Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 9 czerwca 2022 r. [1]

Sprawy połączone C-383/21 i C-384/21

Société de logement de service public (SLSP) „Sambre & Biesme", SCRL (C-383/21),
Commune de Farciennes (C-384/21)
przeciwko
Société wallonne du logement

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Conseil d'État (radę stanu, Belgia)]

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2014/24/UE – Zamówienia publiczne – Usługi, roboty budowlane i realizacja inwestycji budowlanych – Udzielenie zamówienia „in house" – Podmiot „in house" kontrolowany wspólnie przez kilka instytucji zamawiających – Możliwość stosowania dyrektywy

1. W Belgii spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej i gmina postanowiły zawrzeć umowę ramową w sprawie zamówień publicznych. Zgodnie z tą umową zamówienie na wsparcie techniczne przy budowie mieszkań oraz zamówienie na usługi inwentaryzacji azbestu nie miały być udzielone w drodze przetargu, lecz bezpośrednio stronie trzeciej, będącej również podmiotem publicznym.

2. Organ, któremu rząd waloński powierzył nadzór nad działalnością spółek mieszkaniowych użyteczności publicznej, unieważnił wspomnianą umowę, ponieważ uznał, że w tym przypadku nie zostały spełnione warunki bezpośredniego udzielenia zamówień.

3. Każdy z dwóch sygnatariuszy umowy zakwestionował jej unieważnienie, ponieważ ich zdaniem bezpośrednie udzielenie zamówień było zgodne z dyrektywą 2014/24/UE [2]. Spór jest obecnie rozpatrywany przez naczelny sąd administracyjny w Belgii, który zwrócił się do Trybunału z dwoma wnioskami o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

[1] Język oryginału: hiszpański.

[2] 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), w brzmieniu zmienionym rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r. (Dz.U. 2015, L 307, s. 5).

I. Ramy prawne. Dyrektywa 2014/24

4. Zgodnie z motywem 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.

[…]”.

5. W motywie 33 stwierdza się:

„Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość postanowienia o wspólnym świadczeniu swych usług publicznych w drodze współpracy bez konieczności zastosowania konkretnej formy prawnej. Taka współpraca może obejmować wszystkie rodzaje działalności związane z wykonaniem usług oraz obowiązków nałożonych na uczestniczące instytucje lub przyjętych przez te instytucje, takich jak obowiązkowe lub dobrowolne zadania władz lokalnych lub regionalnych lub usługi powierzone konkretnym organom na mocy prawa publicznego. Usługi świadczone przez poszczególne uczestniczące instytucje nie muszą być identyczne; mogą mieć również charakter komplementarny.

Do umów dotyczących wspólnego świadczenia usług publicznych nie powinny mieć zastosowania zasady określone w niniejszej dyrektywie, pod warunkiem że umowy te są zawierane wyłącznie między instytucjami zamawiającymi, że prowadzeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym i że żaden prywatny usługodawca nie znajduje się w sytuacji korzystniejszej niż jego konkurenci.

Aby spełnić te warunki, współpraca ta powinna opierać się na koncepcji współdziałania. Współdziałanie takie nie wymaga, by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy. Ponadto realizacja współpracy, w tym wszelkie transfery finansowe pomiędzy uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi, powinna podlegać wyłącznie względom związanym z interesem publicznym”.

6. Artykuł 12 („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 krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających 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; […]

[…]

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.

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

a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;

b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz

c) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy.

[…]".

II. Okoliczności faktyczne, postępowania i pytania prejudycjalne

7. Société de logement de service public Sambre & Biesme [3] jest podmiotem publicznym, który ma formę prawną spółdzielni z ograniczoną odpowiedzialnością. Jej głównymi wspólnikami są gminy Farciennes i Aiseau-Presles. Należy ona do sieci spółek mieszkaniowych użyteczności publicznej w Walonii (Belgia).

8. W 2015 r. SLSP Sambre et Biesme oraz gmina Farciennes postanowiły utworzyć w Farciennes „ekoosiedle" składające się z około 150 mieszkań publicznych i prywatnych. Ze względu na skalę projektu strony skorzystały ze wsparcia Intercommunale pour la gestion et la réalisation d'études techniques et économiques [4], podmiotu posiadającego również formę prawną spółdzielni z ograniczoną odpowiedzialnością.

9. W skład IGRETEC wchodzą wyłącznie osoby prawne prawa publicznego. W 2016 r. jej wspólnikami było ponad 70 gmin (w tym Farciennes) i ponad 50 innych podmiotów publicznych. Gminy miały 5 054 351 udziałów z prawem głosu, a pozostałe podmioty publiczne 17 126 podobnych udziałów.

10. Statut IGRETEC zastrzega dla gmin większość głosów oraz przewodnictwo w poszczególnych organach zarządzających. Uchwały tych organów podejmowane są większością głosów gmin będących wspólnikami.

11. W czasie wystąpienia okoliczności faktycznych sprawy w skład zarządu IGRETEC wchodził radny gminy Farciennes, który był również doradcą SLSP Sambre et Biesme.

12. W dniu 29 października 2015 r. SLSP Sambre et Biesme podjęła uchwałę o nabyciu jednego udziału w IGRETEC o wartości 6,20 EUR, aby móc korzystać z jej usług. Uzyskała ona w ten sposób status wspólnika spółdzielni międzygminnej, choć jej udział był jedynie symboliczny [5].

[3] Spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej Sambre i Biesme (zwana dalej „SLSP Sambre et Biesme").

[4] Międzygminna spółdzielnia ds. zarządzania projektami technicznymi i ekonomicznymi oraz ich realizacji (zwana dalej „IGRETEC").

[5] Wynosił on 0,0000000197% udziałów dających prawo głosu (s. 26 postanowienia odsyłającego w sprawie C-383/21) i 0,0000049% udziałów (s. 39 postanowienia odsyłającego w sprawie C-384/21).

13. W styczniu 2017 r. gmina Farciennes i SLSP Sambre et Biesme sporządziły projekt umowy ramowej w celu określenia wzajemnych praw i obowiązków w zakresie projektowania i budowy ekoosiedla w Farciennes. Umowa zawierała następujące postanowienia:

– Zgodnie z jej art. 1 strony postanowiły wspólnie udzielać zamówień publicznych na usługi, roboty budowlane i realizację inwestycji budowlanych oraz wyznaczyły gminę Farciennes do występowania w ich imieniu jako instytucja zamawiająca i do podejmowania samodzielnie wszelkich decyzji związanych z udzielaniem zamówień.

– Zgodnie z art. 5 tej umowy[6] „strony zgodnie postanawiają, że gmina Farciennes zawrze z IGRETEC […] umowę w sprawie wsparcia przy zarządzaniu inwestycją oraz w sprawie świadczenia usług prawnych i środowiskowych w ramach stosunku *in house* łączącego każdą ze stron umowy ze wspomnianą spółdzielnią międzygminną".

– W celu skoordynowania procesu decyzyjnego w zakresie wykonania umowy ramowej w załączniku do niej ustanowiono komitet zarządzający[7].

– IGRETEC, choć nie była sygnatariuszem umowy ramowej, poza tym, że była reprezentowana w komitecie zarządzającym, miała być odpowiedzialna za jego sekretariat.

14. W dniu 9 lutego 2017 r. zarząd SLSP Sambre et Biesme podjął uchwały: a) w sprawie „zatwierdzenia zawarcia umowy ramowej dotyczącej wspólnych zamówień z gminą Farciennes"; oraz b) w sprawie „nieprzeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi inwentaryzacji azbestu", dla którego zatwierdził wcześniej specyfikację istotnych warunków zamówienia, „ze względu na stosunek *in house* istniejący między [SLSP Sambre et Biesme] a IGRETEC". Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest opisana jako pierwszy etap realizacji projektu ekoosiedla w Farciennes.

15. W dniu 10 lutego 2017 r. biegły rewident SWL zajmujący się SLSP Sambre et Biesme wniósł środek odwoławczy do samej SWL od dwóch wyżej wymienionych uchwał (zwanych dalej „spornymi uchwałami"). SWL działa w imieniu rządu walońskiego jako organ nadzoru nad spółkami mieszkaniowymi użyteczności publicznej.

16. W dniu 25 lutego 2017 r. SWL uchyliła sporne uchwały na tej podstawie, że zamówienie na wsparcie techniczne (art. 5 umowy ramowej) oraz zamówienie o świadczenie usług inwentaryzacji azbestu zostały udzielone IGRETEC bez przeprowadzenia postępowania przetargowego.

17. W ocenie SWL:

– Uzasadnione są wątpliwości co do tego, czy SLSP Sambre et Biesme wywiera decydujący wpływ na IGRETEC, skoro posiada ona tylko jeden udział w kapitale IGRETEC, której statut przyznaje gminom pozycję dominującą.

[6] Zatytułowanym „Wybór wsparcia przy zarządzaniu inwestycją w celu realizacji zamówień na usługi, roboty budowlane i realizację inwestycji budowlanych oraz w celu opracowania projektu rewitalizacji obszarów miejskich".

[7] W skład komitetu zarządzającego wchodzi czterech przedstawicieli gminy Farciennes, dwóch przedstawicieli SLSP Sambre et Biesme, dwóch przedstawicieli IGRETEC i dwóch przedstawicieli Société wallonne du logement (walońskiej spółki mieszkaniowej, zwanej dalej „SWL"). Decyzje komitetu podejmowane są w drodze konsensusu.

– Wyznaczenie gminy Farciennes jako głównej instytucji zamawiającej (art. 1 umowy ramowej) nie jest wystarczające, aby uzasadnić bezpośrednie udzielenie zamówień na rzecz IGRETEC w imieniu poszczególnych stron umowy, nawet jeśli gmina Farciennes korzysta indywidualnie z wyjątku *in house* w swoich stosunkach z IGRETEC. W ramach wspólnego zamówienia poszczególni partnerzy łączą się na etapie opracowania zlecenia, ale każdy z nich musi przestrzegać zwykłych procedur przetargowych.

18. Ponieważ decyzje SWL podlegają zaskarżeniu do sądu administracyjnego, SLSP Sambre et Biesme oraz gmina Farciennes zaskarżyły oddzielnie uchylenie spornych uchwał.

19. Conseil d'État (rada stanu, Belgia, działająca jako naczelny sąd administracyjny, Belgia), która musi wydać orzeczenie w przedmiocie tych skarg, kieruje do Trybunału dwa wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

20. W odniesieniu do pierwszego z nich (sprawa C-383/21) sąd odsyłający zwraca się z następującymi pytaniami:

„1) Czy art. 12 [ust.] 3 dyrektywy […] 2014/24/UE […] należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy art. 12 [ust.] 3 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że warunek, aby instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, była reprezentowana w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółdzielni międzygminnej, jest spełniony z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółdzielni międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest wspólnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółdzielni międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?

3) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy należy uznać, że instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, »uczestniczy« w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółdzielni międzygminnej, z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółdzielni międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest wspólnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółdzielni międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?"

21. W drugim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (sprawa C-384/21) sąd odsyłający, oprócz powyższych pytań, zadaje następujące pytania:

„4) Czy art. 12 [ust.] 4 dyrektywy […] 2014/24/UE […] należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?

5) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na to pytanie: czy art. 12[ust.] 4 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na powierzenie, bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania przetargowego, zadań związanych ze wsparciem przy zarządzaniu inwestycją oraz świadczeniem usług prawnych i środowiskowych instytucji zamawiającej, w tym przypadku spółdzielni międzygminnej, jeżeli zadania te wpisują się w ramy współpracy między dwiema innymi instytucjami zamawiającymi, w tym przypadku gminą i spółką mieszkaniową użyteczności publicznej, jeżeli bezsporne jest, że gmina sprawuje kontrolę typu »wspólny in house« nad spółdzielnią międzygminną i jeżeli gmina oraz spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej są członkami spółdzielni międzygminnej w sektorze »biuro projektowe i zarządzające oraz centralne biuro zakupów« w ramach przedmiotu jej działalności dotyczącego konkretnie zadań, które chcą jej powierzyć, które to zadania odpowiadają działalności prowadzonej na rynku przez biura projektowe i zarządzające specjalizujące się w opracowywaniu, realizacji i wdrażaniu projektów?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem

22. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynęły do Trybunału w dniu 24 czerwca 2021 r. Zostały one połączone do celów pisemnego i ustnego etapu postępowania, jak również wydania wyroku.

23. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez SLSP Sambre et Biesme, gminę Farciennes, rząd belgijski i Komisję. Wszystkie te podmioty wzięły udział w rozprawie, która miała miejsce w dniu 30 marca 2022 r.

IV. Analiza

A. Uwagi wstępne

24. Zgodnie ze wskazaniem Trybunału niniejsza opinia dotyczy pytania pierwszego w obu sprawach oraz pytań czwartego i piątego w drugiej sprawie.

B. W przedmiocie pytań prejudycjalnych: pierwszego w sprawie C-383/21 oraz pierwszego i czwartego w sprawie C-384/21

25. Sąd odsyłający wyjaśnia, że belgijska ustawa transponująca dyrektywę 2014/24 do prawa krajowego nie obowiązywała jeszcze w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych będących przedmiotem sporu, choć termin transpozycji już upłynął [8].

26. Skarżący w każdej z dwóch skarg podnoszą, że art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 jest bezpośrednio skuteczny, ponieważ zawiera bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne przepisy, przyznające prawa jednostkom, na które mogą one powoływać się wobec państwa i wszystkich organów jego administracji [9].

[8] Termin na dokonanie transpozycji dyrektywy 2014/24 do prawa krajowego upłynął w dniu 18 kwietnia 2016 r. Belgijska ustawa transponująca została uchwalona w dniu 17 czerwca 2016 r. Obowiązuje ona od dnia 30 czerwca 2017 r., po wejściu w życie dekretu wykonawczego z dnia 18 kwietnia 2017 r.

[9] Uwagi: gminy Farciennes, pkt 33 i nast.; SLSP Sambre et Biesme, pkt 34 i nast.

27. Rząd belgijski i Komisja [10] są przeciwnego zdania. Twierdzą one, że art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 nie spełnia przesłanek bezpośredniej skuteczności, ponieważ zasadniczo:

– Instytucje zamawiające i podmioty prawa publicznego objęte zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych nie są „jednostkami", którym przysługują prawa, na które mogłyby się powołać wobec państwa.

– Przepisy te nie przewidują obowiązku działania lub zaniechania ze strony państwa i na rzecz wykonawców.

28. Rezultat, za którym będę się opowiadał w dalszej części (zastosowanie art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 w niniejszym sporze), zostałby w praktyce osiągnięty zarówno przez przyznanie, że ewentualna bezpośrednia skuteczność tych ustępów jest korzystna dla podmiotów publicznych będących stronami sporu, które mogłyby się na nią powołać wobec państwa, jak i przez twierdzenie po prostu, że wobec braku transpozycji tej dyrektywy w terminie wspomniane podmioty były związane rzeczonymi przepisami. Uważam, że ta druga teza jest właściwa.

1. Bezpośrednia skuteczność, bezwarunkowy charakter i możliwość powołania się przez organy publiczne na art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24

29. Moim zdaniem podejście leżące u podstaw tych pytań prejudycjalnych nie jest najwłaściwsze. Gdyby tak było, odpowiedź powinna być zgodna z propozycją przedstawioną przez SWL w postępowaniu głównym i którą popierają rząd belgijski oraz Komisja w niniejszym postępowaniu.

30. Na poparcie tej propozycji pragnę przypomnieć, że głównym celem doktryny tzw. „bezpośredniej skuteczności" rozwiniętej przez Trybunał w odniesieniu do dyrektyw jest ochrona jednostek. Umożliwia ona jednostkom korzystanie z praw przyznanych im w dyrektywach, których w przeciwnym razie nie mogłyby one dochodzić, gdy nie istnieją niezbędne środki wykonawcze na poziomie krajowym.

31. W utrwalonym orzecznictwie Trybunału dotyczącym bezpośredniej skuteczności dyrektyw, w szczególności tych, które nie zostały transponowane w wyznaczonym terminie lub zostały transponowane w niewłaściwy sposób, określono, kto i na jakich warunkach może powoływać się na taką bezpośrednią skuteczność.

32. W niedawnym wyroku z dnia 8 marca 2022 r. Trybunał orzekł:

– „[W]e wszystkich wypadkach, gdy przepisy dyrektywy są z punktu widzenia swej treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostki mogą powoływać się na nie przed sądami krajowymi przeciwko państwu, jeśli państwo to nie transponowało dyrektywy do prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub jeśli dokonało niewłaściwej transpozycji […]" [11].

– „[…] przepis prawa Unii jest, po pierwsze, bezwarunkowy, jeżeli ustanawia zobowiązanie niepoddane żadnym warunkom i nieuzależnione, w zakresie jego wykonania lub skutków, od wydania przez instytucje lub państwa członkowskie jakiegokolwiek aktu, oraz po drugie,

[10] Uwagi: rządu belgijskiego, pkt 17 i nast., 80 i nast.; Komisji, pkt 12 i nast. SWL podniosła ten sam argument przed sądem odsyłającym.

[11] Wyrok wydany w sprawie Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (bezpośrednia skuteczność) (C-205/20, EU:C:2022:168, pkt 17).

wystarczająco precyzyjny, by podmioty prawa mogły się na niego powoływać, a sądy mogły go stosować, jeżeli formułuje zobowiązanie w sposób niedwuznaczny […]”[12].

– „[…] nawet jeśli dyrektywa pozostawia państwom członkowskim pewien zakres uznania przy ustalaniu sposobów jej wykonania, można uznać, że przepis tej dyrektywy ma charakter bezwarunkowy i precyzyjny, jeżeli nakłada on na państwa członkowskie w jednoznaczny sposób wyraźny obowiązek osiągnięcia określonego rezultatu, który nie jest obwarowany żadnym warunkiem co do stosowania wyrażonej w nim zasady […]”[13].

33. W świetle tych przesłanek uważam zatem, że podmioty publiczne, takie jak gmina Farciennes oraz SLSP Sambre et Biesme, które są jedynie emanacją państwa w szerokim znaczeniu, nie mogą powoływać się na (hipotetyczny) bezpośredni skutek art. 12 dyrektywy 2014/24 wobec państwa.

34. Po pierwsze, nawet gdyby przyjąć, że artykuł ten zawiera w ust. 3 i 4 „wystarczająco precyzyjne” sformułowanie, trudno byłoby stwierdzić, że ma on charakter „bezwarunkowy” i że nakłada na państwa członkowskie jednoznaczny obowiązek. Przeciwnie, zezwala on tym państwom na wyłączenie, jeśli uznają to za stosowne, umów zawartych między podmiotami sektora publicznego z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24.

35. Trybunał wyjaśnił, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24, „który ogranicza się […] do sprecyzowania warunków, jakich musi przestrzegać instytucja zamawiająca przy udzielaniu zamówienia typu in-house, skutkuje jedynie *upoważnieniem* państw członkowskich do wyłączenia takiego zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24”[14].

36. Podobnie Trybunał stwierdził, że dyrektywa 2014/24 „nie zobowiązuje państw członkowskich do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” i „nie może ona również zobowiązywać ich do udzielania zamówień typu in-house, jeżeli spełnione są warunki określone w art. 12 ust. 1”[15]. To samo odnosi się do ust. 3 i 4 tego artykułu.

37. Stwierdzenie to jest zgodne ze swobodą państw członkowskich „w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, w drodze którego instytucje zamawiające zaspokajają ich własne potrzeby”[16].

38. Po drugie, jak już wspomniałem, podmioty gminne i podmioty prawa publicznego (nawet jeśli mają formę spółek handlowych) nie mogą powoływać się na domniemany „bezpośredni skutek” art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 wobec państwa. W swoich stosunkach z organami państwowymi, które kontrolują ich decyzje, podmioty gminne nie są „jednostkami”, które mogą powoływać się na ten skutek.

39. Z powyższych względów i chociaż uważam, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi w niniejszym sporze na temat bezpośredniej skuteczności art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24, na wypadek, gdyby Trybunał postanowił rozpatrzyć tę kwestię, która była przedmiotem obszernej debaty na rozprawie, moje zdanie jest zgodne ze zdaniem wyrażonym na rozprawie przez rząd belgijski i Komisję.

[12] *Ibidem*, pkt 18.

[13] *Ibidem*, pkt 19.

[14] Wyrok z dnia 3 października 2019 r., Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; zwany dalej „wyrokiem Irgita”, pkt 43; wyróżnienie moje). Następnie, postanowienie z dnia 6 lutego 2020 r., Pia Opera Croce Verde Padova (C-11/19, EU:C:2020:88, pkt 40–46).

[15] Wyrok Irgita, pkt 46.

[16] *Ibidem*, pkt 45, z odesłaniem do motywu 5 dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym „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”.

40. W art. 12 dyrektywy 2014/24 ustanowiono minimalne warunki dotyczące uprawnienia, którego wykonywanie – co pragnę podkreślić – może zostać całkowicie wyłączone przez państwa członkowskie. W przypadku braku wyłączenia jedynym możliwym przypadkiem bezpośredniej skuteczności owego art. 12 (na którą mógłby się powołać jedynie wykonawca, który uważa się za poszkodowanego) byłby przypadek, w którym instytucja zamawiająca zamierzałaby obejść przepisy dotyczące zamówień publicznych i zdecydować się na zamówienie wewnętrzne lub współpracę horyzontalną przy braku spełnienia minimalnych warunków wymaganych na mocy wspomnianego artykułu.

2. Zastosowanie art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 do organów publicznych

41. Powyższe uwagi nie oznaczają jednak, że art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

42. W przypadku organów publicznych związanie art. 12 ust. 3 i 4 przed transpozycją dyrektywy nie wynika z ewentualnej bezpośredniej skuteczności, jaką mogą mieć te przepisy, lecz z „nałożon[ego] na wszystkie władze państwowe obowiązku zastosowania się do przepisów dyrektyw (art. 288 akapit trzeci TFUE) oraz lojalnej współpracy i zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji (art. 4 ust. 3 TUE)”[17].

43. Właściwa odpowiedź na pierwsze pytania obu odesłań prejudycjalnych powinna zatem dotyczyć przede wszystkim związania organów publicznych dyrektywą 2014/24 (lub, jak to określiła Komisja na rozprawie, jej skutku *wiążącego*), gdy nie została ona jeszcze transponowana, mimo iż upłynął termin transpozycji.

44. Trybunał potwierdził to związanie[18].

45. Jeśli chodzi o instytucje zamawiające uczestniczące w tych dwóch sporach, których publiczny charakter jest bezsporny, oznacza to, że były one związane dyrektywą 2014/24 od dnia, w którym należało ją transponować[19].

46. W przypadku braku transpozycji i niezależnie od tego, czy art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24 był bezpośrednio skuteczny, czy też nie, aby jednostki mogły się na niego powołać wobec organów publicznych lub podmiotów od nich zależnych, te ostatnie, w zakresie, w jakim działały jako instytucje zamawiające, były zobowiązane do przestrzegania wymogów ustanowionych w owym przepisie.

47. Jeśli w celu uzyskania usług niezbędnych do realizacji swoich projektów gmina Farciennes i SLSP Sambre et Biesme wolały nie pozyskiwać usług na rynku i zamierzały uniknąć zwykłych procedur udzielania zamówień publicznych, warunki przewidziane w art. 12 dyrektywy 2014/24 miały do nich zastosowanie w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

[17] W tym względzie przychylam się do opinii rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Portgás (C-425/12, EU:C:2013:623, pkt 52).

[18] Wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 34).

[19] Po (prawidłowej) transpozycji przepisy dotyczące zamówień publicznych i wyjątki od nich są przewidziane w prawie krajowym. Na rozprawie poinformowano, że ustawodawca belgijski powtórzył zasadniczo treść art. 12 dyrektywy 2014/24 w ustawie z dnia 17 czerwca 2016 r. Mógł on jednak tego nie robić. W związku z tym (teoretycznie) możliwa jest transpozycja bez stosowania uprawnienia do wyłączenia przewidzianego w art. 12.

48. Po transpozycji dyrektywy zarówno wertykalna (*in house*), jak i horyzontalna współpraca między podmiotami publicznymi nie musi podlegać procedurom udzielania zamówień publicznych, jeżeli państwo członkowskie, korzystając ze swojej swobody, postanowiło skorzystać z możliwości wyłączenia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24 przewidzianych w art. 12 tej dyrektywy, zgodnie z jego wykładnią dokonaną przez Trybunał [20].

49. W tym kontekście, w przypadku gdy państwo postanowiło dopuścić mechanizmy współpracy międzyadministracyjnej wyłączone ze sformalizowanych procedur przewidzianych w dyrektywie 2014/24, jego instytucje zamawiające będą musiały spełnić wymogi określone w art. 12 ust. 3 i 4 tej dyrektywy, jeżeli nie zamierzają uzyskiwać określonych usług lub dostaw na rynku.

C. Piąte pytanie prejudycjalne w sprawie C-384/21

1. Przedmiot

50. Pytanie piąte w sprawie C-384/21 dotyczy wyłączenia z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24, o którym mowa w jej art. 12 ust. 4.

51. W odróżnieniu od wyłączenia, o którym mowa w art. 12 ust. 2 i 3 dyrektywy 2014/24 i zgodnie z którym jedna instytucja zamawiająca (lub więcej instytucji zamawiających) musi sprawować kontrolę nad wykonawcą zamówienia publicznego, wyłączenie przewidziane w ust. 4 opiera się na współpracy instytucji zamawiających, między którymi nie ma takiego stosunku kontroli.

52. Pytanie prejudycjalne ma swoje źródło w argumentach przedstawionych przez gminę Farciennes tytułem ewentualnym na wypadek stwierdzenia, że w świetle stosunków między SLSP Sambre et Biesme a IGRETEC nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 12 ust. 3 dyrektywy [21].

53. Gmina Farciennes podnosi, że w przypadku braku wspólnej kontroli przewidzianej w tym ustępie współpraca horyzontalna między instytucjami zamawiającymi byłaby nadal możliwa zgodnie z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Współpraca między samą gminą Farciennes, SLSP Sambre et Biesme a IGRETEC miałaby taki charakter.

54. Z treści uwag gminy Farciennes wnioskuję, że opowiada się ona za dwoma sposobami rozumienia stosunków między prowadzącymi spór podmiotami publicznymi:

– Zgodnie z pierwszym z tych sposobów, który gmina Farciennes wydaje się preferować, istnieje współpraca horyzontalna, która zdaniem gminy Farciennes i SLSP Sambre et Biesme ma służyć realizacji planu tworzenia ekoosiedla, a zdaniem IGRETEC – realizacji jej zadań na rzecz jej wspólników, polegających na przyczynianiu się do realizacji jej projektów. Umowa między stronami służyłaby zatem osiągnięciu wspólnych celów [22].

[20] Banałem jest wymaganie, aby ta wykładnia była ścisła, poprzez argumentację, że przypadki przewidziane w art. 12 dyrektywy 2014/24 stanowią „wyjątki" lub „odstępstwa" od stosowania tej dyrektywy. Nie rozpatrując, jaki powinien być kierunek wykładni, muszę powtórzyć, że artykuł ten wyznacza zakres zastosowania dyrektywy. Nie jest to, ściśle rzecz ujmując, wyjątek od niej [zob. moją opinię w sprawie Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, pkt 37, 38)].

[21] Z brzmienia pytania wynika, że zdaniem sądu odsyłającego gmina Farciennes sprawuje nad IGRETEC kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, ale nie dotyczy to stosunków między SLSP Sambre et Biesme a IGRETEC.

[22] Uwagi gminy Farciennes, pkt 115 i nast., w szczególności 143 i 145.

– Zgodnie z drugim z owych sposobów stosunek *in-house* między gminą a IGRETEC oznacza, że gdy gmina powierza IGRETEC wykonanie pewnych usług, korzysta z własnych jednostek, co należy wziąć pod uwagę w ramach jej współpracy z SLSP Sambre et Biesme [23].

55. W obu przypadkach stosunki byłyby objęte zakresem art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. W związku z tym przetarg publiczny nie byłby konieczny.

2. Współpraca wynikająca z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24

56. Zgodnie z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2014/24, jeżeli spełnione są łącznie trzy warunki wymienione w lit. a), b) i c) tego przepisu [24].

57. Wątpliwości sądu krajowego dotyczą pojęcia „współpracy" w rozumieniu tego artykułu, którego wykładnia powinna być autonomiczna [25].

58. Wyjaśniłem przy innej okazji [26], że w przepisie tym przyjęto orzecznictwo Trybunału poprzedzające kodyfikację, ale wykroczono poza nie: wyjaśniono i uelastyczniono je, zbliżając w pewnym stopniu jego wymogi do wymogów wynikających z innych formuł, które umożliwiają wyłączenie niektórych zamówień podmiotów sektora publicznego z zakresu dyrektywy 2014/24 [27].

59. W następujący sposób wyjaśniono wymienione poniżej cechy współpracy horyzontalnej, która nie podlega sformalizowanym postępowaniom o udzielenie zamówienia w rozumieniu dyrektywy 2014/24:

– Nie jest wymagane, jak to miało miejsce zgodnie z wcześniejszym orzecznictwem [28], aby współpraca służyła wspólnemu wykonywaniu zadania z zakresu usług publicznych, wspólnego dla wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających [29].

[23] *Ibidem*, pkt 115 i nast., w szczególności 139 i 140.

[24] Oprócz spełnienia tych warunków współpraca międzyadministracyjna musi w każdym razie być zgodna z podstawowymi zasadami TFUE, w szczególności z zasadami dotyczącymi swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, a także z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości. W przedmiocie zakazu współpracy między instytucjami zamawiającymi, która skutkuje postawieniem jednego przedsiębiorstwa prywatnego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do jego konkurentów, zob. wyrok z dnia 28 maja 2020 r., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, pkt 63 i nast., a także pkt 3 sentencji).

[25] Wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., Remondis (C-429/19, EU:C:2020:436; zwany dalej „wyrokiem Remondis II", pkt 24).

[26] Opinia w sprawie Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, pkt 26–28).

[27] Przed przyjęciem dyrektywy 2014/24 Trybunał odmawiał uznania współpracy horyzontalnej w przypadku bezpośredniego udzielania zamówień na świadczenie usług wspierających usługi publiczne, takich jak wykonywanie studiów architektonicznych lub inżynieryjnych oraz sprzątanie biur: zob. wyroki: z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. (C-159/11, EU:C:2012:817), w odniesieniu do pierwszego przypadku; z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), w odniesieniu do drugiego przypadku. Można było jednak argumentować, że powodem takiej odmowy nie był pomocniczy charakter świadczenia, lecz fakt, że umowa inter partes nie służyła wspólnemu wykonywaniu zadań w ramach wspólnej służby publicznej: odsyłam do pkt 34 wyroku Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. oraz do pkt 39 wyroku Piepenbrock. Tak czy inaczej ograniczenie to zniknęło w obowiązującej dyrektywie.

[28] Oprócz wyroków przytoczonych w poprzednim przypisie zob. wyroki: z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy (C-480/06, EU:C:2009:357, pkt 37); z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 35). Stanowisko to zajęła również Komisja w swoim wniosku dotyczącym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych (COM/2011/0896 final), art. 11 ust. 4 lit. a).

[29] Wyrok z dnia 28 maja 2020 r., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, pkt 57, 58 i sentencja).

– Uznaje się, że współpraca może dotyczyć (lub przybierać formę) działalności pomocniczej w stosunku do usługi publicznej, pod warunkiem że ta działalność pomocnicza przyczynia się do jej faktycznego świadczenia [30].

– Usługi świadczone przez instytucje zamawiające niekoniecznie muszą być identyczne. Dopóki spełniony jest wymóg wspólnoty celów, które muszą ponadto leżeć w interesie publicznym, dopuszczalne jest, aby usługi te miały charakter komplementarny [31].

– Dopóki istnieją zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy, nie jest konieczne, aby każda ze stron uczestniczyła we współpracy w równym stopniu; współpraca ta może się opierać na podziale zadań lub określonej specjalizacji [32].

60. Jest natomiast niezbędne, aby współpraca stron była ukierunkowana na osiągnięcie *wspólnych dla wszystkich stron celów*. To właśnie ten istotny element współpracy horyzontalnej stanowi różnicę w porównaniu z bezpośrednim udzielaniem zamówień podmiotom kontrolowanym przez instytucję zamawiającą.

61. Podobnie uznał Trybunał w wyroku Remondis II, odnosząc się do „wymiaru, który z samej swej natury jest nastawiony na współpracę", o której mowa w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Wymiar ten przejawia się między innymi w przygotowaniu porozumienia o współpracy poprzez zdefiniowanie wspólnych potrzeb oraz wskazanie koniecznych do ich zaspokojenia rozwiązań [33].

62. Ponadto współpraca horyzontalna opiera się na *koncepcji współdziałania*, to znaczy wyraża się we wzajemnych zobowiązaniach uczestników. Jak wyjaśniono w wyroku Remondis II [34], zobowiązania te wykraczają poza wykonanie określonej usługi, z jednej strony, i jej wynagrodzenie z drugiej strony.

[30] *Ibidem*, pkt 59, 60 i sentencja. W mojej opinii w tej sprawie (C-796/18, EU:C:2020:47, pkt 84, 85), stwierdziłem, że działalność wspierająca musi być „związan[a] bezpośrednio i nierozerwalnie z usługą publiczną", wykazując „tak kluczowy charakter, że samo świadczenie usługi publicznej jest od ni[ej] uzależnione". Chociaż sformułowanie Trybunału jest inne, nie wydaje mi się, aby było ono bardziej elastyczne.

[31] Jako przykłady usług komplementarnych można wymienić działalność związaną ze zbieraniem i przetwarzaniem odpadów, o której mowa w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy (C-480/06, EU:C:2009:357); lub działalność w zakresie nauczania i prowadzenia badań naukowych charakterystyczną dla uczelni publicznych, jak zauważył rzecznik generalny P. Mengozzi w swojej opinii w sprawie Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:23, pkt 59). W praktyce elastyczność zapewniona w dyrektywie 2014/24 może okazać się bezskuteczna, ponieważ różnica co do istoty usług, do których zobowiązane są poszczególne instytucje zamawiające, nie pozwala im na określenie celów *wspólnych* dla wszystkich z nich. W takim przypadku zabrakłoby niezbędnego elementu, jakim jest współpraca. Możliwe jest przy tym również, że taka różnica uniemożliwia wykonywanie odpowiednich usług *w ramach współpracy* ze względu na brak interesu jednej z instytucji zamawiających w świadczeniu usług oferowanych przez drugą z nich lub ze względu na to, że komplementarność nie jest wzajemna, lecz jednostronna. W takiej sytuacji, jeżeli stosunek między stronami ogranicza się do tego, że dana instytucja zamawiająca zainteresowana usługą drugiej instytucji zamawiającej nabywa od niej tę usługę w zamian za cenę, nie ma mowy o współpracy w rozumieniu art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Prawdopodobnie nie można by też mówić o współpracy kierowanej *jedynie względami związanymi z interesem publicznym*, jak wymaga tego art. 12 ust. 4 lit. b) tego samego ustępu: pobieranie kwoty w zamian za usługę nie jest celem leżącym w interesie publicznym. Wzmianka o usługach komplementarnych (a dokładniej o „zadaniach" w zakresie usług publicznych) pojawia się w motywie 14(aa) wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, załączonego do noty Sekretariatu Generalnego, dokument Rady 14971/12 z dnia 19 października 2012 r. Wyłączenie współpracy z zakresu dyrektywy było wyraźnie uzależnione od tego, czy usługi komplementarne mogły być świadczone „w ramach współpracy". Ze względu na zbyteczny charakter tego wymogu jego brak w końcowej wersji tekstu jest nieistotny.

[32] Motyw 33 akapit trzeci dyrektywy 2014/24. Koncepcja ta pojawiła się już w dokumencie roboczym służb Komisji dotyczącym stosowania prawa zamówień publicznych Unii do stosunków między instytucjami zamawiającymi (współpraca w ramach sektora publicznego), SEC(2011) 1169 final z dnia 4 października 2011 r., pkt 3.3.2.

[33] Wyrok Remondis II, pkt 32, 33.

[34] *Ibidem*, pkt 27.

63. Wyrażenie „koncepcja współdziałania", wyraźnie wskazane w motywie 33 dyrektywy 2014/24, jest równoznaczne z propozycjami, by wymagać „prawdziwej współpracy", a ta „obejmuj[e] wzajemne prawa i obowiązki stron" [35]. Wyklucza się sytuację, w której jedna z instytucji zamawiających jest »zwykłym „nabywcą"« [36] danej roboty budowlanej, usługi lub dostawy.

64. *Prawdziwy* charakter współpracy ma zasadnicze znaczenie w każdej umowie, która ma być objęta zakresem art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Cecha ta pozwoli odróżnić tę formę współpracy horyzontalnej od współpracy wertykalnej (*in house*), a także od zamówień podlegających postępowaniom o udzielenie zamówień publicznych, w których jedna ze stron wykonuje zadanie zgodnie ze specyfikacją określoną przez drugą stronę, która z kolei jedynie za nie płaci [37].

3. W przedmiocie postępowania głównego

a) Scenariusz pierwszy

65. Gmina Farciennes przedstawia pierwszy scenariusz na poparcie stanowiska dotyczącego istnienia stosunku współpracy horyzontalnej między nią, SLSP Sambre et Biesme oraz IGRETEC.

66. W ramach podsumowania pragnę przypomnieć, że:

– SLSP Sambre et Biesme i gmina Farciennes podjęły inicjatywę wspólnego realizowania swoich projektów remontu mieszkań i rewitalizacji obszarów miejskich w określonej dzielnicy.

– W tym celu zawarły one umowę ramową w sprawie udzielania zamówień publicznych, której sygnatariuszem nie była IGRETEC.

– Włączenie IGRETEC wynika ze zlecenia usług niezbędnych do wykonania projektu ekoosiedla. Zlecenie to wynika z decyzji obu instytucji zamawiających o nawiązaniu współpracy w celu realizacji tego projektu.

67. Moim zdaniem opisane w ten sposób trójstronne stosunki nie są objęte zakresem art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Zgadzam się w tej ocenie z sądem odsyłającym, którego zdaniem „sama okoliczność, że [IGRETEC] wykonuje zadania w ramach umowy zawartej między gminą Farciennes a SLSP Sambre et Biesme w celu realizacji wspólnego projektu utworzenia ekoosiedla w Farciennes, nie oznacza, że IGRETEC sama współpracuje w ramach tego projektu, ani że realizuje ona wspólny cel wraz z sygnatariuszami tej umowy" [38].

68. Szereg powodów skłania mnie do potwierdzenia tej oceny sądu odsyłającego, którą podziela również Komisja, w świetle opisu okoliczności faktycznych przedstawionego przez ten sąd. Pragnę podkreślić, że jedynie do sądu odsyłającego należy określenie ram faktycznych sporu, co wymaga oceny udziału stron sporu i celu, do którego dąży każda z nich.

[35] Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych z dnia 20 grudnia 2011 r. [COM(2011) 896 final], art. 11 ust. 4 lit. a).

[36] Wyrażenie to pojawia się w nocie Sekretariatu Generalnego, dokument Rady 9315/12 z dnia 27 kwietnia 2012 r., s. 38. W wyroku Remondis II odpowiada ono pkt 29.

[37] Współpraca horyzontalna nie wyklucza transferów finansowych między uczestnikami, ale – co pragnę powtórzyć – wyklucza, aby wkład jednego z uczestników ograniczał się do samej zapłaty.

[38] Postanowienie odsyłające w sprawie C-384/21, s. 56.

69. Po pierwsze, jak zauważył sąd odsyłający w słowach, które zostały przytoczone powyżej, nie istnieje wspólnota celów uzasadniająca współpracę między rzeczonymi trzema podmiotami w rozumieniu art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 [39].

70. Analiza statutu IGRETEC i jej udziału w spornych projektach prowadzi Conseil d'État (radę stanu) do podkreślenia, że zadania wykonywane w niniejszej sprawie przez IGRETEC odpowiadają „sektorowi I" przedmiotu jej działalności, a mianowicie działalności prowadzonej na rynku przez przedsiębiorstwa zajmujące się projektami i zarządzaniem, specjalizujące się we wdrażaniu projektów, a nie „sektorowi II", który dotyczy rozwoju gospodarczego, społecznego i turystycznego regionu, w szczególności budowy, finansowania i użytkowania niektórych nieruchomości [40].

71. Po drugie, brakuje również wymiaru współpracy, który początkowo przybiera formę określenia potrzeb i rozwiązań wspólnych dla stron zamierzających współpracować. Na tym etapie profesjonalna interwencja IGRETEC może pomóc gminie Farciennes i SLSP Sambre et Biesme w określeniu i zrozumieniu potrzeb związanych z projektem ekoosiedla, które obie strony zamierzają stworzyć. Z kolei dla IGRETEC jest to kwestia cudzych potrzeb.

72. Po trzecie, wydaje mi się, że strategia dotycząca najlepszej formy podziału i wspólnego wykorzystania zasobów stron jest ograniczona do gminy Farciennes i SLSP Sambre et Biesme, nawet jeśli działają one w oparciu o propozycje przedstawione przez IGRETEC [41]. IGRETEC nie świadczy bowiem żadnych usług publicznych wspólnie z tą gminą i SLSP Sambre et Biesme.

73. Wreszcie, włączenie IGRETEC do stosunków między dwiema instytucjami zamawiającymi [42] poprzez umowę w sprawie wsparcia przy zarządzaniu projektami oraz w sprawie świadczenia usług prawnych i środowiskowych nie spełnia przesłanek prawdziwej współpracy. W drodze tej umowy gmina Farciennes i SLSP Sambre et Biesme zobowiązują się w odniesieniu do IGRETEC jedynie do tego, do czego zobowiązałyby się w przetargu publicznym: wymagają one usług, które IGRETEC oferuje, przy czym jedynym zobowiązaniem, jakie podejmują w zamian, jest zobowiązanie do zapłaty.

b) Scenariusz drugi

74. Scenariusz drugi przewiduje połączenie współpracy horyzontalnej i wertykalnej, w którym IGRETEC, kontrolowana przez jednego z dwóch uczestników współpracy horyzontalnej (gminę Farciennes), świadczy usługi także dla drugiego uczestnika (SLSP Sambre et Biesme) i otrzymuje wynagrodzenie od obu uczestników.

[39] Postanowienie odsyłające w sprawie C-384/21, s. 56. Uwagi stron nie wskazują na cel wspólny dla wszystkich podmiotów, o ile taki cel istnieje, a nie jest on oczywisty dla zewnętrznego obserwatora. Moim zdaniem sprawy te ilustrują trudności, o których wspomniałem w przypisie 31. Przykładem współpracy w zakresie świadczenia (i poprzez świadczenie) usług komplementarnych w tym samym celu jest umowa analizowana w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy (C-480/06, EU:C:2009:357): zob. pkt 37 tego wyroku. Wspólnym celem była racjonalizacja przetwarzania odpadów w jednym z najbliższych zakładów.

[40] Postanowienie odsyłające w sprawie C-384/21, s. 56, 57. Należy jednak zauważyć, że przesłanką wyłączenia z zakresu dyrektywy 2014/24 zgodnie z art. 12 jest to, że instytucja zamawiająca ma wybór między uzyskaniem usługi w drodze współpracy międzyadministracyjnej (wertykalnej lub horyzontalnej) lub na rynku. Ogólnie rzecz ujmując, usługi uzyskiwane w wyniku współpracy między podmiotami publicznymi można (także) uzyskać na rynku.

[41] Jej propozycje dotyczyły takich aspektów jak liczba budynków mieszkalnych, rozbiórka lub remont istniejących budynków mieszkalnych, wykorzystanie inwestycji na niepublicznym rynku kapitałowym, rodzaj zamówienia publicznego i innych podobnych aspektów.

[42] W rzeczywistości, jak zauważa Komisja (pkt 33 jej uwag na piśmie), IGRETEC nie występuje jako instytucja zamawiająca. Nie wiadomo, jaką usługę miałaby „nabyć" IGRETEC oraz jaka usługa miałaby być przedmiotem przetargu, gdyby współpraca nie istniała.

75. Zdaniem gminy Farciennes, powierzając IGRETEC zadanie wsparcia w zarządzaniu projektami oraz świadczenia usług prawnych i środowiskowych, wykorzystuje ona zasoby własne tej gminy. Okoliczność ta powinna również zostać uwzględniona w kontekście współpracy między nią a SLSP Sambre et Biesme.

76. Nie wydaje mi się, aby argument ten mógł zostać uwzględniony, zresztą sama gmina Farciennes przedstawia go tytułem ewentualnym (w ramach zarzutu, który sam w sobie jest pomocniczy w stosunku do argumentu głównego) i być może z tego powodu nie rozwija go dalej.

77. Jeśli prawidłowo rozumiem stanowisko gminy Farciennes, argumentuje ona, że dwa podmioty będące stronami stosunku współpracy wertykalnej (IGRETEC i sama gmina) są na mocy tego stosunku jednym podmiotem dla celów współpracy horyzontalnej z osobą trzecią [43]. Nie jest zatem konieczne, aby oba te podmioty zawarły umowę ramową z SLSP Sambre et Biesme.

78. Nie podzielam tej argumentacji. W ramach współpracy wertykalnej (*in house*) instytucja zamawiająca i podmiot instrumentalny, nad którym sprawuje ona kontrolę analogiczną do tej, jaką posiada nad własnymi jednostkami, są formalnie odrębnymi podmiotami zarówno przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i po jej zawarciu.

79. Istnienie stosunku *in house* między gminą Farciennes a IGRETEC nie jest zatem wystarczające, aby uznać, że przesłanki współpracy horyzontalnej z SLSP Sambre et Biesme zostały spełnione.

V. Wnioski

80. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi Conseil d'État (radzie stanu, Belgia):

„1) Instytucja zamawiająca, która zamierza udzielić zamówienia publicznego objętego zakresem stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, bez stosowania przewidzianych w niej postępowań o udzielenie zamówienia, musi spełnić przesłanki określone w art. 12 tej dyrektywy, począwszy od upływu terminu transpozycji owej dyrektywy do prawa krajowego, jeżeli do tego czasu transpozycja ta nie miała miejsca.

2) Artykuł 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że:

– Wyklucza on istnienie współpracy między instytucjami zamawiającymi, jeżeli łączący je stosunek, w ramach którego zobowiązują się one do świadczenia odpowiednich usług, nie zmierza do osiągnięcia celów wspólnych dla wszystkich tych instytucji zamawiających.

– Nie obejmuje on stosunków między niezależnymi instytucjami zamawiającymi, w ramach których jedna z nich otrzymuje od drugiej usługę wyłącznie w zamian za wynagrodzenie finansowe".

[43] Punkt 146 in fine uwag gminy Farciennes: „Z definicji stosunek *in house* pozwala na zrównanie [IGRETEC] z gminą Farciennes". Chociaż na rozprawie przedstawicielka gminy powoływała się na „funkcjonalny i organiczny związek" między tymi dwoma podmiotami, podtrzymała ona argumentację opartą na istnieniu między nimi stosunku *in house*.