



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
VERICY TRSTENJAK
przedstawiona w dniu 23 maja 2012 r.¹

Sprawa C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce
przeciwko
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce
Consiglio Nazionale degli Ingegneri
Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione
Tecnico-economica (OICE)
Etacons srl
Ing. Vito Prato Engineering srl
Barletti – Del Grosso e Associati srl
Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce
Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (Włochy)]

Prawo zamówień publicznych — Partnerstwo publiczno-publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Nieprzeprowadzenie procedury udzielania zamówień publicznych — Świadczenie usługi polegającej na wykonaniu badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne określonych budynków szpitalnych — Umowy zawarte pomiędzy instytucją zamawiającą a uniwersytetem będącym osobą prawa publicznego — Umowy pod tytułem odpłatnym, w przypadku których świadczenie wzajemne nie przekracza poniesionych kosztów — Status wykonawcy

I – Wprowadzenie

1. W niniejszym postępowaniu prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE Consiglio di Stato (rada stanu, zwana dalej „sądem krajowym”) występuje do Trybunału z pytaniem dotyczącym wykładni 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 usługi².

2. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach sporu pomiędzy Azienda Sanitaria Locale di Lecce (miejscowym zakładem opieki zdrowotnej w Lecce, zwanym dalej „ASL di Lecce”) a kilkoma stowarzyszeniami inżynierów i architektów w związku z zawartą pomiędzy ASL di Lecce a Università del Salento (uniwersytetem salentyńskim, zwanym dalej „Università”) umową w sprawie odpłatnego wykonania badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych należących do Provincia di Lecce (prowincji Lecce). Wymienione stowarzyszenia inżynierów i architektów, które nie uczestniczyły w tym przedsięwzięciu, podnoszą

1 — Język oryginału: niemiecki.
Język postępowania: włoski.

2 — Dz.U. L 134, s. 114.

zarzut, że ASL di Lecce udzieliła zamówienia na rzecz Università bez przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych i tym samym – niezgodnie z prawem. ASL di Lecce podnosi natomiast, że sporna umowa wchodzi w zakres współpracy i koordynacji między instytucjami publicznymi, ponieważ została zawarta w celu leżącym w interesie ogólnym.

3. Niniejszy spór po raz kolejny stwarza Trybunałowi sposobność do dalszego rozwinięcia jego orzecznictwa dotyczącego prawa zamówień publicznych. Opierając się na swym wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom³ Trybunał powinien orzec, czy stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych może być uzasadnione w przypadku takim, jak ten w postępowaniu przed sądem krajowym, w którym Università – będąca osobą prawa publicznego – otrzymuje od instytucji publicznej zamówienie na wykonanie usługi w zakresie działalności doradczej. W tym względzie muszą zostać wzięte pod uwagę różne aspekty, takie jak kompetencja Università do występowania w charakterze wykonawcy oraz okoliczność, że wynagrodzenie zostaje wypłacone po kosztach.

II – Właściwe przepisy prawa

A – Prawo Unii

4. Zgodnie z art. 1 ust. 2, 8 i 9 dyrektywy 2004/18:

„2.

- a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.[...]
- d) »Zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II.

[...]

8. Terminy »przedsiębiorca budowlany«, »dostawca« oraz »usługodawca« oznaczają każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi.

Termin »wykonawca« obejmuje w równym stopniu pojęcia przedsiębiorcy budowlanego, dostawcy i usługodawcy. Stosowany jest on jedynie w celu uproszczenia tekstu.

[...]

9. »Instytucje zamawiające« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego.

»Podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

- a) ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;

3 — Wyrok Trybunału z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-4747.

- b) posiadający osobowość prawną; oraz
- c) 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;

[...]”.

5. Zgodnie z art. 7 dyrektywy 2004/18 jej przepisy stosuje się do zamówień publicznych, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (zwanego dalej „podatkiem VAT”), przekracza próg 206 000 EUR dla zamówień publicznych na dostawę towarów i świadczenie usług udzielanych przez instytucje zamawiające wymienione w załączniku IV. Zgodnie z art. 9 tej dyrektywy podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota wynagrodzenia bez podatku VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą. W obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub ponowienia zamówienia.

6. Zgodnie z art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18 nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie działalności badawczo-rozwojowej inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, dla potrzeb jej własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca.

7. Z art. 20 dyrektywy 2004/18 wynika, że zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w części A załącznika II, udziela się zgodnie z art. 23–55 dyrektywy. Artykuł 28 dyrektywy stanowi, że przy udzielaniu zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów tej dyrektywy. Część A załącznika II wymienia w szczególności następujące kategorie usług: „Usługi badawcze i rozwojowe” (kategoria nr 8) oraz „Usługi architektoniczne, inżynieryjne i zintegrowane usługi inżynieryjne; usługi urbanistyczne, architektury krajobrazu, związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych; usługi badań i analiz technicznych” (kategoria nr 12).

B – Prawo krajowe

8. Artykuł 15 legge n. 241 del 7 agosto 1990, che introduce nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (ustawy nr 241 z dnia 7 sierpnia 1990 r. ustanawiającej nowe normy w zakresie postępowania administracyjnego oraz prawa dostępu do dokumentów administracyjnych)⁴, stanowi, że organy administracji publicznej mogą zawsze zawierać pomiędzy sobą porozumienia regulujące wzajemną współpracę w zakresie działalności prowadzonej we wspólnym interesie.

9. Artykuł 66 Decreto del Presidente della Repubblica (dekretu prezydenta republiki) nr 382/1980 stanowi, co następuje:

„Uniwersytety mogą prowadzić działalność badawczą i doradczą na podstawie umów i porozumień zawieranych z podmiotami publicznymi i prywatnymi, jeśli nie jest to sprzeczne z realizacją ich zadań naukowo-dydaktycznych. Zasadniczo wykonanie tych umów i porozumień powierza się zakładom lub w ich braku instytutom lub klinikom uniwersyteckim albo poszczególnym pracownikom naukowym zatrudnionym w pełnym wymiarze godzin.

4 — GURI nr 192 z dnia 18 sierpnia 1990 r.

Przychody z wykonania umów i porozumień, o których mowa w poprzednim ustępie, podlegają podziałowi zgodnie z rozporządzeniem [...].

Pracownicy naukowcy oraz administracyjni, którzy współpracują przy świadczeniu takich usług, mogą być wynagradzani do wysokości łącznej kwoty rocznej nieprzekraczającej 30% całkowitego wynagrodzenia. Kwota przyznana z tego tytułu pracownikom nie może w każdym razie przekroczyć 50% łącznego wynagrodzenia z tytułu wykonanej usługi.

Rozporządzenie, o którym mowa w ust. 2, określi kwotę, która zostanie przeznaczona na ogólne koszty poniesione przez uniwersytet, oraz kryteria przyznawania pracownikom kwoty, o której mowa w ustępie trzecim.

[...]

Przychody z działalności, o której mowa w ustępie poprzedzającym, stanowią wpływ budżetowy uniwersytetu”.

10. Z postanowienia odsyłającego wynika ponadto, że zgodnie ze szczególnymi przepisami odnoszącymi się do ich działalności uniwersytety są podstawowym miejscem prowadzenia badań naukowych.

III – Stan faktyczny, postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

11. ASL di Lecce oraz Università zawarły umowę pisemną, składającą się ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia zatwierdzonych decyzją Direttore generale (dyrektora generalnego) ASL di Lecce zarządzeniem z dnia 7 października 2009 r. oraz z porozumienia oznaczonego jako „contratto di consulenza” (kontrakt doradztwa). Przedmiotem tej umowy jest odpłatne wykonanie badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych należących do prowincji Lecce, w świetle niedawno przyjętych krajowych przepisów prawnych dotyczących bezpieczeństwa budowli, w szczególności budynków o znaczeniu strategicznym.

12. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia określała zadania do wykonania w sposób następujący:

- określenie charakterystyki strukturalnej materiałów użytych do budowy oraz przyjętych metod obliczeniowych; zwięzła weryfikacja stanu faktycznego w odniesieniu do udostępnionej dokumentacji projektowej;
- sprawdzenie prawidłowości strukturalnej, zwięzła analiza całościowej reakcji sejsmicznej budynku, ewentualne analizy lokalne znaczących elementów lub podsystemów konstrukcyjnych w celu ustalenia całościowej reakcji sejsmicznej;
- opracowanie wyników, o których mowa wyżej, oraz sporządzenie schematów technicznych diagnozy konstrukcji; w szczególności: sporządzenie sprawozdań dotyczących stwierdzonej charakterystyki strukturalnej materiałów i stanu zachowania konstrukcji, ze szczególnym uwzględnieniem aspektów dotyczących przede wszystkim zachowania się konstrukcji w obliczu zagrożeń sejsmicznych występujących w miejscu położenia budynku; sporządzenie planów technicznych klasyfikacji podatności szpitali na uszkodzenia w wyniku trzęsienia ziemi; sporządzenie sprawozdań technicznych dotyczących elementów lub podsystemów konstrukcyjnych uznanych za krytyczne w odniesieniu do kontroli podatności na zagrożenia sejsmiczne; propozycje wstępne i krótki opis prac adaptacyjnych lub modernizacyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem zalet i ograniczeń technologii możliwych do zastosowania, w aspekcie techniczno-gospodarczym.

13. Zgodnie z kontraktem doradztwa działania te miały być prowadzone w ścisłej współpracy pomiędzy grupą roboczą wyznaczoną przez ASL di Lecce oraz grupą roboczą wyłonioną przez Università, ewentualnie przy wsparciu wysoko wykwalifikowanych pracowników zewnętrznych. Odpowiedzialność naukowa miała obciążać dwie osoby wskazane odpowiednio przez instytucję zamawiającą oraz właściwy zakład Università. Własność jakichkolwiek rezultatów pracy badawczej miała przysługiwać ASL di Lecce, która jest jednak zobowiązana do wyraźnego wskazania zakładu Università w przypadku publikacji wyników prac w zakresie techniczno-naukowym. Za całą usługę ASL di Lecce miała uiścić na rzecz Università wynagrodzenie w kwocie 200 000 EUR bez podatku VAT, płatne w czterech ratach. W razie wypowiedzenia umowy przed upływem terminu jej obowiązywania Università miała mieć prawo do otrzymania kwoty odpowiadającej zakresowi wykonanych do tego momentu prac i poniesionych kosztów.

14. W przedmiocie trzech odwołań, wniesionych odpowiednio przez Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (izbę inżynierską prowincji Lecce), Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica (OICE) (stowarzyszenia organizacji inżynierskich, architektonicznych oraz doradztwa techniczno-gospodarczego), do których przystąpiły spółki Etacons srl, Vito Prato Engineering srl, Barletti – del Grosso & Associati srl – oraz Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce (izbą architektów prowincji Lecce), Tribunale Amministrativo Regionale Puglia (regionalny sąd administracyjny dla Apulii) stwierdził, że bezpośrednie udzielenie zamówienia na rzecz Università było niezgodne z prawem ze względu na brak zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

15. ASL di Lecce oraz Università złożyły apelację od właściwych wyroków do sądu krajowego. W swoim postanowieniu odsyłającym sąd krajowy wskazuje na wątpliwości, czy zawarcie spornej umowy mogło być niezgodne z dyrektywą 2004/18. W związku z tym stawia pytanie, czy sporna umowa spełnia wymogi partnerstwa publiczno-publicznego, które zostały ustanowione w orzecznictwie Trybunału. Istnieją wprawdzie określone wskazówki przemawiające za pozytywnym wnioskiem, jednakże nie można tego stwierdzić z całą pewnością, zwłaszcza że inne aspekty przemawiają za wnioskiem przeciwnym. Ponieważ zdaniem sądu krajowego w orzecznictwie Trybunału brak jest decydujących wskazówek w przedmiocie wykładni, zawiesił on postępowanie i wystąpił do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy przepisy prawa krajowego, które zezwalają na zawieranie pomiędzy dwoma instytucjami zamawiającymi pisemnych umów dotyczących wykonania badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych, w świetle krajowych przepisów dotyczących bezpieczeństwa budowlanego, a w szczególności budynków strategicznych, za wynagrodzeniem nieprzekraczającym kosztów poniesionych w związku z wykonaniem świadczenia, jeżeli podmiot publiczny wykonujący zamówienie może działać w charakterze podmiotu gospodarczego, są sprzeczne z dyrektywą 2004/18/WE [...], a w szczególności z art. 1 ust. 2 lit. a) i d), art. 2, 28 i załącznikiem II, kategorii nr 8 i nr 12?”.

IV – Postępowanie przed Trybunałem

16. Postanowienie odsyłające datowane na dzień 9 listopada 2010 r. wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 1 kwietnia 2011 r.

17. W terminie wymienionym w art. 23 statutu Trybunału uwagi na piśmie przedstawiły: ASL di Lecce, Università, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE), Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), rządy włoski, polski oraz szwedzki, a także Komisja Europejska.

18. Na rozprawie w dniu 27 marca 2012 r. stawili się pełnomocnicy ad litem ASL di Lecce, Università, CNI, OICE, CNAPPC, rządów włoskiego, polskiego i szwedzkiego oraz Komisji w celu przedstawienia uwag ustnych.

V – Główne argumenty uczestników postępowania

19. Do twierdzeń uczestników postępowania, o ile mają one znaczenie, będę odnosić się w ramach moich uwag.

VI – Ocena prawna

A – Uwagi ogólne

20. Zgodnie z treścią pytania prejudycjalnego sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy obowiązujące przepisy prawa krajowego można uznać za zgodne z dyrektywą 2004/18 w zakresie, w jakim zezwalają na zawieranie umów opisanych w pytaniu prejudycjalnym. Rozpatrując jednak zagadnienia prawne leżące u podstaw niniejszego sporu w jego całym kontekście, należy stwierdzić, że głównym zagadnieniem, którym Trybunał będzie musiał się zająć w pierwszej kolejności, jest zgodność spornej umowy z dyrektywą 2004/18. Aby udzielić sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi na jego pytanie w celu rozstrzygnięcia zawisłego przed nim sporu, zasadne wydaje się przeniesienie punktu ciężkości analizy na ten właśnie aspekt. W związku z tym w ramach mojej analizy zajmę się kwestią, czy w sprawie przed sądem krajowym zostały naruszone wymogi wynikające z dyrektywy 2004/18. Nie uważam w tym celu za bezwzględnie konieczne przeformułowania pytania prejudycjalnego, zwłaszcza że stwierdzenie ewentualnego naruszenia tej dyrektywy dostarcza pośrednio wyjaśnień na temat tego, czy obowiązujące prawo krajowe jest zgodne z prawem Unii. Gdyby w świetle rezultatu analizy sporna umowa okazała się niezgodna z przepisami dyrektywy 2004/18, to istniejący we Włoszech stan prawny również nie może zostać uznany za zgodny z prawem Unii.

21. Dyrektywa 2004/18 stałaby na przeszkodzie umowie, takiej jak zawarta pomiędzy ASL di Lecce i Università, gdyby zamówienie na wykonanie badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne określonych budynków szpitalnych stanowiło w świetle prawa Unii czynność podlegającą obowiązkowi przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, ponieważ w sprawie przed sądem krajowym przetarg nie został przeprowadzony. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, sporne zamówienie zostało zamiast tego udzielone bezpośrednio na rzecz Università. W razie potwierdzenia istnienia czynności podlegającej obowiązkowi przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego należałoby dalej zbadać, czy w danym przypadku nie ma zastosowania wyjątek, który zezwala na rezygnację z publicznego ogłoszenia o zamówieniu, przy czym w sprawie przed sądem krajowym w rachubę wchodzi zarówno wyjątki skodyfikowane w samej dyrektywie 2004/18, jak też rozwinięta w orzecznictwie Trybunału instytucja prawna partnerstwa między władzami publicznymi zawieranego w celu wykonania zadania w interesie ogólnym.

B – Zastosowanie dyrektywy 2004/18

22. Przesłanką wstępną jest to, by sporne porozumienie było w ogóle objęte zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18. Zakres ten stanowi pierwszy punkt oceny, którym zajmę się w pierwszej kolejności.

1. Istnienie zamówienia publicznego

a) Świadczenie usług

23. Aby można było uznać, że sporna umowa objęta jest przedmiotowym zakresem zastosowania dyrektywy, musi istnieć „zamówienie publiczne”. Przyjąć można, że sporną umowę da się przyporządkować do jednego z rodzajów zamówień publicznych wymienionych w art. 1 ust. 2 dyrektywy. Moim zdaniem, w świetle dostępnych informacji dotyczących stanu faktycznego w rachubę wchodzi zakwalifikowanie jej jako „zamówienia publicznego na usługi” w rozumieniu definicji legalnej zawartej w art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy. Zamówienia publiczne na usługi zostały tam zdefiniowane jako „zamówienia publiczne inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II”. Pod względem ich przedmiotu prace, które ma wykonać Università, odpowiadają rodzajowi usług wymienionych w kategorii nr 12 w części A załącznika II („usługi architektoniczne, inżynieryjne i zintegrowane usługi inżynieryjne; usługi urbanistyczne, architektury krajobrazu, związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych; usługi badań i analiz technicznych”). Chodzi bowiem o złożone prace techniczne, których przedmiotem jest zarówno ocena zgodności z przepisami prawa budowlanego, jak też podatności budynków na uszkodzenia w wyniku trzęsienia ziemi. Mają one oczywisty związek z usługami architektonicznymi i przewidują szeroką działalność doradczą w tej dziedzinie wykonywaną przez odpowiednio wykwalifikowany personel Università.

b) Umowa pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą

24. Ponadto definicja „zamówienia publicznego na usługi”, w związku z tym, że jest oparta na definicji zamówienia publicznego określonej w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy, wymaga pisemnej umowy pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą.

25. Ustawowy wymóg formy pisemnej jest spełniony, gdyż zawarty w dniu 29 października 2009 r. „kontrakt doradztwa” został sporządzony na piśmie.

26. Zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy za „instytucje zamawiające” uważa się „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z co najmniej jednej takiej jednostki lub co najmniej jednego podmiotu prawa publicznego”. ASL di Lecce, jako podmiot administracji publicznej, spełnia przesłanki uznania jej za instytucję zamawiającą w rozumieniu dyrektywy.

27. Gdy chodzi o ewentualne zaklasyfikowanie Università jako „wykonawcy”, należy stwierdzić, że definicja ta obejmuje, zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy, również „usługodawcę”. Termin ten oznacza „każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku [...] wykonanie [...] usługi”. Università jest, jak wynika z jej pisemnych uwag⁵, podmiotem prawa publicznego. Istotne znaczenie okazuje się mieć w tym względzie przepis art. 66 decreto del Presidente della Repubblica n. 382/1980, gdyż upoważnia on uniwersytety do zawierania umów i porozumień z podmiotami publicznymi i prywatnymi w celu prowadzenia działalności badawczej i doradczej. Na tej podstawie można wnioskować, że prawo krajowe zezwala uniwersytetom nie tylko na pełnienie funkcji placówek naukowo-badawczych, ale również na działanie w charakterze wykonawców w rozumieniu wyżej wymienionej definicji.

5 — Uwagi pisemne Università, s. 2.

28. Wskazać należy w tym miejscu na wyrok w sprawie CoNISMa⁶, w którym Trybunał potwierdził, że uniwersytety mogą również brać udział w procedurach udzielania zamówień publicznych jako wykonawcy. Trybunał wyjaśnił w nim, że cecha wykonawcy nie jest bezwzględnie zastrzeżona na rzecz usługodawców, którzy są zorganizowani jako przedsiębiorstwo⁷. Przeciwnie, dopuszcza się do zgłoszenia kandydatury każdą osobę lub podmiot, która może zapewnić realizację danego zamówienia, niezależnie od tego, czy posiada status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy działalność tego podmiotu na rynku ma charakter regularny, czy też epizodyczny, wreszcie niezależnie od tego, czy dany podmiot jest dotowany ze środków publicznych⁸. Ponadto Trybunał stwierdził, że wykładnia zawężająca pojęcia wykonawcy spowodowałaby, że umowy zawarte pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami organizacyjnymi, które nie działają zasadniczo w celu osiągnięcia zysku, nie mogłyby być uznane za „zamówienia publiczne”, wobec czego umowy te mogłyby być zawierane w sposób nieformalny, co spowodowałoby ich wyłączenie z przepisów unijnych dotyczących równego traktowania i przejrzystości, a to wbrew celowi tych przepisów.

29. W konsekwencji umowę zawartą pomiędzy ASL di Lecce a Università należy uznać za umowę zawartą na piśmie pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą.

c) Odpłatny charakter usługi

30. Kolejną przesłanką zaklasyfikowania określonej umowy jako „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy jest jej odpłatny charakter. Pojęcie „odpłatności”, wymaga, aby wykonaniu usługi przez wykonawcę towarzyszył również obowiązek uiszczenia wynagrodzenia przez instytucję zamawiającą. Poza uczestnictwem dwóch podmiotów chodzi tutaj o wzajemny charakter umowy, przejawiający się w wymianie świadczeń mających wartość materialną. Ta wzajemność stosunku umownego jest konieczna dla uznania danej czynności za objętą obowiązkiem przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego.

31. W niniejszej sprawie na ASL di Lecce ciąży, zgodnie ze sporną umową, obowiązek zapłaty wynagrodzenia na rzecz Università. Jednakże występuje także szczególna okoliczność, polegająca na tym, że przyrzucone wynagrodzenie zostało ustalone w ten sposób, iż nie przekracza ono poniesionych kosztów. W tym kontekście powstaje pytanie, czy również wynagrodzenie obejmujące jedynie koszty spełnia kryterium „odpłatności”. Moim zdaniem kilka argumentów przemawia za szeroką wykładnią tego pojęcia i to w ten sposób, że objęty nim być powinien każdy rodzaj wynagrodzenia, które może przedstawiać wartość pieniężną.

32. Jak słusznie twierdzi sąd krajowy w swoim postanowieniu odsyłającym⁹, sam brak zysku nie powoduje, że umowa ma charakter nieodpłatny. Z gospodarczego punktu widzenia pozostaje ona odpłatna, zwłaszcza że odbiorca zawsze otrzymuje świadczenie o wartości pieniężnej¹⁰ i w związku z tym może zasadniczo wchodzić w zakres zastosowania dyrektywy 2004/18. Niezależnie od tego można przyjąć, że tylko szeroka interpretacja pojęcia „odpłatności” jest zgodna z celem dyrektyw o zamówieniach publicznych, który polega na otwarciu rynków dla rzeczywistej konkurencji¹¹. Tylko

6 — Wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 CoNISMa, Zb.Orz. s. I-12129.

7 — Ibidem, pkt 35.

8 — Ibidem, pkt 42.

9 — Postanowienie odsyłające, s. 22, pkt 34.

10 — Zobacz K. Hailbronner, *Das Recht der Europäischen Union*, hrsg. E. Grabitz, M. Hilf, Teil B5, pkt 24, s. 4, którego zdaniem wymóg odpłatności należy zasadniczo uznać za spełniony w wypadku każdej korzyści mającej wartość pieniężną. Podobnie twierdzi C. Eisner, *Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen* (Teil 1), *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, s. 190, którego zdaniem daną czynność, o ile rzeczywiście uzgodnione jest wynagrodzenie za wykonanie usługi, należy oceniać w świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych.

11 — Zobacz W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, Heidelberg 2007, s. 617, pkt 2012.

w ten sposób można zapewnić praktyczną skuteczność dyrektyw o zamówieniach publicznych i uniemożliwić obchodzenie tego prawa choćby poprzez uzgadnianie innych form wynagrodzenia, które nie pozwalają bez przeszkód stwierdzić zamiaru osiągnięcia zysków, jak na przykład poprzez czynności zamiany lub zrzeczenia się wzajemnych roszczeń przysługujących stronom umowy¹².

33. Taka wykładnia pojęcia odpłatności jest również zbieżna z szeroką definicją wynagrodzenia przyjmowaną przez Trybunał w zakresie swobody świadczenia usług określonej w art. 56 TFUE¹³. Z uwagi na fakt, że celem dyrektywy 2004/18 jest, zgodnie z jej podstawą prawną zawartą w art. 95 WE (obecnie art. 114 TFUE), urzeczywistnienie podstawowych swobód na rynku wewnętrznym, co znajduje wyraz w jej motywie drugim, szeroka wykładnia pojęcia odpłatności wydaje się być spójna. Zgodnie z tą szeroką wykładnią nie można od usługodawcy bezwzględnie wymagać osiągania zysków. Przeciwnie, dla potwierdzenia spełnienia wymogu odpłatności powinno również wystarczyć, że usługodawca otrzymuje wynagrodzenie pokrywające jedynie zwrot poniesionych przez niego kosztów. Pojęcie wynagrodzenia powinno zatem obejmować również sam zwrot kosztów¹⁴.

34. W związku z powyższym sporna umowa ma charakter odpłatny, wobec czego spór przed sądem krajowym dotyczy „zamówienia publicznego na usługi” zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18.

2. Progi

a) Kwestia przekroczenia właściwego progu

35. Dyrektywy o zamówieniach publicznych wraz z ich restrykcyjnymi wymogami proceduralnymi nie mają zastosowania do zamówień bagatelnych. Wartość pieniężna danego zamówienia musi osiągnąć określony próg, aby być objęta zakresem zastosowania prawa zamówień publicznych. Z samego punktu widzenia proporcjonalności procedury udzielania zamówień publicznych, związane niejednokrotnie ze znacznymi kosztami, nie muszą mieć zastosowania do każdego, najmniejszego, zamówienia. Ponadto nieznaczna wartość zamówienia nie sprzyja zainteresowaniu zamówieniem ze strony wykonawców zagranicznych, czego nie można pominąć.

36. Tym samym przy pomocy progów odbywa się podział prawa zamówień publicznych na dwie kategorie. Powyżej progów należy przestrzegać szczegółowych wymogów dyrektywy. Poniżej progów miarodajne jest jedynie pierwotne prawo Unii dotyczące zamówień publicznych z niepisanymi zasadami wynikającymi z orzecznictwa Trybunału. Ten dwupodział ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie z tego względu, że w sprawie przed sądem krajowym stosowny próg mógł zostać nieprzekroczony, co należy szczegółowo zbadać.

37. Zgodnie z art. 9 ust. 1 dyrektywy 2004/18 podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez podatku VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą. W obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub ponowienia zamówienia. Z akt sprawy wynika, że ASL di Lecce zobowiązała się do zapłaty świadczenia wzajemnego w wysokości 200 000 EUR bez podatku VAT. W razie przyjęcia tej kwoty za podstawę jako szacunkową wartość uzgodnionych w umowie usług należy stwierdzić, że nie przekracza ona progu 206 000 EUR ustalonego w art. 7 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 w brzmieniu

12 — Ibidem.

13 — Zobacz wyrok z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 263/86 Humbel & Edel, Rec. s. 5365, pkt 18. Zobacz także J. Budischowsky, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, hrsg. H. Mayer, Wien 2003, uwagi do art. 49 WE, pkt 8, s. 5, który uważa, że wynagrodzenie odpowiadające kosztom także spełnia przesłankę odpłatności.

14 — Zobacz W. Frenz, op.cit. (ww. w przypisie 11), s. 618, pkt 2013.

obowiązującym w dniu 29 października 2009 r., tj. w chwili zawarcia spornej umowy. W związku z tym zgodność spornej umowy z prawem zamówień publicznych Unii nie może być oceniana na podstawie dyrektywy 2004/18. Kryterium oceny może być jedynie prawo pierwotne, przede wszystkim postanowienia dotyczące podstawowych swobód.

38. Z drugiej strony, co podkreśla Komisja w swoich pisemnych uwagach¹⁵, nie można pomijać faktu, że krótko potem próg został zmniejszony do 193 000 EUR i to na podstawie rozporządzenia Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. z mocą obowiązującą od dnia 1 stycznia 2010 r.¹⁶ Tym samym szacunkowa wartość usług znajdowałaby się powyżej nowego progu. Powstaje zatem pytanie, który próg powinien znaleźć zastosowanie w sprawie przed sądem krajowym. Jest ono z kolei związane z pytaniem, która wersja dyrektywy 2004/18 znajduje zastosowanie w sprawie przed sądem krajowym. Aby móc udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy określić właściwy moment dla zastosowania dyrektywy w sprawie zamówień publicznych.

39. Dyrektywa 2004/18 zawiera wiele przepisów, które mają pomóc organowi stosującemu prawo określić właściwy moment dla obliczenia wartości zamówienia. Przykładowo art. 9 ust. 2 tej dyrektywy stanowi, że właściwą chwilą dla obliczenia wartości zamówienia jest chwila wysłania ogłoszenia o zamówieniu lub, gdy ogłoszenie takie nie jest wymagane, chwila wszczęcia przez instytucję zamawiającą procedury udzielania zamówienia. Można zatem wyobrazić sobie, co do zasady, oparcie się na takich normach w celu ustalenia zastosowania *ratione temporis* właściwej wersji dyrektywy 2004/18. Jednakże należy stwierdzić, że przepisy te zakładają, iż procedura udzielania zamówienia została rzeczywiście przeprowadzona, podczas gdy nie stanowią nic o *modus procedendi* na wypadek, gdyby – tak jak w sprawie przed sądem krajowym – nie ogłoszono zamówienia publicznego. Ponieważ brak jest wyraźnych reguł dotyczących ostatnio wymienionej sytuacji, należy poczynić kilka zasadniczych rozważań, aby znaleźć dla tej sytuacji adekwatne rozwiązanie.

40. W mojej opinii w sprawie Komisja przeciwko Niemcom¹⁷ zwróciła uwagę na okoliczność, że progi ustalone w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych są regularnie aktualizowane. Wobec tego konieczne są jasne reguły dotyczące ustalania właściwych progów. Z tego względu zaproponowałam tam również, aby w razie niedokonania ogłoszenia o zamówieniu publicznym przyjąć za miarodajny moment dla ustalenia właściwego progu i tym samym pośrednio również dla zastosowania *ratione temporis* dyrektywy w sprawie zamówień publicznych moment prowadzenia rokowań w celu zawarcia umowy¹⁸. Wydaje się to rozsądne, zwłaszcza że w takiej dacie istnieje dostateczna pewność co do zakresu zamówienia oraz jego szacowanej wartości. Wymienione wyżej normy zawarte w art. 9 ust. 2 dyrektywy 2004/18 są oparte na tym samym założeniu. Ponieważ należy uznać, że najpóźniej w chwili zawarcia umowy istniała ostateczna pewność co do szacowanej wartości zamówienia, chwila ta musi być chwilą decydującą w sprawie przed sądem krajowym. Wskutek tego w sprawie tej zastosowanie znajduje dyrektywa 2004/18 w brzmieniu wcześniejszym. Ponieważ wartość usług uzgodnionych w umowie znajduje się poniżej ustalonego w tej dyrektywie progu, zgodność spornej umowy z prawem zamówień publicznych Unii musiałaby być oceniana, jak już wyjaśniono, wyłącznie na podstawie prawa pierwotnego.

41. Prawdą jest, że w traktatach brak jest wyraźnych postanowień dotyczących prawa zamówień publicznych¹⁹. Niemniej ze swobód podstawowych, z zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz z zasady równego traktowania Trybunał wywiódł określone zasady dotyczące zamówień publicznych i w zależności od indywidualnego przypadku podlegającego ocenie

15 — Uwagi pisemne Komisji, przypis 22.

16 — Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L 314, s. 64).

17 — Opinia rzecznika generalnego z dnia 14 kwietnia 2010 r. w sprawie C-271/08 Komisja przeciwko Niemcom, w której zapadł wyrok z dnia 15 lipca 2010 r., Zb.Orz. s. I-6817, pkt 143.

18 — Ibidem.

19 — Zobacz W. Frenz, op.cit. (ww. w przypisie 11), s. 533, pkt 1721.

ustanowił konkretne wymogi w zakresie zamówień publicznych, których instytucje zamawiające powinny przestrzegać. I tak zasada równości traktowania, wynikająca z prawa pierwotnego, ma w dziedzinie zamówień publicznych na celu zagwarantowanie, aby wszyscy oferenci mieli takie same szanse w fazie przygotowywania warunków ich oferty, niezależnie od ich przynależności państwowej²⁰. Z zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową wynika obowiązek przejrzystości, który polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie udzielania zamówień na konkurencję i kontrolę bezstronności procedur przetargowych²¹.

42. Dla szczegółowej analizy przestrzegania zasad dotyczących zamówień publicznych wynikających z prawa pierwotnego brak jest jednak niezbędnych informacji dotyczących stanu faktycznego i wyjaśnień ze strony sądu krajowego. Przyczyną tego jest w głównej mierze okoliczność, że sąd ten ograniczył swój wniosek o dokonanie wykładni prawa Unii do dyrektywy 2004/18. Uwagi sądu krajowego odnoszą się w związku z tym wyłącznie do aspektów, które są istotne dla wykładni tego aktu prawa wtórnego.

43. W tych okolicznościach należy przypomnieć, że Trybunał w odniesieniu do dopuszczalności pytań prejudycjalnych zwrócił uwagę na wymóg wystarczającego przedstawienia stanu prawnego i faktycznego w postanowieniu odsyłającym. Wymóg ten powinien, po pierwsze, pozwolić Trybunałowi na dokonanie użytecznej dla sądu krajowego wykładni prawa unijnego²², a po drugie, dać możliwość rządowi państw członkowskich, jak i innym uczestnikom postępowania, przedłożenia uwag w trybie art. 23 statutu Trybunału²³. Oba te cele mogą jednak zostać uwzględnione dopiero wtedy, w każdym razie w niniejszej sprawie, gdy sąd krajowy wystąpi do Trybunału z odpowiednim wnioskiem o dokonanie wykładni prawa pierwotnego i uzupełni swój opis stanu prawnego i faktycznego o odpowiednie dane. Wskazane byłoby zatem zwrócenie sądowi krajowemu uwagi na możliwość wystąpienia z przeformułowanym pytaniem prejudycjalnym.

44. Przeformułowanie pytania prejudycjalnego mogłoby jednak wchodzić w rachubę dopiero wtedy, gdy zostanie ostatecznie potwierdzone, że właściwy próg rzeczywiście nie został osiągnięty. Do sądu krajowego należy dokonanie niezbędnych ustaleń faktycznych, aby z pewnością wykluczyć konieczność uwzględnienia jeszcze innych kwot jako części uzgodnionego wynagrodzenia. Szczególną uwagę należy poświęcić rodzajowi i metodzie obliczania wartości zamówienia udzielonego przez ASL di Lecce. Sąd krajowy będzie musiał zweryfikować wiele aspektów, w szczególności czy wartość pozycji rachunkowych nie została ewentualnie ustalona zbyt nisko, czy umowa przewidywała następcze dostosowanie takich pozycji do rzeczywistych kosztów i czy strony umowy ustaliły podział zamówień, włącznie z oddzielnym obliczeniem pozycji rachunkowych²⁴. Z uwagi na to, że do osiągnięcia progu w sprawie przed sądem krajowym niewiele brakuje, aspekty te wymagają szczególnego wyjaśnienia.

20 — Wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 48.

21 — Zobacz wyroki: z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 Acoset, Zb.Orz. s. I-9913, pkt 49; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 21. W odniesieniu do stosunku pomiędzy zasadą niedyskryminacji a zasadą przejrzystości zob. wyroki: z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 30 i nast.; z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-619, pkt 66; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 17 i nast.; z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60 i nast.

22 — Wyrok z dnia 26 stycznia 1993 r. w sprawach połączonych od C-320/90 do C-322/90, Telemarsicabruzzo i in., Rec. s. I-393, pkt 6.

23 — Wyroki: z dnia 25 marca 2004 r. w sprawach połączonych od C-480/00 do C-482/00, C-484/00, od C-489/00 do C-491/00, od C-497/00 do C-499/00 Azienda Agricola Ettore Ribaldi i in., Rec. s. I-2943, pkt 73; z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-67/96 Albany, Rec. s. I-5751, pkt 40.

24 — Co się tyczy metod obliczania, wszystkie dyrektywy dotyczące zamówień publicznych zawierają wyraźnie określone zakazy ich obchodzenia. Po pierwsze, zakazane jest dzielenie zamówień mające na celu uniknięcie zastosowania danej dyrektywy. Po drugie, dyrektywy zakazują obchodzenia ich przepisów poprzez wybór metody obliczania. Ponadto z zakazów obchodzenia można wyprowadzić ogólny zakaz niedoszacowania, czy to dokonywanego celowo, czy przez niedbalstwo [zob. W. Frenz, op.cit. (ww. w przypisie 11), s. 209, pkt 822; P. Trepte, *Public Procurement in the EU*, 2nd edition, Oxford 2007, s. 262 i nast.].

b) Domniemanie doniosłości pytania prejudycjalnego

45. Gdyby wartość zamówienia w niniejszej sprawie miała rzeczywiście nie przekroczyć progu 206 000 EUR, okoliczność ta powodowałaby powstanie wątpliwości co do doniosłości pytania prejudycjalnego, zwłaszcza że zmierza ono wyraźnie do dokonania wykładni dyrektywy 2004/18 zamiast, mającego raczej zastosowanie, prawa pierwotnego. Pytanie prejudycjalne mogłoby się okazać w tym względzie nieistotne dla rozstrzygnięcia sporu, z tego względu że jego związek ze stanem faktycznym bądź przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym nie jest całkowicie jednoznaczny.

46. W związku z tym należy przypomnieć, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż w ramach współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi, o której mowa w art. 267 TFUE, to sąd krajowy znajduje się w lepszej pozycji, aby ocenić, biorąc pod uwagę specyfikę sporu, który rozpatruje, zarówno konieczność odesłania prejudycjalnego dla wydania przez siebie rozstrzygnięcia, jak i doniosłości pytań skierowanych do Trybunału²⁵. W zakresie, w jakim pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do udzielenia na nie odpowiedzi²⁶.

47. W związku z powyższym domniemanie doniosłości pytań prejudycjalnych zadawanych przez sądy krajowe może zostać obalone jedynie w wyjątkowych przypadkach, to jest wówczas, gdy oczywiste jest, że wykładnia przepisów prawa Unii, o której mowa w pytaniach, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym bądź przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym²⁷. To ostatnie nie dotyczy jednak niniejszej sprawy, zwłaszcza że nie można wykluczyć, że – po dokonaniu wszechstronnej oceny stanu faktycznego, z uwzględnieniem w szczególności sposobu, w jaki dokonano obliczenia wartości zamówienia udzielonego przez ASL di Lecce²⁸ – sąd krajowy dojdzie do wniosku, że zastosowanie dyrektywy 2004/18 w rozpatrywanej przezeń sprawie jest jednak niezbędne, a to z uwagi na fakt, iż właściwy próg został jednak przekroczony.

48. W konsekwencji Trybunał jest zobowiązany do przychylenia się wnioskowi sądu krajowego i do dokonania wykładni dyrektywy 2004/18.

3. Brak zastosowania wyjątku

49. Podczas gdy progi ustanawiają pierwsze czysto finansowe ograniczenie stosowania prawa zamówień publicznych, dyrektywy zawierają ponadto wyraźne wyjątki dla specjalnych dziedzin. Odróżnić od nich należy te niepisane wyjątki, które rozwinął w swoim orzecznictwie Trybunał i które zasadniczo dotyczą przypadków, w których regionalne bądź lokalne podmioty publiczne wykonują razem zadania we wspólnym interesie. Celem przepisów zawierających wyjątki jest wprowadzenie niuansów do dyrektyw o zamówieniach publicznych. W szczególności z zakresu zastosowania prawa zamówień publicznych powinny zostać wyłączone takie dziedziny, w których nie istnieją specyficzne dla zamówień publicznych zagrożenia dla konkurencji, brak jest ponadgranicznego interesu handlowego lub zastosowanie prawa zamówień publicznych nie uwzględniałoby specyfiki i szczególnych potrzeb dziedzin objętych wyjątkami²⁹.

25 — Zgodnie z tym orzecznictwem uznaje się, że sąd krajowy dysponuje bezpośrednią wiedzą na temat stanu faktycznego oraz przedstawionych przez strony argumentów i w związku z tym jest w stanie lepiej i przy pełnej znajomości stanu rzeczy ocenić, czy zagadnienia prawne podniesione w sprawie są istotne i czy orzeczenie prejudycjalne jest konieczne do wydania przed nim wyroku (zob. wyrok z dnia 22 czerwca 2000 r. w sprawie C-425/98 *Marca Mode*, Rec. s. I-4861, pkt 21).

26 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 *PreussenElektra*, Rec. s. I-2099, pkt 38; z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 *Korhonen i in.*, Rec. s. I-5321, pkt 19; z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asemfo*, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 30; z dnia 1 października 2009 r. w sprawie C-103/08 *Gottwald*, Zb.Orz. s. I-9117, pkt 16.

27 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 *Bosman*, Rec. s. I-4921, pkt 61; z dnia 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-212/06 *Gouvernement de la Communauté française i Gouvernement wallon*, Zb.Orz. s. I-1683, pkt 29; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie *Gottwald*, pkt 17.

28 — Zobacz pkt 44 niniejszej opinii.

29 — Zobacz W. Frenz, op.cit. (ww. w przypisie 11), s. 670, pkt 2197.

50. Bez względu na to, który wyjątek ma zastosowanie w określonym przypadku, należy mieć na uwadze, że ze względu na cel dyrektyw dotyczących zamówień publicznych polegający na poddaniu udzielania państwowych zamówień we wszystkich państwach członkowskich wspólnym regułom i generalnie otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, przepisy dyrektyw ustanawiające wyjątki mają charakter wyczerpujący i należy je ponadto poddawać, co do zasady, wykładni ścisłej³⁰.

51. W sprawie przed sądem krajowym w rachubę wchodzi zarówno skodyfikowane, jak też niepisane wyjątki, które zostaną poniżej zbadane systematycznie w tej właśnie kolejności.

a) Wyjątki skodyfikowane

i) Zamówienie na usługi udzielane na podstawie „prawa wyłącznego”

52. W rachubę wchodzi w pierwszej kolejności wyjątek określony w art. 18 dyrektywy 2004/18. Zgodnie z tym przepisem „dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucję zamawiającą innej instytucji zamawiającej [...] na podstawie prawa wyłącznego przyznanego im zgodnie z opublikowanym przepisem ustawowym, wykonawczym lub administracyjnym, zgodnym z postanowieniami traktatu”. Wyjątek ten miałby zatem zastosowanie dopiero wtedy, gdyby można było wykazać posiadanie przez Università prawa wyłącznego do wykonywania usług tego rodzaju, jak te ustalone w umowie.

53. W tym względzie wystarczy wskazać, że nawet jeśli prawo włoskie uznaje w art. 6 ust. 4 ustawy nr 168/1989 uniwersytety za „podstawowe miejsce prowadzenia badań naukowych” i w art. 15 ust. 1 ustawy nr 241/1990 upoważnia je do „zawierania z innymi podmiotami publicznymi porozumień regulujących wzajemną współpracę w zakresie działalności prowadzonej we wspólnym interesie”, to nie można jeszcze na tej podstawie wywodzić prawa wyłącznego w podanym wyżej znaczeniu. Przewidzianego przez ustawę wyłącznego prawa uniwersytetów do wykonywania badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych na zlecenie podmiotów publicznych, nie da się znaleźć ani we włoskim porządku prawnym, ani w prawie Unii. Należy zgodzić się z rządem czeskim³¹, że pod względem jej rodzaju działalność tę należy raczej uznać za akcesoryjną działalność badawczą Università i nie służy ona spełnianiu jej podstawowej funkcji jako placówki naukowo-dydaktycznej, w odniesieniu do której uniwersytety posiadają w systemie kształcenia każdego państwa członkowskiego prawa wyłączne.

54. W związku z powyższym wyjątek określony w art. 18 dyrektywy 2004/18 nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

ii) Wyjątki szczególne w zakresie usług badawczo-rozwojowych

55. Ponadto należy zbadać, czy w sprawie przed sądem krajowym zastosowanie ma wyjątek określony w art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18. Zgodnie z tym przepisem omawiana dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi dotyczących „usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, dla potrzeb jej własnej działalności, pod warunkiem, że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca”.

30 — Zobacz wyroki: z dnia 10 marca 1987 r. w sprawie 199/85 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 1039, pkt 14; z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 43; z dnia 17 listopada 1993 r. w sprawie C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-5923, pkt 10; z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-139, pkt 48, 58.

31 — Zobacz uwagi pisemne rządu czeskiego, pkt 17, 18.

56. Ta ostatnia przesłanka jest spełniona, ponieważ ASL di Lecce zobowiązała się do zapłaty świadczenia wzajemnego. Nie jest natomiast jasne, czy spełnione są pozostałe przesłanki omawianego wyjątku. Albowiem nawet jeśli zgodnie z umową doradztwa własność jakichkolwiek rezultatów pracy badawczej miała przysługiwać ASL di Lecce, to była ona jednak zobowiązana do wyraźnego powoływania się na właściwy wydział Università w przypadku publikacji wyników prac w zakresie techniczno-naukowym. To nasuwa pytanie, w jakim zakresie własność rezultatów badań przysługiwała ASL di Lecce. Nie można zasadniczo wykluczyć, że miało to miejsce. Z uwagi jednak na brak bliższych informacji dotyczących treści umowy i wiążących się z nią skutków prawnych przewidzianych w prawie krajowym nie jest możliwe stwierdzenie z pewnością, czy spełnione są przesłanki wyjątku określonego w art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18. W tym celu konieczne byłyby ustalenia i analiza stanu faktycznego, do czego Trybunał nie jest jednak uprawniony w ramach postępowania na podstawie art. 267 TFUE³². Przeciwnie, należy to do właściwości sądu krajowego. Do niego należy zatem ocena, czy w świetle całokształtu okoliczności sporu głównego ma zastosowanie wyjątek określony w art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18.

b) Wyjątki niepisane

57. Jak już zaznaczono wyżej, Trybunał uznał w swoim orzecznictwie dwa kolejne wyjątki, które dotyczą tak zwanych procedur wewnętrznych i różnych form współpracy międzygminnej³³. Mając na uwadze ocenę zastosowania tych wyjątków w niniejszej sprawie, użyteczne jest ich przedstawienie w podstawowych zarysach.

i) Procedury wewnętrzne

58. Procedury wewnętrzne zakładają z definicji wymianę świadczeń, która odbywa się – z prawnego punktu widzenia – w ramach jednego i tego samego podmiotu administracji publicznej. Procedury wewnętrzne nie stanowią zatem procedur nabywania usług, gdyż instytucja zamawiająca pozyskuje je z zasobów własnych. Z punktu widzenia prawa zamówień publicznych jest to dopuszczalne, jak stwierdził Trybunał w wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau³⁴. Trybunał wyjaśnił w tym wyroku, że „władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, ma możliwość wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb”. Zdaniem Trybunału „w takim przypadku nie powstaje kwestia umowy o charakterze odpłatnym zawieranej z jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym”. Nie stosuje się zatem do takiego przypadku przepisów unijnych w zakresie zamówień publicznych³⁵.

59. W ramach tej samej problematyki analizowany jest również przypadek, w którym instytucja prawa publicznego udziela zamówienia podmiotowi, który jest co prawda prawnie odrębny, ale z którym instytucję tę łączą szczególne stosunki³⁶. W ostatecznym rozrachunku, w takim wypadku również należy rozstrzygnąć zagadnienie, czy występuje udzielenie zamówienia, które podlega obowiązkowi ogłoszenia przetargu. W pierwszej kolejności powstaje w tym względzie pytanie, czy w tym procesie

32 — Zobacz wyroki: z dnia 6 kwietnia 1962 r. w sprawie 13/61 De Geus en Uitdenbogerd przeciwko Bosch i in., Rec. s. 101; z dnia 5 lutego 1963 r. w sprawie 26/62 Van Gend en Loos, Rec. s. 1.

33 — Zobacz *Zielona księga Komisji z dnia 27 stycznia 2011 r. w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku*, COM(2011) 15 wersja ostateczna, s. 24, w której są wymienione oba uznane w orzecznictwie Trybunału przypadki. Komisja opowiada się w niej za ustaleniem przy podejmowaniu działań legislacyjnych, które formy współpracy nie powinny być objęte zakresem zastosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. W tym względzie powinny zostać uwzględnione zasady wynikające z orzecznictwa Trybunału.

34 — Wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1.

35 — Ibidem, pkt 48.

36 — Zobacz M. Holoubek, *EU-Kommentar*, hrsg. J. Schwarze, 2. Aufl., uwagi do art. 49–50 EWG, pkt 151, s. 753, który wskazuje, że Trybunał Sprawiedliwości wyłączył z zakresu zastosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych oraz z zakresu podstawowych swobód nie tylko świadczenia wykonywane w obrębie jednej osoby prawnej, ale także świadczenia wykonywane na rzecz organu władzy przez zdecentralizowany podmiot administracji publicznej.

uczestniczyły dwa różne podmioty, które mogą występować odpowiednio jako instytucja zamawiająca i jako wykonawca. Chociaż tożsamość podmiotową można zanegować samym wskazaniem na ich samodzielność pod względem prawnym, to pytanie, czy w odniesieniu do konkretnej procedury posiadają one status odpowiednio instytucji zamawiającej i wykonawcy, nierzadko nastęrcza trudności. W konkretnym przypadku oba podmioty mogą być ze sobą powiązane w odniesieniu do określonej umowy w tego rodzaju sposób, że z uwagi na brak występowania zamówienia publicznego odpada obowiązek ogłoszenia przetargu.

60. Zdaniem Trybunału dla powstania obowiązku ogłoszenia przetargu wystarczy zasadniczo zawarcie umowy pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem odrębnym od niej pod względem prawnym. Od precedensowego wyroku w sprawie Teckal³⁷ Trybunał przyjmuje jednakże brak konieczności ogłoszenia przetargu i tym samym w rezultacie istnienie procedury wewnętrznej, w wypadku, „gdy dany podmiot zarazem podlega jednostce samorządu terytorialnego, w taki sam sposób, jak podlegają tej jednostce jej własne służby, jak również prowadzi on swoją podstawową działalność razem z jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego, do których należy”³⁸.

61. Należy však stwierdzić, że żaden z obu przypadków nie występuje w sprawie przed sądem krajowym. Po pierwsze, sporna umowa została zawarta pomiędzy dwoma odrębnymi osobami prawnymi. Po drugie, również w świetle informacji przedstawionych przez sąd krajowy³⁹ nie ulega kwestii, że Università nie podlega w żaden sposób ASL di Lecce. Nie można zatem uznać, by występowała tu procedura wewnętrzna.

ii) Współpraca międzygminna

62. Kolejny niepisany wyjątek wynika z zasad ustalonych w orzecznictwie Trybunału, które znalazły swój wyraz⁴⁰ w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom⁴¹. Wyrok ten pozwala stwierdzić, w jakich okolicznościach i w jakich formach współpraca międzygminna podlega wyłączeniu z zakresu zastosowania prawa zamówień publicznych⁴². Przede wszystkim z tego względu użyteczne jest streszczenie stanu faktycznego, stanowiącego tło tego wyroku, jak również ogólnego zarysu rozumowania Trybunału.

– Rozumowanie Trybunału w sprawie Komisja przeciwko Niemcom

63. Przedmiotem omawianego postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego było powierzenie – bez przeprowadzenia europejskiej procedury zamówienia publicznego – przez cztery powiaty ziemskie (Landkreise) kraju związkowego Dolna Saksonia, to jest Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. oraz Stade zadania unieszkodliwiania odpadów na rzecz podmiotu o nazwie Stadtreinigung Hamburg (zakładu oczyszczania miasta Hamburga), będącego przedsiębiorstwem publicznym prowadzonym w formie zakładu prawa publicznego Jako wynagrodzenie

37 — Wyżej wymieniony w przypisie 30 wyrok w sprawie Teckal.

38 — Zobacz ww. w przypisie 30 wyrok w sprawie Teckal, pkt 50; ww. w przypisie 34 wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49; ww. przypisie 3 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 34.

39 — Zobacz postanowienie odsyłające w niniejszej sprawie, pkt 35.

40 — Zobacz A. Chaminade, Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales, *La Semaine Juridique – édition générale*, 2010, n° 363, s. 662, który mówi o dalszym rozwoju orzecznictwa Trybunału od czasu wyroków dotyczących procedur wewnętrznych. Zobacz P. Ferk, B. Ferk, Osebe javnega prava kot ponudniki, *Podjetje in delo*, 2011, nr 4, s. 481 i nast., którzy w związku z wyrokiem w sprawie Komisja przeciwko Niemcom mówią o uzupełnieniu dotychczasowej koncepcji procedur wewnętrznych, w zakresie, w jakim w wyroku tym jest mowa o umownym, a nie instytucjonalnym stosunku między zainteresowanymi.

41 — Wyżej wymieniony w przypisie 3.

42 — Zobacz B. Pirker, La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission c/Allemagne, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, n° 3, s. 574; E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, s. 1542, którzy uważają, że ww. w przypisie 3 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom ustanawia nowy wyjątek od stosowania prawa zamówień publicznych.

przewidziana była opłata roczna obliczana z zastosowaniem mechanizmu dostosowawczego na podstawie wykorzystanej zdolności przerobowej. Umowę zawarto na okres 20 lat. Jej strony uzgodniły, że najpóźniej na pięć lat przed wygaśnięciem tej umowy przystąpią do rokowań w przedmiocie jej ewentualnego przedłużenia.

64. Trybunał oddalił skargę Komisji, uznając, że zawarcie umowy w sprawie unieszkodliwiania odpadów bez przeprowadzenia procedury w zakresie zamówień publicznych i bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu na poziomie europejskim nie stanowi naruszenia dyrektywy 92/50. Trybunał zaprzeczył istnieniu ewentualnego obowiązku przeprowadzenia procedury w zakresie zamówień publicznych, stwierdzając zasadniczo w uzasadnieniu, że sporna umowa ustanawia współpracę pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnego zadania publicznego polegającego na unieszkodliwianiu odpadów⁴³. Aby to stwierdzić, poddał on umowę szczegółowej analizie, w ramach której określił elementy, które jego zdaniem charakteryzują w sposób typowy współpracę międzygminną. Elementy te, jak zostanie jeszcze pokazane, stanowią jednocześnie kryteria, na podstawie których można ustalić, czy określona umowa pomiędzy podmiotami publicznymi jest objęta niepisanyim wyjątkiem współpracy międzygminnej. Innymi słowy stanowią one przesłanki tego wyjątku.

65. Znamienne jest, że z punktu widzenia Trybunału współpracę międzygminną charakteryzuje dążenie wszystkich zaangażowanych jednostek samorządu terytorialnego do wspólnego zapewnienia skutecznego wykonania określonego zadania w interesie publicznym. Za podstawę legitymizującą wyłączenie tej dziedziny z zakresu zastosowania prawa zamówień publicznych służy stwierdzenie – sformułowane już w wyroku w sprawie Coditel Brabant⁴⁴ – że władza publiczna ma możliwość wypełniania ciężących na niej zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych spoza własnych służb. Zdaniem Trybunału ta autonomia wymaga jednak konieczności posiadania przez instytucję zamawiającą również swobody współpracy z innymi instytucjami zamawiającymi i łączenia w ten sposób własnych środków⁴⁵. Na podstawie tej argumentacji Trybunał przyznał władzom publicznym również swobodę wyboru formy, w jakiej zamierzają współpracować przy wspólnym wykonywaniu ich zadań publicznych, czy jak tutaj jedynie na podstawie zwykłej umowy bądź w sposób zinstytucjonalizowany⁴⁶ przy pomocy instytucji prawa publicznego utworzonej ad hoc. Trybunał uzasadnił to, po pierwsze, formalnym argumentem, że brak jest przepisu prawa Unii, który nakazuje w tym względzie wykorzystanie określonej formy prawnej⁴⁷. Po drugie, opierając się na wykładni celowościowej, wskazał na brak konieczności narzucania formy prawnej współpracy, jeżeli współpraca ta nie zakłóca konkurencji na wewnętrznym rynku zamówień publicznych poprzez preferowanie jednego przedsiębiorstwa prywatnego kosztem innych⁴⁸.

– Kryteria ustalone przez Trybunał

66. W przeciwieństwie do orzecznictwa dotyczącego procedur wewnętrznych, gdzie Trybunał już w wyroku w sprawie Teckal podsumował oba istotne kryteria w zwięzłym wyrażeniu, nie da się odnaleźć w tym wyroku ustanawiającym zasadę prawną żadnej porównywalnej zwięzłej formuły określającej przesłanki, wychodzące poza konkretny stan faktyczny, w których można ogólnie uznać

43 — Zobacz ww. w przypisie 3 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 37.

44 — Zobacz wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 48.

45 — Zobacz ww. w przypisie 3 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 45.

46 — Zobacz M. Steiner, *Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?*, *European Law Reporter*, 2009, s. 283, który w odniesieniu do stanu faktycznego, który leży u podstaw ww. w przypisie 3 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, mówi o „współpracy zinstytucjonalizowanej” de facto.

47 — Zobacz ww. w przypisie 3 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 47.

48 — Ibidem.

współpracę międzygminną bez obowiązku przeprowadzania procedury zamówienia publicznego. Jednakże, jak już stwierdzono, można z linii rozumowania Trybunału wywieść kilka istotnych kryteriów, które muszą być spełnione łącznie. Trybunał wyłącza zatem współpracę międzygminną z zakresu zastosowania prawa zamówień publicznych na podstawie następujących kryteriów:

- wykonywanie wspólnego zadania, leżącego w interesie publicznym, związanego z realizacją celów w interesie ogólnym;
- udział w wykonaniu wyłącznie władz publicznych, bez udziału podmiotów prywatnych;
- działanie na podstawie umowy bądź w zinstytucjonalizowanej formie prawnej, na przykład związku międzygminnego;
- brak uprzywilejowania jakiegokolwiek przedsiębiorstwa prywatnego względem jego konkurentów w związku z zawarciem rozpatrywanej umowy;
- celem umowy nie jest obejście prawa zamówień publicznych.

67. Przeciwno bezpośredniemu zastosowaniu tego orzecznictwa w sprawie przed sądem krajowym można by w zasadzie podnieść, że sprawa ta – w przeciwieństwie do stanu faktycznego, na którego tle zapadł wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom – nie dotyczy współpracy pomiędzy dwoma jednostkami samorządu terytorialnego. W rzeczywistości przedmiotem niniejszej sprawy jest raczej umowa pomiędzy organem jednostki samorządu terytorialnego a podmiotem prawa publicznego. W tych okolicznościach należałoby zbadać kwestię, w jakim zakresie możliwe jest przyjęcie na podstawie przywołanego orzecznictwa wyjątku, który obejmuje formy współpracy, takie jak będące przedmiotem niniejszej sprawy.

iii) Instytucja prawna tzw. partnerstwa publiczno-publicznego

- Rozszerzenie wyjątku na różne formy współpracy między władzami publicznymi

68. Dokładna lektura wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom ujawnia jednak, że wyjątek ustanowiony przez Trybunał nie stoi zasadniczo na przeszkodzie takim formom współpracy.

69. Za taką tezę można, po pierwsze, przywołać argument, że tamta sprawa dotyczyła umowy pomiędzy Stadtreinigung Hamburg a czterema sąsiadującymi z Hamburgiem powiatami ziemskimi, przy czym należy zwrócić uwagę na okoliczność, że Stadtreinigung Hamburg jest zakładem prawa publicznego, a nie jednostką samorządu terytorialnego⁴⁹. Po drugie, należy uwzględnić, że Trybunał często posługiwał się w omawianym wyroku neutralnym określeniem „władza publiczna”⁵⁰, wskazując tym samym, że współpraca jako przesłanka zastosowania niepisanego wyjątku jest otwarta nie tylko dla gmin⁵¹. Z uwagi na różne formy organizacyjne działania administracji publicznej w poszczególnych państwach członkowskich ograniczenie wyjątku wyłącznie do współpracy jednostek samorządu terytorialnego byłoby również zbyt formalistyczne i trudne do uzasadnienia. Jest zatem logiczne, w tych okolicznościach, by zakres zastosowania tego niepisanego wyjątku poddać wykładni rozszerzającej i w związku z tym mówić raczej o „współpracy między władzami publicznymi”.

49 — Podobnie S. Wagner, *Öffentliche Aufträge: Eine förmliche europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn öffentliche Stellen i.R. interkommunaler Zusammenarbeit einen Vertrag zur Erfüllung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe (Abfallentsorgung) schließen*, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2009, s. 328.

50 — Wyżej wymieniony w pkt 3 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 34, 44, 45, 47.

51 — Zobacz podobnie M. Öhler, C. Gruber, „Zusammenarbeit” iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, s. 288.

70. W związku z powyższym należy uznać, że ten niepisany wyjątek zasadniczo może obejmować również przypadek, w którym jako strony umowy występują względem siebie z jednej strony organ administracji publicznej właściwy do spraw zdrowia publicznego, a z drugiej – uniwersytet.

– Zagadnienie spełnienia wskazanych wyżej wymogów w stanie faktycznym sprawy przed sądem krajowym

71. Ażeby ASL di Lecce i Università mogły powołać się na ten niepisany wyjątek, konieczne jest spełnienie w niniejszej sprawie określonych wyżej wymogów, co stanowi przesłankę dopuszczalności współpracy pomiędzy władzami publicznymi. Bezsporne jest, że została zawarta umowa wyłącznie pomiędzy władzami publicznymi bez jakiegokolwiek udziału podmiotów prywatnych, co skutkuje równoczesnym spełnieniem szeregu przesłanek. Niemniej pozostałe przesłanki budzą wątpliwości i wymagają bliższej analizy.

Wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym

72. W niniejszej sprawie najwięcej wątpliwości budzi to, czy sporna umowa została przez strony zawarta w celu wykonania zadania leżącego w *interesse publicum*.

73. Jak już wyjaśniono, na rzecz Università zlecono wykonanie badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych należących do prowincji Lecce. Prace te musiały być przeprowadzone zgodnie z krajowymi przepisami o bezpieczeństwie obiektów budowlanych, w szczególności budynków o znaczeniu strategicznym. Jak stwierdziła w swoich uwagach pisemnych ASL di Lecce⁵², rezultaty tych analiz miały służyć jako podstawa dla przyszłych projektów mających na celu polepszenie wytrzymałości badanych obiektów budowlanych. Z tego wynika, że przy pomocy zamówienia na wykonanie analiz ASL di Lecce zamierzała właściwie wykonać obowiązek, który nałożyło na nią prawo krajowe w celu zapewnienia bezpieczeństwa budynków szpitalnych. Takie zadanie leży w interesie publicznym i objęte jest kompetencją państwa.

74. W związku z powyższym sporna umowa została zawarta przez strony w celu wykonania zadania leżącego w interesie publicznym.

Współpraca w celu wykonania wspólnego zadania w interesie publicznym

75. Ponadto konieczny jest wymóg, by współpraca służyła realizacji *wspólnego* zadania w interesie publicznym⁵³. Nie wystarczy zatem, że ustawowy obowiązek wykonywania spornego zadania w interesie publicznym odnosi się tylko do jednej z uczestniczących władz publicznych, podczas gdy druga ogranicza się jedynie do roli pomocnika, który na zasadzie zlecenia przejmuje wykonanie tego obcego sobie zadania. Wydaje się to oczywiste, jeśli uświadomimy sobie etymologiczne znaczenie wyrazu „współpraca”. Występowanie takiej współpracy opiera się właśnie na strategii, wspólnej dla partnerów, opartej na wymianie i uznaniu interesów obu stron. Jednostronną realizację własnych interesów przez tylko jeden z zainteresowanych podmiotów z trudem można opisać jako „współpracę” w wymienionym wyżej znaczeniu⁵⁴.

52 — Zobacz uwagi pisemne ASL di Lecce, s. 3.

53 — Zobacz T. Struve, Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, s. 807; W. Veldboer, Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil „Hamburger Stadtreinigung”, *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, s. 360.

54 — Zobacz M. Öhler, C. Gruber, op.cit. (ww. w przypisie 51), s. 289, którzy wymagają, aby umowa między władzami publicznymi miała „charakter kooperacyjny”.

76. Konkretnych wskazówek przemawiających za stosownym wymogiem rzeczywistej współpracy między władzami publicznymi dostarczają uwagi Trybunału w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom⁵⁵, które odnosiły się do szczególnej formy współpracy pomiędzy czterema jednostkami samorządu terytorialnego a zakładem prawa publicznego, która umożliwiała wykonanie przez nie wspólnego zadania w interesie publicznym polegającego na unieszkodliwianiu odpadów. W swoich uwagach Trybunał wyraźnie zwrócił uwagę na ten aspekt. Jak stwierdził, stosunek między stronami odznaczał się uznaniem wzajemnych praw i obowiązków. Ponadto strony były zobowiązane do udzielania sobie pomocy i uwzględniania wzajemnych interesów. U podstaw wyroku leżał zatem stosunek wymiany, który wykraczał poza świadczenie usług w zamian za zwykłe wynagrodzenie pieniężne⁵⁶.

77. Jak słusznie stwierdziły rząd polski⁵⁷, CNI⁵⁸ i Komisja⁵⁹, stan faktyczny sprawy przed sądem krajowym zasadniczo różni się od przedstawionego wyżej stanu faktycznego, ponieważ indywidualne cele zaangażowanych podmiotów publicznych są odmienne. Podczas gdy ustawowy obowiązek badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych odnosi się wyłącznie do ASL di Lecce, zgodnie z ustawą rola Università polega na prowadzeniu badań naukowych. Rolę tę uzupełnia tradycyjna funkcja jako placówki kształcenia akademickiego, na którą już zwrócono uwagę⁶⁰. W tych okolicznościach staje się jasne, że badanie i ocena wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych nie może zostać uznana za pierwotny obszar działalności Università. Rozpatrując bowiem konkretne aspekty sprawy przed sądem krajowym, należy stwierdzić, że brak jest stosownego ustawowego zadania Università. Zostało to już stwierdzone w ramach analizy art. 18 dyrektywy 2004/18⁶¹. Podobnie brak jest wskazówek pozwalających stwierdzić, że Università przyjęła na siebie takie zadanie. Niemniej Università dysponuje zarówno konieczną wiedzą specjalistyczną, jak również zasobami osobowymi i rzeczowymi, aby takie zadanie wykonać. Do tych środków sięga ASL di Lecce, aby zrealizować ciążyący na niej obowiązek w interesie publicznym. ASL di Lecce w pewien sposób korzysta z zasobów Università. Jednakże ostatecznie są realizowane tylko interesy ASL di Lecce.

78. W tych okolicznościach znaczenie ma charakter stosunków łączących oba współpracujące podmioty. Jak wynika z wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, współpraca między władzami publicznymi może być ukształtowana w różny sposób: albo na podstawie instytucjonalnej poprzez stworzenie jednostki organizacyjnej dostosowanej do potrzeb zainteresowanych, której powierzane są kompetencje, bądź za pośrednictwem której kompetencje wykonywane są wspólnie albo na podstawie umownej, poprzez zawarcie umowy o współpracę bądź umowy o wspólną realizację zadania w interesie publicznym⁶². W sprawie przed sądem krajowym nie występuje żadna z tych form współpracy. Umowa o doradztwo zawarta pomiędzy ASL di Lecce a Università nie ustanawia ani podstawy, ani podstaw prawnych dla współpracy w celu wspólnego wykonywania zadania w interesie publicznym. Zamiast tego przewiduje ona jedynie usługę w formie specjalistycznego doradztwa, za którą należy uiścić wynagrodzenie. W ostatecznym rozrachunku ASL di Lecce nabywa od Università analizę, zwłaszcza że przechodzą na nią wyłączne prawa do jej wyników, którymi może swobodnie dysponować. Za tę analizę Università otrzymuje z kolei wynagrodzenie pieniężne, przy czym po raz kolejny należy zwrócić uwagę, że okoliczność, iż wynagrodzenie pokrywa jedynie rzeczywiste koszty, nie wpływa na odpłatny charakter świadczenia⁶³.

55 — Wyżej wymieniony w przypisie 3 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 37.

56 — Podobnie T. Struve, op.cit. (ww. w przypisie 53).

57 — Zobacz uwagi pisemne rządu polskiego, pkt 22.

58 — Zobacz uwagi pisemne CNI, s. 6, przy czym CNI kwestionuje nawet okoliczność, że badanie oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych w ogóle stanowi ustawowe zadanie ASL di Lecce.

59 — Zobacz uwagi pisemne Komisji, pkt 86.

60 — Zobacz pkt 53 niniejszej opinii.

61 — Ibidem.

62 — Podobnie J.D. Dreyfus, S. Rodrigues, La coopération intercommunale confortée par la CJCE?, *L'actualité juridique – droit administratif*, 2009, s. 1720.

63 — Zobacz pkt 34 niniejszej opinii.

79. Ponadto stwierdzić należy, że sporna umowa o doradztwo, w przeciwieństwie do umowy, której dotyczył wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, nie przewiduje obowiązku udzielania wzajemnej pomocy. W tym względzie niczego nie zmienia okoliczność, że przewidziane prace miały być wykonane w ścisłej współpracy pomiędzy grupą roboczą wskazaną przez ASL di Lecce i grupą roboczą Università, ponieważ zgodnie z umową można było korzystać również z personelu zewnętrznego. Obowiązki wzajemnej pomocy miały zatem ograniczony charakter i w sposób oczywisty nie miały wykraczać poza to, co niezbędne, aby pozwolić Università na sporządzenie analizy.

80. Niezależnie od tego pisemne wyjaśnienia ASL Lecce⁶⁴ pozwalają stwierdzić, że pomiędzy dwoma grupami roboczymi utworzonymi przez nią i przez Università w celu wykonania rzekomo wspólnego zadania publicznego nie odbywała się rzeczywista wymiana. Przeciwnie, grupa robocza ASL di Lecce miała dopiero na podstawie analizy sporządzonej przez Università przygotować plany koncepcyjne w zakresie polepszenia bezpieczeństwa badanych budowli. Fakt ten potwierdza wyrażone już przypuszczenie, że ASL di Lecce w rzeczywistości udzieliła zamówienia na sporządzenie ekspertyzy i uiściła za nią zapłatę.

81. W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że sporna umowa o doradztwo nie ustanawia żadnej rzeczywistej współpracy pomiędzy zaangażowanymi władzami publicznymi w rozumieniu orzecznictwa, która miałaby na celu wykonanie przez nie wspólnego zadania w interesie publicznym. Chodzi raczej o odpłatną umowę o świadczenie usług.

Brak uprzywilejowania przedsiębiorstwa prywatnego względem jego konkurentów

82. Ponadto w świetle kryteriów ustalonych przez Trybunał przy udzielaniu zamówienia w celu wykonania analizy żadne przedsiębiorstwo prywatne nie może znajdować się w sytuacji uprzywilejowanej względem swoich konkurentów.

83. Jak stwierdzono na wstępie, Università występowała jako „wykonawca” w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18⁶⁵. W związku z tym z punktu widzenia prawa zamówień publicznych była traktowana jak przedsiębiorstwo prywatne. Z uwagi na fakt, że Università otrzymała to zamówienie bez przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, znajdowała się w sytuacji uprzywilejowanej w porównaniu do tych organizacji inżynierów i architektów, które również mogły być w stanie sporządzić sporną analizę.

84. To kryterium zakłada w sposób logiczny, że w ogóle istnieli potencjalni konkurenci. W tym względzie należy stwierdzić, że ASL di Lecce wyraźnie podaje w swoich pisemnych uwagach w wątpliwość, by również inni wykonawcy mogli wykonać sporną analizę. Wprawdzie podkreślono gospodarność, wyposażenie w sprzęt i kompetencje Università⁶⁶, jednakże w żaden sposób nie odmówiono innym wykonawcom, jak choćby biur inżynierów bądź architektów, zasadniczych możliwości w tej materii. Wobec wyjaśnień CNI na poparcie tezy⁶⁷, że tego rodzaju czynności wchodziły raczej w zakres pierwotnej kompetencji inżynierów i architektów, takie stwierdzenie jest trudne do utrzymania. W zakresie, w jakim na rozprawie ASL di Lecce zmodyfikowała swoje stanowisko, utrzymując, że skomplikowany zakres zadania byłby nadmiernym obciążeniem dla biur inżynierów lub architektów, ASL di Lecce nie mogła zaprzeczyć, odpowiadając na pytanie Trybunału, że inne uniwersytety i prywatne instytuty badawcze w kraju i za granicą mogłyby potencjalnie także spełnić stawiane wymagania.

64 — Zobacz uwagi pisemne ASL di Lecce, s. 3.

65 — Zobacz pkt 27 i 28 niniejszej opinii.

66 — Zobacz uwagi pisemne ASL di Lecce, s. 23 i nast.

67 — Zobacz uwagi pisemne CNI, s. 2.

85. Ostateczne wyjaśnienie tej kwestii należy jednakże do sądu krajowego, właściwego dla dokonania ustaleń faktycznych w sprawie. Powinien on ocenić w tym względzie, czy procedury konieczne dla zbadania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne były rzeczywiście tak złożone, że ostatecznie analizę mogła wykonać wyłącznie Università, której powierzono to zadanie, a nie inny podmiot. Dla celów niniejszego postępowania prejudycjalnego wystarczy stwierdzenie, że ASL di Lecce wedle wszelkiego prawdopodobieństwa miałyby wybór między różnymi potencjalnymi konkurentami, gdyby dokonała ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego na wykonanie spornej analizy.

86. W konsekwencji w odniesieniu do zawieranej umowy Università znajdowała się w uprzywilejowanej pozycji względem potencjalnych konkurentów, w związku z czym nie została spełniona kolejna przesłanka zastosowania niepisanego wyjątku.

Brak obejścia prawa zamówień publicznych

87. Jako kolejną przesłankę zastosowania niepisanego wyjątku w niniejszej sprawie należy ustalić, czy wskutek zawarcia umowy nie doszło do obejścia norm prawa konkurencji.

88. Jeżeli chodzi o tę przesłankę, to należy zgodzić się ze stanowiskiem rządu polskiego⁶⁸, wedle którego za zakłócenie konkurencji należy uznać samą okoliczność, że nie został przeprowadzony przetarg publiczny, mimo że według wszelkiego prawdopodobieństwa sporną analizę mogły również wykonać stowarzyszenia inżynierów i architektów, które konkurowały z Università. Nie można nie wspomnieć w tym kontekście, że właśnie ASL di Lecce jako instytucja zamawiająca miała interes w tym, aby udostępnić zamówienie jak największej liczbie konkurentów. Jak Trybunał stwierdził w wyroku w sprawie CoNISMa⁶⁹, otwarcie na jak najszerszą konkurencję jest jednym z celów przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych. Otwarcie to zostało wprowadzone nie tylko z uwagi na interes wspólnotowy w dziedzinie swobodnego przepływu towarów i usług, ale także z uwagi na własny interes zainteresowanej instytucji zamawiającej, która dysponuje szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do potrzeb zainteresowanych zbiorowości publicznoprawnych⁷⁰. ASL di Lecce pozbawiła się tej możliwości przez to, że nie dała potencjalnym wykonawcom sposobności do przedstawienia ofert.

89. W tych okolicznościach nie jest przekonujący argument ASL di Lecce⁷¹, jakoby udzielenie zamówienia Università przyniosło jej znaczne oszczędności w zakresie kosztów, zwłaszcza że z uwagi na brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym nie miała ona możliwości zapoznania się z ofertami innych potencjalnych konkurentów. ASL di Lecce nie tylko nie przedstawiła dowodów na to twierdzenie, ale nie była nawet w stanie spójnie wyjaśnić, w jaki sposób stwierdziła przypuszczalną kwotę w wysokości 800 000 EUR, której, jej zdaniem, żądaliby inni konkurenci, o ile byłiby w stanie wykonać analizę. Niepoparte faktami twierdzenie, jakoby jedynie Università mogła sporządzić analizę po tak korzystnej cenie, świadczy o błędnej ocenie celów prawa zamówień publicznych.

90. Gdyby zezwolić instytucji zamawiającej na zwrócenie się – w zakresie wykraczającym poza dziedzinę partnerstwa publiczno-publicznego – do innych władz publicznych w celu nabycia usług bez poddania tych usług normom prawa zamówień publicznych, to należałoby się obawiać, że to ostatnie mogłoby być obchodzone w sposób długoterminowy, w związku z czym udaremniony zostałby cel

68 — Zobacz uwagi pisemne rządu polskiego, pkt 23.

69 — Wyżej wymieniony w przypisie 6 wyrok w sprawie CoNISMa, pkt 37.

70 — Prawo zamówień publicznych stanowi ograniczenie cywilnoprawnej swobody działania organów administracji publicznej, w tym swobody w zakresie wyboru drugiej strony umowy. Zobacz w przedmiocie wpływu celów polityki w zakresie rynku wewnętrznego na prawo prywatne: C. Wendehorst, *Methodenlehre und Privatrecht in Europa*, w: *Vom praktischen Wert der Methode – Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Wien 2011, s. 829.

71 — Zobacz uwagi pisemne ASL di Lecce, s. 15.

Unii polegający na zagwarantowaniu swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług oraz nieograniczonej konkurencji na rynku wewnętrznym. Aby temu zapobiec, konieczna jest rygorystyczna kontrola przestrzegania kryteriów ustalonych przez Trybunał w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom.

91. W związku z powyższym należy stwierdzić, że celem umowy zawartej pomiędzy ASL di Lecce i Università było obejście prawa zamówień publicznych. Również ten fakt przemawia przeciwko zastosowaniu niepisanego wyjątku.

– Argumenty przeciwko zaklasyfikowaniu stanu faktycznego sprawy jako przejawu partnerstwa publiczno-publicznego

92. Powyższa analiza wykazała, że nie są spełnione przesłanki pozwalające na zaklasyfikowanie współpracy władz publicznych w niniejszej sprawie jako przejawu partnerstwa publiczno-publicznego. Dotyczy to przede wszystkim wymogu współpracy w celu wykonania wspólnego zadania w interesie publicznym⁷². Nie można stwierdzić ani właściwej „współpracy” w pierwotnym znaczeniu, ani też zainteresowani nie realizują wspólnego, wyznaczonego im przez ustawę celu. Przeciwnie, ma miejsce sytuacja, w której jeden podmiot publiczny korzysta przy niewielkich kosztach z zasobów innego podmiotu publicznego. Z prawnego punktu widzenia chodzi o umowę o odpłatne świadczenie usług. Ponadto przeciwko wyłączeniu spornej tutaj transakcji z zakresu zastosowania prawa zamówień publicznych przemawia okoliczność, że w odniesieniu do zawarcia umowy Università znajdowała się w sytuacji uprzywilejowanej względem swoich konkurentów⁷³ i że celem spornej umowy było obejście prawa zamówień publicznych⁷⁴. Wobec tych wniosków nie może być mowy o partnerstwie publiczno-publicznym.

c) Wniosek częściowy

93. W rezultacie należy stwierdzić, że nie ma zastosowania żaden wyjątek, który wyłączałby zastosowanie dyrektywy 2004/18.

4. Podsumowanie

94. Podsumowując, należy stwierdzić, że sporne w niniejszej sprawie zamówienie na wykonanie badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne określonych budynków szpitalnych stanowi czynność podlegającą obowiązkowi przeprowadzenia procedury udzielenia zamówień publicznych, do której ma zastosowanie dyrektywa 2004/18. Ponieważ w sporze przed sądem krajowym przetarg nie został przeprowadzony, nastąpiło naruszenie tej dyrektywy. Z uwagi na fakt, że prawo krajowe zezwala na umowy, takie jak zawarta pomiędzy ASL di Lecce a Università, również to prawo jest sprzeczne z tą dyrektywą.

95. Wynika z tego, że dyrektywę 2004/18, w szczególności art.1 ust. 2 lit. a) i d), art. 2, 28 oraz kategorie nr 8 i nr 12 załącznika II, należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, które zezwalają na zawieranie pomiędzy instytucją zamawiającą a uniwersytetem będącym osobą prawa publicznego pisemnych umów dotyczących przeprowadzenia badań i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych, które to badania mają zostać

72 — Zobacz pkt 81 niniejszej opinii.

73 — Zobacz pkt 86 niniejszej opinii.

74 — Zobacz pkt 91 niniejszej opinii.

przeprowadzone w sposób określony w krajowych przepisach o bezpieczeństwie budynków, a w szczególności budynków o znaczeniu strategicznym, za wynagrodzeniem nieprzekraczającym kosztów poniesionych w związku z wykonaniem świadczenia, jeżeli uniwersytet, który ma przeprowadzić badania, może być uznany za wykonawcę.

VII – Wnioski

96. Uwzględniając powyższe rozważania, proponuję, by Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na postawione przez Consiglio di Stato pytanie prejudycjalne:

Dyrektywę 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, a w szczególności jej art. 1 ust. 2 lit. a) i d), art. 2, 28 oraz kategorie nr 8 i nr 12 załącznika II, należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, które zezwalają na zawieranie pomiędzy instytucją zamawiającą a uniwersytetem będącym osobą prawa publicznego pisemnych umów dotyczących przeprowadzenia badań i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych, które to badania mają zostać przeprowadzone w sposób określony w krajowych przepisach o bezpieczeństwie budynków, a w szczególności budynków o znaczeniu strategicznym, wynagrodzeniem nieprzekraczającym kosztów poniesionych w związku z wykonaniem świadczenia, jeżeli uniwersytet, który ma przeprowadzić badania, może być uznany za wykonawcę.