OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
CHRISTINE STIX-HACKL
przedstawiona w dniu 12 stycznia 2006 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. Niniejsze postępowanie prejudycjalne dotyczy pytania, na jakich warunkach udzielenie zamówienia publicznego uważa się za tak zwane quasi-wewnętrzne udzielenie zamówienia i na jakich warunkach udzielenie takiego zamówienia w konsekwencji nie podlega dyrektywie Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy [2]. Chodzi zatem o kolejną sprawę dotyczącą wykładni i stosowania kryteriów określonych w wyroku w sprawie Teckal [3] i — przynajmniej częściowo — sprecyzowanych w wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau [4].

2. Poza tym niniejsze postępowanie wpisuje się w listę częściowo rozstrzygniętych [5] już postępowań dotyczących udzielania przez gminy włoskie zamówień w dziedzinie zaopatrzenia w energię oraz usuwania odpadów.

II — Ramy prawne: prawo wspólnotowe

3. *Dyrektywa 93/36* zawiera w art. 1 podstawowe regulacje dotyczące jej zakresu obowiązywania.

4. Artykuł 1 zdanie wprowadzające oraz lit. a) stanowi:

„Dla celów niniejszej dyrektywy:

a) »zamówieniami publicznymi na dostawy« są umowy o charakterze odpłat-

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Dz.U. L 199, str. 1.

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

4 — Wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03, Zb.Orz. str. I-1.

5 — Zobacz na przykład postanowienie z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-310/01 Comune di Udine (Dz.U. 2003, C 55, str. 20); wyrok z dnia 9 września 1999 r. w sprawie C-108/98 RI.SAN., Rec. str. I-5219.

nym, zawierane na piśmie między dostawcą (osobą fizyczną lub prawną) a jedną z instytucji zamawiających, określonych w lit. b) poniżej, których przedmiotem jest kupno, leasing, dzierżawa, najem lub kupno na raty, z opcją lub bez opcji zakupu towarów. Dostawa tych produktów może ponadto obejmować czynności montażu i instalacji [...]".

5. W pkt 49 i 50 wyroku w sprawie Teckal Trybunał ustanowił zasady wyłączenia określonych czynności z zakresu stosowania dyrektyw:

„49 Dla udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy mamy do czynienia z umową, sąd krajowy ma obowiązek zbadać zaistnienie porozumienia pomiędzy dwoma odrębnymi podmiotami.

50 W tym celu, zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36, wystarczy w zasadzie, by umowa została zawarta pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem od niej odrębnym pod względem prawnym. Odmienna sytuacja może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i gdy podmiot ten prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującej nad nim kontrolę jednostki lub jednostek terytorialnych".

6. Pierwszy z tych dwóch wyżej wymienionych warunków Trybunał sprecyzował w wyrokach w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau [6] oraz w sprawie Parking Brixen [7].

7. Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji [8] zawiera przepis w sprawie udzielania zamówień przedsiębiorstwom pozostającym w określonych bliskich relacjach z instytucją zamawiającą, zmieniony obecnie na mocy dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych [9].

8. Artykuł 13 ust. 1 dyrektywy 93/38 stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień na usługi, które:

a) podmiot zamawiający udziela przedsiębiorstwu powiązanemu;

6 — Wyżej wymieniony w przypisie 4.

7 — Wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03, Zb.Orz. str. I-8585.

8 — Dz.U. L 199, str. 84.

9 — Dz.U. L 134, str. 1.

b) są udzielane przez wspólne przedsiębiorstwo utworzone przez pewną liczbę podmiotów zamawiających w celu prowadzenia odpowiedniej działalności w rozumieniu art. 2 ust. 2 jednemu z tych podmiotów zamawiających lub przedsiębiorstwu powiązanemu z jednym z tych podmiotów zamawiających,

pod warunkiem że nie mniej niż 80% przeciętnych przychodów tego przedsiębiorstwa pochodzących z usług wykonywanych na terenie Wspólnoty w okresie poprzedzających trzech lat pochodzi ze świadczenia takich usług przedsiębiorstwom powiązanym.

Jeżeli więcej niż jedno powiązane z podmiotem zamawiającym przedsiębiorstwo świadczy takie same lub podobne usługi, należy brać pod uwagę całkowity przychód pochodzący ze świadczenia usług przez te przedsiębiorstwa".

III — Stan faktyczny i postępowanie przed sądem krajowym

9. Gmina Busto Arsizio zorganizowała w dniu 22 września 2003 r. przetarg na dostawę energii oraz na konserwację, dostosowanie do wymogów prawnych oraz unowocześnienie urządzeń grzewczych w budynkach komunalnych (wartość zlecenia w kwocie 8 450 000 EUR powiększona o podatek VAT, podzielona była w następujący sposób: 5 700 000 EUR z tytułu dostawy paliw — w 4/5 oleju opałowego i w 1/5 metanu, 1 000 000 EUR z tytułu konserwacji i 1 750 000 EUR z tytułu unowocześnienia i dostosowania do wymogów).

10. Gmina Busto Arsizio (zwana dalej „gminą") uchwałą nr 804 z dnia 21 listopada 2003 r. postanowiła zawiesić procedurę przetargową do dnia 10 grudnia 2003 r. w oczekiwaniu na uchwałę w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Skarżąca Carbotermo SpA (zwana dalej „Carbotermo") złożyła swoją ofertę w dniu 22 listopada 2003 r. Consorzio Alisei (zwana dalej „Alisei") przygotowała wprawdzie ofertę techniczną, ale nie złożyła jej w pierwotnie przepisanym terminie do 24 listopada 2003 r., ponieważ w dniu 21 listopada 2003 r. otrzymała komunikat gminy, że procedura przetargowa została zawieszona do dnia 10 grudnia 2003 r., a następnie wpłynęło do niej zawiadomienie o unieważnieniu przetargu.

11. Uchwałą nr 857 z dnia 10 grudnia 2003 r. gmina unieważniła przetarg i zastrzegła sobie możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki AGESP SpA (zwanej dalej „AGESP").

12. AGESP jest w 100% kontrolowana przez AGESP Holding SpA [10] będącą z kolei spółką akcyjną, której 99,98% kapitału zakładowego należy do gminy [11]. Pozostałymi udziałowcami jest kilka sąsiednich gmin w tej samej prowincji.

13. W dniu 18 grudnia 2003 r. nastąpiło udzielenie omawianego zamówienia z wolnej ręki AGESP.

14. Carbotermo i Alisei wniosły przeciwko tym uchwałom skargę do Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia. Sąd ten połączył obydwa postępowania i postanowieniem z dnia 27 maja 2004 r., zarejestrowanym w sekretariacie Trybunału w dniu 9 sierpnia 2004 r., zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy zgodne z dyrektywą 93/36/EWG jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki na dostawę paliw i ciepła dla urządzeń grzewczych w budynkach będących własnością lub znajdujących się w zarządzie gminy, oraz na związaną z tym obsługę, kontrolę i konserwację (z przewagą wartości dostawy), spółce akcyjnej, której cały kapitał zakładowy znajduje się w danej chwili w posiadaniu innej spółki akcyjnej, której z kolei większościowym udziałowcem (99,98%) jest gmina udzielająca zamówienia, to jest spółce (AGESP), której bezpośrednim właścicielem nie jest podmiot publiczny, lecz inna spółka (AGESP Holding), której kapitał w 99,98% jest obecnie w posiadaniu administracji publicznej?

2) Czy przesłankę wykonywania przez przedsiębiorstwo, któremu udzielono zamówienia publicznego z wolnej ręki, przeważającej części działalności na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy 93/38/EWG i czy można uznać, że została ona spełniona w przypadku, w którym wymienione przedsiębiorstwo uzyskuje większość swoich przychodów od kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego lub z tytułu działalności wykonywanej na obszarze właściwości tej jednostki?".

10 — Zgodnie z art. 7 statutu AGESP „żaden z akcjonariuszy, z wyjątkiem spółki dominującej AGESP Holding SpA, nie może posiadać akcji o wartości przekraczającej jedną dziesiątą kapitału zakładowego spółki".

11 — Zgodnie z art. 6 statutu AGESP Holding SpA większość akcji jest zastrzeżona dla gminy.
Zgodnie z art. 7 statutu AGESP Holding SpA „żaden akcjonariusz będący osobą prywatną [...] nie może posiadać więcej niż 10% ogólnego kapitału zakładowego spółki".

IV — W przedmiocie pytań prejudycjalnych

15. Co do zasady obydwa pytania prejudycjalne dotyczą dwóch warunków łącznych, pod którymi quasi-wewnętrzne udzielanie zamówień nie jest objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 93/36 (tak zwany wyjątek z wyroku w sprawie Teckal lub kryteria z wyroku w sprawie Teckal): kontrola analogiczna do sprawowanej nad własnymi służbami oraz działalność głównie na rzecz udziałowca. Jeżeli warunki te byłyby spełnione, nie miałyby zastosowania regulacje określone w dyrektywie, na przykład dotyczące przestrzegania określonych przepisów proceduralnych.

16. Celem wyjaśnienia należy podkreślić, że dla niniejszego postępowania rozstrzygające znaczenie ma ówczesny stan prawny, a zatem nie nowy, określony w tak zwanym pakiecie legislacyjnym.

V — Uwagi wstępne

17. Niniejsze postępowanie, podobnie jak postępowania wcześniejsze, pokazało, że kryteria z wyroku w sprawie Teckal składają się z szeregu nieokreślonych pojęć nasuwających liczne problemy prawne i powodujących trudności w wyznaczaniu ich granic. W świetle tych doświadczeń powstaje pytanie, w jaki sposób Trybunał może jak najlepiej wyjaśnić te prawne zagadnienia, aby dla zainteresowanych zapanował stan pewności prawa. Jedna możliwość polega na tym, że nie będzie on doprecyzowywał swojego orzecznictwa jedynie w odniesieniu do konkretnego przypadku, lecz w ogólniejszej formie niż dotychczas. Inne rozwiązanie polega na usunięciu wątpliwości zrodzonych w związku z wyjątkiem z wyroku w sprawie Teckal poprzez dogłębną rewizję orzecznictwa. W listopadzie 1999 r. Trybunał na mocy wyroku w sprawie Teckal uchylił furtkę dla wyjątków od dyrektywy. W dalszym ciągu pozostaje jednak niejasne, jak szeroko jest ona uchylona.

18. Akurat niniejsze postępowanie pokazuje, że okoliczność ta ma również wpływ w odniesieniu do krajowych sądów najwyższych, takich jak włoski Consiglio di Stato. I tak — zgodnie z postanowieniem odsyłającym — wytyczne ustanowione przez Consiglio di Stato dotyczące quasi-wewnętrznego udzielenia zamówień opierają się na orzeczeniu Trybunału [12]. Natomiast nie rozstrzyga się w tym miejscu kwestii, czy powyższe orzecznictwo odpowiada orzecznictwu Trybunału. Postępowanie przed sądem krajowym, podobnie jak inne postępowania znajdujące się w toku w pozostałych państwach członkowskich, pokazuje jednak, że orzecznictwo Trybunału w sposób oczywisty nie zawiera jasnych dyspozycji dla zainteresowanych środowisk gospodarczych i sądów państw członkowskich.

12 — Wyżej wymienione w przypisie 5 postanowienie w sprawie Comune di Udine.

19. Mimo wyrażonych przeze mnie zastrzeżeń, w celu umożliwienia Trybunałowi dokonania wyboru pomiędzy różnymi rozwiązaniami alternatywnymi, doprecyzuję poniżej w bardziej ogólnej formie wyjątek z wyroku w sprawie Teckal. Trybunałowi wciąż jednak pozostaje możliwość przyjęcia innego rozwiązania.

VI — Pierwsze kryterium: kontrola analogiczna do kontroli sprawowanej nad swymi własnymi służbami

20. Niniejsze postępowanie wykazuje wiele szczególnych cech, które odróżniają go w całościowym ujęciu od innych zawisłych lub już rozstrzygniętych postępowań dotyczących „partnerstwa publiczno-prywatnego" (zwanych dalej „PPP").

21. Jak wykazują to akta, inaczej niż w przypadku stanu faktycznego w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, brak jest udziału przedsiębiorstw prywatnych. Ponadto w ramach niniejszego postępowania chodzi o inną konstrukcję prawną z zakresu prawa spółek niż w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, a mianowicie o spółkę akcyjną. Z kolei w odróżnieniu od spraw Parking Brixen [13] lub Teckal w niniejszym postępowaniu udzielono zamówienia nie spółce zależnej, lecz spółce pośrednio zależnej od jednostki samorządu terytorialnego.

13 — Wyżej wymieniony w przypisie 7.

A — *Ocena prawna udziałów pośrednich*

22. Pierwszą cechę charakterystyczną dla postępowania w niniejszej sprawie, podobnie jak w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, stanowi okoliczność, że zamówienie nie zostaje udzielone z wolnej ręki podmiotowi, którego bezpośrednim udziałowcem jest jednostka samorządu terytorialnego.

23. W związku z tym powstaje pytanie, czy kryteria z wyroku w sprawie Teckal znajdują również zastosowanie do sytuacji, w których mamy do czynienia z pośrednim posiadaniem akcji, tzn. czy z zakresu stosowania dyrektyw w sprawie udzielania zamówień publicznych wyłączone są także transakcje, w których instytucja publiczna, na rzecz której realizowane jest świadczenie, posiada akcje danego podmiotu jedynie za pośrednictwem innej spółki.

24. Komisja, podobnie jak rząd polski, z zasadniczych powodów zdecydowanie przeciwstawiają się takiej wykładni.

25. Z orzecznictwa Trybunału nie można wywieść jasnego stanowiska. Taka sytuacja

ma miejsce również po wydaniu wyroku w sprawie Parking Brixen.

26. Za zasadniczą dopuszczalnością stosowania kryteriów z wyroku w sprawie Teckal również w odniesieniu do przypadków pośredniego posiadania akcji przemawia fakt, że Trybunał w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau w ogóle przeprowadził odpowiednie badanie, czy spełnione zostały warunki określone w obydwu kryteriach z wyroku w sprawie Teckal. Z tego można by wyprowadzić wniosek o zasadzie milczącego uznania dopuszczalności.

27. Wydaje się natomiast, że treść wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau skłania do innego wniosku. I tak sformułowanie w pkt 49 brzmi: „[...] prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującego nad nią kontrolę organu lub organów władzy". Można by z tego wywieść, że wymiana świadczeń powinna się odbywać bezpośrednio pomiędzy publiczną instytucją zlecającą jako udziałowcem oraz podmiotem, w którym instytucja ta posiada udziały.

28. Ponieważ jednak zwrot ten wyraźnie nawiązuje do drugiego kryterium, tj. podstawowej działalności, można by wnioskować, że wyrok w sprawie Teckal nie zawiera jasnych wskazówek, czy również posiadanie udziałów w sposób pośredni może spełnić pierwsze kryterium.

29. Okoliczność, że u podstaw sprawy Teckal leżała spółka publiczno-publiczna oraz że Trybunał wyraźnie uznał tego typu konstrukcje poprzez wprowadzenie tak zwanych kryteriów z wyroku w sprawie Teckal przemawia natomiast za tym, iż co do zasady również pośrednie udziały mogą być objęte tym kryterium. Warunkiem jest jednak spełnienie kryterium kontroli przez posiadaczy udziałów na wszystkich poziomach.

30. Zgodnie z wyrokiem w sprawie Parking Brixen, w odniesieniu do tego kryterium, istotne znaczenie ma okoliczność, że istnieje możliwość „wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje". W tym zakresie należy brać pod uwagę całokształt obowiązujących przepisów prawnych i istotnych okoliczności [14]. Zgodnie z tym wyrokiem nie wydaje się jednak konieczne, by wpływ ten był wywierany również w sposób rzeczywisty.

B — *Ocena prawna przedsiębiorstw publiczno-publicznych*

1. Kwestie zasadnicze

31. Stan faktyczny postępowania przed sądem krajowym wykazuje inną jeszcze cechę szczególną odróżniającą go od stanu leżącego u podstaw sprawy Stadt Halle i RPL Lochau. W niniejszym postępowaniu nie

14 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok, pkt 65.

chodzi bowiem o podmiot publiczno-prywatny, lecz o podmiot, a dokładniej o spółkę dominującą tego podmiotu, której udziałowcami nie są przedsiębiorstwa prywatne. Nie wynika to wprawdzie z postanowienia odsyłającego, ale z pozostałych akt. Ponadto udziały innych podmiotów wynoszą jedynie 0,02% kapitału. Ponieważ posiadaczami tych pozostałych udziałów są inne gminy, a więc podmioty publiczne, chodzi o przedsiębiorstwo publiczno-publiczne, zwane też „partnerstwem publiczno-publicznym".

32. Jeżeli okoliczności będące przedmiotem niniejszego postępowania zestawi się z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału, to wyłania się następujący obraz: z jednej strony widoczna jest istotna różnica w porównaniu do sprawy Stadt Halle i RPL Lochau, w której chodziło o podmiot publiczno-prywatny, z drugiej strony widoczna jest analogia do sprawy Teckal, która dotyczyła spółki publiczno-publicznej. Podmiot, który w ostatniej wymienionej sprawie miał realizować umowę dostawy, tj. AGAC, posiadał co prawda własną osobowość prawną, ale powstał w wyniku inicjatywy kilku gmin.

33. Za stosowaniem wyjątku z wyroku w sprawie Teckal do podmiotów publiczno-publicznych, poza wyrokiem w sprawie Teckal, o którym już była mowa, przemawia również okoliczność, że dla Trybunału w wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau [15] rozstrzygający był fakt, iż przedsiębiorstwa prywatne dążą do osiągnięcia innych celów niż jednostki samorządu terytorialnego.

34. W niniejszym postępowaniu chodzi jednak wyłącznie o udział gmin, a nie interesy osób prywatnych. Ponieważ gminy dążą do osiągnięcia celów leżących w interesie publicznym, przynajmniej na pierwszy rzut oka można by przyjąć założenie, że spełnione jest kryterium kontroli, nawet biorąc pod uwagę jego ścisłą wykładnię. Ma to w każdym razie miejsce wówczas, gdy warunek zbieżności interesów [16] interpretuje się w ten sposób, że występuje ona przez sam fakt braku interesów prywatnych. Nie jest jednak wykluczona teza, że gminy mogą reprezentować różne interesy, co potwierdza ich działalność jako uczestników życia gospodarczego. W takim przypadku nie ma już mowy o zbieżności interesów.

35. Wreszcie nie należy również pomijać faktu, że w sprawie Teckal chodziło o „azienda municipalizzata", a nie o spółkę akcyjną, jak w niniejszym postępowaniu. Do znaczenia formy podmiotu z punktu widzenia prawa spółek należy jeszcze powrócić.

15 — Wyżej wymieniony w przypisie 4 wyrok, pkt 50.

16 — Zobacz podejście rzecznik generalnej J. Kokott w opinii przedstawionej w dniu 1 marca 2005 r. w ww. sprawie Parking Brixen, pkt 74 i nast.

36. Odpowiedzi na pytanie, jak należy traktować podmioty publiczno-publiczne, powinno się jednak udzielić również w świetle zasady dokonywania wykładni potwierdzonej wyraźnie w wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, zgodnie z którą każdy wyjątek od obowiązku stosowania przepisów wspólnotowych powinien podlegać wykładni zawężającej [17].

37. Nawet w wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, w którym nie chodziło o posiadanie udziałów przez więcej niż jednego udziałowca, Trybunał podkreślił możliwość stosowania co do zasady wyjątku w sprawie Teckal do podmiotów, w których występuje więcej niż jeden udziałowiec. Wynika to z faktu, że Trybunał [18] nie tylko przejął w dosłownym brzmieniu kryterium z wyroku w sprawie Teckal, lecz także przypomniał, iż w tej sprawie właścicielami podmiotu były „organy administracji publicznej". W tym przypadku Trybunał zastosował zatem liczbę mnogą nie tylko w odniesieniu do drugiego kryterium.

38. Wynika z tego więc, że nawet podmioty, w których występuje więcej niż jeden posiadacz udziałów, mogą być co do zasady objęte zakresem wyjątku z wyroku w sprawie Teckal.

39. Do celów stosowania wyjątku z wyroku w sprawie Teckal do okoliczności niniejszej sprawy należałoby jednak uczynić kolejny krok, ponieważ dodatkowo sprawa ta dotyczy pośredniego udziału. Moim zdaniem nie należy automatycznie, w sposób ogólny i abstrakcyjny, wykluczać możliwości zastosowania wyjątku z wyroku w sprawie Teckal również do takich przypadków.

40. Przeciwnie, również w niniejszej sprawie należy w sposób konkretny sprawdzić, czy spełnione jest kryterium kontroli. Należy przy tym przypomnieć kryterium ustanowione przez Trybunał w sprawie Parking Brixen. Zgodnie z nim istotne jest, że podmiot kontrolowany dysponuje jedynie pewnym marginesem autonomii [19], w szczególności w stosunku do swych akcjonariuszy [20].

41. Ponieważ w niniejszym przypadku, szczególnie na podstawie statutu spółki, istnieje możliwość posiadania akcji przez osoby prywatne, w odniesieniu do kryterium kontroli należy zbadać, czy ewentualne otwarcie się kapitału spółki dla osób prywatnych ma znaczenie prawne.

42. W odniesieniu do takiego otwarcia się kapitału można by zróżnicować sytuację w zależności od tego, czy udział osób prywatnych jest tylko prawnie możliwy, czy też bezwzględnie wymagany. Co się tyczy pierwszej kategorii, można by ją dalej róż-

17 — Wyżej wymieniony w przypisie 4 wyrok, pkt 46.
18 — Ibid., pkt 49.
19 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok, pkt 70.
20 — Ibid., pkt 68.

nicować według kryterium, czy faktycznie skorzystano z tej możliwości — zatem przypadki takie jak sprawa Stadt Halle i RPL Lochau, gdzie otwarcie już nastąpiło, są automatycznie wykluczone.

43. W tym zakresie Komisja reprezentowała pogląd, że nawet potencjalny udział osób prywatnych, wynikający na przykład ze statutu spółki kapitałowej, przemawia za tym, że kryterium kontroli nie jest spełnione.

44. Przeciwko temu skrajnemu poglądowi reprezentowanemu przez Komisję przemawiają przede wszystkim kwestie zasadnicze. I tak kwalifikacja prawna przedsięwzięć typu PPP zależałaby jedynie od *możliwych* przyszłych zdarzeń. To, czy zdarzenia te *faktycznie* zaistnieją, byłoby jednak bez znaczenia. Takie stanowisko w świetle systemu dyrektyw w sprawie udzielania zamówień jest czymś nowatorskim. Ponadto prawo zainteresowanego państwa członkowskiego mogłoby nawet nie dopuszczać określonego w statucie zakazu przenoszenia akcji na osoby prywatne.

45. Jednak z drugiej strony zasada ochrony przed obchodzeniem prawa leżąca u podstaw dyrektyw w sprawie udzielania zamówień nakazuje, żeby uwzględniać określone zdarzenia mające miejsce po przeniesieniu obowiązków, tj. po udzieleniu zamówienia. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których otwarcie kapitału nie nastąpiło jeszcze w momencie udzielenia zamówienia, ale istniał już konkretny plan w tym zakresie.

46. Pojawia się pytanie, czy wyrok w sprawie Parking Brixen zmienia coś w tej ocenie. Przeciwko temu przemawia fakt, że w tamtej sprawie, w odróżnieniu od niniejszego postępowania, otwarcie się spółki na kapitał zewnętrzny było wymagane i stanowiło tylko jedną z pięciu przesłanek mających istotne znaczenie dla oceny [21]. Jednak to wciąż nie wyklucza, że możliwe otwarcie się kapitału — choćby tylko łącznie z innymi szczególnymi cechami wyróżniającymi stan faktyczny w sprawie przed sądem krajowym — może nawet prowadzić do tego, iż w tej sytuacji nie zostanie osiągnięty minimalny stopień kontroli. Należy zatem jeszcze poddać analizie te pozostałe cechy szczególne i ich znaczenie w odniesieniu do kontroli.

47. W związku z tym konieczne jest również zwrócenie uwagi na okoliczności leżące u podstaw postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Republice Austrii [22] oraz na ostatnio wydany w tej sprawie przez Trybunał wyrok.

21 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok, pkt 67.

22 — Wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. str. I-9705.

48. Sprawa Komisja przeciwko Austrii dotyczyła zlecenia usuwania odpadów przez gminę miejską Mödling spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, to znaczy przez gminę spółce w 100% od niej zależnej. Po około dwóch tygodniach od zlecenia zadań gmina miejska postanowiła odstąpić 49% udziałów prywatnemu przedsiębiorstwu. Zbycie nastąpiło mniej więcej po upływie kolejnych dwóch tygodni. Wykonywanie zleconej działalności rozpoczęło się kilka tygodni później.

49. W ww. wyroku Trybunał podkreślił, że udzielenie tego zamówienia rozpatrywać należy z uwzględnieniem wszystkich tych etapów oraz ich celu, a nie w oderwaniu [23]. Ta okoliczność przemawia za tym, że należy wziąć pod uwagę także zdarzenia mające miejsce po udzieleniu zamówienia, co Trybunał wyraźnie podkreśla we wspomnianym postępowaniu [24]. Dotyczyło ono jednak, w odróżnieniu od niniejszego, zdarzeń, które *faktycznie* miały miejsce. W jego ramach spółka otworzyła się bowiem na udziały osób prywatnych. W momencie orzeczenia w przedmiocie całego przebiegu zdarzeń doszło już do tego otwarcia.

23 — Ibid., pkt 41.
24 — Ibid., pkt 38.

50. W odróżnieniu od powyższego z akt niniejszego postępowania nie wynika, czy i, w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej, kiedy nastąpiło przekazanie akcji osobom prywatnym oraz czy istniały stosowne plany. Z tej perspektywy ani wyrok w sprawie Parking Brixen, ani wyrok w sprawie Komisja przeciwko Austrii nie dostarczają jednoznacznych wskazówek świadczących o tym, że wystarcza jedynie *możliwość* otwarcia się spółki na udział podmiotów prywatnych.

51. Tym samym można przyjąć założenie, że dotychczasowe orzecznictwo nie wyłącza co do zasady udzielania zamówień na rzecz podmiotów publiczno-publicznych z zakresu wyjątku z wyroku w sprawie Teckal. Należy zatem poniżej przedstawić warunki, jakie powinny spełniać tego rodzaju zamówienia.

2. Poszczególne warunki

52. Warunki, na jakich udzielanie zamówień na rzecz podmiotów publiczno-publicznych może podlegać zakresowi stosowania wyjątku z wyroku w sprawie Teckal, dotyczą stosunku pomiędzy danym podmiotem a instytucjami prawa publicznego posiadającymi udziały tego podmiotu w sposób bezpośredni lub pośredni.

53. Na wstępie należy odrzucić argument podnoszony w ramach postępowania, zgodnie z którym wyjątek z wyroku w sprawie Teckal obejmuje wyłącznie „przenoszenie uprawnień w ramach jednej organizacji lub między organizacjami" czy też struktury organizacyjne jednostki samorządu terytorialnego. W orzecznictwie Trybunału nie można znaleźć stwierdzeń odnoszących się do tych kategorii.

54. Ogólnie rzecz biorąc, między innymi również w wyroku w sprawie Parking Brixen Trybunał przyjmuje interpretację funkcjonalną, a nie formalną. I tak istotne jest ukształtowanie stosunków pomiędzy uczestnikami, co jeszcze zostanie omówione dokładniej. W szczególności należy uwzględnić ogólne i abstrakcyjne przepisy, takie jak krajowe prawo spółek, oraz konkretne zapisy, jak na przykład statut danego podmiotu [25].

55. W odróżnieniu od sprawy Stadt Halle i RPL Lochau podmiot, który w ramach niniejszego postępowania ma świadczyć usługi, nie jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością prawa niemieckiego, lecz spółką akcyjną prawa włoskiego (SpA).

56. W przedmiotowej sprawie znajdują zastosowanie właściwe przepisy Codice civile (włoskiego kodeksu cywilnego, zwanego dalej „C.C.").

57. Różnica istnieje również w odniesieniu do podmiotu, który podlegał badaniu w sprawie Teckal. Podczas gdy tamto postępowanie dotyczyło formy prawnej „azienda municipalizzata", niniejsze postępowanie dotyczy podmiotu (AGESP), który wprawdzie początkowo działał w ramach wymienionej formy prawnej, ale uchwałą nr 148 z dnia 24 września 1997 r. został przekształcony w spółkę akcyjną.

58. Zgodnie z prawem włoskim spółki akcyjne dysponują co do zasady większą autonomią niż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

59. Moim zdaniem abstrakcyjne badanie istniejących na podstawie C.C. możliwości wywierania wpływu przez akcjonariuszy na spółki akcyjne oraz na ich spółki zależne jest niewystarczające. Jak już wykazałam wcześniej, chodzi raczej o konkretne ukształtowanie stosunków pomiędzy spółką pośrednio dominującą a spółką bezpośrednio dominującą oraz pomiędzy spółką bezpośrednio dominującą a spółką zależną [26].

25 — Podobnie ww. w przypisie 7 wyrok, pkt 66 i nast.

26 — Zobacz moja opinia w ww. w przypisie 4 sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 65.

60. Forma prawna spółki akcyjnej, taka jak na przykład w prawie włoskim, nie stanowi zatem sama w sobie „problemu". Można to zresztą wywnioskować z wyroku w sprawie Parking Brixen, który również dotyczył spółki akcyjnej prawa włoskiego. Sam fakt, że Trybunał nie uważa tej okoliczności za wystarczającą dla wyciągnięcia wniosków na temat samodzielności spółki, a tym samym na temat braku kontroli, przemawia za tym, że forma prawna włoskiej spółki akcyjnej jako taka nie wyklucza wystarczającej kontroli.

61. Jednak przekształcenie przedsiębiorstwa własnego w spółkę akcyjną stanowi przynajmniej jedną z wielu okoliczności, które należy uwzględnić przy ocenie samodzielności [27].

62. W odniesieniu do badania danego ukształtowania stosunków znaczenie mają w każdym razie konkretne uprawnienia poszczególnych akcjonariuszy, a nie ich faktyczne wykonywanie w praktyce [28]. Pogląd ten Trybunał potwierdził w międzyczasie w sprawie Parking Brixen, w której badał statut przedmiotowej spółki akcyjnej [29].

63. Poza tym uprawnienia kontrolne akcjonariusza lub akcjonariuszy muszą dotyczyć nie tylko ogólnych decyzji o udzielaniu zamówień czy też konkretnej decyzji w danym przypadku [30], lecz obejmować cały proces kierowania przedsiębiorstwem.

64. Odnośnie do środków kontrolnych w rachubę wchodzą zwykle prawo do wydawania poleceń służbowych, uprawnienia nadzorcze oraz uprawnienia w zakresie mianowania. Należy przy tym przyjąć zasadę, zgodnie z którą istotne znaczenie ma konkretna możliwość wywierania wpływu, a nie tylko przepisy prawne [31].

65. Na koniec należy jeszcze poddać analizie przedstawiony w ramach postępowania argument, że ocena postępowania w sprawie zamówienia i zastosowanie wyjątku z wyroku w sprawie Teckal są uzależnione od zachowania uczestników, a więc podmiotu sprawującego kontrolę oraz podmiotu kontrolowanego, w odniesieniu do udzielenia konkretnego zamówienia.

66. I tak z zachowania uczestników w ramach postępowania udzielenia zamówienia, a przede wszystkim z zachowania pod-

27 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 67.

28 — Zobacz moja opinia w ww. sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 76.

29 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok, pkt 66 i nast.

30 — Zobacz moja opinia w ww. sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 77.

31 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 65.

miotu publiczno-publicznego można wnioskować o jego samodzielności wobec instytucji zamawiającej.

67. W tym zakresie, w ramach niniejszego postępowania zwracano co do zasady uwagę na treść umowy. W szczególności zawarta w umowie kara umowna za niezrealizowanie określonych celów powinna zostać oceniona jako przesłanka przemawiająca za autonomią AGESP.

68. Ponieważ kryterium kontroli odnosi się ogólnie do wywierania wpływu na zarządzanie spółką, zachowanie podmiotu podlegającego analizie w ramach konkretnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia nie może mieć decydującego znaczenia. Mogłoby to bowiem prowadzić do sytuacji, w której ten sam podmiot w jednym postępowaniu podlega zakresowi wyjątku z wyroku w sprawie Teckal, a w innym nie. Z orzecznictwa Trybunału nie wynika jednak tego rodzaju konkretny pogląd. Przeciwnie, kwalifikację stosunków, a tym samym spełnienie kryterium kontroli, Trybunał wiąże z okolicznościami leżącymi po stronie uczestników postępowania.

69. Ocena, czy ogólne i abstrakcyjne przepisy prawa krajowego oraz konkretne ukształtowanie stosunków w statucie przedmiotowej spółki, w niniejszej sprawie szczególnie art. 19 statutu, zapewniają wystarczającą kontrolę, zależy od zbadania danego stanu faktycznego. Badanie to oraz wykładnia prawa krajowego zgodnie z podziałem kompetencji określonym w art. 234 WE nie należy jednak do zadań Trybunału, lecz sądu krajowego.

C — *Dotychczasowe ustalenia*

70. Kryterium kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami może być co do zasady spełnione również w przypadku przedsiębiorstw publiczno-publicznych. Obowiązkiem sądu krajowego jest ocena stanu faktycznego prowadzonego przed nim postępowania. W odniesieniu do uwarunkowań niniejszej sprawy sąd ten ma obowiązek uwzględnienia następujących okoliczności:

— interesów akcjonariuszy,

— przekształcenia „azienda municipalizzata" w spółkę akcyjną,

— nieobowiązkowego otwarcia się spółki na kapitał zewnętrzny, które nie nastąpiło,

— możliwości zakładania przez AGESP oddziałów również za granicą,

— zakresu możliwości wywierania wpływu na powoływanie zarządu i na kierowanie spółką,

— uprawnień zarządu AGESP oraz

— okoliczności, że gmina posiada akcje AGESP w sposób pośredni, poprzez AGESP Holding.

71. Trybunał mógłby jednak w niniejszym postępowaniu — podobnie jak uczynił to już w sprawach Stadt Halle i RPL Lochau i Parking Brixen — samodzielnie dokonać ostatecznej oceny uwarunkowań takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym. Ponieważ przedstawione wyżej okoliczności pokrywają się w dużym stopniu z okolicznościami w sprawie Parking Brixen [32], przy czym dochodzi jeszcze pośredni udział, dopuszczalny jest wniosek — przy przyjęciu za podstawę dotychczasowego orzecznictwa, uznawanego za zbyt surowe przez licznych komentatorów — że w odniesieniu do okoliczności postępowania przed sądem krajowym pierwsze kryterium, tj. wystarczająca kontrola podobna do sprawowanej nad własnymi służbami, nie jest spełnione.

72. Gdyby natomiast Trybunał skorzystał z okazji wyjaśnienia swojego dotychczasowego orzecznictwa w ten sposób, że przynajmniej niektóre partnerstwa publiczno-publiczne mogą spełniać kryterium kontroli i gdyby doszedł do wniosku, że ma to miejsce również w postępowaniu przed sądem krajowym, miałby również okazję po raz pierwszy bliżej sprecyzować drugie kryterium z wyroku w sprawie Teckal, a więc kryterium podstawowej działalności.

VII — Drugie kryterium: wykonywanie podstawowej części działalności na rzecz akcjonariusza

73. W odróżnieniu od pierwszego kryterium z wyroku w sprawie Teckal nie istnieje orzecznictwo Trybunału dotyczące drugiego kryterium, które byłoby wydane po tym wyroku i które bliżej objaśniałoby to kryterium. Niniejsze postępowanie stwarza Trybunałowi stosowną okazję.

74. Postępowanie przed sądem krajowym dotyczy ponadto uwarunkowań, w których

32 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok, pkt 67.

na pierwszym poziomie, tj. pomiędzy gminą a AGESP Holding mamy do czynienia z prawie 100-procentowym udziałem, a na drugim etapie, tj. pomiędzy AGESP Holding a AGESP, z udziałem 100%.

75. Podobnie jak już miało to miejsce w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, w niniejszym postępowaniu chodzi o udział pośredni. Należy zatem zbadać, czy również działalność spółki pośrednio zależnej na rzecz spółki pośrednio dominującej może co do zasady spełniać drugie kryterium z wyroku w sprawie Teckal.

A — *Teza wyjściowa*

76. Ponieważ Trybunał w wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau nie musiał rozpatrywać wykładni drugiego kryterium w świetle wybranej przez siebie wykładni pierwszego kryterium, logiczną tego konsekwencją jest to, że powtarzam tu reprezentowany w tym zakresie pogląd wyrażony w mojej opinii w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau.

77. Ustanowione w wyroku w sprawie Teckal drugie kryterium dotyczące podstawowej działalności odnosi się do określonego minimalnego udziału w całości działalności wykonywanej przez podmiot kontrolowany. Chodzi zatem o ustalenie wymiaru działalności wykonywanej ogółem oraz na rzecz akcjonariusza w szerokim znaczeniu.

78. W związku z tym należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że z okoliczności, iż pojęcie akcjonariusza nie powinno być interpretowane zbyt wąsko, nie można wnioskować, że obejmuje ono również czynności wykonywane na rzecz osób trzecich, które akcjonariusz w przeciwnym razie sam musiałby wykonać. W praktyce dotyczy to przede wszystkim usług użyteczności publicznej, a tym samym gmin (jednostek samorządu terytorialnego), które w stosunku do określonych osób mają obowiązek świadczenia pewnych usług.

79. Następnie należy uściślić, że chodzi tutaj o faktycznie prowadzoną działalność, a nie o działalność dopuszczalną zgodnie z prawem lub statutem spółki, a tym bardziej o działalność, do której prowadzenia zobowiązana jest kontrolowana jednostka [33].

80. Głównym pytaniem jest zatem, od jakiej wysokości udziałów osiągany jest poziom przewidziany przez drugie kryterium z wyroku w sprawie Teckal. W tej kwestii opinie są podzielone i wahają się od ponad 50% — przez „znaczne udziały" i „prawie wyłączność" — do „wyłączności".

33 — W ślad za moją opinią rzecznik generalna J. Kokott w opinii przedstawionej w dniu 1 marca 2005 r. w ww. sprawie Parking Brixen, pkt 81.

81. W tym zakresie istnieje nie tylko podejście pozytywne, opierające się na ilości usług świadczonych na rzecz posiadacza udziałów, ale również podejście negatywne, które posługuje się kryterium udziału procentowego usług świadczonych na rzecz innych podmiotów niż posiadacz udziałów. To ostatnie podejście reprezentowane jest w opinii rzecznika generalnego P. Légera w sprawie ARGE. Według niego „dyrektywa znajduje zastosowanie, gdy jednostka prowadzi główną działalność *na rzecz innych* podmiotów gospodarczych lub innych jednostek, które nie stanowią instytucji zamawiającej" [34]. Z uwagi na to, że w wyroku w sprawie Teckal, ustanawiającym drugie kryterium, reprezentowane jest podejście pozytywne, nie należy tutaj dalej rozwijać podejścia negatywnego.

82. Cytowany fragment opinii rzecznika generalnego P. Légera ukazuje jednak również inny istotny aspekt, który należy mieć na uwadze przy określaniu wysokości udziału.

83. Nasuwa się bowiem pytanie, czy drugie kryterium z wyroku w sprawie Teckal pozwala jedynie na rozpatrywanie pod względem ilościowym, czy też należy odnieść się również do względów jakościowych. Za tymi ostatnimi przemawia brzmienie i sens wyjątku, który w żaden sposób nie określa, jak należy oceniać prowadzoną działalność. Również autentyczna wersja właściwego fragmentu wyroku w sprawie Teckal, tj. włoska wersja językowa, nie wyklucza dodatkowego lub alternatywnego rozpatrywania pod względem jakościowym („la parte più importante della propria attività").

84. Ponadto wyrok w sprawie Teckal nie zawiera jakiejkolwiek wskazówki odnoszącej się do metody obliczania udziałów. A zatem nie jest oczywiste, że istotny jest wyłącznie osiągany obrót.

85. Moim zdaniem sąd krajowy powinien zatem ustalić, co stanowi „podstawową działalność", na podstawie elementów ilościowych i jakościowych.

86. W związku z tym należy przypomnieć, że autentyczną wersję opinii stanowi wybrana przez rzecznika generalnego jako oryginalna wersja językowa. W świetle tej zasady z opinii rzecznika generalnego P. Légera wynika, że po pierwsze odnosi się on do „quasi-exclusivité" [quasi-wyłączności] świadczonych usług, co w niemieckiej wersji językowej zostało przetłumaczone jako „sämtliche Dienstleistungen" [35]. Po drugie, opierając się na wersji w języku postępowania, tj. włoskim,

34 — Opinia rzecznika generalnego P. Légera przedstawiona w dniu 15 czerwca 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE (wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r., Rec. str. I-11037), pkt 93 (wyróżnienie własne).

35 — Opinia rzecznika generalnego P. Légera w ww. w przypisie 34 sprawie ARGE, pkt 74.

dokonuje analizy drugiego kryterium z wyroku w sprawie Teckal, używając określeń „en grande partie" [w dużej części], tłumaczonego na niemiecki jako „im Wesentlichen" [36], lub „la plus grande partie de leur activité" [największa część prowadzonej przez nie działalności] (w niemieckiej wersji językowej „den größten Teil ihrer Tätigkeit") [37].

87. Dla uściślenia podaje się w doktrynie, ale także w postępowaniach przed Trybunałem kryterium 80% określone w art. 13 dyrektywy 93/38. Jako uzasadnienie wskazuje się, że kryterium to jest „obiektywne" i „właściwe".

88. W tym zakresie należy zauważyć, że inny udział procentowy również mógłby być obiektywny i właściwy. Jak podkreślili niektórzy uczestnicy tego postępowania prejudycjalnego, już w opinii w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau zwróciłam uwagę na fakt, że sztywne określenie udziału procentowego może również stanowić przeszkodę dla właściwego rozstrzygnięcia. Ponadto określenie takie nie pozwala na uwzględnienie elementów jakościowych.

89. Przeciwko możliwości przeniesienia kryterium 80% określonego w art. 13 dyrektywy 93/38 przemawia przede wszystkim okoliczność, że mamy tutaj do czynienia z przepisem przewidującym wyjątek od stosowania dyrektywy obowiązującej dla określonych sektorów. Zgodnie z wolą ustawodawcy wspólnotowego przewidziana wartość ogranicza się do wspomnianej dyrektywy. Nawet jeśli w praktyce główne założenie mogłoby znajdować zastosowanie poza danymi sektorami, to niewątpliwie tego typu uregulowanie nie zostało zawarte w dyrektywie mającej zastosowanie w niniejszym przypadku.

90. Po drugie, popierając przeniesienie progu 80% pomija się fakt, że art. 13 dyrektywy 93/38 stosuje się wyłącznie w odniesieniu do usług. Jako że chodzi o przepis o charakterze odstępstwa, niemożliwe jest z definicji analogiczne stosowanie go w odniesieniu do dostaw w obrębie tych sektorów. Dopiero zmiana w ramach pakietu legislacyjnego doprowadziła w tym zakresie do rozszerzenia na dostawy towarów [38].

91. Po trzecie, ustawodawca wspólnotowy utrzymał nawet przy okazji nowelizacji dyrektyw w tak zwanym pakiecie legislacyjnym próg 80% tylko w odniesieniu do poszczególnych sektorów i odstąpił od jego przeniesienia do tak zwanej klasycznej dyrektywy. W momencie nowelizacji drugie kryterium z wyroku w sprawie Teckal było już

36 — Ibid., pkt 81.

37 — Ibid., pkt 83.

38 — Artykuł 23 dyrektywy 2004/17.

jednak znane i stanowiło też przedmiot dyskusji w ramach procedury ustawodawczej.

92. Po czwarte, możliwość odwołania się do art. 13 dyrektywy 93/38 jest wyłączona również z innych przyczyn. Artykuł 13 ust. 2 dyrektywy 93/38 zobowiązuje bowiem instytucje zamawiające do przedstawienia Komisji, na jej wniosek, określonych informacji. Ten wymóg formalny równoważy uregulowany w art. 13 wyjątek. W przypadku wyjątku z wyroku w sprawie Teckal Trybunał zdecydował się jednak na inne rozwiązanie.

93. Po piąte, już okoliczność, że Trybunał nie zdefiniował drugiego kryterium z wyroku w sprawie Teckal w nawiązaniu do znanej mu z pewnością dyrektywy 93/38, sama w sobie przemawiałaby przeciwko możliwości przeniesienia. Trybunał ograniczył się raczej do dwóch materialnoprawnych przesłanek odbiegających od postanowień art. 13, a mianowicie do dwóch kryteriów z wyroku w sprawie Teckal. Przesłanki te należy jednakże interpretować wąsko, właśnie z uwagi na brak porównywalnego z art. 13 formalnoprawnego uregulowania.

94. Podsumowując, należy podtrzymać pogląd, zgodnie z którym próg 80% wynikający z dyrektywy 93/38 nie stanowi kryterium dla oceny podstawowej działalności [39].

B — *Dalsze rozwinięcie tezy w świetle ostatniego orzecznictwa*

95. Jako warunek zastosowania wyjątku kryterium podstawowej działalności należy interpretować w sposób zawężający. Trybunał potwierdził to, stwierdzając w pkt 63 wyroku w sprawie Parking Brixen:

„Ponieważ mamy do czynienia z odstępstwem od zasad ogólnych prawa wspólnotowego, rzeczone dwie przesłanki wymienione w poprzednim punkcie podlegają wykładni

39 — W sprawie przedmiotowej literatury, która w międzyczasie stała się przeważającym poglądem: M. Dreher, „Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-House-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", *NZBau*, 2002, str. 245, 253; W. Krohn, „»Aus« für In-House-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen", *NZBau*, 2005, str. 92, 95; Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht*, 2000, str. 97, 105; U.D. Pape, H. Holz, „Die Voraussetzungen vergabefreier In-House-Geschäfte", *NJW*, 2005, str. 2264, 2265 i nast.; W. Jaeger, „Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", w: Büdenbender, Kühne, Baur (Hrsg.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, str. 455, 464; Ch. Riese, A. van den Eikel, „Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?", *Vergaberecht*, 2005, str. 590, 601; K. Weltzien, „Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an In-House Entity: The scope of procurement directives in the classical sector", *Public Procurement Law Review*, 2005, str. 237, 249, który słusznie zwraca uwagę na fakt, że dyrektywa 93/38 obowiązuje również w stosunku do przedsiębiorstw prywatnych; J. Ziekow, T. Siegel, „Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", *Vergaberecht*, 2005, str. 145, 148, którzy wyrażają wątpliwość co do zgodności formuły 80% z prawem wspólnotowym.

zawężającej i na podmiocie, który zamierza z niego skorzystać, spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających to odstępstwo".

96. Wymogi te należy również mieć na uwadze w niniejszym postępowaniu.

97. Ponadto reprezentuję pogląd, jak to już przedstawiłam w mojej opinii w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, zgodnie z którym „podstawową działalność" należy określić nie tylko na podstawie kryteriów ilościowych, lecz również na podstawie elementów jakościowych [40] [41].

98. W odniesieniu do elementów *jakościowych* należałoby ustalić, w jaki sposób i na czyją rzecz dany kontrolowany podmiot wykonuje swoją działalność. Przy tym jest istotne, czy w odniesieniu do działalności podmiotu w ogóle funkcjonuje rynek i czy podmiot świadczy na rynku część usług na rzecz innego podmiotu niż instytucja sprawująca kontrolę [42].

99. Nie należy tego jednak interpretować w ten sposób, że na usługi świadczone przez dany podmiot musi istnieć popyt ze strony również innych podmiotów niż instytucje publiczne. Ponieważ, nawet jeżeli *odbiorcami* towaru lub usługi są jedynie instytucje publiczne, nie oznacza to, że nie funkcjonuje rynek. Mogą bowiem istnieć inni *oferenci*. Tym samym ocena czynników jakościowych byłaby uzależniona nie tylko od stosunków pomiędzy podmiotem oferującym świadczenia a instytucją sprawującą kontrolę, lecz także — całkowicie w zgodzie z konkurencyjnym celem prawa zamówień publicznych — od jej pozycji rynkowej. Wobec tego zbliżylibyśmy się do tej kategorii podmiotów, w odniesieniu do której zgodnie z dyrektywami dopuszczalna jest procedura negocjacyjna bez publikacji ogłoszenia, to znaczy wtedy, gdy tylko jeden wykonawca może zrealizować zamówienie [43].

40 — W ślad za moją opinią rzecznik generalna J. Kokott w opinii w ww. sprawie Parking Brixen, pkt 83.

41 — Popierający tę tezę: M. Gabriel, B. Joachimsmeier, *Vergaberecht*, 2005, str. 103 i nast.; H. Schröder, „In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?", *NZBau*, 2005, str. 127 i nast.; K. Weltzien, op.cit., str. 237, 248.

42 — W tym zakresie należy zwrócić uwagę na definicję zawartą w art. 1 ust. 8 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 oraz art. 1 ust. 7 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17.
W dyrektywie znajdującej zastosowanie w niniejszej sprawie brakuje odpowiedniej definicji z wyraźnym odniesieniem do rynku.

43 — Zobacz obecnie art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 oraz art. 40 ust. 3 lit. c) dyrektywy 2004/17.

100. Ponadto co do zasady należałoby wyjaśnić, czy przy tym ma znaczenie wyłącznie faktycznie wykonywana działalność, czy należy również uwzględnić cel przedsiębiorstwa, na przykład cel spółki na podstawie statutu, a więc wszelką działalność, którą podmiot w ogóle może wykonywać. Nawet jeżeli uwzględnienie celu przedsiębiorstwa nie jest obce prawu zamówień publicznych, takie podejście jeszcze bardziej utrudniłoby ocenę podstawowej działalności, ponieważ w odniesieniu do potencjalnych — niepewnych i przyszłych — działań nie można przedstawić wiarygodnych i aktualnych informacji.

101. Pojawia się kolejne pytanie, czy powinno się uwzględnić tylko niektóre czynności realizowane przez podmiot, czy też wszystkie. I tak kryterium podstawowej działalności można by interpretować również w ten sposób, że należy przyjąć tylko tę działalność, która powinna być wykonywana również na rzecz podmiotu sprawującego kontrolę, a więc dostawę energii, przy czym pozostała działalność wykonywana przez podmiot, na przykład usuwanie odpadów, byłaby wyłączona. Decydujący byłby tylko relatywny udział odpowiadający danej dziedzinie działalności.

102. Jednak moim zdaniem już okoliczność, że chodzi o wyjątek od systemu dyrektywy, przemawia przeciwko takiej wykładni drugiego kryterium z wyroku w sprawie Teckal. Mogłoby to bowiem prowadzić do rozszerzenia zakresu postępowań objętych wyjątkiem w sytuacjach, w których kryterium podstawowej działalności jest wprawdzie spełnione w odniesieniu do określonego rodzaju działalności, ale nie w odniesieniu do całej działalności realizowanej przez podmiot.

103. Jak wynika zarówno ze sformułowania w wyroku w sprawie Teckal, jak i stanu faktycznego leżącego u podstaw niniejszego postępowania, kryterium podstawowej działalności może być jednak spełnione nie tylko w ten sposób, że działalność na rzecz jednego akcjonariusza przekracza poziom wyznaczający działalność podstawową, lecz również w ten sposób, że należy uwzględnić całość świadczeń realizowanych na rzecz wszystkich akcjonariuszy i ten wynik należy powiązać z ogółem wykonywanej działalności.

104. W pkt 50 wyroku w sprawie Teckal Trybunał w odniesieniu do drugiego kryterium również użył liczby mnogiej i stwierdził, co następuje:

„[...] Odmienna sytuacja może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami i gdy podmiot

ten prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującej nad nim kontrolę jednostki lub jednostek terytorialnych" [44].

105. Jeżeli ściśle zinterpretuje się to sformułowanie, istotne znaczenie mają nie tylko świadczenia wykonywane na rzecz instytucji sprawującej kontrolę, tj. na rzecz gminy Busto Arsizio, lecz istnieje możliwość uwzględnienia również świadczeń wykonywanych na rzecz innych akcjonariuszy.

106. Odnośnie do elementów *ilościowych* nie może mieć znaczenia jedynie obrót. Pod uwagę należy wziąć niewątpliwie również inne wskaźniki ekonomiczne. Jak podano w drugim pytaniu prejudycjalnym, co do zasady można by zatem uwzględnić także udział przychodów pochodzących z działalności na rzecz akcjonariusza w przychodach całkowitych. Jednak również w odniesieniu do udziału w przychodach całkowitych stosuje się zasadę dotyczącą udziału w obrocie całkowitym, zgodnie z którą nie wystarcza prosta przewaga w stosunku do innych przychodów. Należy zaznaczyć, że oba te wskaźniki dotyczą jedynie aspektu ilościowego.

44 — Wyróżnienie własne.

107. Wreszcie Trybunał w odniesieniu do kryterium podstawowej działalności nie sprecyzował, w którym momencie warunek ten powinien być spełniony lub jaki okres jest rozstrzygający do celów oceny.

108. Stosownie do systemu dyrektyw w sprawie udzielania zamówień byłby to moment, w którym instytucja zamawiająca działa, tzn. w tym przypadku udziela zamówienia. Prowadzi to jednak do uchwycenia jedynie sytuacji występującej w danej chwili, chyba że — podobnie jak art. 13 dyrektywy 93/38 — bierze się pod uwagę dłuższy okres.

109. Ponieważ AGESP realizuje świadczenia nie tylko bezpośrednio na rzecz gminy, lecz w odniesieniu do wielu świadczeń bezpośrednio na rzecz osób trzecich na terenie gminy, a mianowicie zarówno na rzecz przedsiębiorstw, jak i gospodarstw domowych, powstaje pytanie, czy i na jakich warunkach również świadczenia niewykonywane bezpośrednio dla gminy można uznać za świadczenia na jej rzecz, tzn. na rzecz instytucji sprawującej kontrolę w rozumieniu drugiego kryterium z wyroku w sprawie Teckal.

110. W tym zakresie po raz kolejny staje się widoczny brak precyzji drugiego kryterium z wyroku w sprawie Teckal oraz związana z tym niejasność prawa dla zainteresowanych

podmiotów. Dla zagwarantowania pewności prawa należałoby zatem doprecyzować tę kwestię.

111. W związku z tym podniesiono bowiem kwestię, czy ma znaczenie to, na jakim obszarze wykonywane są świadczenia. Gdyby przyjąć tę tezę, w postępowaniu przed sądem krajowym istotne byłyby tylko świadczenia wykonywane na terenie gminy Busto Arsizio. Dostateczne odniesienie do terytorium stanowi przynajmniej właściwe kryterium dla klasyfikacji świadczeń. Jest to związane z faktem, że tego rodzaju odniesienie ma duże znaczenie również przy określaniu kompetencji jednostek samorządu terytorialnego, a w szczególności gmin. Zbyt restrykcyjny byłby w każdym razie pogląd, zgodnie z którym kwalifikacji podlegałyby wyłącznie świadczenia na rzecz osób mających siedzibę na terenie gminy. Z drugiej jednak strony można by zaklasyfikować również świadczenia wykonywane co prawda poza gminą, ale na rzecz osób z gminy, choćby z tego względu, że gmina świadczenia takiego sama nie oferuje — na przykład z uwagi na koszty — ale świadczenie to jest realizowane przez instytucję, której udziałowcami jest wiele gmin lub jeden bądź wiele regionów.

112. Ponadto należy podkreślić, że okoliczność, na kogo wystawiony jest rachunek za świadczenie lub kto dokonuje płatności za świadczenie, jest dla kwestii klasyfikacji nieistotna. I tak akurat w odniesieniu do zadań związanych z usługami użyteczności publicznej ujętych w formie koncesji jest typowe, że przynajmniej część wynagrodzenia pochodzi od beneficjentów świadczeń. Należy tu mieć na uwadze w szczególności włączone do dyrektyw koncesje dotyczące budowy autostrad, za korzystanie z których pobiera się opłaty. Dla działalności komunalnej szczególnie istotne znaczenie mają przede wszystkim usługi transportowe, dostawy energii, usuwanie odpadów i budowa oraz ewentualnie również prowadzenie placówek oświatowych, obiektów rekreacyjnych i rozrywkowych bądź parkingów. W tego rodzaju przypadkach należałoby jednak na wstępie sprawdzić, czy nie chodzi o koncesje na świadczenie usług, do których system dyrektywy 93/36 już z tego względu nie ma zastosowania.

113. Trybunał powinien wyjaśnić drugie kryterium z wyroku w sprawie Teckal, ustalając warunki, na jakich objęte będą również świadczenia na rzecz osób trzecich. W rachubę wchodzi przede wszystkim rodzaj stosunków pomiędzy osobami trzecimi a instytucją sprawującą kontrolę, a więc w tym przypadku gminą. Klasyfikacja jako świadczenia wykonywane na rzecz gminy jest zrozumiała szczególnie w przypadkach, w których gmina jest wobec osób trzecich zobowiązana do realizacji świadczeń. Nie musi to koniecznie dotyczyć obowiązku zaopatrzenia wynikającego z prawa publicznego, na przykład właściwego prawa regionalnego. Możliwe byłoby również włączenie zobowiązań prywatnoprawnych, na przykład wynikających z umowy pomiędzy osobami prywatnymi a gminą. Wyjaśnienia wymagałaby również kwestia, czy dodatkowo należałoby uwzględnić stosunki umowne mające

znaczenie pomiędzy osobami trzecimi a podmiotem wykonującym świadczenia. Także w tym zakresie powinno być istotne, że poza faktycznym wykonywaniem świadczeń istnieje dodatkowo stosunek prawny pomiędzy gminą a podmiotem realizującym świadczenia.

114. W każdym razie należy odrzucić pogląd, zgodnie z którym powinno się uwzględnić wszelkie świadczenia wykonywane na rzecz mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego, a więc w tym przypadku gminy Busto Arsizio, ponieważ objęte byłyby również wszystkie inne dostawy na rzecz osób prywatnych pozostające bez związku z gminą. Wówczas nie miałby bowiem znaczenia rodzaj działalności gospodarczej. Gdyby podmiot na przykład nie tylko dostarczał energię lub usuwał odpady, ale także sprzedawał określone towary, jak urządzenia grzewcze lub pojemniki na odpady, nawet te transakcje byłyby klasyfikowane, mimo że chodzi o towary, które każdy konsument może uzyskać również z innych źródeł zaopatrzenia. Wykładnia nawiązująca wyłącznie do statusu osób trzecich będących konsumentami doprowadziłaby do powstania sytuacji, w której brane byłyby pod uwagę wszelkie świadczenia na rzecz konsumentów tylko z tego względu, że mają oni miejsce zamieszkania na terenie gminy.

115. Podsumowując, należy zatem stwierdzić, że istotny jest nie tylko sam status osoby trzeciej będącej konsumentem, lecz należy także wziąć pod uwagę przedmiot transakcji.

C — *Wstępne wnioski*

116. Kryterium, zgodnie z którym kontrolowany podmiot prowadzi działalność w przeważającym zakresie na rzecz sprawującej nad nim kontrolę jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego, może być spełnione również w przypadku przedsiębiorstw publicznych oraz pośredniego posiadania udziałów. W tym zakresie określone świadczenia wykonywane na rzecz osób trzecich należy również zaklasyfikować jako świadczenia na rzecz jednostki sprawującej kontrolę.

117. W niniejszym postępowaniu sąd krajowy ma obowiązek wzięcia pod uwagę szeregu okoliczności, do których należy zaliczyć również przychody pochodzące z działalności na rzecz akcjonariuszy, jednak z wyłączeniem kryterium 80%, określonego w art. 13 dyrektywy 93/38.

VIII — Wnioski

118. Z uwagi na powyższe rozważania proponuję Trybunałowi następująco odpowiedzieć na pytania prejudycjalne:

Dyrektywę Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie udzieleniu zamówienia na dostawy z wolnej ręki w postępowaniu takim jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym tylko wówczas, jeżeli są spełnione następujące warunki:

Po pierwsze, jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad innym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swymi własnymi służbami. Sąd krajowy ma obowiązek zbadania następujących okoliczności:

— interesów akcjonariuszy;

— przekształcenia „azienda municipalizzata" w spółkę akcyjną;

— nieobowiązkowego otwarcia się spółki na kapitał zewnętrzny, które nie nastąpiło;

— możliwości zakładania przez AGESP oddziałów również za granicą;

— zakresu możliwości wywierania wpływu na powoływanie zarządu i kierowanie spółką;

— uprawnień zarządu AGESP oraz

— okoliczności, że gmina posiada akcje AGESP w sposób pośredni, poprzez AGESP Holding.

Po drugie, podmiot ten prowadzi jednocześnie działalność w przeważającym zakresie na rzecz sprawującej nad nim kontrolę jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego. Sąd krajowy ma w tym zakresie obowiązek wzięcia pod uwagę okoliczności przywołanych w pkt 76–115, przy czym należy również uwzględnić przychody pochodzące z działalności na rzecz akcjonariuszy, jednak z wyłączeniem kryterium 80% w rozumieniu art. 13 dyrektywy 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.