OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
L.A. GEELHOEDA
przedstawiona w dniu 21 kwietnia 2005 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. W niniejszej sprawie Komisja Wspólnot Europejskich żąda, aby Trybunał stwierdził, że Republika Austrii uchybiła zobowiązaniom wynikającym z dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi [2], gdyż zawarcie przez miasto Mödling umowy o usuwanie odpadów naruszyło zasady postępowania i publikacji określone w art. 8 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 15 ust. 2 tej dyrektywy.

1 — Język oryginału: niderlandzki.
2 — Dz.U. L 209, str. 1.

II — Ramy prawne

A — *Właściwe przepisy dyrektywy*

2. Komisja zarzuca uchybienie zobowiązaniom wynikającym z art. 8 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 15 ust. 2 dyrektywy. Definicje zawarte w art. 1 lit. a), b) i c) są również tutaj właściwe.

3. Zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 „zamówienia publiczne na usługi" oznaczają „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą [...]". Zgodnie z art. 1 lit. b) tej dyrektywy „instytucje zamawiające" oznaczają „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot

prawa publicznego [...]". Wreszcie art. 1 lit. c) definiuje „usługodawcę" jako „każdą osobę fizyczną lub prawną, która oferuje usługi, włączając w to podmiot publiczny [...]".

4. Artykuł 8 dyrektywy 92/50 stanowi: „Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku IA, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI". Te przepisy zasadniczo zawierają reguły dotyczące ogłoszeń o zamówieniu i publikacji. Zgodnie z art. 11 ust. 1 dyrektywy 92/50 „[p]rzy udzielaniu zamówień publicznych na usługi instytucje zamawiające stosują procedury, określone w artykule 1 lit. d), e) i f), dostosowane do celów niniejszej dyrektywy". Procedury określone w tych przepisach to „procedury otwarte", „procedury ograniczone" i „procedury negocjacyjne". Artykuł 15 ust. 2 dyrektywy 92/50 stanowi, że „[i]nstytucje zamawiające, które zamierzają udzielić zamówienia publicznego na usługi w procedurze otwartej, ograniczonej lub zgodnie z warunkami określonymi w artykule 11 w procedurze negocjacyjnej, podają do wiadomości swój zamiar w ogłoszeniu".

5. Kategoria 16 załącznika IA do dyrektywy obejmuje „usługi w dziedzinie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne".

B — *Przepisy krajowe*

6. Artykuł 9 ust. 3 ustawy o gospodarce odpadami landu Dolnej Austrii (zwanej dalej „regionalną ustawą o odpadach") stanowi, że gminy Dolnej Austrii muszą zapewnić, że odpady będą zbierane i utylizowane, oraz muszą umieścić lub udostępnić niezbędne urządzenia zgodnie z przepisami tej ustawy. Zgodnie z art. 11 tej ustawy każda gmina musi zapewnić, że usługi zbierania odpadów są świadczone i właściwie funkcjonują.

III — Stan faktyczny

7. W dniu 21 maja 1999 r. gmina Mödling postanowiła wykorzystać prawnie niezależny podmiot, mający za zadanie wypełniać jej obowiązki związane z gospodarką odpadami. Spółka AbfallwirtschaftsGmbH (zwana dalej „spółką Abfall") została w tym celu utworzona. Protokół z posiedzenia rady miejskiej stanowi, że wszystkie udziały w spółce mają w zasadzie należeć do gminy Mödling. Celem spółki Abfall jest świadczenie usług związanych z ekologiczną gospodarką odpadami i realizacja związanych z nią transakcji handlowych, głównie odnoszących się do usuwania odpadów, które obejmują opracowanie i rozwój planu gospodarki odpadami, głównie dla gminy Mödling.

8. W dniu 16 czerwca 1999 r. podpisano akt ustanowienia spółki. Cały kapitał zakładowy spółki należał do jednego udziałowca, mianowicie gminy Mödling.

9. W dniu 25 czerwca 1999 r. gmina Mödling postanowiła powierzyć gospodarkę odpadami na terenie gminy w całości spółce Abfall zgodnie z regionalną ustawą o odpadach, federalną ustawą o gospodarce odpadami i gminnymi przepisami dotyczącymi gospodarki odpadami. Gmina Mödling przyznała tej spółce opcję na przejęcie umów odnoszących się do utylizacji odpadów, które w tym czasie jeszcze nie wygasły. Umowa najmu zawarta między gminą Mödling a spółką Abfall zapewniła wyposażenie i personel niezbędny do utylizacji odpadów.

10. Umowa o usuwanie odpadów, na mocy której gmina Mödling zleciła spółce Abfall na zasadach wyłączności zbieranie i utylizację odpadów, została zawarta w dniu 15 września 1999 r. Umowa została zawarta na czas nieograniczony i weszła w życie z mocą wsteczną od dnia 1 lipca 1999 r. Umowa ta określa, że gmina Mödling zapłaci spółce Abfall wynagrodzenie w postaci stałej kwoty od pojemnika lub kontenera w zamian za zbieranie i utylizację odpadów, dużych przedmiotów, śmieci, odpadów ulegających biologicznemu rozkładowi i substancji niebezpiecznych. Ponadto spółka Abfall zawarła umowy z innymi gminami i związkami gmin. Jednakże zakład przetwarzania odpadów gminy Mödling świadczy również usługi w zakresie transportu i kompresji domowych śmieci na rzecz innych spółek prawa prywatnego, zajmujących się utylizacją odpadów.

11. W dniu 15 września 1999 r. umowa najmu dotycząca wyposażenia i personelu niezbędnego do utylizacji odpadów również weszła w życie na czas nieograniczony z mocą wsteczną od dnia 1 lipca 1999 r. Spółka Abfall ma zatrudniać personel wyznaczony przez gminę zgodnie z warunkami stosowanymi wobec personelu oddelegowanego. Umowa stanowi, że gmina Mödling przeniosła na spółkę Abfall prawo do wydawania dyspozycji personelowi.

12. W dniu 1 października 1999 r. rada miasta Mödling postanowiła, że gmina, jako jedyny udziałowiec spółki Abfall, sprzeda 49% udziałów w niej prywatnej spółce Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft (zwanej dalej „spółką Saubermacher"). Protokół z posiedzenia w dniu 1 października 1999 r. stanowił, że w następstwie decyzji rady miejskiej z dnia 25 czerwca 1999 r. prowadzono szereg rozmów z przedsiębiorstwami, głównie ze spółką Saubermacher, które były zainteresowane nabyciem udziałów. Propozycje spółek zostały ostatecznie przedłożone KPMG,

które uznało propozycję spółki Saubermacher za gwarantującą najlepszą eksploatację.

13. W dniu 6 października 1999 r. akt utworzenia spółki Abfall został zmieniony, tak aby ogromna większość decyzji mogła być podejmowana zwykłą większością. Ponadto kworum dla walnego zgromadzenia ustalono na 51% kapitału zakładowego. W zakresie stosunków wewnętrznych i zewnętrznych spółka jest reprezentowana przez co najmniej dwóch członków zarządu, którzy są łącznie upoważnieni do podpisywania.

14. W dniu 13 października 1999 r. gmina Mödling przeniosła 49% swoich akcji na spółkę Saubermacher za pomocą umowy transferowej.

15. Spółka Abfall zaczęła funkcjonować od dnia 1 grudnia 1999 r., to znaczy po nabyciu przez spółkę Saubermacher udziałów w tej spółce.

16. Od dnia 1 grudnia 1999 r. do dnia 31 marca 2000 r. spółka Abfall pracowała wyłącznie na rzecz gminy Mödling. Po uruchomieniu zakładu przetwarzania rozpoczęła świadczenie usług także dla innych podmiotów. W pierwszym roku finansowym rozpoczynającym się 1 kwietnia 2000 r. praca spółki Abfall na rzecz gminy Mödling stanowiła od 70 do 80% jej obrotów.

IV — Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

17. W dniu 20 marca 2002 r. Komisja wysłała Republice Austrii wezwanie do usunięcia uchybienia, w którym stwierdzono, iż gmina Mödling nie przeprowadziła postępowania przetargowego w celu zawarcia umowy o zbieranie i utylizację odpadów, mimo że było to zamówienie publiczne na usługi, które wchodziło w zakres zastosowania dyrektywy 92/50. Pismem z dnia 23 czerwca 2002 r. Republika Austrii zakwestionowała to stwierdzenie. Zajmuje ona stanowisko, że udzielenie zamówienia na zbieranie i utylizację odpadów spółce Abfall nie wchodzi w zakres dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, ponieważ w sensie prawnym dotyczy tak zwanej „wewnętrznej" transakcji.

18. Ponieważ Komisja uznała tę odpowiedź za niezadowalającą, wysłała Republice Austrii uzasadnioną opinię w dniu 3 kwietnia 2003 r. Ponieważ w odpowiedzi na uzasadnioną opinię Republika Austrii po prostu powtórzyła argumenty, które przedstawiła w odpowiedzi na wezwanie do usunięcia uchybienia, Komisja wniosła niniejszą skargę w dniu 28 stycznia 2004 r.

19. Komisja wnosi, aby Trybunał:

— stwierdził, że Republika Austrii uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na

mocy dyrektywy 92/50, gdyż zawarcie przez miasto Mödling umowy o usuwanie odpadów naruszyło zasady postępowania i publikacji, określone w art. 8 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 15 ust. 2 dyrektywy;

— obciążył Republikę Austrii kosztami postępowania.

20. Republika Austrii twierdzi, że skarga powinna zostać odrzucona jako niedopuszczalna, ewentualnie oddalona jako bezpodstawna.

V — Argumenty stron i ocena

A — *Dopuszczalność*

1) Argumenty stron

21. W swojej obronie Republika Austrii kwestionuje dopuszczalność skargi. Twierdzi, że Komisja najpierw nie wskazała wyraźnie, dlaczego uważa zawarcie umowy o usuwanie odpadów za naruszenie dyrektywy 92/50, następnie naruszyła zasadę, że przedmiot skargi musi być wyłożony jasno. Zatem Komisja nie doceniła celu postępowania przed wniesieniem skargi, polegającego na umożliwieniu państwu członkowskiemu obrony. Po drugie, Komisja naruszyła podstawową zasadę, że dowód uchybienia zobowiązaniom musi być przez nią dostarczony. Po trzecie, skarga wniesiona przez Komisję opierała się na niewłaściwej podstawie prawnej.

22. Zdaniem rządu austriackiego, wydarzenia, które doprowadziły do zawarcia umowy ze spółką Abfall, muszą być oceniane niezależnie od siebie. Jeśli dokona się takiej oceny, to prowadzi ona do wniosku, że dyrektywa 92/50 nie ma zastosowania. Pierwszy etap — utworzenie spółki Abfall, która jest w 100% własnością gminy Mödling — nie jest działaniem, które wchodzi w zakres przepisów o udzielaniu zamówień publicznych. Również drugi etap — zawarcie umowy o usuwanie odpadów pomiędzy gminą Mödling a spółką Abfall — nie stanowi naruszenia dyrektywy 92/50, ponieważ dotyczy tak zwanej wewnętrznej transakcji. Trzeci etap — sprzedaż 49% udziałów w spółce Abfall przez gminę Mödling spółce prywatnej — podobnie nie wchodzi w zakres przepisów o udzielaniu zamówień publicz-

nych. Dlatego w niniejszej sprawie nie ma naruszenia dyrektywy 92/50 i zawarcie umowy ze spółką Abfall powinno być badane bezpośrednio w świetle przepisów traktatu WE (przepisy o pomocy).

23. Rząd austriacki uważa, że Komisja mogłaby wykazać naruszenie dyrektywy 92/50 tylko wtedy, gdyby wzięła jako podstawę jedną z następujących dwóch przesłanek, a mianowicie albo że różne etapy, które doprowadziły do utworzenia spółki Abfall, a następnie do przejęcia przez prywatną firmę udziałów w spółce Abfall zostały de facto wybrane, aby obejść zastosowanie dyrektywy 92/50, albo że sprzedaż udziałów ukrywa zawarcie umowy z firmą prywatną, która powinna być zakwalifikowana jako zamówienie publiczne. Jednakże Komisja nigdzie nie odniosła się do tych przesłanek.

24. Ponadto rząd austriacki zarzuca Komisji, że nigdzie w postępowaniu przed wniesieniem skargi nie stwierdziła ona, iż uważa za stanowiące tę samą czynność zawarcie umowy o usuwanie odpadów z jednej strony i sprzedaż 49% udziałów i zmianę w statucie z drugiej strony. Ponadto Komisja nie dostarczyła żadnego dowodu na poparcie swoich zarzutów, a w szczególności nie wykazała, że gmina Mödling zamierzała obejść prawo. Podniosła ten zarzut po raz pierwszy w replice.

25. Komisja kwestionuje pogląd rządu austriackiego. Uważa, że zawarcie umowy o usuwanie odpadów ze spółką Abfall z przejęciem udziałów przez spółkę Saubermacher nie może być sztucznie podzielone na trzy etapy. W tym względzie przypomina, że w wezwaniu do usunięcia uchybienia (pkt 13) stwierdziła, iż zawarcie umowy ze spółką Abfall, która była początkowo w 100% własnością gminy Mödling, stanowiło zaledwie etap przejściowy w stworzeniu półpublicznego przedsiębiorstwa w następstwie sprzedaży 49% udziałów prywatnemu przedsiębiorstwu. Jest to oczywiste w świetle faktu, że po posiedzeniu rady miejskiej w dniu 25 czerwca 1999 r. prowadzone były rozmowy z przedsiębiorcami zainteresowanymi uzyskaniem udziałów. Krótki okres pomiędzy zawarciem umowy ze spółką Abfall a decyzją o sprzedaży udziałów — dwa tygodnie — dowodzi, że zamiarem gminy Mödling było od początku powierzenie usług przedsiębiorstwu, w którym prywatny przedsiębiorca miał dużą część udziałów. Dlatego rząd austriacki nie może twierdzić, że był nieświadomy przedmiotu skargi.

2) Ocena

26. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Komisja musi wskazać przy każdym zastosowaniu art. 226 WE szczegółowe zarzuty, co do których wymaga decyzji Trybunału, oraz przynajmniej w formie skró-

conej okoliczności prawne i faktyczne, na których te zarzuty są oparte.

27. Podobnie jak wezwanie do usunięcia uchybienia, skierowane przez Komisję do państwa członkowskiego, i podobnie jak uzasadniona opinia wydana przez Komisję, która określa przedmiot sporu, skarga musi umożliwiać państwu członkowskiemu przeprowadzenie swojej obrony i zakwestionowanie wszystkich zarzutów podniesionych przeciwko niemu przez Komisję.

28. Orzecznictwo zapobiega inicjowaniu postępowania o stwierdzenie uchybienia przez skargę, która narusza prawa do obrony, ponieważ podniesione zarzuty są niewystarczająco precyzyjne lub brakuje w niej uzasadnienia prawnego lub faktycznego [3].

29. W niniejszej sprawie Komisja wskazała wyraźnie w postępowaniu poprzedzającym wniesienie skargi, dlaczego uważa, że rząd austriacki uchybił zasadom proceduralnym określonym w dyrektywie 92/50, zawierając umowę o usuwanie odpadów. Zbadała ona dogłębnie okoliczności faktyczne, które doprowadziły do zawarcia umowy o usuwanie odpadów, i podstawy prawne, na których oparła skargę o naruszenie.

3 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 29 września 1998 r. w sprawie C-191/95 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-5449, pkt 55 i z dnia 22 kwietnia 1999 r. w sprawie C-340/96 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Rec. str. I-2023, pkt 36.

30. W szczególności Komisja wywnioskowała z faktów dotyczących zawarcia umowy i okoliczności, w których spółka Saubermacher uzyskała udziały w spółce Abfall, że w niniejszej sprawie chodziło o zamówienie, do którego dyrektywa 92/50 miała zastosowanie. Tak więc przedmiot skargi był wystarczająco określony.

31. Wskutek tego zarzut rządu austriackiego, że Komisja nie określiła przedmiotu skargi, jest bezpodstawny.

32. Inne zarzuty rządu austriackiego dotyczące dopuszczalności skargi mają poważny charakter. Zbadam je w mojej ocenie skargi co do istoty poniżej.

33. Z powyższego wynika, że zarzut rządu austriackiego o niedopuszczalności musi zostać oddalony.

B — *Istota sprawy*

1) Argumenty stron

34. W swojej skardze Komisja zauważa, że gmina Mödling musi, jako jednostka samo-

rządu terytorialnego, być postrzegana jako instytucja zamawiająca w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50. Usuwanie odpadów jest usługą, która mieści się w kategorii 16 załącznika IA do dyrektywy. Dlatego zamówienie na świadczenie tych usług musi być udzielone zgodnie z przepisami tytułów III–VI. Ponadto umowa o usuwanie odpadów przekracza próg 200 000 specjalnych praw ciągnienia (SDR), jaki przewidziano w art. 7 ust. 1 lit. a) ppkt ii) dyrektywy 92/50, zmienionym art. 1 ust. 1 dyrektywy 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. zmieniającej dyrektywy: 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, odpowiednio: na usługi, dostawy i roboty budowlane [4]. Wskutek tego zasady postępowania określone w art. 11 ust. 1 i zasady publikacji określone w art. 15 ust. 2 dyrektywy 92/50 mają pełne zastosowanie.

35. W niniejszej sprawie Komisja jest zdania, że nie ma wewnętrznej relacji pomiędzy gminą Mödling a spółką Abfall. Na poparcie swego stanowiska odwołuje się ona do wyroku w sprawie Teckal [5]. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że dyrektywy o udzielaniu zamówień publicznych nie mają zastosowania do przypadku, gdy „organ publiczny będący instytucją zamawiającą sprawuje nad przedmiotową jednostką kontrolę analogiczną jak nad własnymi służbami". Gdy instytucja zamawiająca nie zamierza powierzyć przypisanych jej zadań osobie trzeciej, ale tylko rozdzielić wewnętrznie te zadania, dyrektywy o udzielaniu zamówień publicznych nie mają zastosowania. Jednakże, jak tylko podmiot prywatny przejmuje udziały w kontrahencie, instytucja zamawiająca nie może już wykonywać kontroli analogicznej jak nad własnymi służbami. Mniejszościowy udział w przedsiębiorstwie prywatnym wystarcza do przekreślenia istnienia wewnętrznej relacji.

36. Komisja ponadto twierdzi, że mniejszościowy udział spółki Saubermacher oznacza, że ten podmiot uzyskał znaczące prawa weta i mianowania jednego z dwóch członków zarządu mających takie same uprawnienia:

— spółka Saubermacher ma prawo weta w przypadku ważnych decyzji dotyczących spółki Abfall, takich jak zwiększenie lub obniżenie kapitału zakładowego, zmiana przedmiotu działalności określonego w statucie, połączenie lub sprzedaż udziałów, lub rozdzielenie udziałów w spółce;

— mianując jednego z dwóch członków zarządu, spółka Saubermacher wpływa na spółkę Abfall, ponieważ dwóch członków zarządu łącznie zarządza i reprezentuje ten podmiot w jego stosunkach wewnętrznych i zewnętrznych, są oni łącznie upoważnieni

4 — Dz.U. L 328, str. 1.

5 — Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98, Rec. str. I-8121, pkt 50.

do podpisywania. Ponadto działalność operacyjna członków zarządu nie wymaga wcześniejszej decyzji walnego zgromadzenia.

37. Rząd austriacki jest zdania, że zawarcie umowy o usuwanie odpadów ze spółką Abfall nie wchodzi w zakres dyrektywy 92/50, ponieważ dotyczy „wewnętrznej" transakcji. Jego zdaniem, udział osoby prywatnej w przedsiębiorstwie nie oznacza, że nie są możliwe stosunki o charakterze wewnętrznym. Elementem decydującym jest „stopień autonomii" kontrahenta, to znaczy spółki Abfall, a nie możliwy wpływ prywatnego partnera w tym przedsiębiorstwie. W niniejszej sprawie spółka Abfall nie miała i nie ma uprawnień do autonomicznego podejmowania decyzji ani w chwili zawarcia umowy, ani w chwili obecnej.

38. Zdaniem rządu austriackiego, umowa zawarta pomiędzy instytucją zamawiającą a usługodawcą nie jest naprawdę w ogóle umową dla celów art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50, ponieważ instytucja zamawiająca może wpływać na sposób, w jaki działa usługodawca, i w rezultacie temu ostatniemu brakuje autonomii [6].

6 — Zobacz również opinię rzecznika generalnego P. Légera przedstawioną w dniu 15 czerwca 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE (wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r., Rec. str. I-11037, pkt 59).

39. Ponadto wymóg określony w sprawie Teckal [7], a mianowicie „sprawowanie kontroli analogicznej do tej, jaką organ publiczny sprawuje nad własnymi służbami", wymaga porównywalnej, a nie identycznej kontroli. Globalna ocena okoliczności prawnych i faktycznych jest potrzebna, aby ustalić, czy kontrola jest porównywalna, czy nie. Jeśli weźmie się pod uwagę wszystkie istotne czynniki, jasne się stanie, że gmina Mödling może sprawować taką „porównywalną" kontrolę, nawet po sprzedaży 49% udziałów. Pod tym względem następujące czynniki są istotne:

— ponieważ gmina Mödling ma większość głosów na walnym zgromadzeniu, może ona w każdej chwili unieważnić umowę o usuwanie odpadów zawartą ze spółką Abfall lub rozwiązać samą spółkę Abfall;

— działania spółki Abfall mogą być określone w każdym względzie przez samą gminę Mödling, ponieważ dwaj członkowie zarządu podlegają ograniczeniom nałożonym przez walne zgromadzenie;

7 — Wyżej wymieniona w przypisie 5.

— zgodnie z umową określającą stosunki prawne pomiędzy stronami wszystkie decyzje dotyczące działalności spółki Abfall mogą być podejmowane zwykłą większością (to znaczy przez samą gminę Mödling);

— z tytułu zwykłej większości udziałów i praw głosu, które posiada, gmina Mödling może w każdej chwili i bez podania przyczyn usunąć członka zarządu ze stanowiska, a także usunąć członka zarządu zaproponowanego przez prywatne przedsiębiorstwo. Poza tym może również postanowić na walnym zgromadzeniu o obniżeniu wynagrodzenia członków zarządu.

40. W odpowiedzi Komisja odrzuca punkt widzenia rządu austriackiego, że konieczne jest ustalenie, czy chodzi o stosunek wewnętrznej kontroli, czy nie, w poszczególnych przypadkach i z uwzględnieniem wszystkich okoliczności. Takie badanie doprowadziłoby do niepewności prawnej, jeśli chodzi o zastosowanie wspólnotowych dyrektyw odnoszących się do zamówień publicznych. Z drugiej strony zakres dyrektywy 92/50 może być określony prosto i przewidywalnie przez kryterium zastosowane przez Komisję, to znaczy wpływ osoby trzeciej na kontrahenta.

2) Ocena

41. W celu stwierdzenia, czy niniejsza skarga wniesiona przez Komisję jest dobrze uzasadniona, muszą zostać wyjaśnione dwie poniższe kwestie:

a) czy spółka Abfall, w której spółka Saubermacher ma 49% udziałów, musi być postrzegana jako osoba prawna, która — mimo że w sensie prawnym została utworzona jako oddzielna osoba prawna — pozostaje integralną częścią organizacji, którą dysponuje gmina Mödling w celu wykonania jej zadań publicznych, włączając w to usuwanie odpadów? Jeśli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, umowa o usuwanie odpadów, zawarta ze spółką Abfall przez gminę Mödling musi być postrzegana jako umowa zawarta z organizacją gminy. W takim przypadku nie ma zamówienia, do którego zasady o udzielaniu zamówień określone w dyrektywie 92/50 miałyby zastosowanie;

b) jeśli zakłada się, że spółka Abfall w swojej obecnej formie prawnej, to znaczy z częścią udziałów należącą do spółki Saubermacher, z przepisami statutów i mającym zastosowanie do niej

prawem, musi być postrzegana jako podmiot poza organizacją gminy Mödling, to czy dyrektywa 92/50 została prawidłowo zastosowana?

42. Jak wyjaśniłem powyżej, skarga wniesiona przez Komisję skłania do pytania, co należy rozumieć przez zamówienie, które nie jest udzielane w ramach struktury władzy jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa 92/50 ma zastosowanie, gdy instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, planuje zawrzeć na piśmie umowę o charakterze odpłatnym z podmiotem, który jest formalnie odrębny i niezależny od niej pod względem podejmowania decyzji [8]. Zatem wynika z tego, że kontrahent nie jest postrzegany jako wchodzący w zakres tej samej struktury władzy co instytucja zamawiająca, gdy jest od niej prawnie odrębny. Jednakże nawet wtedy, gdy kontrahent jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, mogą wystąpić inne okoliczności, w których wezwanie do składania ofert przetargowych nie jest obowiązkowe [9]. W tym przypadku wyrok w sprawie Teckal przewiduje dwa kumulatywne kryteria, które służą do ustalenia, czy istnieje wewnętrzna struktura władzy, czy jej nie ma. Tak jest, w przypadku gdy spełnione jest kryterium, że „organ publiczny będący instytucją zamawiającą sprawuje nad przedmiotową jednostką kontrolę analogiczną jak nad własnymi służbami, a jednocześnie jednostka ta prowadzi działalność przede wszystkim na rzecz kontrolującego organu lub organów" [10].

43. W wyżej wspomnianym wyroku w sprawie Teckal odrębny organ był całkowitą własnością publicznej osoby prawnej. Wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau [11], który został wydany po zakończeniu procedury pisemnej w niniejszej sprawie, odnosił się do tego, czy instytucja zamawiająca mogłaby sprawować nad tak zwaną mieszaną spółką, to znaczy spółką, w której spółki prywatne również mają udziały, kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami. Trybunał orzekł, że „udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym razie, by instytucja ta mogła sprawować na tą spółką kontrolę analogiczną jak nad własnymi służbami".

44. W tamtej sprawie jednym z czynników, na podstawie których Trybunał wydał wyrok, był fakt, że udzielenie zamówienia publicznego spółce mieszanej bez postępowania przetargowego stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania zainteresowanych, o których mowa w dyrektywie 92/50, w szczególności dlatego, że taka procedura dawałaby przedsiębiorstwu prywatnemu obecnemu w kapitale tego przedsiębiorstwa przewagę w stosunku do jego konkurentów [12].

8 — Zobacz ww. wyroki w sprawach: ARGE, pkt 40, i Teckal.

9 — Zobacz wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1, pkt 49.

10 — Zobacz ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Teckal.

11 — Zobacz ww. w przypisie 9 wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau.

12 — Zobacz ww. w przypisie 9 wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau.

45. Krótko mówiąc, osoba prawna, która została utworzona, w sensie prawnym, jako odrębna osoba prawna, nie może być postrzegana jako tworząca część instytucji zamawiającej, gdy prywatne przedsiębiorstwo również jest obecne w kapitale tego przedsiębiorstwa.

46. Następujące stwierdzenia jasno wynikają z faktów wskazanych w pkt 7–16 powyżej i z informacji zaczerpniętych ze statutów, które były cytowane przez Komisję i pozostały niezakwestionowane, jak odtworzono w pkt 36 powyżej:

— spółka Saubermacher ma 49% udziałów w spółce Abfall;

— związane z tymi udziałami jest prawo do mianowania jednego z członków zarządu;

— ci członkowie zarządu są odpowiedzialni za zasadniczą działalność spółki Abfall;

— kwalifikowana większość walnego zgromadzenia udziałowców jest niezbędna dla podejmowania ważnych decyzji dotyczących struktury i organizacji przedsiębiorstwa.

47. Na podstawie tych faktów uzasadnione jest wnioskowanie, że stosunek pomiędzy gminą Mödling a spółką Abfall nie jest stosunkiem o charakterze wewnętrznym, w którym gmina Mödling może sprawować kontrolę analogiczną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami. Tego ustalenia nie zmienia fakt, że gmina może zdecydować o zakończeniu współpracy ze spółką Saubermacher. Jednakże pod tym względem jest związana ogólnymi i szczególnymi przepisami prawa krajowego o osobach fizycznych i prawnych, które rządzą stosunkami między stronami współpracującymi w ramach spółki, co oznacza, że musi w każdym przypadku brać pod uwagę słuszny interes spółki Saubermacher. Wydaje się nieprawdopodobne, że spółka Saubermacher mogłaby być przygotowana, obejmując — znaczący — udział w spółce Abfall, na zawiązanie współpracy z gminą Mödling jako innym głównym udziałowcem, gdyby ciągłość tej współpracy zależała całkowicie od uznania gminy.

48. W niniejszej sprawie przekształcenie wewnętrznych służb gminy Mödling w prywatne przedsiębiorstwo nie może być postrzegane jako „wewnętrzna" transakcja z uwagi na proces tworzenia i działalność samej spółki Abfall.

49. Natychmiast po utworzeniu spółki Abfall przez gminę Mödling w dniu 16 czerwca 1999 r. zaczęła ona,

w następstwie decyzji rady miejskiej z dnia 25 czerwca, poszukiwać prywatnego partnera dla przedsiębiorstwa, które zostało utworzone. Wraz z zaangażowaniem spółki Saubermacher gmina Mödling uzyskała doświadczenie niezbędne dla komercyjnej działalności spółki Abfall.

50. Ta interpretacja faktów jest dodatkowo potwierdzona następującymi faktami:

— rozpoczęcie wykonania umowy o usuwanie odpadów między gminą Mödling a spółką Abfall nastąpiło dopiero po uzyskaniu przez spółkę Saubermacher udziałów w spółce Abfall;

— praca spółki Abfall na rzecz osób trzecich stanowi od 20 do 30% jej działalności (zob. pkt 16 powyżej).

51. Skoro spółka Abfall w swojej obecnej formie prawnej, to znaczy z przejęciem udziałów przez spółkę Saubermacher i przepisami statutów i prawa mającego do niej zastosowanie, musi być postrzegana jako podmiot poza organizacją gminy Mödling, to konieczne jest zbadanie, czy umowa o usuwanie odpadów, na mocy której gmina Mödling przeniosła odpowiedzialność za zbieranie i utylizację odpadów wyłącznie na spółkę Abfall, wchodzi w zakres dyrektywy 92/50 i czy przepisy te zostały prawidłowo zastosowane.

52. Chciałbym przede wszystkim zauważyć, że gmina Mödling jest jednostką samorządu terytorialnego. Ponadto ten fakt nie jest kwestionowany przez rząd austriacki. Artykuł 1 lit. b) dyrektywy 92/50 stanowi, że instytucje zamawiające oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego. Jako jednostka samorządu terytorialnego gmina Mödling jest zatem instytucją zamawiającą i wchodzi w zakres zastosowania ratione personae dyrektywy.

53. Po drugie, usługi, które tworzą przedmiot omawianego stosunku, wchodzą w zakres dyrektywy. Załącznik IA do dyrektywy wymienia pomiędzy kategoriami usług tam przewidzianymi kategorię 16 odnoszącą się do „[u]sług w dziedzinie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usług sanitarnych i podobnych". Jeśli chodzi o specyficzną zawartość usług, załącznik IA odnosi się do numeru referencyjnego CPC (centralnej klasyfikacji produktów Organizacji Narodów Zjednoczonych), która jest wskazana obok danej kategorii. Zasadniczo działalność spółki Abfall obejmuje zbieranie i utylizację odpadów, dużych przedmiotów, śmieci, odpadów ulegających

biologicznemu rozkładowi i substancji niebezpiecznych. Zatem wynika z tego, że trzon działalności spółki Abfall jest wśród usług wymienionych w załączniku IA do dyrektywy i że przepisy dyrektywy mają do niego zastosowanie.

54. Kolejny aspekt, który musi być zbadany, to charakter stosunku pomiędzy gminą Mödling a spółką Abfall. Motyw ósmy preambuły wskazuje, że „świadczenie usług jest objęte niniejszą dyrektywą jedynie w zakresie, w jakim opiera się ono na zamówieniach; [...] świadczenie usług na innych podstawach, takich jak ustawy, rozporządzenia lub umowy o pracę, nie jest objęte niniejszą dyrektywą". Artykuł 1 lit. a) zapewnia definicję pojęcia „zamówienia publiczne na usługi" dla celów dyrektywy 92/50, mianowicie „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą [...]".

55. Aby móc opisać stosunek jako zamówienie publiczne, trzeba zbadać, czy umowa była zawarta w formie zamówienia i czy wynagrodzenie pieniężne zostało uzgodnione. Jest tak w niniejszej sprawie. Niekwestionowanym faktem jest, że umowa o usuwanie odpadów, na mocy której gmina Mödling przeniosła odpowiedzialność za zbieranie i utylizację odpadów wyłącznie na spółkę Abfall, przewiduje, że gmina Mödling zapłaci wynagrodzenie spółce Abfall, składające się ze stałej kwoty od pojemnika lub kontenera w zamian za zbieranie i utylizację odpadów.

56. W dodatku dwie osoby prawne, które zawarły umowę, muszą być odrębne prawnie od siebie, gdyż inaczej ma miejsce „wewnętrzna" usługa. Stwierdziłem wcześniej w pkt 46–50, że spółka Abfall nie może być postrzegana ani prawnie, ani faktycznie jako wewnętrzne służby gminy Mödling.

57. Fakt, że decyzja zawarcia umowy pomiędzy gminą Mödling a spółką Abfall została podjęta w chwili, gdy spółka Abfall była wciąż całkowitą własnością gminy Mödling, nie zmienia ustalenia, że zamówienie publiczne, o które chodzi, powinno na podstawie z art. 8 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 15 ust. 2 dyrektywy 92/50 być udzielone zgodnie z przepisami jej tytułów III–VI. Pewność, że spółka Abfall uzyska zamówienie od gminy Mödling sprawiła, że uzyskanie udziałów w tym przedsiębiorstwie było atrakcyjne dla prywatnego oferenta. Jednakże takie formy zewnętrznej prywatyzacji, w których prywatyzowany podmiot jest

pociągający dla prywatnych oferentów dzięki umowie na czas nieokreślony przyznanej z wyprzedzeniem w drodze „posagu", nie mogą podważać skuteczności dyrektywy 92/50. Dyrektywa ma również zastosowanie do takich transakcji.

58. W świetle powyższego dochodzę do wniosku, że Komisja wykazała naruszenie art. 8 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 15 ust. 2 dyrektywy 92/50.

VI — Wnioski

59. Na podstawie powyższego proponuję, aby Trybunał:

— stwierdził, że Republika Austrii uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, ponieważ zawarcie umowy o usuwanie odpadów przez miasto Mödling naruszyło zasady postępowania i publikacji, określone w art. 8 w związku z art. 11 ust. 1 i art. 15 ust. 2 tej dyrektywy;

— obciążył Republikę Austrii kosztami postępowania.