WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 10 kwietnia 2008 r. *

W sprawie C-393/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria) postanowieniem z dnia 17 sierpnia 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 września 2006 r., w postępowaniu:

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

przeciwko

Fernwärme Wien GmbH,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, G. Arestis, E. Juhász (sprawozdawca), J. Malenovský i T. von Danwitz, sędziowie,

* Język postępowania: niemiecki.

rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 11 października 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przez S. Sieghartsleitnera i M. Pichlmaira, Rechtsanwälte,

— w imieniu Fernwärme Wien GmbH przez P. Madla, Rechtsanwalt,

— w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna i C. Mayra, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu węgierskiego przez J. Fazekas, działającą w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu fińskiego przez A. Guimaraes-Purokoski, działającą w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu rządu szwedzkiego przez A. Falk, działającą w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez M. Núñeza-Müllera, Rechtsanwalt,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 22 listopada 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni odpowiednich przepisów 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, s. 1) i 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, s. 114).

2 Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu między Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (zwaną dalej „Ing. Aigner") a Fernwärme Wien GmbH (zwaną dalej „Fernwärme Wien") w przedmiocie prawidłowości wszczętego przez nią postępowania przetargowego.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3 Dyrektywa 2004/17 wprowadza koordynację procedur udzielania zamówień publicznych w szczególnych sektorach, tj. w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Uchyliła ona i zastąpiła dyrektywę Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, s. 84), która dotyczyła tych samych zagadnień.

4 Szczególny charakter sektorów objętych zakresem dyrektywy 2004/17 wskazany jest wyraźnie w motywie 3, mówiącym o tym, iż koordynacja w tych sektorach jest niezbędna z uwagi na zamknięty charakter rynków, na których prowadzą działalność zainteresowane instytucje zmawiające, wynikający z istnienia specjalnych lub wyłącznych praw przyznawanych przez państwa członkowskie w zakresie dostaw, zapewniania lub obsługi sieci do świadczenia omawianych usług.

5 Artykuł 2 ust. 1 lit. a) akapit drugi dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 stanowią, że termin „instytucja zamawiająca" oznacza między innymi „podmioty prawa publicznego", tj.:

„[…] każdy podmiot:

— ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego,

— posiadający osobowość prawną; oraz

finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego".

6 Artykuł 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/17 stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy,

[…]

b) »przedsiębiorstwo publiczne« oznacza każde przedsiębiorstwo, na które instytucje zamawiające mogą wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ na mocy ich prawa własności, udziału finansowego we wspomnianym przedsiębiorstwie lub poprzez zasady określające jego działanie".

7 Artykuł 2 ust. 2 tej dyrektywy stanowi:

„Niniejsza dyrektywa dotyczy podmiotów zamawiających:

a) będących instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi oraz prowadzących jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 3–7;

b) które, w przypadku gdy nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, wykonują pośród prowadzonych przez nie działalności jakąkolwiek z działalności wymienionych w art. 3–7 i korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego".

8 W art. 3–7 dyrektywy 2004/17 wymienione zostały sektory działalności objęte zakresem przedmiotowym tej dyrektywy. Sektorami tymi są gaz, energia cieplna i energia elektryczna (art. 3), gospodarka wodna (art. 4), usługi transportowe (art. 5), usługi pocztowe (art. 6), a także poszukiwanie i wydobycie ropy naftowej, gazu, węgla lub innych paliw stałych, oraz porty i porty lotnicze (art. 7).

9 Artykuł 3 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

„W odniesieniu do gazu i energii cieplnej niniejsza dyrektywa dotyczy następujących rodzajów działalności:

a) udostępniania lub obsługi stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją gazu lub energii cieplnej; lub

b) dostaw gazu lub energii cieplnej do takich sieci".

10 Artykuł 9 tej dyrektywy brzmi następująco:

„1. Zamówienie obejmujące kilka różnych rodzajów działalności podlega zasadom dotyczącym działalności, która stanowi działalność główną.

Jednakże wybór między udzieleniem jednego zamówienia a kilku odrębnych zamówień nie może być dokonany w celu wyłączenia go z zakresu niniejszej dyrektywy lub dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli ma ona zastosowanie w tym przypadku.

2. Jeżeli jeden z rodzajów działalności, który ma stanowić przedmiot zamówienia, podlega niniejszej dyrektywie, a inny rodzaj działalności podlega wyżej wymienionej dyrektywie 2004/18/WE, oraz jeżeli nie ma obiektywnej możliwości określenia, która z działalności stanowi główny przedmiot zamówienia, wówczas zamówienie udzielane jest zgodnie z wyżej wymienioną dyrektywą 2004/18/WE.

[…]".

11 Artykuł 20 ust. 1 tej dyrektywy, zatytułowany: „Zamówienia udzielone w innym celu niż wykonywanie odnośnej działalności lub w celu wykonywania takiej działalności w kraju trzecim", stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień, których podmioty zamawiające udzielają w innym celu niż wykonywanie ich działalności, określonej w art. 3–7 lub w celu wykonywania takiej działalności w kraju trzecim, w warunkach niewymagających fizycznego wykorzystania sieci lub obszaru geograficznego w ramach Wspólnoty".

12 Wreszcie art. 30 dyrektywy 2004/17, zatytułowany: „Procedura stwierdzająca, czy dana działalność jest bezpośrednio poddana konkurencji", stanowi:

„1. Zamówienia mające na celu umożliwienie prowadzenia działalności wymienionej w art. 3–7 nie podlegają niniejszej dyrektywie, jeżeli w państwie członkowskim, w którym ta działalność jest wykonywana, bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony.

2. Do celów ust. 1 do określenia, czy dana działalność podlega bezpośrednio konkurencji, są brane pod uwagę kryteria zgodne z przepisami traktatu dotyczącymi konkurencji, takie jak: cechy danych towarów lub usług, istnienie alternatywnych towarów lub usług, ceny oraz rzeczywista lub potencjalna obecność więcej niż jednego dostawcy omawianych towarów lub usług.

[…]".

13 W tytule II rozdział II sekcja 3 dyrektywy 2004/18 wymienione zostały zamówienia nieobjęte zakresem tej dyrektywy. Wśród tych zamówień znajdują się zamówienia udzielane w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Artykuł 12, dotyczący tych zamówień, stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych, które zgodnie z dyrektywą 2004/17/WE udzielane są przez instytucje zamawiające prowadzące jeden lub wiele rodzajów działalności określonych w art. 3–7 tej dyrektywy, w celu prowadzenia tej działalności,

[…]".

14 Powyższe uregulowania wspólnotowe do prawa austriackiego transponuje ustawa federalna o zamówieniach publicznych (Bundesvergabegesetz) z 2006 r.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

15 Spółka Fernwärme Wien została utworzona aktem założycielskim w dniu 22 stycznia 1969 r. w celu dostarczania energii cieplnej poprzez miejską sieć ciepłowniczą do mieszkań, placówek publicznych, biur i przedsiębiorstw na terenie miasta Wiedeń. W tym celu wykorzystuje energię pochodzącą z utylizacji odpadów zamiast energii ze źródeł nieodnawialnych.

16 Fernwärme Wien, posiadająca osobowość prawną, należy w całości do miasta Wiedeń, które powołuje i odwołuje zarząd, oraz członków rady nadzorczej przedsiębiorstwa oraz udziela im absolutorium. Ponadto za pośrednictwem Kontrollamt der Stadt Wien (urzędu kontroli miasta Wiedeń) gmina ma również uprawnienia do kontrolowania zarządzania tym przedsiębiorstwem pod kątem ekonomicznym i finansowym.

17 Równocześnie z działalnością z zakresu ciepłownictwa miejskiego Fernwärme Wien zajmuje się również generalnym projektowaniem instalacji chłodniczych dla większych przedsięwzięć budowlanych. W ramach tej działalności konkuruje z innymi przedsiębiorstwami.

18 Fernwärme Wien ogłosiła w dniu 1 marca 2006 r. przetarg na budowę instalacji chłodniczej dla projektu centrum biurowo-handlowego w Wiedniu, podając, iż do tego przetargu nie stosuje się austriackiego prawa zamówień publicznych. Ing. Aigner wzięła udział w tym przetargu, składając ofertę. Gdy w dniu 18 maja 2006 r. została poinformowana, że jej oferta nie będzie już rozpatrywana ze względu na to, że zawiera niekorzystne elementy, zakwestionowała tę decyzję przed sądem krajowym, podnosząc, iż należało zastosować wspólnotowe przepisy z dziedziny zamówień publicznych.

19 Sąd krajowy zauważa, że działalność Fernwärme Wien związana z eksploatacją stałej miejskiej sieci ciepłowniczej bezsprzecznie podlega zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/17. Natomiast jej działalność dotycząca instalacji chłodniczych nie podlega zakresowi tej dyrektywy. W związku z tym sąd zastanawia się, czy ta druga część działalności również podlega przepisom tej dyrektywy mutatis mutandis zgodnie z zasadami wskazanymi w wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. s. I-73, w szczególności w pkt 25 i 26, które to podejście zwane jest powszechnie w doktrynie „teorią infekcji". Zgodnie z tym, jak sąd krajowy interpretuje ten wyrok, jeżeli jeden z rodzajów działalności danego podmiotu objęty jest zakresem stosowania dyrektywy z dziedziny zamówień publicznych, cała pozostała działalność tego podmiotu, bez względu na jej ewentualny przemysłowy lub handlowy charakter, podlega również dyrektywom z tej dziedziny.

20 Gdyby ww. wyrok w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in. odnosił się jedynie do instytucji zamawiających, a konkretnie do pojęcia „podmiot prawa publicznego", w tym sensie, że jeżeli podmiot zaspokaja potrzeby w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, to należy go uznać za „podmiot prawa publicznego" w rozumieniu przepisów wspólnotowych, bez względu na to, czy prowadzi on równocześnie inną działalność nieposiadającą tego charakteru, sąd krajowy zastanawia się, czy Fernwärme Wien stanowi podmiot prawa publicznego, czyli instytucję zamawiającą, w rozumieniu dyrektyw 2004/17 lub 2004/18.

21 Sąd krajowy zastanawia się wreszcie, czy jeżeli dany podmiot prowadzi działalność, która nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego, a równocześnie prowadzi działalność podlegającą konkurencji, możliwe jest oddzielenie działalności tego drugiego rodzaju i niepoddawanie jej zakresowi stosowania wspólnotowych przepisów z dziedziny zamówień publicznych, jeżeli da się wykazać rozdział między tymi dwoma rodzajami działalności, a zatem brak ekonomicznej ingerencji między nimi. Sąd krajowy odnosi się w tym względzie do pkt 68 opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari, w której z powodu wycofania pytania prejudycjalnego zapadło

postanowienie o wykreśleniu z dnia 23 marca 2006 r., w którym proponuje się złagodzić w ten sposób zasadę wywodzącą się z ww. wyroku w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in.

22 Z tych względów Vergabekontrollsenat des Landes Wien postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy dyrektywę 2004/17/WE […] należy interpretować w ten sposób, że podmiot zamawiający, który prowadzi działalność w dziedzinach wskazanych w art. 3 tej dyrektywy, jest objęty zakresem jej zastosowania także w odniesieniu do innej działalności wykonywanej w warunkach konkurencji?

2) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze wyłącznie w odniesieniu do instytucji zamawiających: czy takie przedsiębiorstwo jak [Fernwärme Wien] należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE […], jeżeli prowadzi działalność polegającą na dostarczaniu energii cieplnej poprzez miejską sieć ciepłowniczą na danym obszarze, nie pozostając w stosunku rzeczywistej konkurencji, czy też ocena taka winna być dokonana przy uwzględnieniu rynku ogrzewania pomieszczeń obejmującego także takie nośniki energii jak gaz, olej, węgiel itp.?

3) Czy działalność wykonywana w warunkach konkurencji przez spółkę, która obok tego prowadzi również działalność niemającą charakteru przemysłowego lub handlowego, podlega zakresowi stosowania dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli za pomocą takich skutecznych środków jak bilansowo i księgowo odrębna rachunkowość można wykluczyć krzyżowe finansowanie działalności wykonywanej w warunkach konkurencji ze środków pochodzących z innej działalności?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

23 W tym pytaniu sąd krajowy zastanawia się, czy podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy 2004/17, prowadzący działalność zaliczającą się do jednego z sektorów, o których mowa w art. 3–7 tej dyrektywy, ma obowiązek stosowania procedury określonej w tej dyrektywie do udzielania zamówień związanych z działalnością, którą podmiot ten prowadzi równocześnie w warunkach konkurencji w sektorach nieobjętych powyższymi przepisami.

24 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy zauważyć, że dyrektywy 2004/17 i 2004/18 różnią się znacznie między sobą, zarówno jeśli chodzi o to, jakich podmiotów dotyczą ustanowione w nich regulacje, jak i o ich charakter i zakres przedmiotowy.

25 Po pierwsze, jeśli chodzi o podmioty, do których mają odpowiednio zastosowanie regulacje tych dyrektyw, należy stwierdzić, że w odróżnieniu od dyrektywy 2004/18, która zgodnie z art. 1 ust. 9 akapit pierwszy obowiązuje w stosunku do „instytucji zamawiających", podmioty, których dotyczy dyrektywa 2004/17, zwane są w art. 2 tej dyrektywy „podmiotami zamawiającymi". Z samego art. 2 ust. 2 lit. a) i b) wynika, że ta druga dyrektywa ma zastosowanie nie tylko do podmiotów zamawiających będących „instytucjami zamawiającymi", lecz również do podmiotów będących „przedsiębiorstwami publicznymi" lub przedsiębiorstwami, które korzystają „z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego", o ile każdy z tych podmiotów prowadzi jeden z rodzajów działalności, o których mowa w art. 3–7 tej dyrektywy.

26 Po drugie, z art. 2–7 dyrektywy 2004/17 wynika, że wprowadzona przez nią koordynacja nie obejmuje wszystkich dziedzin działalności gospodarczej, lecz dotyczy szczegółowo określonych sektorów, co ukazuje zresztą fakt, iż dyrektywa ta zwana jest powszechnie „dyrektywą sektorową". Natomiast zakres przedmiotowy dyrektywy 2004/18 obejmuje niemal wszystkie sektory życia gospodarczego, stąd też powszechnie jest ona określana jako „dyrektywa ogólna".

27 W takich okolicznościach należy od razu stwierdzić, że ogólny zakres dyrektywy 2004/18 i ograniczony zakres dyrektywy 2004/17 wymagają, by przepisy drugiej z nich interpretować wąsko.

28 Granice między zakresami przedmiotowymi obu tych dyrektyw również nakreślone są w wyraźnych przepisach. I tak art. 20 ust. 1 dyrektywy 2004/17 stanowi, że nie ma ona zastosowania do zamówień, których podmioty zamawiające udzielają w innym celu niż wykonywanie swojej działalności w sektorach określonych w art. 3–7. Jego odpowiednikiem w dyrektywie 2004/18 jest art. 12 akapit pierwszy, który stanowi, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień, których instytucje zamawiające prowadzące jeden lub kilka rodzajów działalności określonych w art. 3–7 dyrektywy 2004/17 udzielają w zakresie tej działalności.

29 Tak więc zakres przedmiotowy dyrektywy 2004/17 jest ściśle ograniczony, co nie pozwala rozciągać ustanowionych w niej procedur poza ten zakres.

30 Zatem powyższe przepisy nie dają żadnej możliwości zastosowania w ramach dyrektywy 2004/17 podejścia zwanego „teorią infekcji", które ukształtowało się

w następstwie ww. wyroku w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in. Wyrok ten został wydany przez Trybunał w ramach dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54), czyli w dziedzinie obecnie podlegającej zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/18.

31 Zatem, jak słusznie zauważają w szczególności rządy austriacki, węgierski i fiński, a także Komisja Wspólnot Europejskich, zakres przedmiotowy dyrektywy 2004/17 obejmuje jedynie zamówienia udzielane przez podmiot będący „instytucją zamawiającą" w rozumieniu tej dyrektywy, w związku z działalnością prowadzoną w sektorach wymienionych w art. 3–7 tej dyrektywy oraz w celu prowadzenia tej działalności.

32 Takie zresztą wnioski wypływają również z wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-462/03 i C-463/03 Strabag i Kostmann, Zb.Orz. s. I-5397, pkt 37. W tym wyroku Trybunał orzekł, że jeżeli zamówienie nie wynika z wykonywania działalności określonej w dyrektywie sektorowej, będzie ono podlegało zasadom przewidzianym przez dyrektywy dotyczące, w zależności od przypadku, udzielania zamówień na usługi, roboty budowlane lub dostawy.

33 Z uwagi na powyższe rozważania na pierwsze z zadanych pytań należy odpowiedzieć, że podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy 2004/17 ma obowiązek stosowania procedury określonej w tej dyrektywie wyłącznie w przypadku udzielania zamówień związanych z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorze lub sektorach, o których mowa w art. 3–7 tej dyrektywy.

W przedmiocie pytania drugiego

34 W pytaniu drugim sąd krajowy zastanawia się, czy taki podmiot jak Fernwärme Wien należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 2004/17 lub dyrektywy 2004/18.

35 W tym względzie należy przypomnieć, że jak wynika z pkt 5 niniejszego wyroku, przepisy art. 2 ust. 1 lit. a) akapit drugi dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 zawierają identyczną definicję pojęcia „podmiot prawa publicznego".

36 Z przepisów tych wynika, że „podmiotem prawa publicznego" jest każdy podmiot, który po pierwsze został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, po drugie, posiada osobowość prawną i po trzecie, jest finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału te trzy przesłanki mają charakter łączny (wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-939, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

37 Ponadto z uwagi na cel wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych polegający w szczególności na wykluczeniu sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować kryteriami pozagospodarczymi, pojęcie „podmiot prawa publicznego" powinno być interpretowane w sposób funkcjonalny (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb.Orz. s. I-11173, pkt 36 i 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

38 W tym przypadku bezsporny jest fakt, że dwa ostatnie kryteria ustanowione w przepisach przytoczonych w pkt 36 niniejszego wyroku są spełnione, skoro Fernwärme Wien posiada osobowość prawną, a miasto Wiedeń jest właścicielem całości jej kapitału i kontroluje jej zarząd gospodarczy i finansowy. Należy więc jedynie zbadać, czy podmiot ten został stworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego.

39 Po pierwsze, jeśli chodzi o cel utworzenia tego podmiotu i charakter zaspokajanych przez niego potrzeb, należy stwierdzić, że jak wynika z przedłożonych Trybunałowi akt, Fernwärme Wien została utworzona w szczególnym celu dostarczania energii cieplnej poprzez miejską sieć ciepłowniczą do mieszkań, placówek publicznych, biur i przedsiębiorstw na terenie miasta Wiedeń, wykorzystując do tego energię pochodzącą ze spalania odpadów. Na rozprawie przed Trybunałem podano, że w chwili obecnej ten system ogrzewania obsługuje ok. 250 000 mieszkań, liczne biura i zakłady przemysłowe oraz praktycznie wszystkie budynki użyteczności publicznej. Dostarczanie energii cieplnej w aglomeracji miejskiej za pomocą przyjaznej dla środowiska technologii jest celem niezaprzeczalnie leżącym w interesie ogólnym. Nie można więc zaprzeczyć temu, że Fernwärme Wien została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym.

40 W tym względzie jest nieistotne, że potrzeby takie są lub mogłyby być również zaspokajane przez przedsiębiorstwa prywatne. Ważne jest to, że chodzi o potrzeby, co do których, ze względów leżących w interesie ogólnym, państwo lub jednostka samorządu terytorialnego decydują się zazwyczaj na zaspokajanie ich samodzielnie, lub w odniesieniu do których pragną zachować decydujący wpływ (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 BFI Holding, Rec. s. I-6821, pkt 44, 47, 51 i 53, z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 Agorà i Excelsior, Rec. s. I-3605, pkt 37, 38 i 41).

41 Po drugie, w celu sprawdzenia, czy zaspokajane przez podmiot będący przedmiotem sporu przed sądem krajowym potrzeby nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, należy wziąć pod uwagę wszelkie istotne elementy stanu prawnego i faktycznego, takie jak okoliczności, które panowały w chwili utworzenia tego podmiotu, oraz warunki, w których prowadzi on swoją działalność. W tym względzie należy w szczególności sprawdzić, czy podmiot ten prowadzi swoją działalność w warunkach konkurencji (zob. wyrok z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 Korhonen i in., Rec. s. I-5321, pkt 48 i 49, i przytoczone tam orzecznictwo).

42 Jak już wskazano w pkt 39 niniejszego wyroku, Fernwärme Wien została utworzona w szczególnym celu dostarczania energii cieplnej na terenie miasta Wiedeń.

Bezsporny jest fakt, że utworzeniem tego podmiotu nie powodowała chęć zysku. Choć nie jest wykluczone, że działalność ta może przynosić zyski rozdzielane w postaci dywidendy akcjonariuszom tego podmiotu, dążenie do tego rodzaju zysków nie jest jego głównym celem (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Korhonen i in., pkt 54).

43 Następnie, jeśli chodzi o właściwe otoczenie gospodarcze, czy też innymi słowy o rynek właściwy, który należy brać pod uwagę w celu sprawdzenia, czy dany podmiot prowadzi działalność w warunkach konkurencji, czy też nie, należy brać pod uwagę, jak proponuje rzecznik generalny w pkt 53 i 54 swojej opinii, z uwagi na funkcjonalną wykładnię pojęcia „podmiot prawa publicznego", sektor, na którego potrzeby Fernwärme Wien została utworzona, czyli dostawy poprzez miejską sieć ciepłowniczą energii cieplnej pochodzącej ze spalania odpadów.

44 Z postanowienia odsyłającego wynika, że Fernwärme Wien zajmuje w tym sektorze faktyczną pozycję quasi-monopolistyczną, ze względu na nieistotne rozmiary pozostałych dwóch działających spółek, które nie mogą w związku z tym stanowić prawdziwej konkurencji. Ponadto sektor ten jest w znacznym stopniu niezależny, jako że system dostarczania energii cieplnej przez miejską sieć ciepłowniczą byłoby bardzo trudno zastąpić innymi źródłami energii, gdyż wymagałoby to poważnej przebudowy. Wreszcie miasto Wiedeń przywiązuje szczególną wagę do tego systemu dostarczania energii cieplnej, również ze względów ochrony środowiska. Tak więc, z uwagi na presję społeczną, miasto nie dopuściłoby do likwidacji tego systemu, choćby nawet miał on przynosić straty.

45 Z uwagi na te informacje dostarczone przez sąd krajowy oraz zgodnie z tym, co podnosi rzecznik generalny w pkt 57 opinii, Fernwärme Wien jest obecnie jedynym przedsiębiorstwem będącym w stanie zaspokoić tego rodzaju potrzeby w interesie ogólnym w omawianym sektorze, tak że mogłaby się kierować przy udzielaniu zamówień kryteriami pozagospodarczymi.

46 W ww. wyrokach w sprawach BFI Holding (pkt 49) i Agorà i Excelsior (pkt 38) Trybunał zauważył, że istnienie rozwiniętej konkurencji może stanowić wskazówkę na poparcie faktu, że nie ma się do czynienia z potrzebą w interesie ogólnym, która nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego. W okolicznościach zawisłej przed sądem krajowym sprawy z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jasno wynika, że kryterium istnienia rozwiniętej konkurencji na pewno nie jest spełnione.

47 Należy dodać, że w tym względzie nieistotne jest to, iż poza zadaniami w interesie ogólnym omawiany podmiot wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, jeżeli nadal zajmuje się zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym, które ma on szczególny obowiązek zaspokajać. Również to, jaką część w ramach ogólnej działalności tego podmiotu stanowi działalność prowadzona dla zysku, jest nieistotne do celów uznania tego podmiotu za podmiot prawa publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in., pkt 25, wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 Adolf Truley, Rec. s. I-1931, pkt 56 oraz ww. wyrok w sprawie Korhonen i in., pkt 57 i 58).

48 Ze względu na powyższe rozważania na pytanie drugie należy odpowiedzieć w ten sposób, że taki podmiot, jak Fernwärme Wien należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) akapit drugi dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18.

W przedmiocie pytania trzeciego

49 W pytaniu trzecim sąd krajowy zastanawia się, czy wszystkie zamówienia udzielane przez podmiot będący podmiotem prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy

2004/17 lub dyrektywy 2004/18 powinny podlegać regułom wynikającym z którejś z tych dyrektyw, jeżeli za pomocą skutecznych środków można przeprowadzić jasny rozdział między działalnością prowadzoną przez ten podmiot w celu realizacji jego zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz działalnością, którą prowadzi on w warunkach konkurencji, a podział ten wyklucza krzyżowe finansowanie obu tych rodzajów działalności.

50 Należy w tym względzie przypomnieć, że zagadnienie leżące u podstaw tego pytania po raz pierwszy było rozpatrywane przez Trybunał w ww. sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in., która dotyczyła wykładni dyrektywy 93/37 w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane. Trybunał doszedł do wniosku, w pkt 35 wyroku, że wszystkie zamówienia udzielane przez podmiot będący instytucją zamawiającą, bez względu na ich charakter, powinny podlegać regułom tej dyrektywy.

51 Trybunał podtrzymał to stanowisko w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi w ww. wyrokach w sprawach BFI Holding (pkt 55 i 56) i Korhonen i in. (pkt 57 i 58) a także w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy w ww. wyroku w sprawie Adolf Truley (pkt 56). Stanowisko to ma również zastosowanie do dyrektywy 2004/18, stanowiącej przekształcenie przepisów wszystkich wcześniejszych dyrektyw z dziedziny udzielania zamówień publicznych, które zastąpiła (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 30).

52 Wniosek ten odnosi się również do podmiotów prowadzących księgowość w taki sposób, by zachować jasny wewnętrzny podział między działalnością prowadzoną przez nie w celu wypełnienia ich zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym a działalnością prowadzoną w warunkach konkurencji.

53 Jak bowiem zwraca uwagę rzecznik generalny w pkt 64 i 65 opinii, można żywić poważne wątpliwości, czy jest w rzeczywistości możliwe ustanowienie takiego

rozdziału między poszczególnymi rodzajami działalności jednego podmiotu, który stanowi jedną osobę prawną, ma jeden system majątku i własności, a decyzje dotyczące kierowania i zarządzania nim podejmuje się w sposób jednolity, nie wspominając już o licznych innych praktycznych trudnościach w zakresie kontroli, ex ante i ex post, całkowitego rozdziału między różnymi dziedzinami działalności tego podmiotu oraz przynależności danej działalności do którejś dziedziny.

54 Tak więc, ze względów pewności prawa, przejrzystości i przewidywalności, obowiązujących przy stosowaniu procedur dotyczących wszystkich zamówień publicznych, należy zastosować się do orzecznictwa Trybunału przytoczonego w pkt 50 i 51 niniejszego wyroku.

55 Jednakże, jak wynika z pkt 49 niniejszego wyroku, pytanie sądu krajowego dotyczy jednocześnie dyrektyw 2004/17 i 2004/18.

56 Należy w tym względzie zauważyć, że w ramach analizy drugiego pytania prejudycjalnego zostało stwierdzone, że taki podmiot jak Fernwärme Wien należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18. Ponadto podczas analizy pierwszego pytania prejudycjalnego Trybunał doszedł do wniosku, że podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy 2004/17 powinien stosować procedurę przewidzianą w tej dyrektywie wyłącznie do udzielania zamówień pozostających w związku z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorze lub sektorach, o których mowa w art. 3–7 tej dyrektywy.

57 Należy stwierdzić, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału dyrektywie 2004/17 podlegają zamówienia udzielane w zakresie jednego z rodzajów działalności, o których jest wyraźnie mowa w art. 3–7 tej dyrektywy, a także zamówienia, które choć mają inny charakter i mogłyby więc same w sobie być normalnie objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 2004/18, służą prowadzeniu działalności, o której mowa

w dyrektywie 2004/17 (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Strabag i Kostmann, pkt 41 i 42).

58 Zatem zamówienia udzielane przez taki podmiot jak Fernwärme Wien podlegają procedurom określonym w dyrektywie 2004/17, jeżeli mają one związek z działalnością prowadzoną przez niego w sektorach określonych w art. 3–7 tej dyrektywy. Natomiast wszystkie inne zamówienia udzielane przez tego rodzaju podmiot w związku z prowadzeniem innej działalności podlegają procedurom przewidzianym w dyrektywie 2004/18.

59 Należy zatem odpowiedzieć na pytanie trzecie w ten sposób, iż zamówienia udzielane przez podmiot będący podmiotem prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18, mające związek z wykonywaniem działalności tego podmiotu w sektorze lub sektorach określonych w art. 3–7 dyrektywy 2004/17, powinny podlegać procedurom przewidzianym w tej dyrektywie. Natomiast wszystkie inne zamówienia udzielane przez ten podmiot w związku z inną działalnością podlegają procedurom określonym w dyrektywie 2004/18. Każda z tych dwóch dyrektyw ma zastosowanie, bez rozróżnienia między działalnością prowadzoną przez ten podmiot w celu wypełnienia swojego zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz działalnością prowadzoną w warunkach konkurencji, nawet przy takim prowadzeniu księgowości, które ma na celu rozdział sektorów działalności tego podmiotu, aby uniknąć krzyżowego finansowania między tymi sektorami.

W przedmiocie kosztów

60 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 (czwarta izba) orzeka, co następuje:

1) **Podmiot zamawiający w rozumieniu 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 ma obowiązek stosowania procedury określonej w tej dyrektywie wyłącznie w przypadku udzielania zamówień związanych z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorze lub sektorach, o których mowa w art. 3–7 tej dyrektywy.**

2) **Taki podmiot jak Fernwärme Wien należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) akapit drugi dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi 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.**

3) **Zamówienia udzielane przez podmiot będący podmiotem prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18, mające związek z wykonywaniem działalności tego podmiotu w sektorze lub sektorach określonych w art. 3–7 dyrektywy 2004/17, powinny podlegać procedurom przewidzianym w tej dyrektywie. Natomiast wszystkie inne zamówienia udzielane przez ten podmiot w związku z inną działalnością podlegają procedurom określonym w dyrektywie 2004/18. Każda z tych dwóch dyrektyw ma zastosowanie, bez rozróżnienia między działalnością prowadzoną przez ten podmiot w celu wypełnienia swojego zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz działalnością prowadzoną w warunkach konkurencji, nawet przy takim prowadzeniu księgowości, które ma na celu rozdział sektorów działalności tego podmiotu, aby uniknąć krzyżowego finansowania między tymi sektorami.**

Podpisy