Zbiór Orzeczeń

POSTANOWIENIE TRYBUNAŁU (dziewiąta izba)

z dnia 6 lutego 2020 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 12 ust. 3 – Przepisy krajowe faworyzujące udzielanie zamówień publicznych ze szkodą dla zamówień *in house* – Swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług – Granice – Przepisy krajowe wykluczające możliwość nabycia przez instytucję zamawiającą udziałów w kapitale podmiotu będącego w posiadaniu instytucji zamawiającej, które nie są w stanie zagwarantować kontroli nad tym podmiotem lub uprawnienia do jego blokowania

W sprawach połączonych od C-89/19 do C-91/19

mających za przedmiot trzy wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniami z dnia 8 listopada 2018 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 5 lutego 2019 r., w postępowaniach:

Rieco SpA

przeciwko

Comune di Lanciano,

Ecolan SpA (C-89/19),

Comune di Ortona,

Ecolan SpA (C-90/19),

Comune di San Vito Chietino,

Ecolan SpA (C-91/19),

przy udziale:

Comune di Ortona (C-89/19),

Comune di Treglio (C-89/19),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

TRYBUNAŁ (dziewiąta izba),

w składzie: S. Rodin, prezes izby, D. Šváby (sprawozdawca) i N. Piçarra, sędziowie,

* Język postępowania: włoski.

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi przedstawione:

– w imieniu Rieco SpA przez T. Marchesego, S. Colombariego oraz A. Ranieri, avvocati,

– w imieniu Ecolan SpA przez M. Zoppolata, avvocato,

– w imieniu Comune di Lanciana przez V. Antonucciego, avvocato,

– w imieniu rządu estońskiego przez N. Grünberg, działającą w charakterze pełnomocnika,

– w imieniu rządu hiszpańskiego przez S. Jiméneza Garcíę i M.J. Garcíę-Valdecasas Dorrego, działających w charakterze pełnomocników,

– w imieniu rządu litewskiego przez K. Dieninisa oraz R. Butvydytė, działających w charakterze pełnomocników,

– w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Gattinarę, P. Ondrůška i L. Haasbeek, działających w charakterze pełnomocników,

postanowiwszy, po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, orzec w formie postanowienia z uzasadnieniem, zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem,

wydaje następujące

Postanowienie

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy art. 12 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

2 Wnioski te zostały złożone w ramach trzech sporów pomiędzy, odpowiednio, po pierwsze, Rieco SpA a Comune di Lanciano (gminą Lanciano, Włochy) i Ecolan SpA, po drugie, Rieco SpA a Comune di Ortona (gminą Ortona, Włochy) i Ecolan, oraz po trzecie, pomiędzy Rieco SpA a Comune di San Vito Chietino (gminą San Vito Chietino, Włochy) oraz Ecolan, w przedmiocie bezpośredniego udzielenia Ecolan zamówienia na usługi sprzątania miasta w tych gminach.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2014/24

3 Motywy 1, 5, 31 i 32 dyrektywy 2014/24 stanowią:

„(1) Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami [t]raktatu [FUE], a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że [by] zasady te mają [miały] praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są [były] otwarte na konkurencję.

[…]

(5) Należy przypomnieć, że żaden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy. Świadczenie usług w oparciu o przepisy ustawowe, wykonawcze lub umowy o pracę nie powinno być objęte zakresem niniejszej dyrektywy. W niektórych państwach członkowskich może mieć to miejsce w przypadku pewnych usług administracyjnych i rządowych, takich jak usługi wykonawcze i ustawodawcze, lub świadczenie pewnych usług na rzecz społeczności, takich jak usługi w zakresie spraw zagranicznych lub wymiaru sprawiedliwości czy też obowiązkowe usługi zabezpieczenia społecznego.

[…]

(31) Istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające. Dlatego też konieczne jest doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Wyjaśnienie takie powinno być zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza jako taki zastosowania przepisów dotyczących zamówień. Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi.

Należy zagwarantować, że [by] żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje [nie skutkowała] zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.

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

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

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

4 Artykuł 12 niniejszej dyrektywy, zatytułowany „Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego”, stanowi:

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

a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;

b) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym wymaganych na mocy przepisów prawa krajowego, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

[…]

3. Niemniej jednak instytucja zamawiająca, która nie sprawuje nad osobą prawa prywatnego lub publicznego kontroli w rozumieniu ust. 1, może udzielić zamówienia publicznego tej osobie prawnej bez zastosowania przepisów niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

a) instytucja zamawiająca, wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi, sprawuje kontrolę nad daną osobą prawną, podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami;

b) ponad 80% działalności tej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucje zamawiające sprawujące kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez te same instytucje zamawiające; oraz

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym wymaganych na mocy przepisów prawa krajowego, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Do celów akapitu pierwszego lit. a) instytucje zamawiające sprawują wspólnie kontrolę nad daną osobą prawną, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

i) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających. Poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające;

ii) wspomniane instytucje zamawiające są w stanie wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej; oraz

iii) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

[…]”.

Prawo włoskie

5 Legge n. 221 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese (ustawa nr 221 – przekształcenie w ustawę, ze zmianami, dekretu z mocą ustawy z dnia 18 października 2012 r., nr 179, dotyczącego pozostałych pilnych środków na rzecz rozwoju kraju) z dnia 17 grudnia 2012 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 294 z dnia 18 grudnia 2012 r., s. 1) stanowi w art. 34 ust. 20:

„W odniesieniu do lokalnych usług użyteczności publicznej o znaczeniu gospodarczym, w celu zapewnienia przestrzegania prawa europejskiego, równości podmiotów gospodarczych i ekonomii zarządzania oraz w celu zagwarantowania odpowiednich informacji zainteresowanym podmiotom, zamówienie na usługi udzielane jest na podstawie sporządzonego w tym celu sprawozdania, opublikowanego na stronie internetowej podmiotu udzielającego zamówienia; sprawozdanie to podaje powody i stanowi, że wszystkie warunki dotyczące formy udzielenia przewidziane przez prawo europejskie zostały spełnione, oraz określa dokładną treść obowiązków z zakresu świadczenia usług publicznych i usług powszechnych, wskazując w odpowiednim przypadku rekompensaty ekonomiczne”.

6 Zatytułowany „Wspólne zasady dotyczące wykluczenia dla koncesji, zamówień publicznych i porozumień między jednostkami publicznymi a instytucjami zamawiającymi w sektorze publicznym” art. 5 decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (dekretu ustawodawczego nr 50 – kodeks zamówień publicznych) z dnia 18 kwietnia 2016 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r.) (zwanego dalej „kodeksem zamówień publicznych”) przewiduje w ust. 4 i 5:

„4. Instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający może udzielić zamówienia publicznego lub koncesji bez stosowania niniejszego kodeksu, jeżeli zostały spełnione warunki określone w ust. 1 [który określa ogólne ramy udzielania zamówień *in house*], w tym w przypadku wspólnej kontroli.

5. Instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające sprawują wspólną kontrolę nad osobą prawną, gdy spełnione zostały wszystkie następujące warunki:

a) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających. Poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować wszystkie instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające albo też kilka z nich;

b) owe instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające są w stanie wywierać wspólnie decydujący wpływ na strategiczne cele i istotne decyzje tej osoby prawnej;

c) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających sprawujących nad nią kontrolę”.

7 Artykuł 192 ust. 2 tego kodeksu, zatytułowany „Specjalny system udzielania zamówień *in house*”, stanowi:

„W celu udzielenia zamówienia *in house*, którego przedmiotem są usługi dostępne na rynku na warunkach konkurencji, instytucje zamawiające dokonują wcześniej oceny przydatności gospodarczej oferty podmiotów *in house*, biorąc pod uwagę cel i wartość usługi, oraz przedstawiają w uzasadnieniu decyzji o udzieleniu zamówienia powody, dla których zrezygnowali z przetargu, a także korzyści dla społeczności wynikające z wybranej metody zarządzania, w tym poprzez odniesienie do celów powszechnych i społecznych, wydajności, oszczędności i jakości usług oraz optymalnego wykorzystania zasobów publicznych”.

8 Decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (dekret ustawodawczy nr 175 – tekst jednolity w dziedzinie spółek z udziałem publicznym) z dnia 19 sierpnia 2016 r. (GURI nr 210 z dnia 8 września 2016 r.) (zwany dalej „dekretem ustawodawczym nr 175/2016”) stanowi w art. 4, zatytułowanym „Cele, które mogą być realizowane poprzez nabywanie i zarządzanie udziałami publicznymi”:

„1. Organy administracji nie mogą bezpośrednio lub pośrednio tworzyć spółek, których przedmiotem jest produkcja towarów i usług, które nie są ściśle niezbędne do realizacji ich celów instytucjonalnych, ani też nie mogą nabywać lub zachowywać udziałów, nawet mniejszościowych, w takich spółkach.

2. W granicach określonych w ust. 1 organy administracji mogą, bezpośrednio lub pośrednio, tworzyć spółki lub nabywać lub zachowywać udziały w spółkach, które mają jedynie na celu prowadzenie poniżej wskazanych działalności:

a) tworzenie usług użyteczności publicznej, w tym tworzenie i zarządzanie sieciami i sprzętem wykorzystywanym do takich usług;

[…]

4. Wyłącznym przedmiotem działalności spółek *in house* jest działalność lub kilka działalności przewidzianych w ust. 2 lit. a) […]. Z zastrzeżeniem postanowień art. 16 spółki te w przeważającym stopniu pracują z podmiotami, które je utworzyły, mają udziały w ich kapitale lub mają [uprawnienia] decyzyjne".

9 Artykuł 16 tego dekretu ustawodawczego, zatytułowany „spółki *in house*", stanowi:

„1. Spółki *in house* otrzymują bezpośrednio zamówienia publiczne ze strony organów administracyjnych sprawujących nad nimi kontrolę podobną lub ze strony każdego organu administracji sprawującego nad nimi wspólną podobną kontrolę tylko wtedy, jeżeli brak jest w nich udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem udziału przewidzianego w przepisach prawnych, który występuje w formie, która nie oznacza kontroli lub blokowania ani wywierania decydującego wpływu na kontrolowaną spółkę.

[…]

7. Spółki, o których mowa w niniejszym artykule, są zobowiązane do nabywania robót budowlanych, towarów i usług zgodnie z zasadami określonymi w [kodeksie zamówień publicznych] – bez uszczerbku dla przepisów art. 5 i 192 [tego kodeksu]".

Spory w postępowaniach głównych i pytania prejudycjalne

Sprawa C-89/19

10 Ecolan, którego przedmiotem działalności jest unieszkodliwianie odpadów komunalnych, jest spółką *in house*, której kapitał posiadany jest w całości przez 53 jednostki samorządowe prowincji Chieti (Włochy), wśród których znajduje się gmina Lanciano, posiadająca udział w wysokości 21,69% tego kapitału.

11 Jako podmiot gospodarczy zainteresowany uzyskaniem zamówienia na świadczenie usług sprzątania w gminie Lanciano Rieco wniosła do Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (regionalnego sądu administracyjnego dla Abruzji, Włochy) skargę o stwierdzenie nieważności różnych aktów, w tym uchwały rady miejskiej Lanciano z dnia 29 maja 2017 r. (zwanej dalej „sporną uchwałą"), udzielającej bezpośrednio Ecolan zamówienia na usługi w zakresie higieny, w tym na usługi zarządzania stacjami zbierania i ponownego wykorzystania odpadów.

12 Rieco podniosła, że bezpośrednie udzielenie zamówienia Ecolan na usługi sprzątania miasta w gminie Lanciano nie spełniało warunków udzielenia zamówienia *in house* lub w ramach systemu wspólnej podobnej kontroli.

13 Wyrokiem z dnia 12 stycznia 2018 r. Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (regionalny sąd administracyjny dla Abruzji) oddalił skargę Rieco, która wniosła odwołanie od tego wyroku do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy).

14 W pierwszej kolejności Rieco zarzuca Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (regionalnemu sądowi administracyjnemu dla Abruzji) naruszenie art. 192 ust. 2 kodeksu zamówień publicznych, ponieważ sąd ten nie wyciągnął konsekwencji z braku w zaskarżonej uchwale rzeczywistej oceny celowości posłużenia się udzieleniem zamówienia *in house*, a nie postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego z przetargiem, dokonanej przed przystąpieniem do bezpośredniego udzielenia spornego w postępowaniu głównym zamówienia.

15 Consiglio di Stato (rada stanu) uważa, że na pierwszy rzut oka sporna uchwała narusza art. 192 ust. 2 kodeksu zamówień publicznych, który ma zastosowanie również do Ecolanu na podstawie art. 16 ust. 7 dekretu ustawodawczego nr 175/2016, ponieważ nie przedstawia ona w prawidłowy sposób powodów uzasadniających posłużenie się zamówieniem *in house*. W rzeczywistości bowiem art. 192 ust. 2 kodeksu zamówień publicznych wymaga uzależnienia udzielenia zamówienia *in house* na dostępne na rynku usługi od spełnienia podwójnego warunku, co nie jest wymagane w przypadku pozostałych sposobów udzielenia zamówienia na te same usługi, w szczególności w przypadku przetargu i innych form horyzontalnej współpracy pomiędzy organami administracji. Po pierwsze, instytucja zamawiająca była zobowiązana do uzasadnienia okoliczności, które doprowadziły do wykluczenia zastosowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warunek ten wynika z drugorzędnego i szczątkowego charakteru udzielania zamówień *in house*, z którego można skorzystać pod warunkiem wykazania z jednej strony „niewydolności odnośnego rynku" zarówno w odniesieniu do przewidywalnego naruszenia „celów powszechnych i społecznych, ekonomicznych i jakości usług, a także optymalnego wykorzystania zasobów publicznych", a z drugiej strony, tego, że podmiot *in house* zaradzi owej niewydolności. Po drugie, instytucja zamawiająca powinna wskazać korzyści, jakie mogłaby czerpać z udzielenia zamówienia *in house*, podczas gdy takie wykazanie nie jest konieczne w przypadku posłużenia się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

16 Ponadto w celu dalszego ograniczenia wyjątków od zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrok wydany w dniu 17 listopada 2010 r. przez Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny, Włochy) pozwalał ustawodawcy włoskiemu na wprowadzenie „jeszcze szerszych ograniczeń dotyczących bezpośredniego udzielania zamówień, niż przewidziane w prawie [Unii]". W wyroku z dnia 20 marca 2013 r. ten sam sąd orzekł również, że udzielanie zamówień w drodze delegacji wewnątrzorganizacyjnej stanowi „wyjątek od ogólnej zasady udzielania zamówień osobom trzecim w trybie postępowania o udzielanie zamówień publicznych".

17 Consiglio di Stato (rada stanu) wyraziła wątpliwości co do tego, czy taka restrykcyjna orientacja, która od ponad dziesięciu lat jest stosowana wobec udzielania zamówień *in house*, jest zgodna z prawem Unii, a w szczególności z zasadą swobody organizacji administracji ustanowioną w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1). W tym względzie zasady wolności i samostanowienia osób publicznych z jednej strony oraz zasada pełnego otwarcia postępowań przetargowych i koncesji na konkurencję rynkową z drugiej strony mogą wchodzić w konflikt.

18 Gdyby przyjąć, że udzielenie zamówienia *in house* jest ze względu na swój charakter jedną z charakterystycznych form internalizacji i produkcji własnej, takie udzielenie zamówienia nie stanowiłoby szczątkowego wyjątku, lecz podstawową opcję, podobnie jak udzielenie zamówienia osobom trzecim za pomocą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie przetargu. Wynika z tego, że udzielenie zamówienia w drodze przetargu nie powinno zatem korzystać z żadnych preferencji a priori.

19 Sąd odsyłający uważa, że w prawie Unii udzielenie zamówienia *in house* nie zajmuje pozycji podrzędnej w stosunku do udzielenia zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych. Wręcz przeciwnie, miałoby ono w logiczny sposób poprzedzać wszelki wybór organu administracji co do produkcji własnej lub outsourcingu usług, za świadczenie których jest odpowiedzialny, ponieważ organ administracji mógłby dokonać outsourcingu lub zaopatrzenia w towary, usługi lub dostawy jedynie po tym, jak okaże się, że wewnętrzna droga produkcji własnej lub internalizacji jest niemożliwa lub nie może być w przydatny sposób zastosowana.

20 Zasada swobodnego zarządzania przez organy publiczne powinna zatem mieć wartość ogólną, co wykluczałoby wprowadzenie przepisów mających na celu przyznanie jednemu ze sposobów udzielania zamówień na administracyjne usługi użyteczności publicznej, takiemu jak udzielanie zamówień *in house*, prawnie podporządkowanej roli w stosunku do pozostałych.

21 W drugiej kolejności Rieco zarzuca Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (regionalnemu sądowi administracyjnemu dla Abruzji), że nie uwzględnił on warunków ustanowionych w prawie włoskim w odniesieniu do udziału w kapitale spółki Ecolan publicznych osób prawnych niesprawujących nad Ecolan kontroli podobnej do kontroli, jaką sprawują one nad ich własnymi jednostkami.

22 W tym zakresie Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) wskazuje, że status Ecolan przewiduje dwie kategorie akcjonariuszy, to znaczy z jednej strony „akcjonariuszy mających decydujący wpływ", którzy sprawują wspólną podobną kontrolę nad Ecolanem i mogą w konsekwencji dokonywać bezpośredniego udzielenia zamówienia na swoją korzyść, oraz z drugiej strony „akcjonariuszy niemających decydującego wpływu", którzy uczestniczą w kapitale Ecolanu z perspektywą bezpośredniego udzielania zamówień na swoją korzyść w przyszłości, bez możliwości dokonywania tego obecnie, i którzy do tego momentu są pozbawieni uprawnień zarządczych i prawa weta mającego wpływ na wewnętrzne funkcjonowanie Ecolanu oraz którzy tym samym nie sprawują wspólnej podobnej kontroli.

23 Tymczasem fakt, że Ecolan ma jedynie status podmiotu *in house* w stosunku do akcjonariuszy wywierających decydujący wpływ, nie byłby sprzeczny z prawem Unii. W rzeczywistości bowiem nie powinno się wykluczać wspólnej podobnej kontroli w rozumieniu art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 z tego tylko powodu, że instytucje zamawiające, które nie sprawują kontroli lub nie wykonują prawa do blokowania i nie dokonują bezpośredniego udzielania zamówień, uczestniczą w kapitale zakładowym spółki posiadającej wiele udziałów.

24 Sąd odsyłający uważa, że instytucja zamawiająca, która nie ma decydującego wpływu, powinna mieć możliwość późniejszego podjęcia decyzji o przejęciu wspólnej analogicznej kontroli i o bezpośrednim udzieleniu zamówień na usługi spółce Ecolan.

25 Tymczasem możliwość ta jest wykluczona przez art. 4 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 175/2016, jeżeli nabycie analogicznej kontroli i bezpośrednie udzielenie zamówienia nie następują natychmiastowo, lecz są jedynie zamierzane.

26 W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy prawo Unii […] (a w szczególności zasada swobodnego administrowania przez organy władzy publicznej i zasada zasadniczej równoważności pomiędzy różnymi trybami udzielenia zamówienia i zarządzania usługami należącymi do kompetencji administracji publicznej) stoi na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego (takiemu jak art. 192 ust. 2 [kodeksu zamówień publicznych] […]), który stawia udzielanie zamówień *in house* w pozycji podrzędnej i wyjątkowej względem udzielania zamówień w drodze postępowania przetargowego [postępowania o udzielenie zamówienia]: i) dopuszczając taki sposób udzielania zamówień jedynie w przypadku wykazania niewydolności w funkcjonowaniu odnośnego rynku oraz ii) zobowiązując w każdym przypadku organ administracji, który zamierza udzielić zamówienia w ramach delegacji między swymi wewnętrznymi jednostkami, do dostarczenia konkretnego uzasadnienia w przedmiocie korzyści dla społeczności związanych z tą formą udzielenia zamówienia?

2) Czy prawo Unii […] (a w szczególności art. 12 ust. 3 dyrektywy [2014/24] w dziedzinie udzielania zamówień *in house* w systemie analogicznej wspólnej kontroli sprawowanej przez kilka organów administracyjnych) stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu (takiemu jak art. 4 ust. 1 […] dekretu ustawodawczego nr [175/2016]), który uniemożliwia organowi administracji nabycie udziału w kapitale (w każdym wypadku nie gwarantującego kontroli lub uprawnienia do blokowania) w podmiocie, którego akcjonariuszami są inne organy administracji, w sytuacji,

w której taki organ zamierza jednak uzyskać w przyszłości wspólną kontrolę, a zatem możliwość bezpośredniego udzielania zamówień na rzecz owego podmiotu, którego kapitał jest posiadany przez kilka organów administracji?”.

Sprawy C-90/19 i C-91/19

27 Z postanowień odsyłających w sprawach od C-89/19 do C-91/19 wynika, że okoliczności faktyczne i prawne spraw w postępowaniach głównych w sprawach C-90/19 i C-91/19 są podobne do okoliczności faktycznych i prawnych w postępowaniu głównym w sprawie C-89/19 oraz że pytania skierowane do Trybunału przez sąd odsyłający w sprawach C-90/19 i C-91/19 są identyczne jak pytania w sprawie C-89/19.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

28 Zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem jeżeli odpowiedź na pytanie prejudycjalne można wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa lub jeżeli odpowiedź na takie pytanie nie pozostawia żadnych uzasadnionych wątpliwości, Trybunał może w każdej chwili, na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, orzec w formie postanowienia z uzasadnieniem.

29 Powyższy przepis należy zastosować w niniejszych sprawach.

W przedmiocie pytania pierwszego

30 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza zasadniczo do wyjaśnienia, czy art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, które uzależnia zawarcie transakcji wewnętrznej, określanej również mianem „umowy *in house*”, od niemożności udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie od wykazania przez instytucję zamawiającą korzyści wyraźnie wiążących się dla danej społeczności z posłużeniem się transakcją wewnętrzną.

31 Jak zauważył Trybunał w wyroku z dnia 3 października 2019 r., Irgita (C-285/18, zwanym dalej „wyrokiem Irgita”, EU:C:2019:829, pkt 41), celem dyrektywy 2014/24 jest, jak stanowi jej motyw 1, koordynacja krajowych procedur udzielania zamówień publicznych przekraczających określoną kwotę.

32 Z pkt 43 wyroku Irgita wynika, że art. 12 ust. 1 tej dyrektywy, dotyczący transakcji wewnętrznych i ograniczający się w ten sposób do określenia warunków, jakich powinna przestrzegać instytucja zamawiająca, jeżeli zamierza zawrzeć transakcję wewnętrzną, skutkuje jedynie upoważnieniem państw członkowskich do wykluczenia takiej transakcji z zakresu zastosowania dyrektywy 2014/24.

33 W konsekwencji przepis ten nie może pozbawiać państw członkowskich swobody uprzywilejowania jednego sposobu świadczenia usług, wykonywania robót budowlanych lub dostaw, ze szkodą dla pozostałych. Swoboda ta oznacza bowiem wybór dokonywany na etapie poprzedzającym postępowanie o udzielenie zamówienia, który w związku z tym nie może być objęty zakresem stosowania dyrektywy 2014/24 (wyrok Irgita, pkt 44).

34 Swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, w drodze którego instytucje zamawiające zaspokajają ich własne potrzeby, wynika także z motywu 5 dyrektywy 2014/24, który stanowi, że „[ż]aden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub

zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy", i który uwzględnia w tym względzie orzecznictwo Trybunału poprzedzające wspomnianą dyrektywę (wyrok Irgita, pkt 45).

35 W związku z tym podobnie jak dyrektywa 2014/24 nie zobowiązuje państw członkowskich do stosowania postępowania o udzielenie zamówienia, tak nie może ona również zobowiązywać ich do posługiwania się transakcjami wewnętrznymi, jeżeli zostały spełnione warunki przewidziane w art. 12 ust. 1 (wyrok Irgita, pkt 46).

36 Ponadto, jak zauważył Trybunał w pkt 47 wyroku Irgita, swoboda pozostawiona w ten sposób państwom członkowskim została wyraźniej podkreślona w art. 2 ust. 1 dyrektywy 2014/23, zgodnie z którym:

„Niniejsza dyrektywa uznaje zasadę swobodnego administrowania przez krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej zgodnie z prawem krajowym i prawem unijnym. Organy władzy publicznej mają swobodę decydowania o tym, jak najlepiej zarządzać wykonaniem robót budowlanych lub świadczeniem usług, aby zapewnić w szczególności wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa i przystępności, równe traktowanie i propagowanie powszechnego dostępu oraz praw użytkowników w dziedzinie usług publicznych.

Wspomniane organy władzy publicznej mogą wybrać, czy wykonują swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów, czy we współpracy z innymi organami, lub czy powierzają ich wykonanie wykonawcom".

37 Swoboda, jaką dysponują państwa członkowskie w wyborze sposobu zarządzania wykonaniem robót lub świadczeniem usług, jaki uznają za najodpowiedniejszy, nie może być jednak nieograniczona. Wręcz przeciwnie, powinna ona być wykonywana z poszanowaniem podstawowych zasad traktatu FUE, w szczególności swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, jak również zasad z nich wynikających, takich jak równe traktowanie, niedyskryminacja, wzajemne uznawanie, proporcjonalność i przejrzystość (wyrok Irgita, pkt 48).

38 W konsekwencji Trybunał zauważył w pkt 50 wyroku Irgita, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu, w którym państwo członkowskie uzależnia zawarcie transakcji wewnętrznej w szczególności od warunku, by postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwalało na zagwarantowanie jakości wykonanych usług, ich dostępności lub ciągłości, o ile wybór konkretnego sposobu świadczenia usług dokonany na etapie poprzedzającym postępowanie o udzielenie zamówienia jest zgodny z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości.

39 Prawdą jest, że w wyroku Irgita Trybunał dokonał wykładni postanowień art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24, a nie przepisów art. 12 ust. 3 tej dyrektywy.

40 Z brzmienia tych przepisów wynika jednak, że jedyna różnica między art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 a art. 12 ust. 3 tej dyrektywy polega na tym, że w ramach pierwszego z tych przepisów instytucja zamawiająca sama sprawuje kontrolę wewnętrzną nad podmiotem *in house*, podczas gdy w ramach drugiego z tych przepisów podmiot ten jest wspólnie kontrolowany przez kilka instytucji zamawiających.

41 W tych okolicznościach swoboda wyboru przez państwa członkowskie sposobu świadczenia usług, w ramach którego instytucje zamawiające zaspokajają własne potrzeby, pozwala im uzależnić zawarcie transakcji wewnętrznej od braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie od wykazania przez instytucję zamawiającą korzyści szczególnie wiążących się dla danej społeczności z posłużeniem się transakcją wewnętrzną.

42 W związku z tym na pytanie pierwsze trzeba odpowiedzieć, iż art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, które uzależnia zawarcie transakcji wewnętrznej, określanej również mianem „umowy *in house*", od braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie od wykazania przez instytucję zamawiającą korzyści szczególnie wiążących się dla danej społeczności z posłużeniem się transakcją wewnętrzną.

W przedmiocie pytania drugiego

43 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, które uniemożliwia instytucji zamawiającej nabycie udziałów w kapitale podmiotu, którego akcjonariuszami są inne instytucje zamawiające, jeżeli udziały te nie są w stanie zagwarantować kontroli lub uprawnienia do blokowania oraz jeżeli wspomniana instytucja zamawiająca zamierza następnie uzyskać pozycję wspólnej kontroli, a w konsekwencji możliwość bezpośredniego udzielania zamówień na rzecz tego podmiotu, którego kapitał znajduje się w posiadaniu kilku instytucji zamawiających.

44 Jak wynika z jego brzmienia, art. 12 ust. 3 lit. a)–c) dyrektywy 2014/24 ma na celu określenie warunków, na jakich instytucja zamawiająca sprawująca wraz z innymi instytucjami zamawiającymi kontrolę nad osobą prawną prawa prywatnego lub publicznego w rozumieniu art. 12 ust. 1 tej dyrektywy może tej osobie prawnej udzielić zamówienia publicznego bez stosowania niniejszej dyrektywy.

45 Wykluczenie przepisów dotyczących postępowania o udzielanie zamówień publicznych przewidziane w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 jest zatem zgodnie z lit. a) tego przepisu uzależnione od warunku, by instytucja zamawiająca sprawowała wraz z innymi instytucjami zamawiającymi nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawują one nad ich własnymi jednostkami.

46 Z powyższego wynika, że art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 nie przewiduje żadnego wymogu dotyczącego warunków, na jakich dany organ administracyjny nabywa udziały kapitałowe w spółce, której akcjonariuszami są inne organy administracyjne.

47 W związku z tym na pytanie drugie trzeba odpowiedzieć, że art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on przepisom krajowym, które uniemożliwiają instytucji zamawiającej nabycie udziałów w kapitale podmiotu, którego akcjonariuszami są inne instytucje zamawiające, jeżeli udziały te nie są w stanie zagwarantować kontroli lub uprawnienia do blokowania oraz jeżeli wspomniana instytucja zamawiająca zamierza następnie uzyskać pozycję wspólnej kontroli, a w konsekwencji możliwość bezpośredniego udzielania zamówień na rzecz tego podmiotu, którego kapitał znajduje się w posiadaniu kilku instytucji zamawiających.

W przedmiocie kosztów

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

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

1) **Artykuł 12 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, które uzależnia zawarcie transakcji wewnętrznej, określanej również mianem „umowy *in house*", od**

braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie od wykazania przez instytucję zamawiającą korzyści szczególnie wiążących się dla danej społeczności z posłużeniem się transakcją wewnętrzną.

2) **Artykuł 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on przepisom krajowym, które uniemożliwiają instytucji zamawiającej nabycie udziałów w kapitale podmiotu, którego akcjonariuszami są inne instytucje zamawiające, jeżeli udziały te nie są w stanie zagwarantować kontroli lub uprawnienia do blokowania oraz jeżeli wspomniana instytucja zamawiająca zamierza następnie uzyskać pozycję wspólnej kontroli, a w konsekwencji możliwość bezpośredniego udzielania zamówień na rzecz tego podmiotu, którego kapitał znajduje się w posiadaniu kilku instytucji zamawiających.**

Podpisy