razy do roku sprawozdania z zarządzania usługami i przebiegu procesu finansowego; wykonują kontrolę zarządzania zgodnie z zasadami określonymi w regulaminach wewnętrznych jednostek administracyjnych powierzających wykonanie zamówienia; wyrażają uprzednią zgodę, która jest niezbędnym warunkiem każdej zmiany statutu wpływającej na zarządzanie publicznymi usługami lokalnymi.

4. Poszczególne działy określają stosowanie mechanizmów analogicznej, wspólnej i zróżnicowanej kontroli zgodnie z zasadami przewidzianymi w niniejszym akcie i odpowiednich umowach o świadczenie usług.

5. Wspólnicy powierzający wykonanie zamówienia wykonują swoje uprawnienia w odniesieniu do wszystkich działów, którym zdecydowali się przyznać bezpośrednio wykonanie usług. W celu skutecznego zarządzania wspomnianymi usługami organy spółki i pracownicy spółki są także odpowiedzialni za działalność przed organami określonymi w niniejszym akcie.

6. Kontrola przez wspólników powierzających wykonanie zamówienia jest nie tylko wykonywana za pośrednictwem uprawnień związanych ze statusem akcjonariusza spółki określonych w prawie spółek, ale także przez: połączony komitet kierowniczy kontroli administracyjnej (zwany dalej »połączonym komitetem»); komitet technicznej kontroli każdego działu (zwany dalej »komitetem technicznym»).

7. Wspólnicy niepowierający wykonania zamówienia mogą uczestniczyć bez prawa głosu w spotkaniach połączonego komitetu [...] i komitetu technicznego [...] każdego działu. Bezwzględna większość członków wspomnianych komitetów może wykluczyć z udziału w pojedynczych spotkaniach lub w części spotkania wspólników niepowierających wykonania zamówienia, wówczas podają one uzasadnienie w protokole każdego spotkania”.

16 Artykuł 8b statutu spółki Setco ma następujące brzmienie:

„1. Połączony komitet [...] tworzą: po jednym przedstawicielu każdego wspólnika powierzającego wykonanie zamówienia będącym albo przedstawicielem prawnym jednostki, albo zastępcą członka zarządu jednostki samorządu terytorialnego, albo zastępcą urzędującego członka rady pro tempore; po jednym urzędniku mającym za zadanie wsparcie i sporządzenie protokołu bez prawa głosu, powołanym wspólnie przez wspólników powierzających wykonanie zamówienia podczas pierwszego spotkania spośród sekretarzy, dyrektorów generalnych lub dyrektorów (lub kierowników działów tam, gdzie nie ma personelu zarządzającego), zatrudnionym w przynajmniej jednej jednostce powierzającej wykonanie zamówienia.

2. Połączony komitet ma funkcje doradcze, kierownicze i decyzyjne dla celów analogicznej kontroli, a w szczególności: a) wykonuje w stosunku do organów i władz spółki kompetencje i prerogatywy rady, zarządu gminy i burmistrza/prezydenta, jakie mają oni w zakresie kontroli podlegających im urzędów i służb; kontrola ta odnosi się do wszystkich aspektów organizacji i funkcjonowania służb, których dotyczy zamówienie; b) udziela wytycznych podkomitetom w celu skoordynowanego i jednolitego zarządzania usługami a także w dziedzinach i aspektach angażujących kilka działów; c) powołuje przedstawicieli jednostek samorządu terytorialnego do rady administracyjnej spółki; d) powołuje prezesa rady administracyjnej i rady nadzorczej i może odwołać go w przypadkach wskazanych w niniejszym statucie; e) udziela wytycznych w zakresie nominacji zastępców członków rady administracyjnej i dyrektora generalnego spółki; f) przygotowuje propozycję projektu budżetu na kolejne lata, rocznego budżetu a także bilansu spółki; g) wysłuchuje najwyższych przedstawicieli kadry zarządzającej, a przynajmniej raz na rok prezesa i/lub dyrektora generalnego; h) uzyskuje okresowe sprawozdania z przebiegu wykonania lokalnych usług publicznych od najwyższych organów spółki przynajmniej raz na semestr; i) może delegować niektóre zadania na jeden lub więcej komitetów technicznych w zróżnic-

wany sposób w zależności od specyfiki odpowiednich kompetencji; l) przygotowuje uprzednią opinię na temat działań członków rady administracyjnej, które są zatwierdzane przez zgromadzenie akcjonariuszy w przypadkach przewidzianych w niniejszym statucie.

3. Zwyczajne zebrania połączonego komitetu odbywają się przynajmniej raz na rok, a nadzwyczajne spotkania na wniosek: a) jednego ze współników powierzających wykonanie zamówienia; b) przedstawiciela prawnego spółki”.

17 W świetle art. 8c rzeczonego statutu:

„1. Ustanawia się komitet techniczny [...] dla każdego z następujących działów: dział nr 1: odpady; dział nr 2: woda; dział nr 3: gaz; dział nr 4: turystyka; dział nr 5: energia; dział nr 6: usługi użyteczności publicznej.

2. Komitet techniczny [...] tworzą: po jednym przedstawicielu każdego upoważnionego współnika powołanym spośród sekretarzy, dyrektorów (lub kierowników działów pozbawionych personelu kierowniczego, z kwalifikacjami kierowniczymi) zatrudnionym w przynajmniej jednej jednostce powierzającej wykonanie zamówienia. [...]

3. Ten sam podmiot może wchodzić w skład wielu działów.

4. Komitet techniczny w szczególności wykonuje: a) w stosunku do innych organów i władz spółki kompetencje i prerogatywy właściwe technicznym organom administracji w odniesieniu do ich urzędów; kontrola ta dotyczy wszystkich aspektów

organizacji i funkcjonowania usług będących przedmiotem zamówienia w granicach kompetencji działu i przy poszanowaniu wytycznych komitetu technicznego; b) wspiera jednolity komitet w podejmowaniu decyzji dotyczących nierozzerwalnie organizacji i funkcjonowania służb będących w ramach kompetencji działu; c) wykonuje zadania przekazane przez jednolity komitet; d) koordynuje systemy kontroli zarządzania spółki; e) proponuje jednolitemu komitetowi lub organom spółki wydanie aktów niezbędnych do koordynacji działań spółki z celami jednostek administracyjnych powierzających wykonanie zlecenia, jak wynika z wykonawczego planu zarządzania i planu celów; f) udziela technicznego wsparcia w administracji działalnością spółki zgodnie z zasadami określonymi przez regulaminy upoważnionych jednostek i/lub zgodnie z ustaleniami dotyczącymi stosunków pomiędzy nimi; g) sygnalizuje ewentualne nieprawidłowości w zarządzaniu usługami i proponuje modyfikacje do uregulowań gminnych i innych aktów regulujących publiczne usługi lokalne”.

18 Artykuł 14 tegoż statutu stanowi:

„1. Bez uszczerbku dla uprawnień organów kontroli analogicznej, łącznej i zróżnicowanej, o których mowa w art. 8a, 8b i 8c, walne zgromadzenie decyduje o wszystkich kwestiach przewidzianych prawem i niniejszym statutem, z uwzględnieniem dyrektyw, wytycznych i ewentualnych instrukcji wydanych przez rzeczono organy w zakresie organizacji i zarządzania usługami publicznymi powierzonymi bezpośrednio spółce.

[...]

3. Procedurze uprzedniego zezwolenia walnego zgromadzenia, z pozytywną opinią połączonego komitetu, o którym mowa w powyższym art. 8c w odniesieniu do stron organizacji i funkcjonowania lokalnych służb publicznych, podlegają następujące czynności zarządu:

- a) programowe planowanie, planowanie wieloletnie i roczne bilanse oraz korygujący bilans do planowanego bilansu tymczasowego;
  
- b) powoływanie spółek kapitałowych mających za przedmiot działalność wspierającą lub uzupełniającą działalność spółki; nabywanie udziałów, w tym mniejszościowych, w takich spółkach i zbywanie ich;
  
- c) uruchamianie nowych usług przewidzianych statutem lub zaprzestanie usług już świadczonych;
  
- d) nabywanie i zbywanie nieruchomości oraz urządzeń, kredytów hipotecznych i inne podobne czynności, jakiegokolwiek rodzaju i natury, związane ze zobowiązaniami finansowymi o wartości przekraczającej 20% majątku netto wynikającego z ostatniego zatwierdzonego bilansu;
  
- e) wytyczne dla określania cenników i cen świadczonych usług, gdy nie są poddane wiążącym normom prawnym lub nie są ustalane przez kompetentne organy lub władze.

[...]

5. Zgromadzenie i połączony komitet mogą udzielić zgody na dokonanie czynności wskazanych w poprzedzających punktach, również z zastrzeżeniem pewnych instrukcji, zobowiązań lub czynności, które będą musieli podjąć zarządzający. W takim przypadku zarządzający wydadzą raport w zakresie przestrzegania instrukcji

w terminie wskazanym w zezwoleniu lub z jego braku w terminie 30 dni od dokonania omawianej czynności.

6. Jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami reprezentującymi przynajmniej dwudziestą część kapitału spółki, oraz każdy akcjonariusz zamawiający, może żądać za pośrednictwem połączonego komitetu, jeśli uważa, że spółka nie wypełniła lub nie wypełnia działań zgodnie z przyznanym zezwoleniem, natychmiastowego zwołania zgromadzenia, zgodnie z art. 2367 ust. 1 kodeksu cywilnego w celu podjęcia środków, które uzna ono za właściwe w świetle interesów spółki.

7. Wykonanie czynności podlegających uprzedniemu zezwoleniu w przypadkach wskazanych w statucie bez złożenia wniosku i bez otrzymania zgody zgromadzenia lub opinii połączonego komitetu oraz niewykonanie czynności zgodnie z udzielonym zezwoleniem mogą stanowić podstawę odwołania zarządzających.

8. Zarząd, który zamierza nie wykonać czynności, na którą zezwoliło zgromadzenie, podejmuje w terminie piętnastu dni od dnia decyzji zgromadzenia, uzasadnioną decyzję doraźną, przekazywaną niezwłocznie będącym akcjonariuszami jednostkom samorządu terytorialnego, a w zakresie dziedzin istotnych dla zarządzania lokalnymi usługami publicznymi, połączonemu komitetowi. Połączony komitet, w zakresie decyzji związanych z organizacją lub zarządzaniem lokalnymi usługami publicznymi, może podjąć, w terminie 30 dni od otrzymania powiadomienia od zarządu, decyzję potwierdzającą jego opinię lub instrukcje. Przyjęty akt będzie obligatoryjny do zarządu.

[...]”.



19 Artykuł 16 rzeczzonego statutu stanowi:

„1. Spółka jest administrowana przez zarząd mający zwyczajne i nadzwyczajne uprawnienia administracyjne, bez uszczerbku dla uprawnień, które na mocy prawa lub statutu:

a) są zastrzeżone dla zgromadzenia,

b) wymagają uprzedniego zezwolenia zgromadzenia,

c) są zastrzeżone dla organów kontroli analogicznej, o których mowa w art. 8a i nast. statutu.

2. Zarząd składa się z 3 (trzech) do 7 (siedmiu) członków, powołanych przez zgromadzenie na wniosek połączonego komitetu, o którym mowa w art. 8b. W każdym razie do akcjonariuszy zamawiających należy bezpośrednie powoływanie, odwoływanie i zmiana liczby zarządzających (w tym prezesa zarządu) proporcjonalnie do udziałów akcjonariuszy, a w każdym razie ich większości.

[...]

6. Zarząd przyjmuje decyzje dotyczące organizacji lub zarządzania lokalnymi usługami publicznymi, podlegającymi bezpośredniemu powierzeniu, z poszanowaniem wytycznych wydanych przez organy kontroli wskazane w art. 8a i nast. niniejszego statutu.

[...]”.

### **Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne**

- 20 Sea, spółka, której udzielono zamówienia w następstwie przetargu na usługi zbiórki, transportu i unieszkodliwiania stałych odpadów miejskich i podobnych na obszarze Comune di Ponte Nossa, świadczyła rzeczony usługi przez okres trzech lat, od dnia 1 stycznia 2004 r. do dnia 31 grudnia 2006 r.
- 21 Setco jest spółką akcyjną stanowiącą własność kilku gmin Val Seriana, której większościowym akcjonariuszem jest Comune di Clusone.
- 22 Decyzją z dnia 16 grudnia 2006 r. Comune di Ponte Nossa postanowiła zostać mniejszościowym współnikiem Setco celem bezpośredniego powierzenia tej spółce omawianych usług z dniem 1 stycznia 2007 r.
- 23 W dniu 23 grudnia 2006 r. gminy będące akcjonariuszami Setco, w tym Comune di Ponte Nossa, zmieniły statut tej spółki celem poddania jej kontroli analogicznej do sprawowanej nad ich własnymi służbami, zgodnie z art. 113 ust. 5 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 267/2000.

- 24 Decyzją z dnia 30 grudnia 2006 r. Comune di Ponte Nossa postanowiła o bezpośrednim powierzeniu usług zbiórki, transportu i unieszkodliwiania stałych odpadów miejskich i podobnych na swym terytorium spółce Setco od dnia 1 stycznia 2007 r., bez przeprowadzenia uprzedniego przetargu.
- 25 W dniu 2 stycznia 2007 r. spółka Sea wniosła skargę do Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionalnego sądu administracyjnego dla Lombardii) przeciwko decyzjom Comune di Ponte Nossa z dnia 16 grudnia i dnia 30 grudnia 2006 r.
- 26 Sea podniosła w szczególności, że powierzając bezpośrednio omawiane usługi spółce Setco, Comune di Ponte Nossa naruszyła art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 oraz art. 43 WE, 49 WE i 86 WE w zakresie, w jakim gmina nie sprawuje nad spółką Setco kontroli analogicznej do wykonywanej nad swymi własnymi służbami, co jest wymagane dla bezpośredniego powierzenia usług przedsiębiorstwu, które stanowi własność instytucji zamawiającej.
- 27 Sąd krajowy uważa, że pewne elementy mogą rodzić wątpliwości co do kwestii, czy Comune di Ponte Nossa sprawuje nad spółką Setco kontrolę analogiczną do wykonywanej nad własnymi służbami tej gminy.
- 28 Po pierwsze, udział osób prywatnych w kapitale spółki Setco, choć obecnie go nie stwierdzono, jest potencjalnie możliwy. Sąd krajowy wskazuje w tym zakresie, że pomimo wyraźnego wyłączenia wspólników prywatnych z kapitału spółki Setco, o którym mowa w art. 1 ust. 4 jej statutu, udział ten wydaje się możliwy na podstawie art. 6 ust. 4 tegoż statutu oraz na podstawie art. 2355a włoskiego kodeksu cywilnego.
- 29 Po drugie, co się tyczy uprawnień do kontroli rzeczywiście wykonywanych przez Comune di Ponte Nossa w odniesieniu do spółki Setco, sąd ten dąży do ustalenia, czy

można tu mówić o kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami gminy wobec okoliczności, że gmina ta posiada jedynie mniejszościowy udział w tej spółce.

- 30 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy przyznanie bezpośrednio zamówienia na wykonanie usług zbiórki, transportu i unieszkodliwiania stałych odpadów miejskich spółce akcyjnej z kapitałem w całości publicznym i statutem uzgodnionym — dla celów art. 113 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 — w sposób przedstawiony w uzasadnieniu, jest zgodne z prawem wspólnotowym a w szczególności ze swobodą przedsiębiorczości lub świadczenia usług, z zakazem dyskryminacji i zobowiązaniami dotyczącymi równego traktowania, przejrzystości i wolnej konkurencji, o których mowa w art. 12 WE, 43 WE, 45 WE, 49 WE i 86 WE?”.

### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

- 31 Na wstępie należy stwierdzić, że przyznanie usługi w zakresie zbiórki, transportu i unieszkodliwiania odpadów miejskich, takie jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, może być objęte, w zależności od cech wynagrodzenia za tę usługę, definicją zamówienia publicznego na usługi lub koncesji na usługi publiczne, w rozumieniu odpowiednio art. 1 ust. 2 lit. d) lub art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18.
- 32 W świetle okoliczności wskazanych w postanowieniu odsyłającym oraz w aktach przekazanych Trybunałowi przez sąd krajowy umowa będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym mogłaby stanowić zamówienie na usługi publiczne w szczególności z tego względu, że umowa zawarta pomiędzy Setco i Comune di Ponte Nossa w zakresie świadczenia omawianych usług przewiduje, że ta ostatnia wypłaci Setco wynagrodzenie za świadczone przezeń usługi.

- 33 Zamówienie takie może być objęte zakresem dyrektywy nr 2004/18 jako zamówienie na usługi wywozu śmieci, należące do kategorii 16 załącznika IIA do tej dyrektywy.
- 34 Postanowienie odsyłające nie zawiera jednak informacji niezbędnych dla ustalenia, czy chodzi o koncesję na usługi, czy zamówienie publiczne na usługi, a w tym ostatnim przypadku, czy wszystkie przesłanki stosowania rzeczzonej dyrektywy są spełnione. W szczególności nie wskazuje ono, czy kwota zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym przekracza próg jego stosowania.
- 35 W każdym razie kwestia, czy sprawa przed sądem krajowym dotyczy koncesji na usługi, czy zamówienia publicznego na usługi, oraz kwestia, czy w tym ostatnim przypadku zamówienie takie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18, nie ma wpływu na odpowiedź, której Trybunał udzieli na pytania.
- 36 Z orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że przetarg nie jest obowiązkowy, nawet gdy współkontrahentem jest jednostka prawnie odrębna od instytucji zamawiającej, w sytuacji gdy jednostka samorządu terytorialnego będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad jej własnymi służbami, pod warunkiem że podmiot ten wykonuje działalność wraz z jednostką samorządu terytorialnego posiadającą w nim udziały w przeważającym zakresie na rzecz tej władzy lub tych jednostek samorządu terytorialnego, które go kontrolują (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 50).
- 37 Orzeczenie to jest istotne zarówno dla wykładni dyrektywy nr 2004/18, jak i art. 12 WE, 43 WE i 49 WE oraz ogólnych zasad, których szczegółowy wyraz stanowią (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 49; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 62).

- 38 Należy przypomnieć, że niezależnie od okoliczności, iż zamówienie publiczne nie jest objęte zakresem stosowania dyrektyw wspólnotowych w danej dziedzinie, zawierające je instytucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania podstawowych reguł traktatu WE (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. s. I-10745, pkt 60; postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 *Vestergaard*, Rec. s. I-9505, pkt 20).
- 39 Co się tyczy udzielania zamówień publicznych na usługi, instytucje zamawiające muszą w szczególności przestrzegać art. 43 WE i 49 WE oraz zasad równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak również wynikającego z nich obowiązku przejrzystości (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 47–49; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 *ANAV*, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 19–21).
- 40 Stosowanie reguł ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak również ogólnych zasad, których szczególny wyraz stanowią owe reguły, jest jednakże wyłączone, w przypadku gdy kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, a podmiot ten wykonuje zasadniczą część swej działalności wspólnie z organem władzy lub władzami, w których dyspozycji pozostaje (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie *Teckal*, pkt 50; w sprawie *Parking Brixen*, pkt 62; wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisja przeciwko Niemcom*, Zb.Orz. s. I-4747, pkt 34).
- 41 Okoliczność, że jednostka, której przyznano zamówienie, jest spółką kapitałową, nie wyłącza zastosowania wyjątku przewidzianego w orzecznictwie przypomnianym w powyższym punkcie niniejszego wyroku. W ww. wyroku w sprawie *ANAV* Trybunał uznał możliwość stosowania tego orzecznictwa w przypadku spółki akcyjnej.
- 42 Sąd krajowy stwierdza, że niezależnie od okoliczności, iż art. 1 ust. 3 i 4 statutu *Setco* zastrzega dostęp do jej kapitału jednostkom publicznym, art. 6 ust. 4 tego statutu przewiduje, że *Setco* może emitować akcje uprzywilejowane w celu wspierania

akcjonariatu, na poziomie lokalnym, obywateli i przedsiębiorców lub akcjonariatu pracowniczego.

- 43 Na rozprawie Comune di Ponte Nossa podniosła, że chociaż rzeczony art. 6 ust. 4 powinien być zostać uchylony w ramach zmiany statutu Setco, która nastąpiła w dniu 23 grudnia 2006 r., pozostał w nim przez pomyłkę. Zdaniem Comune di Ponte Nossa rzeczony art. 6 ust. 4 został uchylony w dacie późniejszej. Do sądu krajowego należy weryfikacja tych okoliczności, które mogą prowadzić do wyłączenia możliwości otwarcia kapitału Setco dla inwestorów prywatnych.
- 44 Postanowienie odsyłające podnosi kwestię, czy instytucja zamawiająca może sprawować nad spółką, której jest akcjonariuszem i z którą zamierza zawrzeć umowę, kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, w przypadku gdy istnieje możliwość, by inwestorzy prywatni objęli udziały w kapitale tej spółki, choćby możliwość ta nie uległa konkretyzacji.
- 45 By odpowiedzieć na to pytanie, należy przypomnieć, że okoliczność, iż instytucja zamawiająca znajduje się w posiadaniu, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całości kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wskazuje, choć nie przesądza o tym, że instytucja publiczna sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb.Orz. s. I-4137, pkt 37; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb. Orz. s. I-8457, pkt 31).
- 46 Natomiast udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym razie, by instytucja ta mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49; ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 30).

- 47 Co do zasady rzeczywiste istnienie prywatnego udziału w kapitale zakładowym spółki, której udzielono zamówienia, podlega weryfikacji w chwili udzielenia rozpatrywanego zamówienia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 15, 52). Może mieć również znaczenie uwzględnienie okoliczności, że w chwili udzielenia przez instytucję zamawiającą zamówienia spółce, w której posiada ona wszystkie udziały, mające zastosowanie ustawodawstwo krajowe przewiduje obligatoryjne otwarcie spółki, w krótkim terminie, na inne kapitały (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 67, 72).
- 48 Wyjątkowo szczególne okoliczności mogą wymagać uwzględnienia okoliczności, które wystąpiły po dniu udzielenia rozpatrywanego zamówienia. Jest tak w szczególności, gdy części spółki, której udzielono zamówienia, a które poprzednio w całości posiadała instytucja zamawiająca, zostały zbyte przedsiębiorstwu prywatnemu wkrótce po udzieleniu danego zamówienia tej spółce w ramach sztucznej konstrukcji mającej na celu obejście przepisów wspólnotowych obowiązujących w tej dziedzinie (zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-9705, pkt 38–41).
- 49 Niewątpliwie, nie można wykluczyć, że części spółki zostaną zbyte w dowolnym momencie podmiotom trzecim. Jednakże uznanie, że ta możliwość może przez nieograniczony czas utrzymywać w zawieszeniu ocenę publicznego charakteru — lub jego braku — kapitału spółki, której udzielono zamówienia publicznego, nie byłoby zgodne z zasadą pewności prawa.
- 50 Jeśli kapitał zakładowy spółki w całości należy do instytucji zamawiającej, jej samej lub jej wraz z innymi władzami publicznymi, w chwili udzielenia danego zamówienia tej spółce, otwarcie tego kapitału na inwestorów prywatnych może zostać uwzględnione wyłącznie, jeśli istnieje w tym momencie konkretna perspektywa takiego otwarcia w krótkim terminie.
- 51 Wynika z tego, że w sytuacji takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy spółka, której udzielono zamówienia, jest w całości własnością publiczną i gdy brak jest jakichkolwiek konkretnych wskazówek przyszłego otwarcia jej kapitału dla akcjon-



riuszy prywatnych, zwykła możliwość udziału osoby prywatnej w kapitale rzeczowej spółki nie wystarczy, by stwierdzić, że przesłanka w zakresie kontroli władz publicznych nie jest spełniona.

- 52 Stwierzeń tych nie podważają rozważania zawarte w pkt 26 wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, w świetle których okoliczność, że spółka taka jak w sprawie, w której wydano powyższy wyrok, jest otwarta na kapitał prywatny, uniemożliwia uznanie jej za strukturę wewnętrznego zarządzania usługą publiczną w przypadku uczestniczących w niej gmin. W sprawie tej bowiem usługa publiczna została przyznana spółce, której kapitał nie był w całości publiczny, lecz większościami publicznymi, a zatem mieszany, w chwili udzielania zamówienia (zob. ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 5, 28).
- 53 Zakładając, że zamówienie zostanie udzielone bez przeprowadzenia przetargu spółce o kapitale publicznym w warunkach, o których mowa w pkt 51 i nast., lecz w czasie trwania zamówienia akcjonariusze prywatni zostaną dopuszczeni do udziału w kapitale rzeczowej spółki, dochodzi do zmiany podstawowej przesłanki zamówienia, wymagającej przeprowadzenia przetargu.
- 54 Następnie powstaje kwestia, czy w przypadku gdy organ władzy publicznej zostanie mniejszościowym współnikiem spółki akcyjnej o kapitale w pełni publicznym w celu powierzenia jej zarządzania usługą publiczną, kontrola sprawowana przez będące współnikami władze publiczne w ramach tej spółki musi być sprawowana — by mogła zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami — indywidualnie przez każdą z tych władz czy też może być sprawowana przez nie łącznie.
- 55 Orzecznictwo nie wymaga, by kontrola sprawowana nad spółką, której udzielono zamówienia w takim przypadku, była indywidualna (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 46).

- 56 W przypadku gdy kilka organów publicznych postanawia wykonać swe zadania usług publicznych za pomocą spółki będącej ich własnością, jest zazwyczaj wykluczone, by jeden z tych organów mających jedynie udział mniejszościowy, sam sprawował decydującą kontrolę nad decyzjami tej ostatniej. Wymóg w podobnym przypadku, by kontrola sprawowana przez organ władzy publicznej była indywidualna, prowadziłyby do nałożenia obowiązku przeprowadzenia przetargów w większości przypadków, gdzie organ taki objąłby udziały w spółce stanowiącej własność innych władz publicznych w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 47).
- 57 Rezultat taki nie byłby zgodny z systemem przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych i koncesji. Uznano bowiem, że władza publiczna ma możliwość wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb (ww. wyroki: w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48; w sprawie Coditel Brabant, pkt 48; w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 45).
- 58 Ta możliwość zastosowania własnych środków przez organy publiczne w celu realizacji ich misji świadczenia usług publicznych może być wykonywana we współpracy z innymi organami publicznymi (zob. podobnie wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 57; ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 49).
- 59 Należy zatem przyznać, że, w przypadku gdy wiele organów publicznych jest właścicielami spółki, której powierzają wykonanie ich zadań w zakresie usług publicznych, kontrola tych organów publicznych nad tą spółką może być sprawowana przez nie łącznie (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 50).
- 60 Jako że chodzi o organ kolegialny, procedura stosowana przy podejmowaniu decyzji, w szczególności przy podejmowaniu decyzji większością głosów, nie ma znaczenia (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 51).

- 61 Stwierdzenia tego nie podważa ww. wyrok w sprawie Coname. Niewątpliwie Trybunał stwierdził w pkt 24 tego wyroku, że udział w wysokości 0,97% jest tak niski, że nie może pozwalać gminie na sprawowanie kontroli nad koncesjonariuszem zarządzającym świadczeniem usług publicznych. Jednakże, przedstawiając w rzeczonym wyroku powyższe stwierdzenie, Trybunał nie miał na względzie kwestii, czy kontrola taka może być sprawowana łącznie (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 52).
- 62 Ponadto w późniejszym ww. wyroku w sprawie Asemfo, pkt 56–61, Trybunał przyznał, 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 (zob. ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 53).
- 63 Wynika z tego, że jeśli władza publiczna zostanie mniejszościowym współnikiem spółki akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną, kontrola, którą będące współnikami tej spółki władze publiczne sprawują nad nią, może zostać uznana za analogiczną do kontroli wykonywanej nad własnymi służbami tej władzy publicznej, gdy sprawują ją łącznie.
- 64 Pytanie przedstawione przez sąd krajowy zmierza ponadto do ustalenia, czy struktury decyzyjne, takie jak przewidziane w statucie spółki Setco, pozwalają będącym akcjonariuszami spółkom na rzeczywiste sprawowanie nad będącą ich własnością spółką kontroli analogicznej do wykonywanej nad ich własnymi służbami.
- 65 Dla oceny, czy instytucja zamawiająca sprawuje nad spółką, której udzielono zamówienia, kontrolę analogiczną do wykonywanej nad własnymi służbami tej instytucji, należy uwzględnić ogół przepisów ustawodawczych i istotnych okoliczności. Z badania tego powinno wynikać, że spółka, której udzielono zamówienia, podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wpływanie na decyzje rzeczowej spółki. Chodzi o możliwość przesądzającego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i istotne decyzje tej spółki (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 36; w sprawie Coditel Brabant, pkt 28).

- 66 Pośród istotnych elementów wynikających z postanowienia odsyłającego należy na wstępie zbadać mające zastosowanie przepisy, a następnie kwestię, czy rzeczona spółka ma cel rynkowy, i wreszcie mechanizmy kontroli przewidziane w statucie Setco.
- 67 Co się tyczy mających zastosowanie przepisów, art. 113 ust. 5 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 267/2000 stanowi, że świadczenie usług może zostać powierzone z poszanowaniem prawa Unii Europejskiej, 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 sprawują nad nią kontrolę”.
- 68 Przyjmując ten przepis, ustawodawca włoski przyjął literalnie brzmienie przesłanek wskazanych w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal i potwierdzonych w szeregu późniejszych wyroków Trybunału. Takie ustawodawstwo krajowe jest co do zasady zgodne z prawem wspólnotowym przy wskazaniu, że wykładnia tego ustawodawstwa musi być również zgodna z wymogami prawa wspólnotowego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 25).
- 69 Ponadto z postanowienia odsyłającego wynika, że gminy będące akcjonariuszami spółki Setco zmieniły statut tej spółki w dniu 23 grudnia 2006 r. w celu poddania jej kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami tych gmin, zgodnie z art. 113 ust. 5 lit. c) dekretu ustawodawczego nr 267/2000.
- 70 Okoliczność, że ta zmiana statutu spółki Setco zmierza do zapewnienia poszanowania przepisów wspólnotowych w tej dziedzinie wynika również z art. 8a ust. 1 tego statutu.

- 71 Ponadto żaden element akt nie wskazuje, by rzeczony statut został zmieniony z myślą o obejściu wspólnotowych przepisów w dziedzinie zamówień publicznych.
- 72 Wreszcie, jak wynika z postanowienia odsyłającego zarówno mające zastosowanie ramy ustawodawcze, jak i statutowe pozwalają, by mniejsze jednostki samorządu terytorialnego bezpośrednio powierzały zarząd lokalnymi usługami publicznymi o znaczeniu gospodarczym spółkom kapitałowym stanowiącym w całości własność publiczną, wyłącznie gdy te jednostki samorządu terytorialnego sprawują nad spółkami kontrolę analogiczną do kontroli wykonywanej nad własnymi służbami w rozumieniu prawa wspólnotowego. Termin „kontrola analogiczna” nie jest jednakże w świetle orzecznictwa krajowego zdefiniowany.
- 73 Co się tyczy kwestii, czy dana spółka ma cel rynkowy narażający na szwank kontrolę będących jej akcjonariuszami jednostek samorządu terytorialnego, należy zbadać zakres geograficzny i materialny działalności tej spółki oraz jej możliwości nawiązywania stosunków z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego.
- 74 Artykuł 3 statutu Setco, zatytułowany „Przedmiot działalności”, stanowi, że Setco zarządza lokalnymi usługami publicznymi, dotyczącymi wyłącznie jednostek samorządu terytorialnego, które powierzają te usługi.
- 75 Ponadto art. 8a ust. 2 tego statutu stanowi, że Setco wykonuje usługi na zasadzie wyłączności na rzecz wspólników powierzających wykonanie zamówienia i w granicach obszaru podlegającego kompetencji tych wspólników.
- 76 Przepisy te wskazują po pierwsze, że geograficzny zakres działalności spółki, której dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, nie wykracza poza obszar gmin

będących jej akcjonariuszami, a po drugie, że przedmiotem działalności tej spółki jest zarządzanie usługami publicznymi wyłącznie na rzecz tych gmin.

77 Jednakże art. 3 ust. 3 rzeczonoego statutu stanowi, że Setco może również wykonywać usługi na rzecz osób prywatnych, gdy nie jest to sprzeczne z celami spółki lub przyczynia się do ich lepszej realizacji.

78 Podczas rozprawy spółka Setco stwierdziła, że uprawnienia tej spółki do negocjowania z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego są instrumentem niezbędnym do pełnienia jej zadania w zakresie służby publicznej. Tytułem przykładu wskazała ona sortowanie selektywne odpadów, które może wymagać odsprzedania pewnych kategorii odzyskanych materiałów wyspecjalizowanym jednostkom w celu ich recyklingu. Zdaniem spółki Setco są to działania akcesoryjne w odniesieniu do zbiórki odpadów, a nie działania całkowicie oderwane od głównej działalności.

79 Należy stwierdzić, że jeśli uprawnienia przyznane spółce, której udzielono zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym, w zakresie świadczenia usług przedsiębiorcom prywatnym jest tylko akcesoryjne w stosunku do jej działalności głównej, czego weryfikacja należy do sądu krajowego, to istnienie tego uprawnienia nie stanowi przeszkody, by celem głównym tej spółki było zarządzanie usługami publicznymi. Zatem istnienie takiego uprawnienia nie wystarcza, by uznać, że rzeczona spółka ma cel rynkowy, który naraża na szwank kontrolę będących jej wspólnikami jednostek samorządu terytorialnego.

80 Wniosek ten jest potwierdzony przez okoliczność, że druga przesłanka wskazana w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal, w świetle której spółka, której udzielono zamówienia, musi wykonywać zasadniczą część swej działalności z będącymi jej właścicielami jednostkami samorządu terytorialnego, pozwala, by spółka ta wykonywała działalność o charakterze marginalnym z podmiotami innymi aniżeli jednostki samorządu terytorialnego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 63). Przesłanka ta byłaby bezcelowa, gdyby pierwszą przesłankę wskazaną w pkt 50 ww. wyroku w sprawie Teckal należało interpretować jako zabraniającą wszelkiej działalności akcesoryjnej, w tym wykonywanej z sektorem prywatnym.

- 81 Co się tyczy mechanizmów kontroli przewidzianych w statucie Setco, z akt sprawy wynika, że poprzez zmiany dokonane w statucie w dniu 23 grudnia 2006 r., wspólnicy zamierzali narzucić walnemu zgromadzeniu i zarządowi, przewidzianym we włoskim prawie spółek, struktury decyzyjne, których nie przewidziano wyraźnie w tym porządku prawnym a mające zapewnić kontrolę nad Setco analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami. Chodzi w szczególności o zapewnienie wzmocnionej kontroli poprzez po pierwsze połączony komitet, a po drugie komitet techniczny dla każdego działu odpowiedzialnego za różne działalności spółki Setco.
- 82 Jak wynika z art. 8b i 8c rzeczzonego statutu, połączony komitet i komitety techniczne składają się z przedstawicieli będących wspólnikami jednostek samorządu terytorialnego. Każda z tych jednostek samorządu ma jeden głos w ramach tych komitetów, niezależnie od wielkości jednostki samorządu czy posiadanych przezeń akcji.
- 83 Ponadto art. 8a–8c statutu Setco przyznaje połączonemu komitetowi i komitetom technicznym szerokie uprawnienia kontrolne i decyzyjne.
- 84 Równocześnie art. 14 statutu Setco ogranicza uprawnienia walnego zgromadzenia, zobowiązując je do uwzględnienia wytycznych i ewentualnych instrukcji wydanych przez rzeczone komitety oraz wymagając pozytywnej opinii połączonego komitetu przed wydaniem zgody przez walne zgromadzenie na wykonanie pewnych czynności przez zarządzających spółką.
- 85 Także art. 16 statutu Setco ogranicza autonomię decyzyjną zarządu, zobowiązując go do poszanowania uprawnień zastrzeżonych rzeczonym komitetom i podporządkowując jego decyzje wytycznym przez nie wydanym.
- 86 Uwzględniając ustanowiony zakres uprawnień kontrolnych i decyzyjnych przyznanych komitetom oraz okoliczność, że komitety te składają się z delegatów jednostek

samorządu terytorialnego będących akcjonariuszami, przepisy statutowe, takie jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym przepisy spółki, której udzielono zamówienia, należy uznać za umożliwiające jednostkom samorządu terytorialnego będącym akcjonariuszami, sprawowanie, za pośrednictwem tych komitetów, decydującego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki.

87 Sąd krajowy uważa jednakże, iż art. 8a–8c statutu Setco w zakresie, w jakim dotyczy połączonego komitetu i komitetów technicznych, są podobne do umów akcjonariuszy objętych art. 2341a włoskiego kodeksu cywilnego. Wywodzi on z tego, że kontrola analogiczna do tej, którą jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami sprawują nad ich własnymi służbami, przewidziana przez mechanizm rzeczonych komitetów, może nie mieć zastosowania.

88 Chodzi w tym przypadku o kwestię wykładni przepisów krajowych, której rozstrzygnięcie należy do sądu krajowego.

89 Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy charakteru rozważanych przepisów statutowych wynika z tego, że w okolicznościach takich jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym kontrola sprawowana poprzez organy statutowe, przez jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami nad spółką, której udzielono zamówienia, może zostać uznana za pozwalającą tym jednostkom samorządu terytorialnego na sprawowanie kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami.

90 W świetle powyższego na przedstawione pytanie należy odpowiedzieć w następujący sposób:

Artykuły 43 WE i 49 WE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu zamówienia publicznego na usługi spółce akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym, gdy jednostka samorządu terytorialnego będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami, a spółka ta wykonuje zasadniczą część swej



działalności z będącą jej właścicielem jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego.

Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy skuteczności rozważanych przepisów statutowych, kontrola sprawowana przez jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami nad taką spółką może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy:

- działalność rzeczonyj spółki jest ograniczona do terytorium tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz, oraz
  
- mają one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki, poprzez organy statutowe, w skład których wchodzi przedstawiciele owych jednostek samorządu terytorialnego.

### **W przedmiocie kosztów**

- <sup>91</sup> Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

**Artykuły 43 WE i 49 WE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości, nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu zamówienia publicznego na usługi spółce akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym, gdy jednostka samorządu terytorialnego będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami, a spółka ta wykonuje zasadniczą część swej działalności z będącą jej właścicielem jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego.**

**Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy skuteczności rozważanych przepisów statutowych, kontrola sprawowana przez jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami nad taką spółką może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy:**

- działalność rzeczonyj spółki jest ograniczona do terytorium tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz, oraz**
- mają one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki, poprzez organy statutowe, w skład których wchodzi przedstawiciele owych jednostek samorządu terytorialnego.**

Podpisy