WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)
z dnia 11 maja 2006 r. *

W sprawie C-340/04

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 27 maja 2004 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 sierpnia 2004 r., w postępowaniu:

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei,

przeciwko

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

przy udziale:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Język postępowania: włoski.

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann, prezes izby, K. Schiemann, N. Colneric, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca) i E. Levits, sędziowie,

rzecznik generalny: C. Stix-Hackl,
sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 10 listopada 2005 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Carbotermo SpA przez A. Sansone i P. Sansonego, avvocati,

— w imieniu Consorzio Alisei wraz z AGESI przez B. Becchiego i L. Grillo, avvocati,

— w imieniu le Comune di Busto Arsizio przez C. Caputo, avvocatessa,

— w imieniu AGESP SpA przez A. Sciumègo i D. Tassana Mazzocca, avvocati,

— w imieniu rządu włoskiego przez I.M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika oraz przez G. Fienga, avvocato dello Stato,

— w imieniu rządu niemieckiego przez W.D. Plessinga, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu polskiego przez T. Nowakowskiego, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu Zjednoczonego Królestwa przez M. Hoskinsa, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa i D. Recchia, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 12 stycznia 2006 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy przedsiębiorstwami Carbotermo SpA (zwaną dalej „Carbotermo") i Consorzio Alisei a Comune di Busto Arsizio (zwaną dalej „gminą Busto Arsizio") i przedsiębiorstwem AGESP SpA (zwanym dalej „AGESP"), dotyczącego udzielenia temu ostatniemu zamówienia na dostawę paliw, a także na usługi polegające na konserwacji oraz dostosowaniu do wymogów technicznych i prawnych urządzeń grzewczych w budynkach należących do tej gminy.

Ramy prawne

Uregulowanie wspólnotowe

3 Artykuł 1 lit. a) i b) dyrektywy 93/36 stanowi:

„Dla celów niniejszej dyrektywy:

a) »zamówieniami publicznymi na dostawy« są: umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między dostawcą (osobą fizyczną lub prawną) a jedną z instytucji zamawiających, określonych w lit. b) poniżej, których przedmiotem jest kupno, leasing, dzierżawa, najem lub kupno na raty, z opcją lub bez opcji zakupu towarów. Dostawa tych produktów może ponadto obejmować czynności montażu i instalacji;

b) »instytucjami zamawiającymi« są: Państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego lub związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego;

»podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

— ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego, oraz

— posiadający osobowość prawną, oraz

— finansowany w przeważającej części przez Państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego; lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji; lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez Państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego;

[...]"

4 Artykuł 6 tej dyrektywy przewiduje:

„1. Przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy instytucje zamawiające stosują [...] [procedury otwarte, procedury ograniczone i procedury negocjacyjne] w przypadkach wskazanych poniżej.

2. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień na dostawy w procedurze negocjacyjnej, jeżeli [...]

3. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych na dostawy w procedurze negocjacyjnej, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o przetargu, w następujących przypadkach:

[...]

4. We wszystkich innych przypadkach, instytucje zamawiające udzielają zamówień na dostawy w procedurze otwartej lub ograniczonej".

5 Artykuł 1 pkt 3 dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r., koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84), stanowi:

„W rozumieniu niniejszej dyrektywy:

[...]

3) »przedsiębiorstwem powiązanym« jest każde przedsiębiorstwo, którego roczne sprawozdania finansowe są skonsolidowane ze sprawozdaniami podmiotu zamawiającego, zgodnie z wymogami siódmej dyrektywy Rady 83/349/EWG z dnia 13 czerwca 1983 r., wydanej na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) traktatu EWG w sprawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych [...] [Dz.U. L 193, str. 1], lub w przypadku podmiotów, które nie podlegają tej dyrektywie, każde przedsiębiorstwo, na które podmiot zamawiający może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ w rozumieniu ust. 2, lub przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na podmiot zamawiający, lub które wspólnie z podmiotem zamawiającym podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa z uwagi na własność, zaangażowanie finansowe lub reguły określające jego działanie". [tłumaczenie nieoficjalne]

6 Artykuł 13 powołanej dyrektywy stanowi:

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

a) podmiot zamawiający udziela przedsiębiorstwu powiązanemu;

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

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

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

2. Podmioty zamawiające są zobowiązane przekazywać Komisji, na jej wniosek, następujące informacje dotyczące stosowania przepisów ust. 1:

— nazwę przedsiębiorstw,

— charakter i wartość zamówień na usługi,

— dowody, jakie Komisja uzna za niezbędne do wykazania, iż stosunki pomiędzy przedsiębiorstwem, któremu udzielono zamówienia, a podmiotem zamawiającym są zgodne z wymogami niniejszego artykułu".

Prawo włoskie

7 Wyrokiem nr 5316 z dnia 18 września 2003 r. Consiglio di Stato orzekła, że jednostka samorządu terytorialnego miała prawo udzielić zamówienia na dostawy bez przetargu w sytuacji, gdy sprawowała nad dostawcą kontrolę analogiczną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami i gdy dostawca wykonywał swoją działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

8 Carbotermo jest przedsiębiorstwem specjalizującym się w realizacji zamówień na dostawy energii i obsługę systemów ogrzewania, zarówno na rzecz klientów z sektora publicznego, jak i prywatnego.

9 Consorzio Alisei jest przedsiębiorstwem zajmującym się dostarczaniem produktów energetycznych i świadczeniem usług związanych z klimatyzacją i ogrzewaniem budynków.

10 AGESP Holding SpA (zwana dalej „AGESP Holding") jest spółką akcyjną utworzoną na podstawie uchwały z dnia 24 września 1997 r. w drodze przekształcenia Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici stanowiącego specjalne przedsiębiorstwo gminy Busto Arsizio. Udział gminy Busto Arsizio w kapitale zakładowym AGESP Holding wynosi obecnie 99,98%. Pozostałymi akcjonariuszami są gminy Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate i Olgiate Olona, z których każda posiada po jednej akcji.

11 Zgodnie z art. 2 statutu AGESP Holding przedmiot jej działalności obejmuje wykonywanie usługi użyteczności publicznej w sektorach: gazowniczym, wodociągowym, utrzymania czystości, transportowym, parkingowym, łaźni publicznych, aptek, energii elektrycznej i ogrzewania, usług pogrzebowych oraz sygnalizacji drogowej.

12 Artykuł 6 statutu stanowi:

„[...] Większość akcji jest zastrzeżona dla [gminy Busto Arsizio].

[...]

Oprócz [gminy Busto Arsizio] do spółki mogą przystępować w charakterze akcjonariuszy inne lokalne jednostki publiczne (prowincje, gminy i ich związki), instytucje gospodarcze i finansowe, związki terytorialne i branżowe, jak również obywatele występujący jako osoby prywatne zgadzające się z celami statutowymi [...]".

13 Artykuł 7 statutu precyzuje:

„Żaden akcjonariusz będący osobą prywatną nie może posiadać więcej niż 10% ogólnego kapitału zakładowego spółki [...]".

14 Zgodnie z art. 18 statutu AGESP Holding sprawy spółki prowadzi zarząd.

15 Zgodnie z art. 26 statutu:

„Zarządowi przysługują pełne kompetencje do prowadzenia spraw z zakresu zwykłych czynności spółki, jak i spraw przekraczających ten zakres, z możliwością dokonywania wszelkich czynności, które uzna za niezbędne dla realizacji celu spółki, z wyjątkiem jedynie takich czynności, które statut lub ustawa wyraźnie zastrzega do kompetencji walnego zgromadzenia [...]".

16 AGESP jest spółką akcyjną utworzoną w dniu 12 lipca 2000 r. przez AGESP Holding, której kapitał zakładowy należy w 100% do AGESP Holding.

17 Zgodnie z art. 3 statutu AGESP w wersji zmienionej w związku z rozszerzeniem przedmiotu działalności spółki, który przedłożono sądowi krajowemu, przedmiotem działalności tej spółki jest wykonywanie czynności związanych z usługami użyteczności publicznej w sektorze gazowniczym, wodociągowym, utrzymania czystości, transportowym, parkingowym, energii elektrycznej, ogrzewania, klimatyzacji, informatycznym i telekomunikacyjnym, obsługi instalacji podziemnych, oświetleniowym, jak również świadczenie różnorodnych usług na rzecz spółek powiązanych.

18 Artykuł 7 statutu AGESP stanowi:

„Żaden z akcjonariuszy, z wyjątkiem spółki dominującej AGESP Holding [...], nie może posiadać akcji o wartości przekraczającej jedną dziesiątą kapitału zakładowego spółki [...]".

19 Na podstawie art. 17 statutu sprawy AGESP prowadzi zarząd.

20 W tym zakresie art. 19 statutu precyzuje:

„Zarządowi przysługują pełne kompetencje, bez żadnych ograniczeń, do prowadzenia spraw z zakresu zwykłych czynności spółki, jak i spraw przekraczających ten zakres".

21 W dniu 22 września 2003 r. gmina Busto Arsizio ogłosiła przetarg na dostawę paliw, a także na konserwację oraz dostosowanie do wymogów technicznych i prawnych urządzeń grzewczych w budynkach komunalnych. Zamówienie, którego łączną wartość oszacowano na kwotę 8 450 000 EUR powiększoną o podatek od wartości dodanej (VAT), obejmowało dostawę paliwa (w 4/5 oleju opałowego, a 1/5 metanu) na kwotę 5 700 000 EUR, konserwację urządzeń grzewczych na kwotę 1 000 000 EUR oraz dostosowanie do wymogów technicznych i prawnych tych urządzeń na kwotę 1 750 000 EUR.

22 Carbotermo złożyła ofertę w dniu 22 listopada 2003 r. Consorzio Alisei przygotowała ofertę, lecz jej nie złożyła w przepisanym terminie.

23 W dniu 21 listopada 2003 r. gmina Busto Arsizio, wobec wyroku Consiglio di Stato nr 5316, wspomnianego w punkcie 7 niniejszego wyroku, postanowiła zawiesić procedurę przetargową do dnia 10 grudnia 2003 r.

24 Uchwałą z dnia 10 grudnia 2003 r. gmina Busto Arsizio odwołała przetarg, zastrzegając sobie możliwość udzielenia zamówienia bezpośrednio spółce AGESP.

25 Uchwałą z dnia 18 grudnia 2003 r. gmina Busto Arsizio udzieliła rozważanego zamówienia bezpośrednio spółce AGESP. Uchwała ta została uzasadniona tym, że AGESP spełniała obie przesłanki udzielenia zamówienia publicznego bez przetargu określone w orzecznictwie wspólnotowym i krajowym, czyli aby jednostka samorządu terytorialnego sprawowała nad podmiotem, któremu udzieliła zamówienia, kontrolę analogiczną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami i aby podmiot ten wykonywał swoją działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki. Preambuła tej uchwały potwierdza, po pierwsze, że stosunek zależności pomiędzy AGESP a gminą Busto Arsizio wynika z faktu, że ta ostatnia posiada 99,98% kapitału zakładowego spółki AGESP Holding, która z kolei posiada 100% kapitału zakładowego spółki AGESP. Po drugie, preambuła stwierdza, że największa część przychodów AGESP wynika z czynności zleconych jej w ramach zamówień udzielanych bezpośrednio przez gminę Busto Arsizio.

26 W dniu 23 stycznia 2004 r. AGESP opublikowała ogłoszenie o przetargu w ramach procedury przyspieszonej na dostawę oleju opałowego, a w dniu 27 lutego 2004 r. udzieliła tego zamówienia przedsiębiorstwu Pezzoli Petroli Srl. W dniach 28 kwietnia, 18 maja, 30 czerwca i 2 września 2004 r. AGESP udzieliła innym przedsiębiorcom zamówień obejmujących przetwarzanie metanu, dostosowanie do wymogów technicznych, dostosowanie do norm oraz instalację systemu zdalnej kontroli i obsługi urządzeń grzewczych w różnych budynkach komunalnych. Wśród przedsiębiorstw, którym udzielono tych zamówień nie było ani Carbotermo, ani Consorzio Alisei.

27 Carbotermo i Consorzio Alisei zaskarżyły uchwały o zawieszeniu procedury przetargowej i o udzieleniu zamówienia AGESP do Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

28 W postępowaniu przed tym sądem oba przedsiębiorstwa podniosły, że nie zostały spełnione przesłanki pozwalające na uznanie, że dyrektywa 93/36/EWG nie znajduje zastosowania. Po pierwsze, gmina Busto Arsizio nie sprawowała w stosunku do AGESP żadnej kontroli, ponieważ gmina ta posiada akcje AGESP jedynie za pośrednictwem spółki holdingowej, w której posiada akcje obejmujące 99,98%

kapitału zakładowego i ponieważ AGESP przysługuje pełna samodzielność właściwa spółce akcyjnej prawa prywatnego. Po drugie, AGESP nie wykonywała swojej działalności w przeważającym zakresie na rzecz gminy Busto Arsizio, gdyż dzięki tej gminie osiąga znacznie poniżej 80% swoich przychodów, co stanowi kryterium, które należy przyjąć przez analogię do art. 13 dyrektywy 93/38.

29 W odpowiedzi gmina Busto Arsizio oraz AGESP stwierdziły, że w tym przypadku bezpośrednie udzielenie zamówienia było dozwolone, gdyż gmina Busto Arsizio kontrolowała AGESP przez fakt posiadania akcji tej spółki, a AGESP wykonywała swoją działalności w przeważającym zakresie na rzecz tej gminy. W tym zakresie AGESP wyjaśniła, że ponad 28% jej przychodów, osiągniętych na obszarze gminy Busto Arsizio, odnosi się do usług świadczonych bezpośrednio na rzecz gminy oraz że przychód osiągany na obszarze tej gminy stanowi 65,59% jej całkowitego przychodu.

30 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

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

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

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

31 Zgodnie z wcześniejszym orzecznictwem Trybunału, jeśli przedmiotem zamówienia jest dostawa towarów w rozumieniu dyrektywy 93/36 oraz świadczenie usług w rozumieniu dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), to jest ono objęte zakresem dyrektywy 93/96 w przypadku gdy wartość towarów będących przedmiotem zamówienia jest większa od wartości usług (wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. p. I-8121, pkt 38). Zamówienie, takie jak to, którego dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, gdzie wartość towarów jest większa od wartości zamówionych usług, objęte jest zatem zakresem dyrektywy 93/36, jak to zresztą stwierdził sąd krajowy.

32 Istnienie umowy w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36 zakłada istnienie porozumienia pomiędzy dwoma odrębnymi podmiotami (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 49).

33 Zgodnie z art. 1 lit. a) tej dyrektywy wystarczy w zasadzie, by umowa została zawarta pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem od niej odrębnym pod

względem prawnym. Odmienna sytuacja może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad tym podmiotem kontrolę, podobną do sprawowanej nad własnymi służbami i gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje swoją działalności w przeważającym zakresie na rzecz jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego, którym podlega (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50).

34 Z postanowienia odsyłającego i z akt sprawy wynika, że obecnie instytucja zamawiająca posiada 99,98% kapitału zakładowego AGESP Holding, a pozostałe 0,02% znajduje się w posiadaniu innych jednostek samorządu terytorialnego. Zgodnie ze statutem AGESP Holding, akcjonariusze prywatni mogą obejmować kapitał zakładowy tej spółki z dwoma zastrzeżeniami: po pierwsze, większościowy pakiet akcji przypadać ma gminie Busto Arsizio, po drugie, żaden akcjonariusz prywatny nie może posiadać akcji o wartości przekraczającej jedną dziesiątą kapitału zakładowego spółki.

35 Z kolei AGESP Holding posiada aktualnie 100% kapitału zakładowego AGESP. Zgodnie ze statutem tej ostatniej spółki akcjonariusze prywatni mogą obejmować jej kapitał zakładowy, z zastrzeżeniem, że żaden z akcjonariuszy, z wyjątkiem AGESP Holding, nie może posiadać więcej niż jedną dziesiątą.

36 Ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności. Z analizy sprawy musi wynikać, że spółka, której udzielono zamówienia jest poddana kontroli, która umożliwia instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółkę. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje (zob. wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8612, pkt 65).

37 Okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać — jednakże w sposób nieprzesądzający — że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, w rozumieniu pkt 50 wyżej wspomnianego wyroku w sprawie Teckal.

38 Z akt sprawy wynika, że statuty AGESP Holding i AGESP przyznają zarządowi każdej z tych spółek pełne kompetencje do prowadzenia spraw z zakresu zwykłych czynności spółki, jak i spraw przekraczających ten zakres. Statuty te nie zastrzegają na rzecz gminy Busto Arsizio żadnych kompetencji nadzorczych, czy też szczególnego prawa głosu w celu ograniczenia swobody działania przyznanej zarządom spółek. Kontrola sprawowana przez gminę Busto Arsizio nad oboma tymi spółkami sprowadza się zasadniczo do swobody, jaką prawo spółek przyznaje większości akcjonariuszy, co w sposób znaczący ogranicza jej możliwości wywierania wpływu na podejmowane przez nie decyzje.

39 Ponadto ewentualny wpływ gminy Busto Arsizio na decyzje AGESP wywierany jest za pośrednictwem spółki holdingowej. Tego rodzaju pośrednictwo może, w zależności od okoliczności sprawy, osłabić jakąkolwiek kontrolę sprawowaną przez instytucję zamawiającą nad spółką akcyjną jedynie z tytułu posiadania części jej kapitału zakładowego.

40 Z powyższego wynika — z zastrzeżeniem przeprowadzenia badania przez sąd orzekający co do istoty sprawy — że w tego rodzaju okolicznościach instytucja zamawiająca nie sprawuje nad spółką, której udzieliła omawianego zamówienia publicznego, kontroli analogicznej do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami.

41 Artykuł 6 dyrektywy 93/36 stawia wymóg, aby instytucje zamawiające udzielające zamówień publicznych stosowały procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną,

chyba że zachodzi jeden z wyjątkowych przypadków wymienionych w sposób wyczerpujący w ust. 2 i 3 powołanego artykułu. Z postanowienia odsyłającego nie wynika, że zamówienie, którego dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, objęte jest zakresem któregoś z tych przypadków.

42 Z tego wynika, że dyrektywa 93/36 stoi na przeszkodzie bezpośredniemu udzielaniu zamówień publicznych w okolicznościach, takich jak występujące w postępowaniu przed sądem krajowym.

43 Rząd włoski, wbrew takiemu wnioskowi, zarzuca, że okoliczność, iż AGESP ma obowiązek stosować procedurę przetargu publicznego w celu nabycia oleju opałowego dowodzi, że gmina Busto Arsizio, AGESP Holding i AGESP należy uznać jako tworzące łącznie jeden „podmiot prawa publicznego" w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 93/36, który jest zobowiązany do udzielania zamówień publicznych na dostawy zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami wspólnotowymi i krajowymi.

44 Z powyższym argumentem nie można się zgodzić. Po pierwsze, gmina Busto Arsizio objęta jest zakresem pojęcia „jednostki samorządu terytorialnego", a nie „podmiotu prawa publicznego" w rozumieniu powołanego przepisu. Po drugie, gmina Busto Arsizio, AGESP Holding i AGESP stanowią odrębne osoby prawne.

45 Ponadto, jak stwierdził Trybunał w pkt 43 wyżej wspomnianego wyroku w sprawie Teckal, jedynymi dopuszczalnymi wyjątkami od stosowania dyrektywy 93/36 są te, które zostały w niej wyraźnie i w sposób wyczerpujący wskazane.

46 Dyrektywa 93/36 nie zawiera przepisu porównywalnego do art. 6 dyrektywy 92/50, który pod pewnymi warunkami wyklucza z zakresu jej stosowania zamówienia publiczne udzielane instytucjom zamawiającym (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 44).

47 W konsekwencji, na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć, że dyrektywa 93/36 stoi na przeszkodzie udzieleniu w sposób bezpośredni zamówienia na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościowym akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca.

W przedmiocie pytania drugiego

48 Drugie pytanie składa się z dwóch części.

49 Po pierwsze, sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy przesłankę wykonywania przez przedsiębiorstwo, któremu bezpośrednio udzielono zamówienia publicznego, przeważającej części działalności na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy 93/38. Po drugie, sąd zwraca się z pytaniem, czy można uznać, że przesłanka ta została spełniona w przypadku, w którym przedsiębiorstwo uzyskuje większość swoich przychodów od kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego lub z tytułu działalności wykonywanej na obszarze właściwości tej jednostki.

Pierwsza część pytania drugiego

50 Z postanowienia odsyłającego wynika, że zamówienie, którego dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, objęte jest zakresem dyrektywy 93/36.

51 Chodzi zatem o ustalenie, czy wyjątek przewidziany w art. 13 dyrektywy 93/38 może być stosowany w drodze analogii w dziedzinie objętej zakresem zastosowania dyrektywy 93/36.

52 Wyjątek przewidziany we wspomnianym art. 13 dotyczy jedynie zamówień na usługi, z wyłączeniem zamówień na dostawy.

53 Artykuł 13 dyrektywy 93/38 obejmuje podmioty, w szczególności wspólne przedsiębiorstwa i przedsiębiorstwa, których roczne sprawozdania finansowe są skonsolidowane, których sposób funkcjonowania różni się od sposobu funkcjonowania instytucji zamawiających objętych zakresem dyrektywy 93/36.

54 Ponadto powołany przepis zawiera procedurę notyfikacji Komisji, której nie można przenieść na grunt dyrektywy 93/36 z powodu braku podstawy prawnej.

55 Ponieważ wyjątki należy interpretować w sposób ścisły, nie można rozszerzać stosowania art. 13 dyrektywy 93/38 na dziedzinę objętą zakresem zastosowania dyrektywy 93/36.

56 Powyższy wniosek znajduje potwierdzenie w fakcie, że w czasie reformy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych w 2004 r. prawodawca wspólnotowy, zachowując wspomniany wyjątek w art. 23 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, str. 1), zdecydował się na niewprowadzenie analogicznego wyjątku do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114), która zastąpiła dyrektywę 93/36.

57 W związku z powyższym, na pierwszą część drugiego pytania należy odpowiedzieć, że związanej z niestosowaniem dyrektywy 93/36 przesłanki wykonywania przez przedsiębiorstwo, któremu bezpośrednio udzielono zamówienia publicznego, działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, nie należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy 93/38.

Druga część pytania drugiego

58 Przypomnieć należy, że głównym celem uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych jest swobodny przepływ towarów i usług, jak również otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. podobnie, wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Rec. str. I-1, pkt 44).

59 Określone w powołanym powyżej wyroku w sprawie Teckal przesłanki uznania, że dyrektywa 93/36 nie znajduje zastosowania w stosunku do zamówień udzielanych przez jednostkę samorządu terytorialnego odrębnej od niej osobie prawnej, zgodnie z którymi jednostka samorządu terytorialnego musi sprawować nad tą osobą kontrolę analogiczną do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a osoba ta musi wykonywać swoja działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek, mają na celu między innymi unikanie zakłócania konkurencji.

60 Wymóg wykonywania przez daną osobę prawną działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma w szczególności na celu zapewnienie, aby dyrektywa 93/36 znajdowała zastosowanie również w przypadku gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub więcej jednostek działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami.

61 W istocie przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że kontrolująca go jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nadzór nad decyzjami go dotyczącymi, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część swojej działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów.

62 Konieczne jest ponadto, aby usługi tego przedsiębiorstwa świadczone były przede wszystkim dla kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego. W tych granicach wydaje się uzasadnionym, aby przedsiębiorstwo to nie było objęte ograniczeniami dyrektywy 93/36, które podyktowane są troską o zachowanie konkurencji, co w tym przypadku nie ma racji bytu.

63 Przy zastosowaniu tych zasad można uznać, że przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki w rozumieniu wspomnianego powyżej wyroku w sprawie Teckal, tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny.

64 Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, sąd właściwy musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające zarówno charakter jakościowy, jak i ilościowy.

65 Jeśli chodzi o kwestę, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód uzyskany od kontrolującej jednostki samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskany z tytułu działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień, obejmujący przychód uzyskany od beneficjentów usług w wykonaniu tych decyzji.

66 W istocie uwzględnić należy wszelką działalność przedsiębiorstwa, któremu instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy na rzecz beneficjentów usług.

67 Nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu — jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług świadczonych na podstawie koncesji lub innych stosunków prawnych nawiązanych przez tę jednostkę. Również bez znaczenia jest, na jakim obszarze usługi te są świadczone.

68 Biorąc pod uwagę, że w sprawie w postępowaniu przed sądem krajowym kapitał zakładowy przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia, objęty jest przez kilka jednostek samorządu terytorialnego, istotne może być zbadanie, czy działalność, którą należy wziąć pod uwagę, to działalność wykonywana przez to przedsiębiorstwo na rzecz wszystkich kontrolujących go jednostek, czy tylko działalność wykonywana na rzecz jednostki występującej w tej sprawie w charakterze instytucji zamawiającej.

69 W tym zakresie należy przypomnieć, że Trybunał stwierdził, iż podmiot odrębny pod względem prawnym musi wykonywać przeważającą część swojej działalności na rzecz „kontrolującej go jednostki lub jednostek" (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50). Trybunał wziął pod uwagę zatem możliwość, że przewidziany wyjątek znajdzie zastosowanie nie tylko w przypadku gdy taka osoba prawna kontrolowana jest przez jedną jednostkę, lecz również, w przypadku gdy kontrola sprawowana jest przez kilka z nich.

70 W przypadku gdy kilka jednostek samorządu terytorialnego kontroluje jedno przedsiębiorstwo, przesłanka dotycząca przeważającej części jego działalności może zostać spełniona, jeśli przedsiębiorstwo to wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie zarówno na rzecz jednej lub kilku z tych jednostek, jak i na rzecz wszystkich ich łącznie.

71 W konsekwencji, w przypadku przedsiębiorstwa kontrolowanego przez kilka jednostek samorządu terytorialnego działalnością, którą należy wziąć pod uwagę, jest działalność wykonywana na rzecz wszystkich tych jednostek łącznie.

72 Z powyższego wynika, że na drugą część pytania drugiego należy odpowiedzieć, że przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, dla celów określenia, czy dyrektywa 93/36 znajdzie zastosowanie, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności — sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług — oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana.

W przedmiocie kosztów

73 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

1) **Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia w sposób bezpośredni na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której**

zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościowym akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca.

2) Związanej z niestosowaniem dyrektywy 93/36 przesłanki wykonywania przez przedsiębiorstwo, któremu bezpośrednio udzielono zamówienia publicznego, działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, nie należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

3) Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, dla celów określenia, czy dyrektywa 93/36 znajdzie zastosowanie, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności — sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług — oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana.

Podpisy