



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 1 sierpnia 2022 r.\*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Umowy koncesyjne – Utworzenie spółki z kapitałem mieszanym – Powierzenie tej spółce zarządzania „zintegrowanymi usługami szkolnymi” – Wybór wspólnika prywatnego w postępowaniu przetargowym – Dyrektywa 2014/23/UE – Artykuł 38 – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 58 – Stosowanie – Kryteria *in house* – Wymóg posiadania przez wspólnika prywatnego minimalnego udziału w spółce z kapitałem mieszanym – Pośredni udział instytucji zamawiającej w kapitale wspólnika prywatnego – Kryteria kwalifikacji

W sprawie C-332/20

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 13 lutego 2020 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 lipca 2020 r., w postępowaniu:

**Roma Multiservizi SpA,**

**Rekeep SpA**

przeciwko

**Roma Capitale,**

**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,**

przy udziale:

**Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS),**

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: C. Lycourgos (sprawozdawca), prezes izby, S. Rodin, J.-C. Bonichot, L.S. Rossi i O. Spineanu-Matei, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Szpunar,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

\* Język postępowania: włoski.

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu Roma Multiservizi SpA – F. Baglivo, T. Frosini, P. Leozappa, D. Lipani i F. Sbrana, avvocati,
- w imieniu Rekeep SpA – A. Lirosi, M. Martinelli, G. Vercillo i A. Zoppini, avvocati,
- w imieniu Roma Capitale – L. D’Ottavi, avvocato,
- w imieniu Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS) – F. Cintioli, G. Notarnicola i A. Police, avvocati,
- w imieniu Komisji Europejskiej – G. Gattinara, P. Ondrůšek i K. Talabér-Ritz, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 24 lutego 2022 r.,

wydaje następujący

## Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 30 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1), zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2366 z dnia 18 grudnia 2017 r. (Dz.U. 2017, L 337, s. 21) (zwanej dalej „dyrektywą 2014/23”) oraz art. 12 i 18 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65), zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365 z dnia 18 grudnia 2017 r. (Dz.U. 2017, L 337, s. 19) (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24”), w związku z art. 107 TFUE.
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Roma Multiservizi SpA i Rekeep SpA a Roma Capitale (miastem Rzym, Włochy) i Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (urzędem ds. ochrony konkurencji i rynku, Włochy) w przedmiocie decyzji tego miasta o wykluczeniu grupy, którą chciały stworzyć Roma Multiservizi i Rekeep, z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

## Ramy prawne

### *Prawo Unii*

#### *Dyrektywa 2014/23*

- 3 Artykuł 3 dyrektywy 2014/23 stanowi:

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

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

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

4 Artykuł 5 dyrektywy 2014/23 stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy mają zastosowanie następujące definicje:

1. »koncesje« oznaczają koncesje na roboty budowlane lub koncesje na usługi, jak określono w lit. a) i b) poniżej:

[...]

b) »koncesja na usługi« oznacza umowę o charakterze odpłatnym, zawieraną na piśmie, za pomocą której co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza świadczenie usług – innych niż wykonanie robót budowlanych, o których mowa w lit. a) – i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy, w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płacnością.

Udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego związanego z eksploatacją tych obiektów lub wykonywaniem tych usług i obejmującego ryzyko związane z popytem lub z popytą, albo oba te rodzaje ryzyka. Uznaje się, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne;

[...]”.

5 Artykuł 8 ust. 1 wspomnianej dyrektywy stanowi:

„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do koncesji, których wartość jest równa lub wyższa niż 5 548 000 EUR”.

6 Artykuł 10 ust. 3 omawianej dyrektywy stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na usługi transportu lotniczego świadczone w oparciu o udzieloną koncesję w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1008/2008 [z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania usług lotniczych na terenie Wspólnoty (Dz.U. 2008, L 293, s. 3)] lub do koncesji na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. 2007, L 315, s. 1)]”.

7 Artykuł 17 dyrektywy 2014/23 stanowi:

„1. Koncesja udzielona przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający w rozumieniu art. 7 ust. 1 lit. a) osobie prawnej podlegającej przepisom prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęta zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami; oraz
- b) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający sprawujące kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Uznaje się, że instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający w rozumieniu art. 7 ust. 1 lit. a) sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a) niniejszego ustępu, jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę taką może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający.

[...]

4. Koncesja udzielona przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający w rozumieniu art. 7 ust. 1 lit. a) osobie prawnej podlegającej przepisom prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęta zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi lub podmiotami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz
- c) uczestniczące instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy.

[...]”.

8 Artykuł 19 dyrektywy 2014/23 stanowi:

„Koncesje na usługi społeczne oraz inne szczególne usługi wymienione w załączniku IV, objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, podlegają wyłącznie obowiązkom wynikającym z art. 31 ust. 3 i art. 32, 46 i 47”.

9 Artykuł 20 ust. 1 wspomnianej dyrektywy stanowi:

„Koncesji, których przedmiotem są zarówno roboty budowlane, jak i usługi, udziela się zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie do tego rodzaju koncesji, który odpowiada głównemu przedmiotowi danej koncesji.

W przypadku koncesji mieszanych składających się częściowo z usług społecznych i innych usług szczególnych wymienionych w załączniku IV i częściowo z innych usług główny przedmiot określa się zgodnie z tym, która z szacowanych wartości danych usług jest większa”.

10 Artykuł 30 dyrektywy 2014/23 stanowi:

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

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

[...]”.

11 Artykuł 38 ust. 1 dyrektywy 2014/23 ma następujące brzmienie:

„Instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający weryfikuje warunki udziału dotyczące zdolności zawodowych i technicznych kandydatów lub oferentów, ich sytuacji finansowej i ekonomicznej – na podstawie ich własnych deklaracji – a także referencje, jakie należy przedłożyć jako dowód, zgodnie z wymogami określonymi w ogłoszeniu o koncesji, a które mają być niedyskryminacyjne i proporcjonalne do przedmiotu koncesji. Wymogi dotyczące udziału muszą być związane z przedmiotem koncesji i proporcjonalne do możliwości realizacji koncesji przez koncesjonariusza, biorąc pod uwagę przedmiot koncesji oraz cel związany z zapewnieniem rzeczywistej konkurencji”.

*Dyrektywa 2014/24*

12 Motyw 32 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„Procedury przewidziane w niniejszej dyrektywie nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80% swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia.

Wyłączenie to nie powinno dotyczyć sytuacji, gdy prywatny wykonawca ma bezpośredni udział w kapitale kontrolowanej osoby prawnej, ponieważ w takich okolicznościach udzielenie zamówienia publicznego bez procedury konkurencyjnej zapewniłoby prywatnemu wykonawcy posiadającemu udział kapitałowy w kontrolowanej osobie prawnej nienależną przewagę nad konkurentami. Niemniej jednak, z uwagi na szczególne cechy instytucji publicznych o obowiązkowym członkostwie, takich jak organizacje odpowiedzialne za zarządzanie niektórymi usługami publicznymi lub za ich wykonywanie, nie powinno to mieć zastosowania w przypadkach, gdy udział konkretnych wykonawców prywatnych w kapitale kontrolowanej osoby prawnej jest obowiązkowy na mocy krajowego przepisu ustawowego zgodnie z traktatami, pod warunkiem że taki udział ma charakter niekontrolujący i nieblokujący oraz nie daje decydującego wpływu na decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Należy ponadto doprecyzować, że decydującym elementem jest wyłącznie bezpośredni prywatny udział w kontrolowanej osobie prawnej. W związku z tym w przypadku gdy w kontrolującej instytucji zamawiającej lub w kontrolujących instytucjach zamawiających istnieje udział kapitału prywatnego, nie wyklucza to udzielenia zamówień publicznych kontrolowanej osobie prawnej, bez stosowania procedur przewidzianych w niniejszej dyrektywie, gdyż takie udziały nie mają negatywnego wpływu na konkurencję między prywatnymi wykonawcami.

Należy także wyjaśnić, że instytucje zamawiające, takie jak podmioty prawa publicznego, które mogą mieć udział kapitału prywatnego, powinny być w stanie skorzystać z wyłączenia dotyczącego współpracy horyzontalnej. W związku z tym w przypadku gdy wszystkie inne warunki związane ze współpracą horyzontalną zostały spełnione, wyłączenie dotyczące takiej współpracy powinno mieć zastosowanie do takich instytucji zamawiających, gdy umowę zawiera się wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi”.

13 Artykuł 2 ust. 1 wspomnianej dyrektywy stanowi:

„Na użytek niniejszej dyrektywy zastosowanie mają następujące definicje:

[...]

9. »zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest świadczenie usług innych niż te, o których mowa w pkt 6;

[...]”.

14 Artykuł 3 omawianej dyrektywy stanowi:

„1. Ustęp 2 ma zastosowanie do zamówień mieszanych, których przedmiotem są różne rodzaje zamówień, z których wszystkie są objęte zakresem niniejszej dyrektywy.

Ustępy 3–5 mają zastosowanie do zamówień mieszanych, których przedmiotem jest zamówienie objęte zakresem niniejszej dyrektywy i zamówienie objęte innymi reżimami prawnymi.

2. Zamówień, których przedmiotem są co najmniej dwa rodzaje zamówień (roboty budowlane, usługi lub dostawy), udziela się zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie do rodzaju zamówień, który odpowiada głównemu przedmiotowi danego zamówienia.

W przypadku zamówień mieszanych składających się częściowo z usług w rozumieniu tytułu III rozdział I, a częściowo z innych usług lub w przypadku zamówień mieszanych składających się

częściowo z usług, a częściowo z dostaw, główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości odnośnych usług lub dostaw jest najwyższa.

3. W przypadku gdy poszczególne części danego zamówienia można obiektywnie rozdzielić, zastosowanie ma ust. 4. W przypadku gdy poszczególnych części danego zamówienia nie można obiektywnie rozdzielić, zastosowanie ma ust. 6.

W przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta art. 346 TFUE lub dyrektywą 2009/81/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. 2009, L 216, s. 76)], zastosowanie ma art. 16 niniejszej dyrektywy.

4. W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zamówienie objęte niniejszą dyrektywą oraz zamówienie nieobjęte niniejszą dyrektywą, instytucje zamawiające mogą zdecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia. W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia, podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych odnośnej odrębnej części.

W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, niniejsza dyrektywa – o ile art. 16 nie stanowi inaczej – ma zastosowanie do udzielonego w ten sposób zamówienia mieszanego, bez względu na wartość części, które w przeciwnym razie podlegałyby innemu reżimowi prawnemu, i bez względu na to, jakiemu reżimowi prawnemu podlegałyby te części w przeciwnym razie.

W przypadku zamówień mieszanych zawierających elementy zamówień na dostawy, roboty budowlane i usługi oraz elementy koncesji zamówienie mieszane udzielane jest zgodnie z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że szacunkowa wartość części zamówienia, która stanowi zamówienie objęte niniejszą dyrektywą, obliczona zgodnie z art. 5, jest równa lub wyższa od stosownego progu określonego w art. 4.

5. W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zarówno zamówienie objęte niniejszą dyrektywą, jak i zamówienie na wykonywanie rodzaju działalności, która podlega dyrektywie 2014/25/UE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243)], mające zastosowanie przepisy, niezależnie od ust. 4 niniejszego artykułu, ustala się na podstawie art. 5 i 6 dyrektywy [2014/25].

6. Jeżeli poszczególnych części danego zamówienia nie da się w obiektywny sposób rozdzielić, mający zastosowanie reżim prawny ustala się w oparciu o główny przedmiot tego zamówienia”.

15 Artykuł 4 omawianej dyrektywy stanowi:

„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT), oszacowano na poziomie lub powyżej następujących progów:

[...]

- b) 144 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów organizowanych przez te instytucje; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności, próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III;
- c) 221 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów organizowanych przez te instytucje; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III;
- d) 750 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV”.

16 Artykuł 7 dyrektywy 2014/24 ma następujące brzmienie:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, które zgodnie z dyrektywą [2014/25] są udzielane lub organizowane przez instytucje zamawiające prowadzące co najmniej jeden z rodzajów działalności określonych w art. 8–14 tej dyrektywy i które są udzielane w celu wykonywania tych działalności [...]”.

17 Artykuł 12 tej dyrektywy stanowi:

„1. Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- b) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej



osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.

[...]

4. Umowa zawarta wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz
- c) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy;

[...]”.

18 Artykuł 18 omawianej dyrektywy stanowi:

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

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

2. Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X”.

19 Artykuł 57 omawianej dyrektywy stanowi:

„1. Instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się jednego z następujących czynów:

- a) udziału w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW [z dnia 24 października 2008 r. w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej (Dz.U. 2008, L 300, s. 42)];

- b) korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej [...] i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW [z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dz.U. 2003, L 192, s. 54)], jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy;
- c) nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony »interesów finansowych« Wspólnot Europejskich [...];
- d) przestępstw terrorystycznych lub przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą, odpowiednio, w art. 1 i 3 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW [z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz.U. 2002, L 164, s. 3)], bądź podżegania do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 4 tej decyzji ramowej;
- e) prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE [z dnia 26 października 2005 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy (Dz.U. 2005, L 309, s. 15)];
- f) pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE [z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz.U. 2011, L 101, s. 1)].

Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

2. Z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej.

Ponadto instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne.

Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

[...]

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

- a) gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2;
- b) jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł [on] układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych;
- c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość;
- d) jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji;
- e) jeżeli za pomocą mniej inwazyjnych środków nie można skutecznie zlikwidować konfliktu interesów w rozumieniu art. 24;
- f) jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków;
- g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji;
- h) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59; lub
- i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Niezależnie od lit. b) akapitu pierwszego państwo członkowskie może wymagać lub przewidzieć możliwość, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o niewykluczeniu wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o których mowa w tej literze, gdy stwierdzi ona, że dany wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej w przypadku sytuacji, o których mowa w lit. b).

[...]

20 Artykuł 58 omawianej dyrektywy stanowi:

„1. Kryteria kwalifikacji mogą dotyczyć:

- a) kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej;
- b) sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- c) zdolności technicznej i zawodowej.

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

[...]

3. W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej instytucje zamawiające mogą nakładać wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą wymagać w szczególności, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Ponadto instytucje zamawiające mogą wymagać, by wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących stosunki na przykład aktywów do zobowiązań. Mogą również wymagać posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego.

Minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw. Instytucje zamawiające wskazują główne powody zastosowania takiego wymogu w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84.

Stosunek, przykładowo, aktywów do zobowiązań może być wzięty pod uwagę, gdy instytucja zamawiająca w dokumentach zamówienia określi metody i kryteria takiego uwzględnienia. Tego rodzaju metody i kryteria są przejrzyste, obiektywne i niedyskryminacyjne.

Jeżeli zamówienie jest podzielone na części, niniejszy artykuł ma zastosowanie do każdej poszczególniej [odrębnej] części. Instytucja zamawiająca może jednak określić minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, poprzez odniesienie do grup części, na wypadek gdyby zwycięskiemu oferentowi przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.

W przypadku gdy zamówień opartych na umowie ramowej udziela się po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej, wymóg dotyczący maksymalnego rocznego obrotu, o którym mowa w akapicie drugim niniejszego ustępu, oblicza się na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości konkretnych zamówień, które będą realizowane w tym samym czasie, lub, w przypadku gdy nie jest to wiadome, na podstawie szacunkowej wartości umowy ramowej.

W przypadku dynamicznych systemów zakupów wymóg dotyczący maksymalnego rocznego obrotu, o którym mowa w akapicie drugim, wyliczany jest na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości określonych zamówień, które mają zostać udzielone w ramach tego systemu.

[...]”.

- 21 Artykuł 74 dyrektywy 2014/24 ma następujące brzmienie:

„Zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV udziela się zgodnie z niniejszym rozdziałem, jeżeli wartość zamówienia jest równa kwocie progowej określonej w art. 4 lit. d) lub jest od niej wyższa”.

#### *Dyrektywa 2014/25*

- 22 Artykuł 6 ust. 2 dyrektywy 2014/25 stanowi:

„Zamówienie obejmujące kilka rodzajów działalności podlega zasadom mającym zastosowanie do rodzaju działalności, którego to zamówienie zasadniczo dotyczy”.

- 23 Artykuł 11 omawianej dyrektywy stanowi:

„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do działalności obejmującej zapewnianie lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejną, systemami automatycznymi, tramwajami, trolejbusami, autobusami lub kolejami linowymi.

Odnośnie do usług transportowych uznaje się, że sieć istnieje, jeżeli usługi są świadczone zgodnie z warunkami działania określonymi przez właściwy organ państwa członkowskiego, takimi jak warunki na obsługiwanych trasach, wymagana zdolność przewozowa lub częstotliwość usług”.

#### ***Prawo włoskie***

- 24 Artykuł 5 ust. 9 decreto legislativo nr 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (dekretu ustawodawczego nr 50 transponującego dyrektywy 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE w sprawie udzielania koncesji, zamówień publicznych i przeprowadzenia postępowań przetargowych dotyczących dostawców w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, a także nowelizacji przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych na prace budowlane, usługi i dostawy) z dnia 18 kwietnia 2016 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r.) (zwanego dalej „dekretom ustawodawczym nr 50/2016”) stanowi:

„Jeżeli obowiązujące przepisy zezwalają na tworzenie spółek mieszanych w celu realizacji zamówienia publicznego i zarządzania nim lub w celu organizacji usług użyteczności publicznej i zarządzania nimi, wspólnik prywatny musi zostać wybrany w drodze przetargu publicznego”.

- 25 Artykuł 4 decreto legislativo nr 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (dekretu ustawodawczego nr 175 w sprawie tekstu jednolitego w dziedzinie spółek z udziałem publicznym) z dnia 19 sierpnia 2016 r. (GURI nr 210 z dnia 8 września 2016 r.) (zwanego dalej „dekretu ustawodawczym nr 175/2016”) stanowi, że cele realizowane przez organy administracji publicznej za pomocą tworzenia spółek z ich udziałami podlegają dwojakiemu ograniczeniu co do przedmiotu. Po pierwsze, muszą to być spółki, których przedmiotem jest działalność ściśle niezbędna do realizacji celów instytucjonalnych danego organu administracji. Po drugie, zaplanowane działania muszą wchodzić w zakres rodzajów działalności wyraźnie określonych w ust. 2 tego artykułu, a mianowicie między innymi usług świadczonych w interesie ogólnym, w tym tworzenia sieci i instalacji służących wspomnianym usługom i zarządzania nimi oraz organizacji usług w interesie ogólnym w drodze umowy o partnerstwie, o której mowa w art. 180 dekretu ustawodawczego nr 50/2016, z wybranym przedsiębiorcą na zasadach określonych w art. 17 ust. 1 i 2 dekretu ustawodawczego nr 175/2016, oraz zarządzania nimi.
- 26 Artykuł 7 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 175/2016 wymaga, aby wspólnicy prywatni zostali wcześniej wybrani w drodze przetargu publicznego zgodnie z art. 5 ust. 9 dekretu ustawodawczego nr 50/2016.
- 27 Artykuł 17 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 175/2016 ma następujące brzmienie:  
„W spółkach z mieszanym udziałem publiczno-prywatnym udział podmiotu prywatnego nie może być mniejszy niż 30%, a jego wybór odbywa się w trybie przetargu publicznego, zgodnie z art. 5 ust. 9 [dekretu ustawodawczego nr 50/2016], którego przedmiotem jest jednocześnie subskrypcja lub nabycie udziału przez wspólnika prywatnego oraz udzielenie zamówienia lub koncesji, które są wyłącznym przedmiotem działalności spółki mieszanej”.
- 28 Artykuł 17 ust. 2 dekretu ustawodawczego nr 175/2016 stanowi:  
„Wspólnik prywatny musi spełniać przesłanki kwalifikacji przewidziane w przepisach ustawowych lub wykonawczych w odniesieniu do świadczenia, dla którego spółka została utworzona [...]”.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

- 29 W dniu 4 września 2018 r. miasto Rzym ogłosiło przetarg mający na celu, po pierwsze, wyłonienie wspólnika w celu utworzenia spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, powierzenie tej spółce zarządzania „zintegrowanymi usługami szkolnymi” o szacunkowej wartości 277 479 616,21 EUR. Zgodnie z dokumentacją przetargową miasto Rzym miało posiadać 51% udziałów w tej spółce, a pozostałe 49% powinien nabyć wspólnik prywatny, który ponadto miał ponosić całe ryzyko operacyjne.
- 30 Jedyna oferta została złożona przez tworzoną właśnie grupę, złożoną z Roma Multiservizi i Rekeep. Grupa ta miała w 10% należeć do Rekeep jako członka konsorcjum, a w 90% być własnością Roma Multiservizi jako lidera konsorcjum, a spółki te miały objąć kapitał spółki mieszanej, która miała zostać utworzona wraz z miastem Rzym, stosownie do swoich udziałów w rzeczony grupie.
- 31 Roma Multiservizi, utworzona w 1994 r. przez miasto Rzym, należy w 51% do AMA SpA, zaś pozostała część jej kapitału stanowi własność Rekeep i La Venenta Servizi SpA. Kapitał AMA należy natomiast w całości do tego miasta.

- 32 W dniu 1 marca 2019 r. tworzona przez Roma Multiservizi i Rekeep grupa została wykluczona z toczącego się postępowania ze względu na to, że z uwagi na udział AMA w kapitale Roma Multiservizi miasto Rzym posiadałoby faktycznie 73,5% kapitału zakładowego spółki z kapitałem mieszanym utworzonej z tą grupą, przez co przekroczony zostałby próg 51% ustalony w przetargu, a udział kapitału podwyższonego ryzyka w tej spółce, należący do prywatnych wykonawców, spadłby poniżej progu 49%.
- 33 Ta decyzja o wykluczeniu została zaskarżona przez Rekeep i Roma Multiservizi do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy). Sąd ten oddalił ich skargi dwoma wyrokami wydanymi w dniu 18 czerwca 2019 r.
- 34 Roma Multiservizi i Rekeep wniosły apelacje od tych dwóch wyroków do sądu odsyłającego.
- 35 W toku postępowania apelacyjnego miasto Rzym powierzyło, w trybie procedury negocjacyjnej, świadczenie „zintegrowanych usług szkolnych” Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. (CNS). Udzielenie tej koncesji zostało zawieszane przez sąd odsyłający.
- 36 We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) podnosi w pierwszej kolejności, że zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi w przypadku gdy spółki z kapitałem mieszanym mają na celu realizację publicznego obiektu budowlanego lub organizację usług świadczonych w interesie ogólnym i zarządzanie nimi w drodze umowy o partnerstwie z przedsiębiorcą wybranym na zasadach określonych w art. 17 ust. 1 i 2 dekretu ustawodawczego nr 175/2016, udział podmiotu prywatnego nie może być niższy niż 30%, a wyboru tego prywatnego współnika należy dokonać w drodze przetargu.
- 37 Sąd odsyłający wskazuje w tym względzie, że zgodność z prawem maksymalnego udziału instytucji zamawiającej w spółce z kapitałem mieszanym nie została przed nim zakwestionowana i że ma on jedynie zbadać, czy należy uwzględnić pośredni udział miasta Rzym w kapitale Roma Multiservizi w celu ustalenia, czy przestrzegano tego limitu.
- 38 W drugiej kolejności – zdaniem tego sądu bezpośrednie powierzenie usługi spółce z kapitałem mieszanym nie jest samo w sobie niezgodne z prawem Unii, pod warunkiem że, po pierwsze, przetarg przeprowadzony w celu wyboru prywatnego współnika instytucji zamawiającej w spółce, której zostanie udzielona koncesja, odbywa się z poszanowaniem art. 49 i 56 TFUE, a także zasad równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, a po drugie, kryteria kwalifikacji tego współnika prywatnego są związane nie tylko z jego wkładem kapitałowym, ale także z jego zdolnościami technicznymi i cechami jego oferty, w świetle konkretnych świadczeń, które należy spełnić, przez co można uznać, że wybór zwycięskiego wykonawcy pośrednio wynika z wyboru współnika instytucji zamawiającej. Wspólnik ten powinien zatem być odpowiednim partnerem operacyjnym, a nie zwykłym udziałowcem, a uzasadnieniem dla jego udziału jest właśnie brak w administracji publicznej niezbędnych kompetencji, jakimi dysponuje prywatny współnik.
- 39 Zdaniem sądu odsyłającego to w celu zapewnienia takiej adekwatności ustawodawca włoski ustalił minimalny próg udziału prywatnego w spółkach z kapitałem mieszanym w wysokości 30%. Wyjaśnia on, że ograniczenie do 70% udziału publicznego w takich spółkach odpowiada progowi, powyżej którego działalność tych spółek może zakłócić konkurencję poprzez pozbawienie danego rynku atrakcyjności i umożliwienie współnikowi prywatnemu nadmiernego ograniczenia ryzyka gospodarczego jego udziału w tych spółkach.

- 40 Sąd odsyłający zauważa w trzeciej kolejności, że gdyby wartość procentowa udziału wspólnika instytucji zamawiającej w kapitale spółki z kapitałem mieszanym miała być obliczana jedynie z uwzględnieniem formy prawnej tego wspólnika, wykluczenie grupy, którą chciały stworzyć Roma Multiservizi i Rekeep, z postępowania o udzielenie koncesji będącego przedmiotem postępowania głównego nie byłoby uzasadnione. Natomiast gdyby należało uwzględnić pośredni udział miasta Rzym w kapitale Roma Multiservizi, udział prywatnego wspólnika wynikający z udziału mającej powstać grupy Roma Multiservizi i Rekeep w spółce z kapitałem mieszanym, formalnie ustalony na 49%, wynosiłby w rzeczywistości 26,5%, co prowadziłoby do braku efektywności rynkowej i stanowiłoby naruszenie zasady konkurencji, ponieważ wspólnik ten mógłby czerpać nienależną korzyść z udziału publicznego i tym samym czerpać znaczące zyski z tej sytuacji.
- 41 W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:
- „1) Czy jest zgodne z prawem [Unii] i z prawidłową wykładnią motywów 14 i 32 oraz art. 12 i 18 dyrektywy 2014/24 i art. 30 dyrektywy 2014/23, w tym z odniesieniem do art. 107 TFUE, aby celem określenia minimalnego 30% limitu udziału wspólnika prywatnego w mającej powstać spółce mieszanej publiczno-prywatnej, co stanowi limit uznany przez ustawodawcę krajowego za adekwatny do wdrożenia zasad [prawa Unii] ustalonych w tym zakresie w orzecznictwie Unii, konieczne było wzięcie pod uwagę jedynie formalnych/wynikających z dokumentacji udziałów w kapitale takiego wspólnika prywatnego, czy też organ administracji publicznej, który ogłasza postępowanie przetargowe, może – lub raczej musi – uwzględnić swój własny pośredni udział w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem?
- 2) Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy wykluczenie przez administrację ogłaszającą postępowanie przetargowe z przetargu wspólnika prywatnego będącego oferentem, którego rzeczywisty udział w mającej powstać mieszanej spółce publiczno-prywatnej, w wyniku stwierdzonego bezpośredniego lub pośredniego udziału publicznego, jest w rzeczywistości mniejszy niż 30%, jest zgodne z zasadami [prawa Unii], a w szczególności z zasadami konkurencji, proporcjonalności i adekwatności?”.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### ***W przedmiocie dopuszczalności pytań prejudycjalnych***

- 42 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pytania dotyczące prawa Unii korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy. Odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w przedmiocie przedłożonego przez sąd krajowy pytania prejudycjalnego jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania [wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r., Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463, pkt 59, 61; a także z dnia 25 listopada 2021 r., État luxembourgeois (Informacje dotyczące grupy podatników), C-437/19, EU:C:2021:953, pkt 81].



- 43 Konieczność dokonania wykładni prawa Unii użytecznej dla sądu odsyłającego wymaga, aby sąd ten określił okoliczności faktyczne i prawne, na tle których wyłoniły się przedstawione przezeń pytania, albo co najmniej wskazał stan faktyczny stanowiący podstawę sformułowania tych pytań. Ponadto postanowienie odsyłające musi wskazywać dokładne powody, dla których sąd odsyłający ma wątpliwości co do wykładni prawa Unii i dla których uznał za konieczne zadanie pytań prejudycjalnych [wyrok z dnia 10 marca 2022 r., Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Pełne ubezpieczenie zdrowotne), C-247/20, EU:C:2022:177, pkt 75 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 44 Tymczasem sąd odsyłający nie wyjaśnia ani powodów, dla których uważa, że należy dokonać wykładni art. 107 TFUE, ani związku, jaki dostrzega on między tym postanowieniem a uregulowaniem krajowym rozpatrywanym w postępowaniu głównym.
- 45 Natomiast wbrew temu, co twierdzi CNS, sąd odsyłający, po pierwsze, wystarczająco dokładnie wskazuje przepisy dyrektywy 2014/23 i dyrektywy 2014/24, o których wykładnię wnosi, a po drugie, nie zwraca się do Trybunału o zastosowanie prawa Unii do sporu w postępowaniu głównym.
- 46 Z powyższego wynika, że pytania prejudycjalne są dopuszczalne, z wyjątkiem pierwszego z nich w zakresie, w jakim dotyczy ono wykładni art. 107 TFUE.

### ***Co do istoty***

- 47 Spór w postępowaniu głównym dotyczy wykluczenia grupy, którą chciały stworzyć Roma Multiservizi i Rekeep, z postępowania wszczętego w dniu 4 września 2018 r. Zanim postępowanie to zostało unieważnione przez miasto Rzym – właśnie ze względu na wykluczenie tej grupy, która jako jedyna złożyła ofertę – miało ono na celu zawarcie umowy mającej za przedmiot, po pierwsze, utworzenie spółki z kapitałem mieszanym z wybranym przez to miasto wykonawcą, a po drugie, powierzenie tej spółce świadczenia szeregu usług pomocniczych w stosunku do działalności szkolnej sensu stricto, polegających zasadniczo na ogólnym wsparciu, obsłudze, sprzątaniu, zaopatrzeniu oraz usługach wsparcia w zakresie prywatnego transportu szkolnego. Wynika z tego, że takie postępowanie miało na celu zawarcie umowy mieszanej.
- 48 Z postanowienia odsyłającego wynika ponadto, że miasto Rzym uznało, iż gdyby utworzyło spółkę z kapitałem mieszanym, o której mowa w postępowaniu głównym, wraz z grupą, którą chciały stworzyć Roma Multiservizi i Rekeep, posiadałoby faktycznie 73,5% kapitału tej spółki, podczas gdy właściwe przepisy krajowe ograniczają do 70% maksymalny udział kapitału zakładowego, jaką instytucja zamawiająca może posiadać w kapitale takiej spółki, a dokumentacja przetargowa sporządzona przez to miasto ustalała jego udział w tej spółce na 51%.
- 49 Miasto Rzym doszło jednak do wniosku, że w rzeczywistości posiadałoby ono 73,5% kapitału powstającej spółki z kapitałem mieszanym jedynie ze względu na fakt, iż jedna ze spółek zależnych, a mianowicie AMA SpA, w której posiadało ono 100% udziałów, ma 51% udziałów w kapitale Roma Multiservizi.
- 50 Ponadto z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i z odpowiedzi udzielonych na pytania zadane przez Trybunał wynika, że wykluczenie grupy, którą chciały stworzyć Roma Multiservizi i Rekeep, z postępowania głównego było uzasadnione przynajmniej zarówno brakiem możliwości dochowania, gdyby grupa ta została wybrana przez miasto Rzym, górnej

granicy udziału tego miasta w kapitale spółki z kapitałem mieszanym określonej w odpowiednich przepisach krajowych, jak i niemożnością dochowania bardziej rygorystycznego limitu takiego udziału przewidzianego w dokumentacji przetargowej.

- 51 Aby udzielić sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi, wystarczy zatem zbadać, czy prawo Unii stoi na przeszkodzie temu, by w celu zbadania, czy ograniczenie to jest przestrzegane, instytucja zamawiająca brała również pod uwagę swój pośredni udział w kapitale wykonawcy, który wyraził chęć zostania jej współnikiem.
- 52 Mając na względzie powyższe, należy uznać, że poprzez swoje dwa pytania prejudycjalne, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywy 2014/24 i 2014/23 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania mającego na celu, po pierwsze, utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, udzielenie tej spółce zamówienia na usługi, jeżeli wykluczenie to uzasadnione jest przez fakt, iż ze względu na pośredni udział tej instytucji zamawiającej w kapitale owego wykonawcy maksymalny udział tej instytucji zamawiającej w kapitale wskazanej spółki, określony przez nią w dokumentacji przetargowej, zostałby w rzeczywistości przekroczony, gdyby wybrała tego wykonawcę na swojego współnika.

*W przedmiocie reżimu prawnego mającego zastosowanie do umowy będącej przedmiotem postępowania głównego*

- 53 W pierwszej kolejności należy przypomnieć przede wszystkim, że utworzenie przez instytucję zamawiającą i prywatnego wykonawcę wspólnego przedsiębiorstwa nie jest objęte, jako takie, przepisami prawa Unii dotyczącymi zamówień publicznych lub koncesji na usługi. W związku z tym należy upewnić się, że za transakcją kapitałową nie kryje się w rzeczywistości udzielenie prywatnemu partnerowi zamówień, które można zakwalifikować jako „zamówienia publiczne” lub „koncesje”. Ponadto okoliczność, że podmiot prywatny i instytucja zamawiająca współpracują w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym, nie stanowi uzasadnienia dla nieprzestrzegania tych zasad przy udzielaniu zamówienia publicznego lub koncesji na usługi temu podmiotowi prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym (zob. podobnie wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r., *Mehiläinen i Terveystalo Healthcare*, C-215/09, EU:C:2010:807, pkt 33, 34).
- 54 Następnie, jak podkreślił w istocie rzecznik generalny w pkt 57–59 opinii, z postanowienia odsyłającego, jak również z odpowiedzi na pytania zadane przez Trybunał wynika, że specyfika umowy mieszanej rozpatrywanej w postępowaniu głównym wymagała, aby obie części umowy zostały zawarte z jednym partnerem, posiadającym, jak wymagała tego dokumentacja przetargowa, zarówno zdolność finansową konieczną do nabycia 49% kapitału tworzonej spółki z kapitałem mieszanym, jak i zdolności finansowe i techniczne niezbędne do tego, aby podjąć się w praktyce świadczenia wszystkich usług pomocniczych w stosunku do działalności szkolnej miasta Rzym. Z powyższego wynika, że – z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji przez sąd odsyłający – dwie części umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym są ze sobą powiązane w sposób nierozdzielny i tworzą nierozzerwalną całość (zob. podobnie wyrok z dnia 6 maja 2010 r., *Club Hotel Loutraki i in.*, C-145/08 i C-149/08, EU:C:2010:247, pkt 53, 54).
- 55 W takim razie rozpatrywana czynność powinna zostać zbadana jako całość, w sposób jednolity, w celu dokonania jej kwalifikacji prawnej, a także powinna zostać rozpatrzona na podstawie przepisów dotyczących części, która stanowi główny przedmiot lub dominujący element umowy

(wyroki: z dnia 6 maja 2010 r., Club Hotel Loutraki i in., C-145/08 i C-149/08, EU:C:2010:247, pkt 48; a także z dnia 22 grudnia 2010 r., Mehiläinen i Terveystalo Healthcare, C-215/09, EU:C:2010:807, pkt 36).

- 56 W tym względzie z postanowienia odsyłającego i z odpowiedzi na pytania zadane przez Trybunał wynika, że zasadniczym celem postępowania głównego nie było utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, lecz sprawienie, by wspólnik miasta Rzym w ramach tej spółki ponosił całość ryzyka operacyjnego związanego ze świadczeniem usług pomocniczych w stosunku do działalności szkolnej tego miasta, przy czym spółka ta w zamyśle miała być jedynie środkiem, za pomocą którego zdaniem tego miasta można by zapewnić najlepszą jakość świadczeń.
- 57 Ponadto nic nie wskazuje na to, by samo posiadanie części kapitału tej samej spółki z kapitałem mieszanym mogło stanowić istotne źródło dochodów dla wspólnika miasta Rzym.
- 58 Jak zatem widać – z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji przez sąd odsyłający – aspekt związany ze świadczeniem usług pomocniczych w stosunku do działalności szkolnej sensu stricto stanowi główny przedmiot i dominujący element umowy będącej przedmiotem postępowania głównego.
- 59 W tych okolicznościach przy udzielaniu odpowiedzi na pytania prejudycjalne należy wyjść z założenia, że dwie części umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym stanowią niepodzielną całość, a jej dominującym elementem jest powierzenie spółce z kapitałem mieszanym świadczenia usług pomocniczych w stosunku do działalności szkolnej miasta Rzym. W związku z tym reżim prawny mający zastosowanie do umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, w ujęciu całościowym, to regulacja, której podlega ten aspekt.
- 60 W drugiej kolejności należy zauważyć, że sąd odsyłający nie wypowiedział się w kwestii, czy umowa będąca przedmiotem postępowania głównego miała na celu udzielenie spółce z kapitałem mieszanym koncesji na usługi, która może wchodzić w zakres dyrektywy 2014/23, czy też zamówienia publicznego na usługi, które może wchodzić w zakres dyrektywy 2014/24. Pierwsze pytanie prejudycjalne dotyczy bowiem bez rozróżnienia tych dwóch dyrektyw, natomiast ich zakresy stosowania są względem siebie rozłączne.
- 61 W tym względzie należy najpierw przypomnieć, że zamówienie publiczne na usługi różni się od koncesji na usługi ze względu na charakter świadczenia wzajemnego przyznanego podmiotowi, któremu udzielono zamówienia, za świadczone przez niego usługi. Otóż wynagrodzenie wykonawcy, któremu udzielono zamówienia publicznego, stanowi cena zapłacona przez instytucję zamawiającą, podczas gdy wynagrodzenie koncesjonariusza stanowi prawo do wykonywania usług będących przedmiotem koncesji, przy czym w odpowiednim przypadku może mu też towarzyszyć płatność. Udzielenie koncesji oznacza zatem przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka związanego z wykonywaniem danej działalności (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 września 2009 r., Eurawasser, C-206/08, EU:C:2009:540, pkt 51; z dnia 15 października 2009 r., Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, pkt 39).
- 62 Do sądu krajowego należy ustalenie w świetle powyższych rozważań, czy powierzenie rozpatrywanej w postępowaniu głównym spółce z kapitałem mieszanym zarządzania usługami pomocniczymi w stosunku do działalności szkolnej miasta Rzym stanowiłoby zamówienie publiczne na usługi, czy koncesję na usługi. W celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi należy jednak w ramach niniejszego wyroku zbadać pytania prejudycjalne pod kątem każdej z tych dwóch możliwości.

- 63 Po drugie, w zakresie, w jakim, jak podkreślono w pkt 47 niniejszego wyroku, usługi wsparcia w zakresie prywatnego transportu szkolnego należą do usług objętych umową będącą przedmiotem postępowania głównego, należy zbadać, czy okoliczność ta może mieć wpływ na stosowanie dyrektywy 2014/23 lub dyrektywy 2014/24 do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego.
- 64 W tym względzie należy podkreślić, po pierwsze, że zgodnie z art. 7 dyrektywy 2014/24 jej zakres stosowania nie obejmuje zamówień publicznych w sektorze usług transportowych, określonym w art. 11 dyrektywy 2014/25.
- 65 Niemniej z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wynika, by rozpatrywane w postępowaniu głównym usługi wsparcia w zakresie transportu szkolnego polegały na obsłudze sieci przeznaczonej do świadczenia usługi transportowej, w szczególności autobusowej, na warunkach określonych przez właściwy organ krajowy, takich jak warunki dotyczące obsługiwanych tras, zdolności przewozowej lub częstotliwości usług w rozumieniu art. 11.
- 66 W każdym razie z art. 3 ust. 5 dyrektywy 2014/24 wynika, że w przypadku zamówień, których przedmiotem jest zarówno zamówienie objęte tą dyrektywą, jak i zamówienie na wykonywanie rodzaju działalności, która podlega dyrektywie 2014/25, należy uwzględnić art. 5 i 6 tej dyrektywy. Jej art. 6 ust. 2 stanowi z kolei, że zamówienie obejmujące kilka rodzajów działalności podlega zasadom mającym zastosowanie do rodzaju działalności, którego to zamówienie zasadniczo dotyczy.
- 67 Tymczasem z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wynika, by usługi wsparcia w zakresie prywatnego transportu szkolnego przewidziane w umowie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, nawet przy założeniu, że spełniają warunki przewidziane w art. 11 dyrektywy 2014/25, stanowiły główną działalność, dla której zawarto taką umowę.
- 68 Po drugie, zgodnie z art. 10 ust. 3 dyrektywy 2014/23 nie ma ona zastosowania do koncesji na usługi publiczne w zakresie pasażerskiego transportu pasażerskiego w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.
- 69 Niemniej akta te jeszcze mniej wskazują na to, by usługi wsparcia w zakresie prywatnego transportu szkolnego, których dotyczy umowa rozpatrywana w postępowaniu głównym, należało uznać za usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego, do których ma zastosowanie rozporządzenie nr 1370/2007.

*W przedmiocie dyrektywy 2014/24*

- 70 Przy założeniu, że część umowy będącej przedmiotem postępowania głównego dotycząca udzielenia zamówienia na usługi pomocnicze w stosunku do działalności szkolnej powinna zostać zakwalifikowana jako „zamówienie publiczne na usługi” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 9 dyrektywy 2014/24, należałoby na wstępie poczynić następujące spostrzeżenia.
- 71 Po pierwsze, z postanowienia odsyłającego wynika, że szacunkowa wartość takiego przetargu, a zatem całej umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, znacznie przekracza progi, powyżej których zgodnie z art. 4 dyrektywy 2014/24 zamówienia publiczne na usługi są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.

- 72 Po drugie, należy zbadać, o co wnosi sąd odsyłający, czy umowa będąca przedmiotem postępowania głównego może jednak zostać wyłączona z zakresu stosowania tej dyrektywy na mocy jej art. 12.
- 73 W tym względzie należy zauważyć z jednej strony, że art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 przewiduje, iż umowa zawarta wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania tej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie określone w niej warunki.
- 74 Bez konieczności badania, czy w niniejszym przypadku rozpatrywana w postępowaniu głównym spółka z kapitałem mieszanym mogłaby zostać uznana za instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24, wystarczy zauważyć, że aby porozumienie o współpracy mogło być objęte przepisami art. 12 ust. 4 tej dyrektywy, nie może ono skutkować postawieniem przedsiębiorstwa prywatnego w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do jego konkurentów (wyrok z dnia 28 maja 2020 r., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, pkt 76). Tymczasem, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 78 opinii, w niniejszym przypadku musiałoby to nastąpić, biorąc pod uwagę udział kapitału prywatnego w tworzonej spółce z kapitałem mieszanym, w związku z czym przepis ten nie pozwala na wyłączenie postępowania rozpatrywanego w postępowaniu głównym z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24.
- 75 Z drugiej strony nie wydaje się również, aby rozpatrywana w postępowaniu głównym spółka z kapitałem mieszanym mogła spełnić warunki ustanowione w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24, pozwalające uznać ją za podmiot *in house* miasta Rzym.
- 76 W tym względzie o ile prawdą jest, że zgodnie z tym przepisem podmiot *in house* może obejmować formy bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, o tyle konieczne jest jeszcze, aby te ostatnie nie zapewniały zdolności kontroli lub blokowania, były wymagane przez krajowe przepisy ustawowe, zgodnie z traktatami, oraz aby nie pozwalały one na wywieranie decydującego wpływu na tę spółkę, natomiast instytucja zamawiająca powinna zachować taki wpływ.
- 77 Tymczasem w odniesieniu do warunku, zgodnie z którym te formy udziału powinny być wymagane przez krajowe przepisy ustawowe, należy stwierdzić, że utworzenie spółki z kapitałem mieszanym będące przedmiotem postępowania głównego, a w konsekwencji udział prywatnego wspólnika w jej kapitale, nie wydają się wynikać z obowiązku prawnego nałożonego na miasto Rzym, lecz z dobrowolnego skorzystania przez tę instytucję zamawiającą z procedury partnerstwa publiczno-prywatnego w celu zarządzania usługami pomocniczymi w stosunku do działalności szkolnej.
- 78 Po trzecie, należy zauważyć, że art. 74–77 dyrektywy 2014/24 ustanawiają uproszczony system udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są usługi społeczne i szczególne usługi wymienione w załączniku XIV do tej dyrektywy. Zaś z odpowiedzi udzielonych na pytania zadane przez Trybunał wynika, że rozpatrywana w postępowaniu głównym umowa miała częściowo na celu świadczenie usług wymienionych w tym załączniku.
- 79 Na mocy art. 3 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/24 przepisami mającymi zastosowanie do tego rodzaju mieszanych zamówień publicznych są przepisy regulujące udzielenie głównego przedmiotu danego zamówienia, przy czym sam ten główny przedmiot określa się poprzez ustalenie, która z szacowanych wartości odnośnych usług jest najwyższa.

- 80 W świetle odpowiedzi udzielonych na pytania zadane przez Trybunał wydaje się, że szacunkowa wartość usług rozpatrywanych w postępowaniu głównym, które mogą być objęte załącznikiem XIV do dyrektywy 2014/24, może być niższa od szacunkowej wartości innych usług stanowiących przedmiot umowy będącej przedmiotem postępowania głównego. Należy zatem wyjść z założenia, że art. 74–77 tej dyrektywy nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie, czego zbadanie należy jednak do sądu odsyłającego.
- 81 W świetle tych uwag należy ustalić, czy ogólne zasady udzielania zamówień publicznych ustanowione w dyrektywie 2014/24 sprzeciwiają się wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia mieszanego, takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, ze względu na to, że po uwzględnieniu swojego pośredniego udziału w kapitale tego wykonawcy instytucja zamawiająca uznała, iż jej wkład w kapitał spółki z kapitałem mieszanym wykraczałby faktycznie poza to, co zostało określone w dokumentacji przetargowej, gdyby wybrała tego wykonawcę na swojego wspólnika.
- 82 W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w ramach umowy mieszanej, takiej jak będąca przedmiotem postępowania głównego, zamówienie publiczne na usługi nie stawowi jako takie przedmiotu postępowania przetargowego zgodnego z wymogami dyrektywy 2014/24.
- 83 Uznaje się przy tym, że wymogi te zostały spełnione przy udzielaniu takiego zamówienia publicznego, jeżeli wykonawca, z którym instytucja zamawiająca ma utworzyć spółkę z kapitałem mieszanym, której udziela się tego zamówienia, został wybrany zgodnie z procedurą, która spełnia te wymogi. Wynika z tego, że procedura ta powinna umożliwiać w szczególności wybranie wspólnika instytucji zamawiającej, któremu powierzy się działalność operacyjną i zarządzanie usługą będącą przedmiotem zamówienia publicznego, z poszanowaniem zasad równego traktowania i niedyskryminacji, wolnej konkurencji i przejrzystości. Kryteria kwalifikacji tego wspólnika nie mogą zatem opierać się wyłącznie na wniesionym kapitale, lecz powinny umożliwić kandydatom wykazanie, oprócz ich zdolności do bycia udziałowcem, przede wszystkim ich zdolności technicznej do świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia publicznego oraz korzyści ekonomicznych i innych korzyści swojej oferty (zob. analogicznie wyrok z dnia 15 października 2009 r., Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, pkt 59, 60).
- 84 W drugiej kolejności – z art. 58 ust. 1 i 3 dyrektywy 2014/24 wynika, że instytucja zamawiająca może zastosować kryteria kwalifikacji, które mają na celu w szczególności wyeliminowanie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia kandydatów lub oferentów, którzy nie przedstawiają wystarczających gwarancji co do swej sytuacji ekonomicznej i finansowej w celu wykonania danego zamówienia publicznego, pod warunkiem, po pierwsze, że kryteria te są odpowiednie do zagwarantowania, że kandydat lub oferent będzie posiadał taką zdolność, a po drugie, że są one związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.
- 85 W tym względzie należy zauważyć, po pierwsze, że z samej natury umowy mieszanej, takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, wynika, iż instytucja zamawiająca ustala, jaki ma być podział kapitału spółki o kapitale mieszanym, która ma zostać utworzona, między nią a jej wspólnikiem.
- 86 Wynika z tego, że gdy art. 58 ust. 1 i 3 dyrektywy 2014/24 stosuje się do takiej umowy mieszanej, pozwala on instytucji zamawiającej wymagać od wykonawców, którzy wyrazili chęć zostania wspólnikiem i podjęcia się faktycznego wykonania umowy o świadczenie usług zawartej z utworzoną w ten sposób spółką, aby wykazali, że dysponują zdolnościami ekonomicznymi i finansowymi niezbędnymi zarówno do utworzenia tej spółki, jak i do wykonania tej umowy.

- 87 Po drugie, w zakresie, w jakim posłużenie się spółką z kapitałem mieszanym wynika w szczególności z tego, że instytucji zamawiającej zależy na ograniczeniu zarówno swojej inwestycji w kapitał tej spółki, jak i związanego z tym ryzyka gospodarczego, instytucja zamawiająca powinna mieć też możliwość uwzględnienia udziału, choćby pośredniego, posiadanego przez siebie w kapitale wykonawców, którzy wyrazili chęć zostania jej współnikiem. Bowiem nawet jeśli taki udział jest pośredni, co do zasady naraża on instytucję zamawiającą na dodatkowe ryzyko ponad to, jakie ponosiłaby, gdyby nie posiadała, bezpośrednio ani pośrednio, żadnego udziału w kapitale swojego współnika.
- 88 Instytucja zamawiająca powinna zatem mieć możliwość, w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawcy mającego zostać jej współnikiem, wykluczenia wszystkich kandydatów, w których posiada udziały, choćby w sposób pośredni, jeżeli udział ten prowadzi do faktycznego naruszenia podziału kapitału spółki z kapitałem mieszanym między rzeczoną instytucję zamawiającą a jej współnika, tak jak został on określony w dokumentacji przetargowej, a tym samym do podania w wątpliwość gospodarczej i finansowej zdolności jej współnika do ponoszenia, bez udziału instytucji zamawiającej, ciężących na nim zobowiązań wynikających z takiej umowy mieszanej.
- 89 Wymóg taki pozwala więc zagwarantować, jak wymaga tego art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24, że wykonawcy będą posiadali zdolność ekonomiczną i finansową niezbędną do wykonania zobowiązań wynikających z danej umowy mieszanej.
- 90 Ponadto, z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji przez sąd odsyłający, wymóg taki nie wykracza w sposób widoczny poza to, co niezbędne do zapewnienia realizacji celu przyświecającego instytucji zamawiającej, polegającego na tym, by nie angażować się gospodarczo, choćby pośrednio, ponad udział w spółce z kapitałem mieszanym, co do którego instytucja zamawiająca wyraziła zamiar nabycia w dokumentacji przetargowej. Podobny wymóg mógłby zostać uznany za nieproporcjonalny jedynie w sytuacji, gdyby na podstawie właściwych przepisów krajowych lub właściwych postanowień umownych było wykluczone, żeby w ramach działalności spółki z kapitałem mieszanym utworzonej przez instytucję zamawiającą i wykonawcę, w którym instytucja ta posiada bezpośrednio lub pośrednio udziały, rzeczona instytucja zamawiająca była narażona na jakiegokolwiek dodatkowe ryzyko gospodarcze, nawet pośrednie, z powodu takiego udziału w kapitale swojego współnika.
- 91 W trzeciej kolejności należy dodać, że zasady równego traktowania i przejrzystości, przypomniane w pkt 83 niniejszego wyroku, wymagają również, aby wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w dokumentacji przetargowej, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy profil oferentów i złożone przez nich oferty odpowiadają kryteriom danego przetargu (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 grudnia 2018 r., *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice*, C-216/17, EU:C:2018:1034, pkt 63; a także z dnia 17 czerwca 2021 r., *Simonsen & Weel*, C-23/20, EU:C:2021:490, pkt 61).
- 92 Do sądu odsyłającego należy zatem zbadać, czy w niniejszej sprawie można było wywieść w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny z dokumentacji przetargowej, że pośrednie udziały miasta Rzym w kapitale wykonawców, którzy zgłosili swoją kandydaturę na jego współnika, zostaną uwzględnione w celu ustalenia, czy dysponują oni wystarczającą zdolnością ekonomiczną i finansową.

93 Z powyższego wynika, że art. 58 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę z postępowania mającego na celu, po pierwsze, utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, udzielenie tej spółce zamówienia publicznego na usługi, jeżeli wykluczenie to uzasadnione jest przez fakt, iż ze względu na pośredni udział tej instytucji zamawiającej w kapitale owego wykonawcy maksymalny udział tej instytucji zamawiającej w kapitale wskazanej spółki, określony przez nią w dokumentacji przetargowej, zostałyby w rzeczywistości przekroczone, gdyby wybrała ona tego wykonawcę na swojego wspólnika, o ile takie przekroczenie skutkowałoby zwiększeniem ryzyka gospodarczego ponoszonego przez tę instytucję zamawiającą.

*W przedmiocie dyrektywy 2014/23*

94 Przy założeniu, że część umowy będącej przedmiotem postępowania głównego dotycząca udzielenia zamówienia na usługi pomocnicze w stosunku do działalności szkolnej powinna zostać zakwalifikowana jako „koncesja na usługi” w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/23, należy zauważyć w pierwszej kolejności, że szacunkowa wartość tej części zamówienia, a tym samym całej umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, znacznie przekracza próg, powyżej którego dyrektywa ta ma zastosowanie na mocy jej art. 8.

95 W drugiej kolejności, ze względów analogicznych do tych, które zostały przedstawione w pkt 73–77 niniejszego wyroku, art. 17 ust. 1 i 4 tej dyrektywy nie ma zastosowania do postępowania głównego.

96 W trzeciej kolejności, ze względów analogicznych do tych, które zostały przedstawione w pkt 78–80 niniejszego wyroku, należy wyjść z założenia – które jednakże powinien zweryfikować sąd odsyłający – że na podstawie art. 20 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/23 koncesja na usługi będąca przedmiotem postępowania głównego nie podlega uproszczonemu systemowi zamówień ustanowionemu w art. 19 tej dyrektywy, ponieważ szacunkowa wartość rozpatrywanych w postępowaniu głównym usług, które mogą być objęte zakresem załącznika IV do tej dyrektywy, nie przewyższa wartości pozostałych usług będących przedmiotem koncesji.

97 W czwartej kolejności, ze względów analogicznych do przedstawionych w pkt 82–93 niniejszego wyroku, należy uznać, że art. 38 dyrektywy 2014/23 zezwala instytucji zamawiającej na uwzględnienie jej ewentualnego pośredniego udziału w kapitale wykonawców, którzy wyrazili chęć zostania jej wspólnikiem, w celu ustalenia, czy utworzenie spółki z kapitałem mieszanym z takimi wykonawcami nie stanie na przeszkodzie temu, by faktycznie dochowała ustanowionego przez siebie samą limitu udziału w kapitale tej spółki. Artykuł 38 zezwala jej również co do zasady na wykluczenie z postępowania o udzielenie koncesji na usługi każdego wykonawcy, który ze względu na to, że instytucja zamawiająca posiada, choćby pośrednio, udział w jego kapitale, nie mógłby zostać wspólnikiem tej instytucji zamawiającej bez naruszenia przy tym w praktyce maksymalnego udziału w kapitale tej spółki z kapitałem mieszanym, który instytucja zamawiająca ustaliła dla siebie.

98 Mając na względzie powyższe, należy uznać, że art. 38 dyrektywy 2014/23 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę z postępowania mającego na celu, po pierwsze, utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, udzielenie tej spółce koncesji na usługi, jeżeli wykluczenie to uzasadnione jest przez fakt, iż ze względu na pośredni udział tej instytucji zamawiającej w kapitale owego wykonawcy maksymalny udział tej instytucji zamawiającej w kapitale wskazanej spółki, określony przez nią w dokumentacji przetargowej,



zostałby w rzeczywistości przekroczony, gdyby wybrała ona tego wykonawcę na swojego wspólnika, o ile takie przekroczenie skutkowałoby zwiększeniem ryzyka gospodarczego ponoszonego przez tę instytucję zamawiającą.

### **W przedmiocie kosztów**

- 99 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) **Artykuł 58 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365 z dnia 18 grudnia 2017 r., należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę z postępowania mającego na celu, po pierwsze, utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, udzielenie tej spółce zamówienia publicznego na usługi, jeżeli wykluczenie to uzasadnione jest przez fakt, iż ze względu na pośredni udział tej instytucji zamawiającej w kapitale owego wykonawcy maksymalny udział tej instytucji zamawiającej w kapitale wskazanej spółki, określony przez nią w dokumentacji przetargowej, zostałby w rzeczywistości przekroczony, gdyby wybrała ona tego wykonawcę na swojego wspólnika, o ile takie przekroczenie skutkowałoby zwiększeniem ryzyka gospodarczego ponoszonego przez tę instytucję zamawiającą.**
- 2) **Artykuł 38 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2366 z dnia 18 grudnia 2017 r., należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę z postępowania mającego na celu, po pierwsze, utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, udzielenie tej spółce koncesji na usługi, jeżeli wykluczenie to uzasadnione jest przez fakt, iż ze względu na pośredni udział tej instytucji zamawiającej w kapitale owego wykonawcy maksymalny udział tej instytucji zamawiającej w kapitale wskazanej spółki, określony przez nią w dokumentacji przetargowej, zostałby w rzeczywistości przekroczony, gdyby wybrała ona tego wykonawcę na swojego wspólnika, o ile takie przekroczenie skutkowałoby zwiększeniem ryzyka gospodarczego ponoszonego przez tę instytucję zamawiającą.**

Podpisy