Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 30 czerwca 2016 r.[1]

Sprawa C-51/15

Remondis GmbH & Co. KG Region Nord
przeciwko
Region Hannover

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberlandesgericht Celle (wyższy sąd krajowy w Celle, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne — Artykuł 4 ust. 2 TUE — Poszanowanie tożsamości narodowej obywateli państw członkowskich, nierozerwalnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego — Wewnętrzna organizacja państw członkowskich — Jednostki samorządu terytorialnego — Instrument prawny tworzący nowy podmiot prawa publicznego i organizujący przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych — Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 1 ust. 2 lit. a) — Pojęcie „zamówienia publicznego”

W niniejszej sprawie, która dotyczy wniosku

1. o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożonego przez Oberlandesgericht Celle (wyższy sąd krajowy w Celle, Niemcy), Trybunał będzie miał okazję zająć się trudną kwestią wzajemnego oddziaływania między uprawnieniem państw członkowskich do reorganizacji i przepisami prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych. Mówiąc konkretniej, Trybunał będzie musiał wyjaśnić, czy i, ewentualnie, na jakich warunkach akty przekazania kompetencji między organami administracji mogą stanowić zamówienia publiczne, a przez to podlegać przepisom Unii w tej dziedzinie. Chodzi tu o zagadnienie o istotnym znaczeniu praktycznym, które było przedmiotem zainteresowania w piśmiennictwie, w szczególności w Niemczech, a którym Trybunał nie miał jeszcze okazji się bezpośrednio zająć.

2. Kwestie podniesione przez sąd odsyłający w niniejszej sprawie wpisują się w ramy sporu pomiędzy przedsiębiorstwem świadczącym usługi gospodarowania odpadami, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord (zwanym dalej „Remondisem”) i Region Hannover (regionem Hanower, Niemcy) w przedmiocie zgodności z prawem przekazania przez ów region zadań przetwarzania odpadów, które na nim spoczywały, na instytucję publiczną Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (związek celowy samorządów regionu Hanower, zwany dalej „związkiem”), który powołał on w tym celu wspólnie z Landeshauptstadt Hannover (stolicą kraju związkowego Hanower, Niemcy, zwaną dalej „miastem Hanower”).

1 — Język oryginału: francuski.

3. Sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy taka czynność stanowi zamówienie publiczne zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE [2], a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy czynność taka może zostać wyłączona z zakresu stosowania prawa zamówień publicznych Unii na podstawie wyjątku typu „in-house", zgodnie z wyrokiem Teckal [3], lub wyjątku odnoszącego się do umów ustanawiających współpracę między podmiotami publicznymi, zgodnie z wyrokiem Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. [4].

I – Ramy prawne

A – *Prawo Unii*

4. Artykuł 4 ust. 2 TUE stanowi:

„Unia szanuje równość państw członkowskich wobec Traktatów, jak również ich tożsamość narodową, nierozerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego. Szanuje podstawowe funkcje państwa, zwłaszcza funkcje mające na celu zapewnienie jego integralności terytorialnej, utrzymanie porządku publicznego oraz ochronę bezpieczeństwa narodowego […]".

5. Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 zamówienia publiczne oznaczają, do celów tej dyrektywy, umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu rzeczonej dyrektywy.

6. Dyrektywa 2004/18 została uchylona dyrektywą 2014/24 [5], która zgodnie z jej art. 90 ust. 1 powinna zostać transponowana przez państwa członkowskie najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2016 r.

7. Motyw 4 dyrektywy 2014/24 stanowi, że „[c]oraz bardziej zróżnicowane formy działań publicznych spowodowały konieczność bardziej precyzyjnego zdefiniowania pojęcia samych zamówień publicznych; doprecyzowanie to nie powinno jednak rozszerzać zakresu stosowania niniejszej dyrektywy w porównaniu do zakresu dyrektywy 2004/18/WE. Unijne przepisy o zamówieniach publicznych nie mają na celu objęcia wszystkich sposobów wydatkowania środków publicznych, lecz tylko takie, które mają na celu nabycie robót budowlanych, dostaw lub usług za wynagrodzeniem w drodze zamówienia publicznego".

8. Artykuł 1 ust. 6 dyrektywy 2014/24 stanowi, że „porozumienia, decyzje lub inne instrumenty prawne regulujące przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami zamawiającymi lub grupami instytucji zamawiających, które nie przewidują wypłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy, uznaje się za kwestie, które podlegają wewnętrznemu uregulowaniu w danym państwie członkowskim i na którą w związku z tym niniejsza dyrektywa nie ma żadnego wpływu".

2 — Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114; sprostowanie Dz.U. 2004, L 351, s. 44).

3 — Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. (C-107/98, EU:C:1999:562).

4 — Wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r. (C-159/11, EU:C:2012:817).

5 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

B – *Prawo krajowe*

9. W Niemczech uregulowanie federalne nakłada obowiązki w dziedzinie gospodarowania odpadami na osoby prawne prawa publicznego, na których obowiązek ten spoczywa na mocy prawa kraju związkowego [6]. W odniesieniu do kraju związkowego Dolna Saksonia ustawa tego kraju związkowego w sprawie odpadów wyznacza jako wspólnoty prawa publicznego, którym powierzono przetwarzanie odpadów, powiaty i miasta nienależące do powiatów i stanowi, że zadania te wykonują one przy pomocy związków powołanych przez jednostki samorządu terytorialnego w celu zapewnienia przetwarzania odpadów, w przypadku gdy statut związku celowego tak stanowi [7].

10. Na podstawie ustawy Dolnej Saksonii w sprawie związków celowych, w brzmieniu obowiązującym w chwili utworzenia rozpatrywanego związku celowego [8], gminy, w celu wykonywania niektórych zadań, które mają one prawo lub obowiązek wykonywać, mogą tworzyć dobrowolne związki celowe lub mogą być łączone w przymusowe związki celowe. Związki celowe są jednostkami prawa publicznego, które kierują swoją działalnością w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. W przypadku utworzenia związku celowego prawa i obowiązki gmin uczestniczących w związku, związane z wykonywaniem zadań powierzonych związkowi, przechodzą na ów związek. Ponadto statut związku celowego powinien regulować kwestię zaspokojenia potrzeb związanych z wykonywaniem danych zadań w ten sposób, że w zakresie, w jakim pozostałe przychody związku celowego nie wystarczają do pokrycia kosztów jego zadań, członkowie związku są zobowiązani do zapłaty corocznie określanych składek.

11. Ustawa Dolnej Saksonii o współpracy międzygminnej w brzmieniu obowiązującym w chwili wysłania postanowienia odsyłającego [9] stanowi między innymi, że przekazanie zadań publicznych związkowi celowemu prowadzi do przeniesienia wszystkich praw i obowiązków związanych z wykonywaniem tych zadań i że związek celowy pobiera od członków składki, jeżeli jego pozostałe przychody nie wystarczają do pokrycia jego potrzeb finansowych.

II – Okoliczności faktyczne, postępowanie krajowe i pytania prejudycjalne

A – *Utworzenie związku celowego i jego statut*

12. Przed utworzeniem związku celowego, stosownie do niemieckich przepisów federalnych, a także przepisów kraju związkowego Dolna Saksonia w dziedzinie odpadów, region Hanower i miasto Hanower były zobowiązane do wykonywania zadań w zakresie wywozu i przetwarzania odpadów na terytorium, odpowiednio, regionu Hanower i miasta Hanower.

13. W następstwie pewnych zmian legislacyjnych dotyczących regionu Hanower i w obliczu reorganizacji wykonywania tych zadań region Hanower i miasto Hanower zawarły w dniu 29 listopada 2002 r. porozumienie, mocą którego to ostatnie przekazało regionowi Hanower zadania, które spoczywały na nim jako podmiocie prawa publicznego odpowiedzialnego za gospodarowanie odpadami.

6 — Zobacz § 17 ust. 1 i § 20 ust. 1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (ustawy o gospodarowaniu recyklingiem, a także §§ 13 i 15 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (ustawy o gospodarowaniu recyklingiem i odpadach), obowiązujące w chwili utworzenia związku celowego.

7 — Zobacz § 6 Niedersächsisches Abfallgesetz, w wersji z dnia 14 lipca 2003 r., jak również § 6 ust. 1 w wersji z dnia 14 października 1994 r., obowiązującej w dniu utworzenia związku celowego.

8 — Niedersächsischen Zweckverbandsgesetz z dnia 7 czerwca 1939 r. Zobacz w szczególności § 1, § 2 ust. 1, § 4 i § 29 ust. 1 tej ustawy.

9 — Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit z dnia 21 grudnia 2011 r. Zobacz w szczególności §§ 1, 2, 7–9 i 16.

14. Wkrótce potem, w dniu 19 grudnia 2002 r., region Hanower i miasto Hanower wspólnie przyjęły Verbandsordnung des Zweckverbandes Abfallwirtschaft Region Hannover (statut związku samorządów regionu Hanower, zwany dalej „statutem związku celowego”) [10]. W drodze tego statutu utworzyły one omawiany związek celowy, zorganizowały jego funkcjonowanie i powierzyły mu szereg różnych zadań.

15. Zgodnie z tym statutem związek celowy jest jednostką prawa publicznego (§ 2 ust. 3), która zastępuje region Hanoweru jako podmiot prawa publicznego odpowiedzialny za gospodarowanie odpadami zgodnie z odpowiednimi przepisami (§ 4 ust. 1). Oprócz gospodarowania odpadami (zadanie tzw. „typu B”), związkowi celowemu powierzono też inne obowiązki, z których pewne dotyczą wyłącznie miasta Hanower (zadania tzw. „typu C”), a jeszcze inne są wspólne dla obu członków (zadania tzw. „typu A”) [11].

16. W rozumieniu wspomnianego statutu związek celowy wywozi również odpady w celu ich odzysku i może w tym celu zawierać umowy z systemami mieszanymi („duale Systeme”, § 4 ust. 4). Przy wykonywaniu swoich zadań może on korzystać z usług osób trzecich i obejmować w tym celu udziały w przedsiębiorstwach i innych podmiotach (§ 4 ust. 5). Związek celowy przyjmuje ponadto przepisy statutowe i administracyjne dotyczące wykorzystywania jego infrastruktury publicznej i nakładania opłat, składek i zwrotu kosztów (§ 4 ust. 6).

17. Zgodnie z § 5 statutu związku celowego region Hanower i miasto Hanower wnoszą nieodpłatnie do związku celowego swoje jednostki, które dotychczas zapewniały realizację zadań w zakresie gospodarowania odpadami, oczyszczania ulic i utrzymania zimowego, oraz 94,9% udziałów Abfallentsorgungsgesellschaft Region Hannover mbH (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością gospodarowania odpadami regionu Hanower, zwaną dalej „ARH”), która to spółka zajmuje się przetwarzaniem odpadów na rzecz regionu Hanower i jest w całości przezeń kontrolowana.

18. Walne zgromadzenie związku celowego składa się z dyrektorów administracyjnych regionu Hanower i miasta Hanower, którzy są związani instrukcjami wydanymi przez jednostki samorządu terytorialnego będące członkami związku celowego, które reprezentują (§ 7 ust. 1 i 3). W przypadku głosowania w sprawie zadań typu A prawo głosu na zgromadzeniu mają przedstawiciele obu członków związku celowego. Natomiast w przypadku głosowania w sprawie zadań typu B lub C prawo głosowania przysługuje albo przedstawicielowi regionu Hanower (w odniesieniu do zadań typu B), albo przedstawicielowi miasta Hanower (w odniesieniu do zadań typu C) (§ 7 ust. 2). Zgodnie z § 8 statutu walne zgromadzenie jest właściwe w szczególności do zmiany tego statutu i powoływania dyrektora zarządzającego (*Geschäftsführerin/führer*) związku celowego [12].

19. Wreszcie, zgodnie z § 16 ust. 1 statutu związku celowego związek celowy musi w dłuższym okresie ze swoich przychodów zapewnić przynajmniej pokrycie kosztów. Jednakże zgodnie z ust. 2 tego paragrafu, w zakresie, w jakim przychody te nie wystarczają do pokrycia kosztów wykonywania zadań, oba podmioty, które należą do związku, są zobowiązane do zapłaty określanych corocznie składek.

20. Z akt sprawy wynika, że w 2011 r. związek celowy i ARH odnotowały wspólnie obrót w wysokości 189 020 912 EUR, z czego 11 232 173 EUR (czyli w przybliżeniu 6%) pochodziło z transakcji handlowych przeprowadzonych z podmiotami trzecimi, i że zgodnie z prognozami na rok 2013 kwoty te wyniosą, odpowiednio, 188 670 370,92 EUR oraz 13 085 190,85 EUR.

10 — ABl. für den Regierungsbezirk Hannover 2002, s. 766.

11 — Mówiąc bardziej szczegółowo, z § 4 ust. 2 statutu, dotyczącego związku celowego, wynika, że zadania typu C, które związek celowy wykonuje dla miasta Hanower na jego terytorium, dotyczą sprzątania ulic, utrzymania zimowego i zarządzania pojazdami, a zadania typu A, wspólne dla obu członków, dotyczą zarówno gospodarowania odpadami, jak i sprzątania ulic.

12 — Z postanowienia odsyłającego wynika, że walne zgromadzenie związku celowego jest również właściwe w szczególności w kwestii wyboru przewodniczącego zgromadzenia, w kwestiach, w których zarząd lub komitet administracyjny stanowi na podstawie rozporządzenia gminnego Dolnej Saksonii, a także w kwestiach, które zgodnie z tym samym rozporządzeniem nie należą do właściwości dyrektora zarządzającego.

B – *Postępowanie krajowe i pytania prejudycjalne*

21. Biorąc pod uwagę wielkość obrotów, jakie związek celowy generuje na działalności gospodarczej prowadzonej z osobami trzecimi niezależnymi od jego dwóch członków, Remondis wniósł skargę o kontrolę (*Nachprüfungsantrag*) do Vergabekammer (izby ds. zamówień publicznych). W swej skardze Remondis podniósł, że warunki, które pozwalają na to, aby nie organizować przetargu w przypadku udzielania zamówienia „in-house" w rozumieniu wyroku w sprawie Teckal [13], nie są już spełnione. Remondis twierdzi, że w tych okolicznościach powołanie związku celowego i związane z tym przekazanie mu zadań powinny być odtąd uznawane za „faktyczne bezprawne przyznanie zamówienia" i że w związku z tym region Hanower ponownie stał się podmiotem prawa publicznego właściwym do gospodarowania odpadami. Wynika stąd według Remondisu, że w zakresie, w jakim region Hanower nie zamierza sam świadczyć usług odpowiadających spoczywającym na nim obowiązkom, jest on zobowiązany do przeprowadzenia postępowania przetargowego.

22. Ponieważ skarga ta została oddalona przez izbę ds. zamówień publicznych [14], Remondis zwrócił się do sądu odsyłającego z żądaniem uchylenia orzeczenia oddalającego skargę. Przed sądem tym Remondis podniósł w szczególności, że utworzenie związku celowego i związane z tym przekazanie mu zadań stanowią zamówienie publiczne w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18. Region Hanower i związek celowy uważają natomiast, że utworzenie owego związku i przekazanie mu zadań nie mieszczą się w zakresie stosowania prawa zamówień publicznych, ponieważ rozpatrywane utworzenie i przekazanie zostały oparte na uchwale samorządu, a nie na umowie cywilnoprawnej czy umowie administracyjnej.

23. Sąd odsyłający wskazuje, że rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu zależy od odpowiedzi na argument Remondisu wskazany w poprzednim punkcie. Sąd twierdzi, że według przeważającego w piśmiennictwie niemieckim poglądu tworzenie związków celowych i przenoszenie nań zadań nie wymaga organizowania przetargu, ponieważ takie czynności nie stanowią zamówienia publicznego, lecz powodują jedynie przekazanie kompetencji, które stanowi środek konstytucyjnie gwarantowanej organizacji wewnętrznej państwa. Sąd odsyłający żywi jednak wątpliwości co do zgodności tej koncepcji w świetle orzecznictwa Trybunału, z którego wynika, że porozumienia podmiotów publicznych w celu wykonania zadania publicznego w ramach współpracy międzygminnej zasadniczo wchodzą w zakres prawa zamówień publicznych, chyba że mają zastosowanie szczegółowo określone wyjątki.

24. W niniejszej sprawie u podstaw utworzenia związku celowego i związanego z tym przekazania mu zadań leżało porozumienie członków tego związku, oparte na umowie publicznoprawnej. Gdyby miało się okazać, że utworzenie to i przekazanie stanowią zamówienie publiczne w rozumieniu dyrektywy 2004/18, dyrektywa ta znalazłaby zastosowanie, w przypadku gdy spełnione byłyby wszystkie pozostałe przesłanki jej stosowania. W szczególności, na podstawie przepisów § 5 i 16 statutu związku celowego, sąd odsyłający uważa, że zamówienie publiczne ma charakter odpłatny.

25. Sąd odsyłający zauważa następnie, że gdyby dana czynność stanowiła zamówienie publiczne w rozumieniu dyrektywy 2004/18, należałoby zbadać, czy do danego zamówienia należy zastosować zasady „zamówienia typu in-house" w rozumieniu orzecznictwa Teckal [15] lub zasady współpracy między podmiotami publicznymi w rozumieniu wyroku Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. [16].

13 — Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. (C-107/98, EU:C:1999:562). Zgodnie z pkt 50 tego wyroku prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie ma zastosowania, w przypadku gdy jednocześnie podmiot publiczny sprawuje nad podmiotem, który wykonuje na jego rzecz dostawy lub usługi, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, oraz ów drugi podmiot wykonuje swą działalność przede wszystkim na rzecz podmiotu lub podmiotów publicznych, w których dyspozycji pozostaje.

14 — Izba ds. zamówień publicznych orzekła, że obroty generowane przez transakcje z osobami trzecimi wobec związku celowego nie przekroczyły progu, powyżej którego nie działałby on zasadniczo na rzecz instytucji zamawiającej w rozumieniu wyroku z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562).

15 — Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. (C-107/98, EU:C:1999:562).

16 — Wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r. (C-159/11, EU:C:2012:817).

26. W tych okolicznościach postanowieniem z dnia 17 grudnia 2014 r. sąd odsyłający uznał za konieczne zawieszenie toczącego się przed nim postępowania w celu zwrócenia się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy umowa pomiędzy dwiema jednostkami samorządu terytorialnego, na podstawie której jednostki te w drodze statutu zakładają wspólny związek celowy z odrębną osobowością prawną, który od tego momentu na własną odpowiedzialność zapewnia wykonanie określonych zadań, należących dotychczas do zainteresowanych jednostek, stanowi »zamówienie publiczne« w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 […], jeżeli to przeniesienie zadań dotyczy usług w rozumieniu tej dyrektywy i następuje odpłatnie, związek celowy realizuje działania wykraczające poza zapewnienie wykonania zadań, które uprzednio należały do zainteresowanych jednostek, a przeniesienie zdań nie należy do »dwóch rodzajów zamówień«, które – mimo że są udzielane przez instytucje publiczne – według orzecznictwa Trybunału […] nie wchodzą w zakres stosowania unijnego prawa zamówień publicznych?

2) W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej: pytanie, czy utworzenie związku celowego i związane z tym przeniesienie na niego zadań w drodze odstępstwa nie wchodzi w zakres stosowania unijnego prawa zamówień publicznych, na zasadach, które wypracował Trybunał w odniesieniu do umów pomiędzy instytucją publiczną a prawnie odrębnym od niej podmiotem, według których zastosowanie unijnego prawa zamówień publicznych jest wyłączone, gdy instytucja sprawuje nad danym podmiotem podobną kontrolę jak nad swoimi własnymi służbami, a wskazany podmiot jednocześnie zasadniczo działa na rzecz instytucji, która (które) posiada(ją) w nim udziały (zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50), czy też zastosowanie znajdują zasady, jakie wypracował Trybunał w odniesieniu do umów, które ustanawiają współpracę między instytucjami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej (zob. na ten temat wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 34 i nast.)?”.

III – Postępowanie przed Trybunałem

27. Postanowienie odsyłające wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 6 lutego 2015 r. Uwagi zostały przedstawione przez Remondis, region Hanower, związek celowy, rządy francuski i austriacki oraz Komisję Europejską. W rozprawie, która odbyła się w dniu 20 kwietnia 2016 r., udział wzięli Remondis, region Hanower, związek celowy i Komisja.

IV – Analiza prawna

A – *W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego*

28. W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy umowa, taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego, zawarta między dwiema jednostkami samorządu terytorialnego, na podstawie której jednostki te w drodze statutu utworzyły związek celowy z odrębną osobowością prawną, który działając w ramach kompetencji własnych, zapewnia wykonanie określonych zadań, należących dotychczas do zainteresowanych jednostek, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 i z tego tytułu podlega przepisom tej dyrektywy.

29. W swoim pytaniu sąd odsyłający podkreśla następnie cztery elementy, które jego zdaniem charakteryzują sporne przedsięwzięcie, a mianowicie: po pierwsze, przeniesienie zadań dotyczy usług w rozumieniu dyrektywy 2004/18; po drugie, rzeczone przeniesienie następuje odpłatnie; po trzecie, związek celowy realizuje działania wykraczające poza zadania, które uprzednio należały do zainteresowanych jednostek; po czwarte, przeniesienie zdań nie należy do „dwóch rodzajów zamówień", które mimo że są udzielane przez instytucje publiczne, według orzecznictwa Trybunału nie wchodzą w zakres stosowania unijnego prawa zamówień publicznych.

30. Pierwsze pytanie prejudycjalne zmierza zatem do umożliwienia sądowi odsyłającemu dokonania oceny, czy jako zamówienie publiczne w rozumieniu dyrektywy 2004/18 należy zakwalifikować czynność kwestionowaną przez Remondis, czyli utworzenie przez region Hanower i miasto Hanower związku celowego z jednoczesnym przekazaniem mu zadań, które pierwotnie spoczywały na tych jednostkach.

31. Zainteresowani, którzy przedstawili uwagi przed Trybunałem, stoją w tym względzie na przeciwstawnych stanowiskach. Z jednej strony region Hanower, związek celowy, a także rządy francuski i austriacki stoją na stanowisku, że przeniesienie kompetencji, takie jak to, które miało miejsce w ramach rzeczonej czynności, nie należy co do zasady do dziedziny zamówień publicznych. Z drugiej strony Komisja i Remondis są odmiennego zdania, zgodnie z którym sytuacja taka jak rozpatrywana w sprawie przed sądem odsyłającym wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/18.

32. Trybunał nie miał jeszcze okazji zbadać konkretnie zagadnienia, czy i ewentualnie na jakich warunkach przekazanie kompetencji pomiędzy władzami publicznymi może stanowić zamówienie publiczne. Jednakże kwestia przekazania kompetencji była wspominana w kilku wyrokach, w szczególności w sprawach Komisja/Francja [17] i Piepenbrock [18], w których można znaleźć elementy użyteczne przy przeprowadzaniu analizy. Zatem w celu udzielenia odpowiedzi na pierwsze pytanie zadane przez sąd odsyłający należy zwrócić się ku tym wskazówkom.

1. W przedmiocie stosunku pomiędzy pojęciem zamówienia publicznego i przekazaniem uprawnień pomiędzy władzami publicznymi

33. Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 definiuje zamówienie publiczne jako umowę o charakterze odpłatnym zawartą na piśmie pomiędzy wykonawcą i instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu tejże dyrektywy.

34. Wśród różnych zasad opracowanych przez Trybunał w odniesieniu do pojęcia zamówienia publicznego należy na potrzeby niniejszej sprawy przypomnieć przede wszystkim, że zgodnie z orzecznictwem kwalifikacja prawna czynności jako zamówienia publicznego należy do dziedziny prawa Unii i, co za tym idzie, ewentualna kwalifikacja czynności dokonana według prawa krajowego nie jest w tym względzie decydująca [19]. Wynika stąd, że nawet jeśli w niniejszej sprawie sporna czynność nie została uznana na gruncie prawa niemieckiego za zamówienie publiczne, okoliczność ta nie stoi na przeszkodzie takiemu jej zakwalifikowaniu w prawie Unii.

17 — Wyrok z dnia 20 października 2005 r. (C-264/03, EU:C:2005:620). Zobacz w szczególności pkt 54.

18 — Wyrok z dnia 13 czerwca 2013 r. (C-386/11, EU:C:2013:385).

19 — Wyrok z dnia 29 października 2009 r., Komisja/Niemcy (C-536/07, EU:C:2009:664, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).

35. Następnie z orzecznictwa wynika również, że w przypadku gdy udzielenie zamówienia publicznego odbywa się w ramach struktury prawnej obejmującej szereg czynności, w celu zapewnienia skuteczności przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych, kwestię udzielenia zamówienia należy rozpatrywać z uwzględnieniem wszystkich tych etapów oraz ich celu [20]. Stąd wniosek, że czynność taka jak ta w postępowaniu przed sądem odsyłającym, która odbyła się w kilku etapach, w tym między innymi utworzenia podmiotu prawnego, powinna być oceniana całościowo w celu ustalenia, czy prowadziła do udzielenia zamówienia publicznego wchodzącego w zakres prawa Unii.

36. Ponadto, jak wynika z samego brzmienia wspomnianej wyżej definicji pojęcia zamówienia publicznego, znajdującej się w dyrektywie 2004/18, które to pojęcie odnosi się do „umowy o charakterze odpłatnym", zasadniczym elementem tego pojęcia jest stworzenie prawnie wiążących zobowiązań o charakterze wzajemnym. Zamówienie publiczne charakteryzuje wymiana świadczeń pomiędzy instytucją zamawiającą, która uiszcza cenę, i wykonawcą, który w zamian za ową cenę zobowiązuje się do realizacji robót lub obiektów budowlanych lub świadczenia usług [21]. Pojęcie zamówienia publicznego wymaga zatem istnienia czynności odpłatnego nabycia przez instytucję zamawiającą robót budowlanych, dostaw lub usług, i takich właśnie czynności dotyczy [22].

37. Jeśli chodzi w szczególności o charakter odpłatny, jak słusznie zauważa sąd odsyłający, z orzecznictwa wynika, że umowa nie może być wyłączona z pojęcia zamówienia publicznego wyłącznie z uwagi na fakt, że otrzymane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania zamówionej usługi [23].

38. Natomiast z orzecznictwa jasno wynika, że wewnętrzna organizacja państwa nie podlega prawu Unii. Trybunał uznał już bowiem wielokrotnie, że każde państwo członkowskie może rozdzielić kompetencje na płaszczyźnie krajowej, tak jak uzna to za stosowne [24], oraz że kwestia tego, w jaki sposób wykonywanie władzy publicznej jest zorganizowane w obrębie państwa, zależy wyłącznie od systemu konstytucyjnego każdego z państw członkowskich [25].

39. Orzecznictwo to jest zresztą spójne z jednej strony z art. 4 ust. 2 zdanie drugie TFUE, zgodnie z którym Unia szanuje zasadnicze funkcje państwa, wśród których znajduje się bez wątpienia funkcja, którą można by określić jako samodzielną organizację wewnętrzną państwa. Z drugiej strony jest ono zgodne z zasadą kompetencji powierzonych, przewidzianą w art. 5 ust. 1 i 2 TUE, ponieważ żaden przepis nie powierzył Unii kompetencji do ingerowania w wewnętrzną organizację państw członkowskich.

40. W tym względzie, w przypadku dotyczącym, jak w niniejszej sprawie, Republiki Federalnej Niemiec, Trybunał wyraźnie potwierdził, że prawo Unii nie może podważyć podziału kompetencji między jednostkami samorządu terytorialnego, ponieważ korzysta on z ochrony przyznanej przez art. 4 ust. 2 TUE, zgodnie z którym Unia ma obowiązek poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich nierozerwalnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego [26].

20 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r., Komisja/Austria (C-29/04, EU:C:2005:670, pkt 41 i nast.).

21 — Zobacz wyrok z dnia 25 marca 2010 r., Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 62), a także pkt 77 mojej opinii w tej samej sprawie (EU:C:2009:710). Zobacz także opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie Komisja/Hiszpania (C-306/08, EU:C:2010:528, pkt 84, 87); opinię rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Komisja/Niemcy (C-536/07, EU:C:2009:340, pkt 47).

22 — Zobacz w tym względzie wyraźne sformułowanie w motywie 4 dyrektywy 2014/24. W przedmiocie jego znaczenia dla niniejszej sprawy zob. pkt 45 i 46 niniejszej opinii.

23 — Zobacz wyroki: z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. (C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 29); z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, pkt 31); z dnia 11 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 37).

24 — Zobacz wyroki: z dnia 3 kwietnia 2014 r., Cascina Tre Pini (C-301/12, EU:C:2014:214, pkt 42); z dnia 4 października 2012 r., Komisja/Belgia (C-391/11, EU:C:2012:611, pkt 31); z dnia 16 lipca 2009 r., Horvath (C-428/07, EU:C:2009:458, pkt 50).

25 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Horvath (C-428/07, EU:C:2009:458, pkt 49); a także, w odniesieniu w szczególności do Republiki Federalnej Niemiec, wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Digibet i Albers (C-156/13, EU:C:2014:1756, pkt 33).

26 — Wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Digibet i Albers (C-156/13, EU:C:2014:1756, pkt 34).

41. Ponieważ akty prawa pochodnego, takie jak w niniejszej sprawie dyrektywa 2004/18, powinny pozostawać w zgodzie z prawem pierwotnym, należy uznać, że akty te nie mogą być interpretowane w ten sposób, że umożliwiają one ingerencję w strukturę instytucjonalną poszczególnych państw członkowskich. Wynika stąd, że akty reorganizacji wewnętrznej kompetencji państwa pozostają poza zakresem zastosowania prawa Unii, a dokładniej przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

42. Akt, w którym organ administracji publicznej, jednostronnie w ramach swoich kompetencji instytucjonalnych, lub szereg organów administracji publicznej, w ramach umowy prawa publicznego, dokonują przekazania niektórych kompetencji publicznych podmiotu prawa publicznego innemu podmiotowi prawa publicznego, stanowi akt reorganizacji wewnętrznej państwa członkowskiego. Taki akt jest zatem co do zasady wyłączony z zakresu stosowania prawa Unii, a ściślej – przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych [27].

43. Jak wynika ponadto z treści wspomnianej wcześniej definicji pojęcia zamówienia publicznego, pojęcie to nie dotyczy aktów, na mocy których władze publiczne przekazują kompetencje, w szczególności w celu wykonywania zadań z zakresu usług publicznych, w ramach reorganizacji tych zadań. W rzeczywistości bowiem takie przekazanie kompetencji nie zmierza do „odpłatnego nabycia" towarów lub usług, ale daleko poza nie wykracza, powodując przekazanie praw i obowiązków związanych z wykonywaniem tych zadań, włączając kompetencje władcze do ustanowienia ram prawnych wykonywania tych zadań. Akty takie nie są zatem objęte głównym celem uregulowań Unii w zakresie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich w dziedzinie wykonywania robót budowlanych, dostaw produktów i świadczenia usług [28].

44. Taka wykładnia znajduje już zresztą wyraźne potwierdzenie w przepisie zawartym w art. 1 ust. 6 dyrektywy 2014/24, który wyłącza z zakresu stosowania tej dyrektywy – jako akty należące do organizacji wewnętrznej państwa członkowskiego – instrumenty prawne regulujące przekazanie, bez wynagrodzenia z tytułu świadczeń umownych, uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami zamawiającymi.

45. W tym względzie należy zaznaczyć, że okoliczność, iż dyrektywa 2014/24 nie ma zastosowania rationae temporis w ramach niniejszej sprawy i że dyrektywa 2004/18 nie zawiera żadnego analogicznego przepisu, nie pozwala w żaden sposób na wyciągnięcie wniosku, że zasada określona w art. 1 ust. 6 dyrektywy 2014/24 nie znajduje zastosowania do pojęcia zamówienia publicznego na gruncie dyrektywy 2004/18.

46. Nie dość bowiem, że – jak zostało wyjaśnione – wyłączenie z zakresu stosowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych aktów wewnętrznej organizacji państw członkowskich w zakresie przekazania uprawnień jest spójne z prawem pierwotnym, tak jak jest ono interpretowane przez Trybunał w orzecznictwie sprzed przyjęcia dyrektywy 2014/24, ale także, jak wynika z motywu 4 dyrektywy 2014/24, wyjaśnienie pojęcia zamówienia publicznego dokonane przez tę dyrektywę nie rozszerza jej zakresu stosowania w porównaniu do zakresu dyrektywy 2004/18. Stąd wniosek, że przepis znajdujący się w art. 1 ust. 6 dyrektywy 2014/24 stanowi jedynie wyjaśnienie pojęcia zamówienia publicznego i nie wprowadza zmiany jego zakresu w porównaniu z sytuacją istniejącą pod rządami dyrektywy 2004/18.

27 — W tym względzie należy podnieść, że Komisja zakończyła już postępowania w sprawie naruszenia wszczęte przeciwko Republice Federalnej Niemiec, stwierdzając, że pełne przekazanie usługi publicznej od jednego podmiotu prawa publicznego innemu podmiotowi prawa publicznego, aby usługa ta była świadczona przez beneficjenta niezależnie i na własną odpowiedzialność, mieści się w zakresie wewnętrznej organizacji administracji publicznej państwa członkowskiego i nie jest zatem objęte stosowaniem prawa Unii. Zobacz komunikat prasowy z dnia 21 marca 2007 r. (IP/07/357).

28 — Wyrok z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz w tym względzie także wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy (C-480/06, EU:C:2009:357, pkt 47).

47. O ile z powyższych rozważań wynika, że akty organizacji wewnętrznej państw członkowskich nie są objęte przepisami prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, o tyle nie zmienia to faktu, że jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału, władze publiczne nie mogą posługiwać się sztucznymi konstrukcjami w celu obchodzenia zasad obowiązujących w dziedzinie zamówień publicznych w celu uniknięcia wynikających z tych przepisów obowiązków [29]. W rezultacie czynności, których zasadniczym celem jest odpłatne nabycie przez jedną lub szereg instytucji zamawiających towarów lub usług, należą do zakresu prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, jeśli spełnione są przesłanki zastosowania tych przepisów, i to pomimo faktu, że zostały one ewentualnie zakwalifikowane formalnie jako akty reorganizacji wewnętrznej [30]. Takie podejście jest zresztą zgodne z orzecznictwem, o którym mowa w pkt 34 powyżej.

2. Istotne cechy przekazania kompetencji

48. Mimo że pojęcie instrumentu prawnego, który reguluje przekazanie uprawnień, jest obecnie wyraźnie wskazane w art. 1 ust. 6 dyrektywy 2014/24, żaden przepis prawa Unii nie określa jego zakresu. Wynika to z faktu, iż ustalenie wewnętrznej organizacji państwa należy do poszczególnych państw członkowskich, przez co określenie warunków i sposobów przekazania kompetencji podlega prawu krajowego. W tych okolicznościach nie mam pewności co do tego, czy z pojęcia instrumentu prawnego, który reguluje przekazanie uprawnień, należy uczynić pojęcie autonomiczne prawa Unii. Należy jednak naszkicować istotne cechy przekazania kompetencji, aby móc ustalić, w jakich okolicznościach instrument prawny prowadzi do takiego przekazania i powinien być zatem wyłączony z zakresu stosowania przepisów prawa Unii, w szczególności w dziedzinie zamówień publicznych.

49. Instrumenty prawne regulujące przenoszenie kompetencji pomiędzy władzami publicznymi mogą przybierać różnorodne postacie, które mogą się różnić w zależności od cech szczególnych każdego państwa członkowskiego lub danego organu. Instrumenty takie mogą obejmować na przykład akty ustawowe lub wykonawcze, decyzje organu administracji lub też umowy prawa publicznego zawarte pomiędzy organami. Przekazanie kompetencji może zostać dokonane „wertykalnie", gdy chodzi o przekazanie od państwa do jednostki samorządu terytorialnego niższej rangi. Może ono także odbyć się na płaszczyźnie „horyzontalnej", w sytuacji gdy szereg jednostek samorządu terytorialnego tworzy wspólną strukturę, której powierzone zostają kompetencje wykonywane wcześniej przez owe jednostki samorządu terytorialnego. Ponadto przekazanie kompetencji typu horyzontalnego może nastąpić „dobrowolnie", a mianowicie na podstawie wspólnej decyzji odnośnych jednostek samorządu, lub też „przymusowo", w sposób narzucony w drodze czynności organu wyższego hierarchicznie [31].

50. W sprawie Komisja/Francja [32] Trybunał sformułował kilku użytecznych wskazówek służących identyfikacji kluczowych cech przekazania kompetencji. Sprawa ta dotyczyła skargi wniesionej przez Komisję, zmierzającej do stwierdzenia przez Trybunał, że Republika Francuska uchybiła pewnym zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy uregulowania Unii w dziedzinie zamówień publicznych, obowiązującego w tamtym okresie. W wyroku, w odpowiedzi na argument podniesiony przez to państwo członkowskie w celu uzasadnienia zakwestionowanych przepisów krajowych, Trybunał uznał, że tego rodzaju uregulowanie nie prowadziło do przekazania kompetencji publicznych [33].

29 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy (C-480/06, EU:C:2009:357, pkt 48); z dnia 10 września 2009 r., Sea (C-573/07,EU:C:2009:532, pkt 71).

30 — Tak było w sprawie Piepenbrock (wyrok z dnia 13 czerwca 2013 r., C-386/11, EU:C:2013:385). Zobacz pkt 64 i przypis 44 do niniejszej opinii.

31 — Na przykład, zgodnie z ustawą Dolnej Saksonii w sprawie związków celowych, o której mowa w pkt 10 niniejszej opinii, utworzenie związku celowego może być „dobrowolne" lub „przymusowe".

32 — Wyrok z dnia 20 października 2005 r. (C-264/03, EU:C:2005:620).

33 — Wyrok z dnia 20 października 2005 r., Komisja/Francja (C-264/03, EU:C:2005:620). Zobacz w szczególności pkt 54 wyroku, a także pkt 41 opinii rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w tej sprawie (C-264/03, EU:C:2004:747).

51. Trybunał doszedł do tego wniosku, opierając się na trzech elementach [34]. Po pierwsze, organ publiczny pierwotnie posiadający kompetencje nie mógł wyzbyć się swoich kompetencji, gdyż nie zezwalały na to odpowiednie przepisy krajowe. Po drugie, jednostka, na rzecz której kompetencja została przekazana, nie mogła działać bez zgody organu pierwotnie posiadającego kompetencje, w związku z czym nie posiadała ona autonomii przy wykonywaniu zadań związanych z tą kompetencją. Po trzecie, realizacja zadań była finansowana przez organ publiczny pierwotnie posiadający kompetencje, tak że jednostka, której powierzono kompetencje, nie dysponowała w tym względzie swobodą działania.

52. Analiza tych względów dokonana przez Trybunał we wspomnianym wyroku pozwala na wskazanie niektórych elementów charakteryzujących przekazanie kompetencji, w szczególności typu horyzontalnego, gdyż ta właśnie kategoria ma ewentualnie znaczenie w ramach niniejszej sprawy.

53. Po pierwsze, z wymogu wskazanego przez Trybunał, według którego organ przekazujący powinien wyzbyć się swoich kompetencji, wynika, że aby przekazanie kompetencji było rzeczywiste, konieczne jest, by miało ono *charakter całościowy* [35]. Tak więc jednostka, na rzecz której kompetencje są przekazywane, musi posiadać całość uprawnień i obowiązków niezbędnych do wykonywania w pełni oraz w sposób autonomiczny zadań publicznych, do wykonywania których zostały jej przydzielone kompetencje. W szczególności powinna ona posiadać uprawnienia do określenia ram prawnych i szczegółowych zasad dotyczących wykonywania tego zadania. W następstwie przekazania organ przekazujący powinien natomiast wyzbyć się całkowicie kompetencji odnoszących się do rozpatrywanego zadania z zakresu usług publicznych.

54. W tym względzie nie sądzę jednak, że aby miało miejsce rzeczywiste przekazanie kompetencji, przekazanie to musi być nieodwracalne. Zwrot kompetencji organowi przekazującemu nie może jednak zależeć od wykonania uprawnienia do jednostronnego rozwiązania umowy, przyznanej temu organowi na wypadek nienależytego wykonywania zadań. Taka możliwość jest typowa dla logiki kontraktowej, która moim zdaniem obca jest przekazywaniu uprawnień. Zwrot kompetencji może natomiast być wynikiem nowej reorganizacji rozpatrywanych zadań publicznych.

55. Po drugie, z wymogu wskazanego przez Trybunał, zgodnie z którym jednostka, której przekazywane są kompetencje, nie powinna działać za zgodą organu przekazującego, wynika, że aby przekazanie miało charakter rzeczywisty, rzeczona jednostka powinna być w stanie wykonywać zadanie, w celu wykonania którego zostały jej przyznane kompetencje, na zasadach *pełnej autonomii*. Ponieważ organ przekazujący nie posiada już żadnych kompetencji w danej dziedzinie, nie powinien mieć możliwości ingerowania w realizację zadań, które należą odtąd w pełni do kompetencji jednostki, na rzecz której kompetencje zostały przekazane.

56. Jednakże w przypadku przekazania kompetencji dotyczących wykonywania zadań z zakresu usług publicznych wymóg ten nie oznacza koniecznie, że jednostka samorządu terytorialnego, która przekazuje owe kompetencje nowemu podmiotowi, nie powinna mieć z nim żadnego związku. Ze względu na odpowiedzialność polityczną, jaką jednostka samorządu terytorialnego ponosi wobec swoich mieszkańców za realizację zadań z zakresu usług publicznych na swoim terytorium, wydaje mi

34 — W dokumencie roboczym z dnia 4 października 2011 r. [SEC(2011) 1169 wersja ostateczna] w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”) Komisja przedstawia wykładnię tego wyroku (zob. pkt 4.1, s. 19).

35 — Zobacz również s. 20 dokumentu Komisji, o którym mowa w poprzednim przypisie.

się, że powinien być dopuszczalny pewien stopień wpływu na nowy podmiot, który można by zakwalifikować jako kontrolę „polityczną” [36]. Aby przekazanie kompetencji było rzeczywiste, organ przekazujący nie może jednak zachować uprawnień związanych z wykonywaniem in concreto zadania publicznego.

57. Po trzecie, Trybunał podkreślił, że podmiot, któremu kompetencje są przekazywane, musi posiadać *autonomię finansową* w wykonywaniu zadań publicznych, w odniesieniu do których zostały mu przekazane kompetencje. Tak więc w realizacji tych zadań nie może on być finansowo zależny od organu przekazującego. Organ ten – lub inny organ uczestniczący w rozpatrywanej wewnętrznej reorganizacji władz publicznych – powinien mu udostępnić zasoby niezbędne do celów wykonania zadań. Owo udostępnienie stanowi niezbędne uzupełnienie przekazania kompetencji. Nie powinno ono natomiast odpowiadać wynagrodzeniu za świadczenia umowne w ramach stosunku wzajemnego [37].

58. To właśnie na podstawie ogólnej oceny struktury czynności, uwzględniającej powyższe rozważania, należy ocenić, czy czynność taka jak ta sporna w postępowaniu przed sądem odsyłającym spowodowała rzeczywiste przekazanie kompetencji, które jako takie nie wchodzi w zakres przepisów z dziedziny zamówień publicznych, czy też, przeciwnie, zrodziła stosunek wzajemny zmierzający do nabycia usług przez dane jednostki samorządu terytorialnego.

59. W tym względzie, o ile to ostatecznie do sądu krajowego, w którego wyłącznej kompetencji leży ocena okoliczności faktycznych sporu w postępowaniu głównym, należy ocena, czy czynność ta wchodzi w zakres pojęcia zamówienia publicznego, czy też doprowadziła do rzeczywistego przekazania kompetencji, o tyle Trybunał, do którego zwrócono się o udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, jest właściwy do tego, aby dostarczyć temu sądowi wskazówek, które ułatwią mu rozstrzygnięcie sprawy [38]. W związku z tym, na podstawie informacji zawartych w aktach, ograniczę się do rozważań, które zamieszczam poniżej.

3. W przedmiocie kwalifikacji czynności, takiej jak czynność rozpatrywana w postępowaniu głównym, jako zamówienia publicznego albo jako przekazania kompetencji

60. W odniesieniu do kwalifikacji czynności, takiej jak ta zakwestionowana przez Remondis w postępowaniu przed sądem odsyłającym, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że – jak wynika w sposób jednoznaczny z postanowienia odsyłającego – w niniejszej sprawie utworzenie związku celowego doprowadziło do rzeczywistego przekazania kompetencji, które w konsekwencji spowodowało utratę przez region Hanower jego kompetencji i obowiązków dotyczących wywozu odpadów.

61. Taka ocena wynika już nawet z treści pytania prejudycjalnego, które odnosi się do działania „na własną odpowiedzialność” przez związek celowy, i jest potwierdzona w sposób wyraźny przez sąd odsyłający w postanowieniu odsyłającym. Wynika ona również z treści § 4 ust. 1 statutu związku celowego, o którym mowa w pkt 15 niniejszej opinii, jak również z odpowiednich przepisów prawa krajowego wspomnianych w pkt 10 i 11 niniejszej opinii.

36 — W dokumencie wymienionym w przypisie 34 Komisja podobnie uważa, że możliwość wywierania wpływu może polegać na przykład na tym, że pracownicy organu publicznego dokonującego przekazania kompetencji są członkami organu kierowniczego lub zarządzającego instytucji, której przekazano kompetencje, albo też organ przekazujący kompetencje może zachować prawo do otrzymywania pewnych informacji (zob. s. 20).

37 — Zobacz w tym względzie treść art. 1 ust. 6 dyrektywy 2014/24 oraz pkt 44–46 niniejszej opinii.

38 — Wyrok z dnia 1 października 2015 r., Trijber i Harmsen (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:641, pkt 54, 55).

62. Tak więc związek celowy wykonuje zadania gospodarowania odpadami jako swoje zadania własne należące do jego kompetencji, jest na podstawie § 4 ust. 6 statutu związku celowego wyposażony w kompetencję prawodawczą konieczną do wykonywania tych zadań, a zgodnie z § 4 ust. 5 tego statutu może on korzystać z usług osób trzecich, działając w takim przypadku jako instytucja zamawiająca.

63. W drugiej kolejności, jeśli chodzi w szczególności o odpłatny charakter spornej czynności, sąd odsyłający, odwołując się do orzecznictwa przywołanego w pkt 37 niniejszej opinii, uważa, że może go wydedukować z przepisów § 5 i § 16 ust. 2 statutu związku celowego. Jednakże z powodów, które wyjaśnię w następnych punktach, nie sądzę, aby przepisy te mogły uzasadniać stwierdzenie odpłatnego charakteru czynności, które oznaczałoby istnienie wynagrodzenia z tytułu świadczeń umownych.

64. Jeśli chodzi bowiem o bezpłatne wniesienie do związku celowego podmiotów, które do tej pory wykonywały zadania stanowiące przedmiot przekazania kompetencji – wkład ustanowiony w rzeczonym § 5 – należy stwierdzić, że wniesienie takiego wkładu jest spójne z wymogiem, o którym mowa w pkt 57 powyżej, zgodnie z którym w ramach przekazania kompetencji powinny zostać udostępniane na rzecz nowego podmiotu odpowiednie zasoby materialne i ludzkie niezbędne do wykonywania zadań, do których zostały mu przekazane kompetencje. Tego rodzaju wkład stanowi zresztą dowód pełnego wyzbycia się przez obie jednostki samorządu terytorialnego rozpatrywanych zadań publicznych.

65. Jeśli chodzi o obowiązek zapłaty składek, przewidziany w § 16 statutu związku celowego, stanowi on przewidzianą przez ustawę gwarancję finansową wypłacalności związku celowego [39]. Wydaje się, że chodzi o składki o charakterze, który można określić jako „pomocniczy", wnoszone wyłącznie w przypadku, gdyby związek celowy nie był w stanie pokryć ze swoich przychodów kosztów usługi publicznej, którą wykonuje [40]. Taka składka nie jest w stanie podważyć autonomii finansowej związku celowego, który przecież na podstawie § 4 ust. 6 tego statutu posiada uprawnienia do przyjmowania przepisów statutowych i wykonawczych dotyczących opłat, składek i zwrotu kosztów w związku z wykonywanymi przezeń zadaniami. Ponadto Trybunał orzekł już, że samo istnienie między dwoma podmiotami publicznymi mechanizmu finansowania dotyczącego zadań z zakresu usług publicznych wykonywanych w ramach kompetencji własnych nie oznacza, że świadczenie usług przez jeden z tych podmiotów powinno być uważane za realizowane na podstawie zamówienia publicznego [41].

66. W każdym razie wkładu i gwarancji wynikających z dwóch przepisów wymienionych przez sąd odsyłający (a mianowicie §§ 5 i 16 statutu związku celowego) nie można moim zdaniem w żadnym razie interpretować jako wynagrodzenia na rzecz związku celowego za świadczenie usług, które wykonuje na rzecz swoich członków.

67. Nie wydaje się, aby rozpatrywana czynność, w kształcie przestawionym przed Trybunałem, mogła w rzeczywistości dotyczyć nabycia usług przez dwóch członków związku celowego w zamian za wynagrodzenie. Elementu wzajemności, który, jak zaznaczyłem w pkt 36 niniejszej opinii, charakteryzuje pojęcie zamówienia publicznego, brak jest, jak się wydaje, w niniejszej sprawie.

68. W trzeciej kolejności, na podstawie informacji dostępnych w aktach, wydaje się prima facie, że związek celowy posiada nie tylko autonomię finansową, ale również całkowitą autonomię w wykonywaniu powierzonych mu zadań publicznych, a w szczególności w zakresie gospodarowania odpadami. W tym względzie prawdą jest, jak to zostało podkreślone przez Remondis i przez Komisję,

39 — Zobacz § 29 ustawy Dolnej Saksonii w sprawie związków celowych, o której mowa w pkt 10 niniejszej opinii, jak również § 16 ustawy Dolnej Saksonii o współpracy międzygminnej, o której mowa w pkt 11 niniejszej opinii. Ponadto z uwag przedstawionych przed Trybunałem wynika, że zgodnie z Niedersächsisches Gesetz über die Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts (ustawa Dolnej Saksonii o niezdolności do upadłości osób prawnych prawa publicznego) „[n]ie można wszcząć postępowania upadłościowego dotyczącego majątku osoby prawnej prawa publicznego, nad którą kontrolę sprawuje kraj związkowy".

40 — W tym względzie region Hanower stwierdził w swoich uwagach, że w rzeczywistości zapłata owych składek nigdy nie miała miejsca.

41 — Wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r., Komisja/Irlandia (C-532/03, EU:C:2007:801, pkt 37).

że zgodnie z § 7 statutu związku celowego region Hanower jest reprezentowany w zgromadzeniu związku celowego, a w przypadku głosowania w sprawie zadań dotyczących wyłącznie gospodarowania odpadami prawo głosu mają jedynie przedstawiciele owego regionu. Jednakże z § 8 tego statutu wydaje się wynikać, że kompetencje zgromadzenia nie dotyczą wykonywania in concreto usług publicznych, lecz są ograniczone do kwestii natury instytucjonalnej lub związanych z przestrzeganiem przepisów prawnych. Taki rodzaj wpływu, jak się wydaje, również stanowi raczej kontrolę „typu politycznego", o której mowa w pkt 56 niniejszej opinii, niż wywieranie wpływu w odniesieniu do celów strategicznych czy też na ważne decyzje związku celowego dotyczące wykonywania zadań z zakresu usług publicznych należących do jego kompetencji [42]. Jednakże to do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy taka sytuacja występuje i czy związek celowy rzeczywiście posiada całkowitą autonomię w wykonywaniu rozpatrywanych usług publicznych, bez konieczności uzyskania zgody regionu Hanower.

69. Powyższe rozważania uwidaczniają zasadnicze różnice istniejące między niniejszą sprawą a sprawą Piepenbrock [43] wskazaną przez sąd odsyłający. W tej sprawie Trybunał wyraźnie podkreślił fakt, że organ publiczny (Kreis Düren, czyli powiat Düren), który powierzył zadanie utrzymania czystości w niektórych swoich budynkach innej jednostce samorządu terytorialnego (Stadt Düren, czyli miastu Düren), zastrzegł sobie prawo kontrolowania odpowiedniego wykonania tego zadania i jednostronnego zakończenia rozpatrywanej umowy prawa publicznego w wypadku jej nienależytego wykonania. Mimo że umowa została zakwalifikowana jako „delegowanie", stosunek umowny między dwiema jednostkami samorządu terytorialnego zasadniczo nie obejmował rzeczywistego przekazania kompetencji, lecz stosunek wzajemny, polegający na samym li tylko świadczeniu usług na rzecz powiatu Düren w zamian za wynagrodzenie finansowe. Zatem moim zdaniem interpretacja tego wyroku, jaką przyjęła część piśmiennictwa niemieckiego, opisana w postanowieniu odsyłającym, i jaką przyjął Remondis, zgodnie z którą Trybunał potwierdził w nim poddanie przekazania kompetencji przepisom Unii w dziedzinie zamówień publicznych, jest błędna [44].

70. W świetle powyższych rozważań, które sąd odsyłający powinien zbadać pod kątem zgodności z okolicznościami faktycznymi sprawy, wydaje się, że w niniejszej sprawie czynność rozpatrywana w postępowaniu przed sądem odsyłającym doprowadziła do rzeczywistego przekazania kompetencji pomiędzy władzami publicznymi, które jako akt organizacji wewnętrznej państwa członkowskiego jest wyłączone z zakresu stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

71. W tym względzie uważam jeszcze za konieczne przedstawienie kilku uwag odnośnie do braku w niniejszym przypadku przesłanek koniecznych dla istnienia zamówienia publicznego. Po pierwsze, nie uważam, że należy, jak podnosi Komisja, rozszerzyć pojęcie umowy w formie pisemnej w taki sposób, aby objąć nim czynność przeprowadzoną w niniejszej sprawie. Komisja, jak się zdaje, zaproponowała takie rozszerzenie w związku z obawą obchodzenia obowiązku przeprowadzania przetargów, wprowadzonego przez przepisy Unii w dziedzinie zamówień publicznych. Chociaż, jak wynika z pkt 47 niniejszej opinii, obawy takie mogą w pewnych okolicznościach okazać się bardzo istotne, należy jednak stwierdzić, że żaden element akt sprawy nie wydaje się uzasadniać ich w niniejszej sprawie. Stąd wniosek, że w niniejszym przypadku rozszerzenie pojęcia umowy w formie pisemnej w sposób zaproponowany przez tę instytucję, podczas gdy między regionem Hanower i związkiem celowym nie istnieje taka umowa, nie wydaje się w żaden sposób uzasadnione.

42 — Okoliczność ta stanowi element odróżniający niniejszą sprawę od sprawy, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, zob. w szczególności pkt 34), do którego odwołuje się sąd odsyłający. W tym względzie należy również zauważyć, że w sprawie Coditel Brabant jednostka samorządu terytorialnego w ogóle nie miała zamiaru przekazania kompetencji. Sprawa ta dotyczyła zawarcia klasycznej umowy koncesyjnej na usługi, a zatem jej stan faktyczny jest całkowicie odmienny od niniejszej sprawy.

43 — Wyrok z dnia 13 czerwca 2013 r. (C-386/11, EU:C:2013:385).

44 — Moim zdaniem sprawa Piepenbrock należy raczej, w sposób dorozumiany, do linii orzecznictwa przywołanej w pkt 47 niniejszej opinii, zakazującej władzom publicznym posługiwania się sztucznymi konstrukcjami (w tym przypadku sztuczną kwalifikacją) służącymi obejściu przepisów obowiązujących w dziedzinie zamówień publicznych w celu uniknięcia obowiązków wynikających z tych przepisów. Zobacz w tym względzie wątpliwości wyrażone przez sąd odsyłający w pkt 24 rozpatrywanego wyroku.

72. Po drugie, chociaż prawdą jest, jak to podnoszą sąd odsyłający oraz Komisja, że usługi gospodarowania odpadami nie należą do prerogatyw władzy publicznej i mogą stanowić usługi, o których mowa w pkt 16 załącznika IIA do dyrektywy 2004/18, należy stwierdzić, że przedmiotem spornej czynności nie jest samo świadczenie usług, lecz dotyczy ona rzeczywistego przekazania kompetencji do wykonywania zadania z zakresu usług publicznych, polegającego na gospodarowaniu odpadami.

73. Po trzecie, odnośnie do okoliczności, że związek celowy wykonuje działalność wykraczającą poza zadania spoczywające wcześniej na jednostkach samorządu będących jego członkami, nie wydaje mi się ona istotna dla celów kwalifikacji danej czynności jako zamówienia publicznego.

74. W świetle powyższych rozważań uważam, że na pierwsze pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć w ten sposób, iż umowa zawarta między dwiema jednostkami samorządu terytorialnego, na podstawie której tworzą one w drodze statutu podmiot prawa publicznego dysponujący odrębną osobowością prawną, któremu przekazują kompetencje do wykonywania zadań, należących dotychczas do zainteresowanych jednostek, bez ustanowienia wynagrodzenia za świadczenia umowne, nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, lecz stanowi akt dotyczący organizacji wewnętrznej danego państwa członkowskiego, który z tego tytułu jest wyłączony z zakresu stosowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

B – *W przedmiocie pytania drugiego*

75. Zważywszy, że sąd odsyłający zadaje Trybunałowi drugie pytanie prejudycjalne wyłącznie na wypadek, gdyby Trybunał odpowiedział twierdząco na pytanie pierwsze, i biorąc pod uwagę odpowiedź, której proponuję udzielić na pytanie pierwsze, uważam, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie drugie.

76. Na wszelki wypadek dodam jedynie, że w przypadku rzeczywistego przekazania kompetencji nie ma miejsca udzielenie zamówienia „in-house", ponieważ instrument prawny, który reguluje przekazanie uprawnień, nie przewiduje ani wykonywania usług za wynagrodzeniem, ani współpracy między podmiotami publicznymi w rozumieniu orzecznictwa Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.[45], zważywszy, że rzeczony instrument dokonuje przekazania uprawnień publicznych, a nie dotyczy współpracy między władzami.

V – Wnioski

77. Na podstawie powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne przedłożone przez Oberlandesgericht Celle (wyższy sąd krajowy w Celle, Niemcy) w następujący sposób:

Umowa zawarta między dwiema jednostkami samorządu terytorialnego, na podstawie której tworzą one w drodze statutu podmiot prawa publicznego dysponujący odrębną osobowością prawną, któremu przekazują kompetencje do wykonywania zadań, należących dotychczas do zainteresowanych jednostek, bez ustanowienia wynagrodzenia za świadczenia umowne, nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, lecz stanowi akt dotyczący organizacji wewnętrznej danego państwa członkowskiego, który z tego tytułu jest wyłączony z zakresu stosowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

45 — Wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r. (C-159/11, EU:C:2012:817).