Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)

z dnia 19 grudnia 2012 r.*

Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 1 ust. 2 lit. a) i d) — Usługi — Badanie i ocena wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych — Umowa zawarta między dwoma podmiotami publicznymi, z których jeden jest uniwersytetem — Podmiot publiczny, który może być uznany za wykonawcę — Umowa pod tytułem odpłatnym — Świadczenie wzajemne nieprzekraczające poniesionych kosztów

W sprawie C-159/11

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (Włochy) postanowieniem z dnia 9 listopada 2010 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 1 kwietnia 2011 r., w postępowaniu:

Azienda Sanitaria Locale di Lecce,

Università del Salento

przeciwko

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: V. Skouris, prezes, K. Lenaerts, wiceprezes, A. Tizzano, M. Ilešič, L. Bay Larsen, J. Malenovský, prezesi izb, U. Lõhmus, J.C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. Toader, J.J. Kasel, M. Safjan i D. Šváby (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: V. Trstenjak,

sekretarz: A. Impellizzeri, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 marca 2012 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Azienda Sanitaria Locale di Lecce przez M. de Stasio oraz V. Pappaleporego, avvocati,

— w imieniu Università del Salento przez E. Sticchiego Damianiego oraz S. Sticchiego Damianiego, avvocati,

— w imieniu Consiglio Nazionale degli Ingegneri przez P. Quinta, avvocato,

* Język postępowania: włoski.

— w imieniu Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-Economica (OICE) i in. przez A. Clarizia oraz P. Clarizia, avvocati,

— w imieniu Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC) przez F. Sciaudonego, M. Sanina, R. Sciaudonego oraz A. Neriego, avvocati,

— w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,

— w imieniu rządu czeskiego przez M. Smolka oraz J. Vláčila, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu polskiego przez M. Szpunara oraz M. Laszuk, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu szwedzkiego przez K. Petkovską, S. Johannesson oraz A. Falk, działające w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Komisji Europejskiej przez E. Kružikovą oraz C. Zadrę, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 23 maja 2012 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 2 lit. a) i d), art. 2 i 28 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), zmienionej rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1422/2007 z dnia 4 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 317, s. 34) (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18”), oraz załącznika II A, kategorie 8 i 12, do tej dyrektywy.

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Azienda Sanitaria Locale di Lecce (miejscowym zakładem opieki zdrowotnej w Lecce, zwanym dalej „ASL”) i Università del Salento (uniwersytetem salentyńskim, zwanym dalej „uniwersytetem”) a Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (samorządem zawodowym inżynierów w prowincji Lecce) i in. dotyczącego umowy doradztwa zawartej między ASL a uniwersytetem (zwanej dalej „umową doradztwa”), której przedmiotem jest badanie i ocena wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych należących do prowincji Lecce.

Ramy prawne

Prawo Unii

3 Zgodnie z motywem 2 dyrektywy 2004/18:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu [WE], a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada

proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję […]".

4 Artykuł 1 tej dyrektywy stanowi:

„[…]

2.

a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi [większą liczbą instytucji zamawiających] a jednym lub więcej wykonawcami [większą liczbą wykonawców], 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.

[…]".

5 Zgodnie z art. 2 rzeczonej dyrektywy „[i]nstytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty".

6 Na mocy art. 7 lit. b) dyrektywy 2004/18 znajduje ona zastosowanie w szczególności do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucje zamawiające inne niż centralne organy rządowe wymienione w załączniku IV do tej dyrektywy, w zakresie, w jakim chodzi o zamówienia niewykluczone na mocy wyjątków, o których mowa w tym artykule, a których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (zwanego dalej „podatkiem VAT"), jest równa 206 000 EUR lub wyższa.

7 Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 wskazanej dyrektywy podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez podatku VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą w chwili wysłania ogłoszenia o zamówieniu lub, stosownie do okoliczności, w chwili rozpoczęcia procedury udzielania zamówienia.

8 Artykuł 20 dyrektywy 2004/18 przewiduje, że zamówienia, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku IIA do tej dyrektywy, udzielane są zgodnie z jej art. 23–55, wśród których art. 28 stanowi, że „[p]odczas udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów [tej] dyrektywy".

9 Załącznik IIA do dyrektywy 2004/18 wymienia w szczególności następujące kategorie usług:

— kategoria 8, usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie podmiotowi zamawiającemu/instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jego/jej działalnością, a usługi te są w całości opłacane przez podmioty/instytucje zamawiające;

— kategoria 12, usługi architektoniczne, inżynieryjne i zintegrowane usługi inżynieryjne; usługi urbanistyczne, architektury krajobrazu, związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych; usługi badań i analiz technicznych.

Prawo włoskie

10 Artykuł 15 legge n. 241 del 7 agosto 1990, 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) (GURI nr 192 z dnia 18 sierpnia 1990 r., s. 7), stanowi, że „organy administracji publicznej mogą zawsze zawierać pomiędzy sobą porozumienia regulujące wzajemną współpracę w zakresie działalności prowadzonej we wspólnym interesie".

11 Artykuł 66 decreto del Presidente della Repubblica n. 382 dell'11 luglio 1980, riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica (dekretu prezydenta republiki nr 382 z dnia 11 lipca 1980 r. w sprawie reformy szkolnictwa akademickiego, szkolenia, doświadczeń organizacyjnych i dydaktycznych) (dodatek zwyczajny do GURI nr 209 z dnia 31 lipca 1980 r.), stanowi:

„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 [uniwersyteckim] lub, w ich braku, instytutom lub klinikom uniwersyteckim albo poszczególnym pracownikom naukowym zatrudnionym w pełnym wymiarze godzin.

Przychody z wykonania umów i porozumień, o których mowa w poprzednim ustępie, podlegają podziałowi zgodnie z rozporządzeniem zatwierdzonym przez radę uniwersytetu na podstawie wzoru […] przedstawionego przez ministra edukacji narodowej.

Pracownicy naukowi 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 akapicie drugim, określa kwotę, która zostanie przeznaczona na ogólne koszty poniesione przez uniwersytet, oraz kryteria przyznawania pracownikom kwoty, o której mowa w ustępie trzecim. Pozostałe kwoty są przeznaczone na zakup pomocy dydaktycznych i naukowych oraz na koszty bieżące zakładów, instytutów lub klinik wykonujących umowy i porozumienia.

Od całkowitego dochodu z tytułu każdej usługi, który jest dzielony zgodnie z zasadami określonymi w akapicie drugim, odlicza się uprzednio w każdym razie koszty poniesione przez uniwersytet w związku z wykonaniem tych usług.

Przychody z działalności, o której mowa w ustępie poprzednim, stanowią wpływy budżetowe uniwersytetu".

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

12 Decyzją z dnia 7 października 2009 r. dyrektor generalny ASL zatwierdził specyfikację istotnych warunków zamówienia dotyczącą wykonania przez uniwersytet 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 tak zwanym „strategicznym znaczeniu" (zwane dalej, odpowiednio, „specyfikacją istotnych warunków zamówienia" i „badaniami").

13 Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia badania te, dotyczące każdego odnośnego budynku, obejmują następujące aspekty:

— 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; oraz

— 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.

14 Umowa doradztwa zawarta w dniu 22 października 2009 r. w związku z badaniami przewiduje w szczególności, co następuje:

— maksymalny czas obowiązywania tej umowy wynosi szesnaście miesięcy;

— badania zostają powierzone grupie technicznej w zakresie budownictwa, która to grupa może skorzystać ze wsparcia wysoko wykwalifikowanych pracowników zewnętrznych;

— zadanie to jest wykonywane w ramach ścisłej współpracy pomiędzy grupą roboczą wyznaczoną przez ASL oraz grupą roboczą wyłonioną przez uniwersytet dla realizacji celów stanowiących trzeci aspekt rzeczonego zadania;

— odpowiedzialność naukowa obciąża dwie osoby wskazane, odpowiednio, przez ASL oraz uniwersytet;

— własność jakichkolwiek rezultatów pracy badawczej przysługuje ASL, który jest jednak zobowiązany do wyraźnego cytowania uniwersytetu w przypadku każdej publikacji w zakresie techniczno-naukowym; uniwersytet ma prawo wykorzystania tych wyników w publikacjach lub dokumentach naukowych za zezwoleniem ASL; oraz

— ASL zapłaci uniwersytetowi za wszystkie usługi kwotę 200 000 EUR, bez podatku VAT, płatną w czterech ratach; jednakże w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy uniwersytet otrzymuje kwotę odpowiadającą nakładowi wykonanej pracy i poniesionym kosztom oraz nakładom związanym z prawnymi obowiązkami wypełnionymi w ramach wykonywania badań.

15 Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, że ta kwota 200 000 EUR została podzielona w następujący sposób:

— zakup i wykorzystanie narzędzi technicznych: 20 000 EUR;

— koszty oddelegowanych członków personelu: 10 000 EUR;

— koszty personelu: 144 000 EUR;

— koszty ogólne: 26 000 EUR.

16 Ponadto koszty personelu w wysokości 143 999,58 EUR, zaokrąglone do kwoty 144 000 EUR, odpowiadają następującym szacunkom:

— uruchomienie trzech rocznych stypendiów naukowych: 57 037,98 EUR;

— koszty profesora nadzwyczajnego w wymiarze 180 godzin w 2009 r. (stawka za godzinę 45,81 EUR) i 641 godzin w 2010 r. (stawka za godzinę 48,93 EUR): 39 609,93 EUR;

— koszty samodzielnego pracownika naukowego w wymiarze 170 godzin w 2009 r. (stawka za godzinę 25,91 EUR) i w wymiarze 573 godzin w 2010 r. (stawka za godzinę 32,23 EUR): 22 936,95 EUR;

— koszty niesamodzielnego pracownika naukowego w wymiarze 170 godzin w 2009 r. (stawka za godzinę 20,50 EUR) i w wymiarze 584 godzin w 2010 r. (stawka za godzinę 26,48 EUR): 18 949,32 EUR;

— koszty technika laboratoryjnego w wymiarze 70 godzin w 2009 r. (stawka za godzinę 20,48 EUR) i w wymiarze 190 godzin w 2010 r. (stawka za godzinę 21,22 EUR): 5 465,40 EUR.

17 Różne samorządy i stowarzyszenia zawodowe, a także przedsiębiorstwa wniosły szereg skarg na decyzję o zatwierdzeniu specyfikacji warunków zamówienia oraz na każdy akt poprzedzający ją, powiązany z tą decyzją i z niej wynikający do Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (regionalnego sądu administracyjnego regionu Puglia), powołując się w szczególności na naruszenie przepisów krajowych i unijnych w dziedzinie zamówień publicznych. Sąd ten w wydanym wyroku uwzględnił rzeczone skargi, uznając, że badania stanowiły zamówienie na usługi inżynieryjne w rozumieniu włoskich przepisów.

18 W ramach odwołania wniesionego od tego wyroku ASL i uniwersytet podnoszą zasadniczo, że zgodnie z włoskim prawem umowa doradztwa stanowi porozumienie o współpracy między organami administracji publicznej w zakresie działalności prowadzonej w interesie publicznym. Odpłatny udział uniwersytetu w takiej umowie – przy czym wynagrodzenie jest ograniczone do poniesionych kosztów – należy do jego instytucjonalnych zadań. Powołano się również na fakt, że badania powierzone są instytucji naukowej, a także na okoliczność, że obejmują one badania prowadzone z wykorzystaniem doświadczeń i za pomocą analizy, realizowanych z pominięciem wszelkiej skodyfikowanej lub opracowanej w literaturze naukowej standardowej metody. Zgodność z prawem takich porozumień pomiędzy organami administracji publicznej w świetle prawa Unii wynika z orzecznictwa Trybunału.

19 Sąd odsyłający twierdzi, że porozumienia między organami administracji publicznej, o których mowa w art. 15 ustawy nr 241 z dnia 7 sierpnia 1990 r., mają na celu koordynację działań różnych instytucji administracyjnych, z których każda działa w szczególnym interesie publicznym, i stanowią formę współpracy umożliwiającą zarządzanie usługami publicznymi w sposób jak najbardziej efektywny i oszczędny. Takie porozumienie może być zawarte, jeżeli instytucja publiczna ma zamiar powierzyć tytułem odpłatnym świadczenie usług innej instytucji publicznej, a usługa ta wchodzi w zakres zadań administracji, zgodnie z instytucjonalnymi celami podmiotów będących stronami umowy.

20 Consiglio di Stato zastanawia się jednak, czy zawarcie umowy między organami administracji publicznej nie jest sprzeczne z zasadą wolnej konkurencji, jeżeli jeden z tych organów może być uznany za wykonawcę, gdyż taki status odnosi się do każdego podmiotu publicznego, który oferuje usługi na rynku, niezależnie od realizowania w pierwszej kolejności celu zarobkowego, istnienia struktury przedsiębiorstwa lub stałej obecności na rynku. Sąd odsyłający odwołuje się w tym względzie do wyroku Trybunału z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 CoNISMa, Zb.Orz. s. I-12129. W takim podejściu, jeżeli uniwersytet może wziąć udział w przetargu, umowy z nim zawarte przez instytucje zamawiające podlegają zasadom Unii w dziedzinie zamówień publicznych, w przypadku gdy – tak jak w postępowaniu głównym – dotyczą świadczenia usług badawczych, które nie wydają się niezgodne z usługami wymienionymi w kategoriach 8 i 12 załącznika IIA do dyrektywy 2004/18.

21 W tej sytuacji Consiglio di Stato postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy przepisy prawa krajowego, które zezwalają na zawieranie pomiędzy dwiema instytucjami zamawiającymi pisemnych umów dotyczących wykonania badania i oceny wytrzymałości na wstrząsy sejsmiczne budynków szpitalnych, w świetle krajowych przepisów dotyczących bezpieczeństwa budowli, 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], a w szczególności z [jej] art. 1 ust. 2 lit. a) i d), art. 2 i 28 i z załącznikiem II[A], kategorie nr 8 i 12 [do tej dyrektywy]”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

22 W swym pytaniu sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają zawarcie umowy, bez odwołania się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, na mocy której dwa podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę taką jak w postępowaniu głównym.

23 Na wstępie należy przypomnieć, że zastosowanie dyrektywy 2004/18 do zamówienia publicznego jest uzależnione od przesłanki, zgodnie z którą szacunkowa wartość tego zamówienia osiąga próg określony w art. 7 lit. b) tej dyrektywy, z uwzględnieniem normalnej wartości na rynku robót budowlanych, dostaw lub usług, których dotyczy to zamówienie publiczne. W przeciwnym przypadku zastosowanie

znajdują podstawowe i ogólne zasady traktatu FUE, w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada pewne transgraniczne znaczenie w świetle w szczególności jego wagi i miejsca wykonania (zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP i Santorso, Zb.Orz. s. I-3565, pkt 20, 21, 31 i przytoczone tam orzecznictwo).

24 Jednakże okoliczność, że umowa będąca przedmiotem postępowania głównego może podlegać, stosownie do okoliczności, dyrektywie 2004/18 lub podstawowym i ogólnym zasadom traktatu FUE, nie wpływa na odpowiedź, jakiej należy udzielić na zadane pytanie. Kryteria wymienione w orzecznictwie Trybunału w celu dokonania oceny, czy odwołanie się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych jest bądź nie jest obowiązkowe, są istotne przy dokonywaniu zarówno wykładni tej dyrektywy, jak i wykładni rzeczonych zasad traktatu FUE (zob. podobnie wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea, Zb.Orz. s. I-8127, pkt 35–37).

25 Po wyjaśnieniu powyższej kwestii należy zauważyć, że zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odpłatna umowa zawarta na piśmie między wykonawcą i instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku IIA do tej dyrektywy, stanowi zamówienie publiczne.

26 W tym względzie, po pierwsze, nie jest istotne, czy ten wykonawca sam jest instytucją zamawiającą (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 51). Nie ma ponadto znaczenia, że dany podmiot nie ma zasadniczo celu zarobkowego, nie posiada struktury przedsiębiorstwa czy też że nie jest stale obecny na rynku (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie CoNISMa, pkt 30, 45).

27 Jeśli chodzi o podmioty takie jak publiczne uniwersytety, Trybunał orzekł, że podmioty takie mogą co do zasady uczestniczyć w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych na usługi. Jednakże państwa członkowskie mogą uregulować działalność tych podmiotów, a w szczególności zezwolić bądź nie zezwolić tym podmiotom na prowadzenie działalności na rynku, uwzględniając ich cele instytucjonalne i statutowe. Niemniej jednak jeżeli podmioty takie mają prawo do oferowania określonych usług na rynku, i w zakresie, w jakim przysługuje im to prawo, nie można zabraniać im uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie CoNISMa, pkt 45, 48, 49, 51). Tymczasem w niniejszym przypadku sąd odsyłający zauważył, że art. 66 akapit pierwszy dekretu prezydenta republiki nr 382 z dnia 11 lipca 1980 r. wyraźnie zezwala uniwersytetom publicznym na świadczenie usług badawczych i usług w zakresie doradztwa na rzecz podmiotów publicznych lub prywatnych, o ile działalność ta nie narusza powierzonych im zadań w zakresie nauczania.

28 Po drugie, działalność taka jak będąca przedmiotem umowy badanej w postępowaniu głównym, niezależnie od podkreślonego przez sąd odsyłający faktu, że może ona obejmować badania naukowe, wchodzi, w zależności od tego, co stanowi rzeczywisty charakter tej działalności, w zakres usług badawczych i rozwojowych, o których mowa w załączniku IIA, kategoria 8, do dyrektywy 2004/18, albo w zakres usług inżynieryjnych i związanych z nimi usług konsultacji naukowych i technicznych, o których mowa w kategorii 12 tego załącznika.

29 Po trzecie, jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 32–34 opinii i jak wynika z powszechnego i zwyczajowego znaczenia zwrotu „odpłatnie”, umowa nie może być wyłączona z pojęcia zamówienia publicznego wyłącznie z uwagi na fakt, że otrzymane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania zamówionej usługi.

30 Z zastrzeżeniem ustaleń, których powinien dokonać sąd odsyłający, wydaje się, że umowa będąca przedmiotem postępowania głównego posiada wszystkie cechy wymienione w pkt 26–29 niniejszego wyroku.

31 Z orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że dwa rodzaje zamówień zawieranych przez podmioty publiczne nie są objęte zakresem zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

32 Chodzi w pierwszej kolejności o zamówienia udzielane przez podmiot publiczny na rzecz odrębnej od niego osoby prawnej, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jego własnymi służbami i osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, które są jej udziałowcami (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50).

33 Nie ulega jednak wątpliwości, że wyjątek ten nie znajduje zastosowania w kontekście takim jak w postępowaniu głównym, gdyż z postanowienia odsyłającego wynika, że ASL nie sprawuje kontroli nad uniwersytetem.

34 W drugiej kolejności chodzi o umowy, które ustanawiają współpracę między podmiotami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej (zob. podobnie wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-4747, pkt 37).

35 W tej sytuacji zasady prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania, jeżeli ponadto umowy takie zawierane są wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału podmiotów prywatnych, jeżeli żaden usługodawca prywatny nie znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji względem swoich konkurentów, a ustanowiona w nich współpraca jest dyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 44, 47).

36 Jeżeli, jak zauważył sąd odsyłający, umowa taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego zdaje się odpowiadać niektórym kryteriom wymienionym w dwóch poprzednich punktach niniejszego wyroku, to jednak może być ona wyłączona z zakresu stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, wyłącznie gdy spełniała wszystkie te kryteria.

37 W tym względzie z informacji zawartych w postanowieniu odsyłającym wynika, jak się zdaje, że po pierwsze, umowa ta obejmuje ogół aspektów rzeczowych, z których znacząca, a nawet dominująca część odpowiada działalności wykonywanej co do zasady przez inżynierów lub architektów i które mimo że oparte są na naukowych podstawach, to jednak nie stanowią badań naukowych. W rezultacie, wbrew temu, co orzekł Trybunał w pkt 37 ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, misja publiczna będąca przedmiotem współpracy ustanowionej we wskazanej umowie nie wydaje się zapewniać wykonania misji publicznej wspólnej dla ASL i uniwersytetu.

38 Po drugie, umowa będąca przedmiotem postępowania głównego może prowadzić do uprzywilejowania prywatnych przedsiębiorstw, jeżeli do wysoko wykwalifikowanych współpracowników zewnętrznych, do których zgodnie z umową może odwołać się uniwersytet w celu wykonania niektórych usług, należą również prywatni usługodawcy.

39 To jednak do sądu odsyłającego należy dokonanie ogółu wymaganych w tym względzie ustaleń.

40 Na przedłożone pytanie należy zatem odpowiedzieć, że prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych sprzeciwia się obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają, bez odwołania się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, zawarcie umowy, na mocy której podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę, jeżeli – czego zbadanie należy do sądu odsyłającego – przedmiotem takiej umowy nie jest zapewnienie wykonania misji publicznej wspólnej dla tych podmiotów, umowa ta nie jest wyłącznie dyktowana względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie lub może ona prowadzić do uprzywilejowania prywatnego usługodawcy względem jego konkurentów.

W przedmiocie kosztów

41 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

Prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych sprzeciwia się obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają, bez odwołania się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, zawarcie umowy, na mocy której podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę, jeżeli – czego zbadanie należy do sądu odsyłającego – przedmiotem takiej umowy nie jest zapewnienie wykonania misji publicznej wspólnej dla tych podmiotów, umowa ta nie jest wyłącznie dyktowana względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie lub może ona prowadzić do uprzywilejowania prywatnego usługodawcy względem jego konkurentów.

Podpisy