



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 23 stycznia 2014 r.¹

Sprawa C-15/13

**Technische Universität Hamburg-Harburg,
Hochschul-Informationssystem GmbH przeciwko
Datenlotsen Informationssysteme GmbH**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Niemcy)]

Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Warunki zastosowania zamówienia „in house” — Horyzontalne zamówienia „in house” — Instytucja zamawiająca i wykonawca jako podmioty prawnie odrębne i bez relacji typu kontrolnego pomiędzy nimi — Kontrola sprawowana nad instytucją zamawiającą i nad wykonawcą przez podmiot trzeci, będący z kolei organem administracji publicznej — Zakres warunku „kontroli analogicznej” — Współpraca pomiędzy jednostkami publicznymi

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony do Trybunału przez Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Niemcy) w sprawie bez precedensu w dziedzinie zamówień publicznych, pozwoli na doprecyzowanie znaczenia orzecznictwa, które przewiduje, pod pewnymi warunkami, możliwość wyłączenia niektórych umów stanowiących zamówienie publiczne spod europejskich zasad dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych.

2. W szczególności w niniejszej sprawie Trybunał został wezwany do określenia czy – i ewentualnie pod jakimi warunkami – tzw. horyzontalne zamówienia „in house” mogą nie wchodzić w zakres stosowania dyrektywy 2004/18/WE², stanowiąc przedmiot zamówienia dokonanego wprost, bez uruchamiania procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych, przewidzianych we wskazanej dyrektywie. Przez pojęcie „horyzontalnego zamówienia »in house«” rozumie się zawarcie umowy pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą, którzy pomiędzy sobą nie pozostają związani żadną relacją typu kontrolnego, jednakże obydwójce podlegają kontroli analogicznej tej samej instytucji, która z kolei jest instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/18, a nadto wykonują zasadniczą część swojej działalności na rzecz wspólnej instytucji nadrzędnej.

3. Zagadnienie przedstawione Trybunałowi przez sąd odsyłający sprowadza się w istocie do ustalenia, czy także dla transakcji tego rodzaju możliwe jest zastosowanie wyjątku w zakresie stosowania procedur publicznych na wzór transakcji określonych w orzecznictwie Trybunału, do którego sąd odsyłający wyraźnie się odnosi.

¹ — Język oryginału: włoski.

² — Dyrektywa 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).

4. Pierwszy z tych wyjątków, wyrażony w wyroku w sprawie Teckal³, dotyczy tzw. zamówień „in house”, dla których orzecznictwo przyjmuje, że instytucja zamawiająca zwolniona jest z konieczności wszczynania procedury przetargowej, pod warunkiem że sprawuje ona nad wykonawcą „kontrolę analogiczną” do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, a podmiot ten wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz organu administracji publicznej lub instytucji zamawiającej, które ją kontrolują⁴. Kwestia zastosowania rzeczzonego wyjątku do horyzontalnych zamówień „in house”, choć szeroko dyskutowana w doktrynie, nie mogła stanowić jak dotychczas przedmiotu zainteresowania Trybunału, ponieważ ten ostatni w swoim uprzednim i obszernym już orzecznictwie miał okazję zajmować się zamówieniami publicznymi typu „in house” jedynie w sprawach, w których relacja pomiędzy instytucją zamawiającą i wykonawcą miała charakter wertykalny⁵.

5. Drugi z wyjątków rozwiniętych w orzecznictwie Trybunału⁶ i przywołanych przez sąd odsyłający dotyczy natomiast możliwości wyłączenia z zakresu stosowania przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych tych kontraktów, które wchodzą w ramy współpracy pomiędzy jednostkami publicznymi.

I – Ramy prawne

A – Prawo Unii

6. Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 „»[z]amówienia 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”.

7. Artykuł 7 dyrektywy 2004/18 określa kwoty progowe, powyżej których zamówienia publiczne wchodzą w zakres zastosowania samej dyrektywy. W momencie zaistnienia okoliczności faktycznych, których dotyczy postępowanie główne, próg ten wynosił 193 000 EUR⁷. Z art. 20 tej dyrektywy wynika, że „[z]amówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II A, udziela się zgodnie z art. 23–55 dyrektywy”. Artykuł 28 rzeczony dyrektywy stanowi, że zamówienia są udzielane, z zastrzeżeniem wyjątków, przy zastosowaniu procedury otwartej lub ograniczonej. Załącznik II A przedmiotowej dyrektywy obejmuje kategorię 7, która przewiduje „usługi komputerowe i usługi z nimi związane”.

B – Prawo niemieckie

8. Artykuł 5 ust. 3 niemieckiej konstytucji zapewnia „[w]olność sztuki i nauki, badań naukowych i nauczania”.

9. Artykuł 91c ust. 1 niemieckiej konstytucji stanowi, że „[w]ładze federalne i kraje związkowe mogą współdziałać przy planowaniu, tworzeniu i korzystaniu z technicznych systemów informatycznych, niezbędnych do wykonywania ich zadań”.

3 — Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98, Rec. s. I-8121.

4 — Zobacz na przykład ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50; wyroki: z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 49; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 62; z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb.Orz. s. I-4137, pkt 33; z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 55; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 27; z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea, Zb.Orz. s. I-8127, pkt 40; z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 Econord, pkt 25.

5 — Zobacz sprawy przytoczone w przypisie poprzednim.

6 — Wyroki: z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-4747, pkt 37, 44, 47; z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 34, 35; postanowienie z dnia 20 czerwca 2013 r. w sprawie C-352/12 Consiglio Nazionale degli Ingegneri, pkt 43 i nast.

7 — Artykuł 7 lit. b) dyrektywy 2004/18, zmieniony rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. (Dz.U. L 314, s. 64).

10. Krajowe regulacje prawne w dziedzinie zamówień publicznych zawarte są w Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawie o zapobieganiu i zwalczaniu ograniczeń konkurencji, zwanej dalej „GWB”), która w § 99, zawiera definicję zamówienia publicznego⁸.

11. Hamburgisches Hochschulgesetz (ustawa o szkolnictwie wyższym miasta Hamburga, zwana dalej „HmbHSchG”) zawiera regulacje prawne dotyczące publicznych szkół wyższych Wolnego Miasta Hanzeatyckiego Hamburga (zwanego dalej „miastem Hamburgiem”).

12. W rozumieniu § 2 HmbHSchG „[s]zkoły wyższe, instytucje miasta Hamburga, stanowią autonomiczne osoby prawne prawa publicznego”, które „regulują wykonywanie swoich autonomicznych kompetencji za pośrednictwem podstawowych rozporządzeń i przepisów statutowych”.

13. W oparciu o § 5 HmbHSchG, zatytułowany „Autonomia”, szkoły wyższe wykonują swoje autonomiczne kompetencje w sposób niezależny, pod kontrolą ze strony właściwych władz. Autonomiczne kompetencje to takie, które nie zostały przekazane.

14. Paragraf 6 HmbHSchG reguluje przydział funduszy na rzecz szkół wyższych, zaś jego ust. 2 wycisza przekazane kompetencje, wykonywane przez przedmiotowe szkoły, wśród których to kompetencji wymieniono między innymi: zarządzanie kredytami przekazanymi do dyspozycji owych szkół, w tym wystawianie faktur, kwestie skarbowe i prowadzenie księgowości, administrację przekazanymi na ich rzecz nieruchomościami oraz wyposażeniem, kwestie związane z personelem oraz jego rekrutacją, określenie szkoleń oraz propozycji dotyczących określenia liczby przyjęć. Na mocy ust. 3 tego samego paragrafu wykonywanie innych kompetencji może zostać przekazane rzeczonym szkołom wyższym. Wreszcie zgodnie z ust. 4 tego paragrafu właściwe organy, za pośrednictwem dyrektyw i ogólnych instrukcji, sprawują na tychi szkołami wyższymi „kontrolę w zakresie celowości”⁹ w przedmiocie wykonywania przekazanych im kompetencji.

II – Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

15. Technische Universität Hamburg-Harburg (politechnika miasta Hamburga, zwana dalej „TUHH”), skarżąca w postępowaniu toczącym się przed sądem odsyłającym, jest publiczną szkołą wyższą miasta Hamburga. Jest ona instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/18¹⁰.

16. Hochschul-Informations-System GmbH (zwana dalej „spółką HIS”), będąca również, razem z TUHH, skarżąca w postępowaniu toczącym się przed sądem odsyłającym, jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością o kapitale zakładowym w pełni należącym do instytucji publicznych, a mianowicie w jednej trzeciej do Republiki Federalnej Niemiec, zaś w dwóch trzecich do szesnastu krajów związkowych, w tym do miasta Hamburga, które to miasto posiada w kapitale zakładowym spółki HIS kwotę równą 4,16% jej wartości. Zgodnie z § 2 statutu spółki HIS jej działalność polega na świadczeniu pomocy publicznym szkołom wyższym oraz właściwym władzom w celu zapewnienia racjonalnego i ekonomicznie opłacalnego wykonywania ich misji w zakresie szkolnictwa wyższego poprzez między innymi rozwój procedur racjonalizacji administracji szkolnictwa wyższego i poprzez udział we wprowadzaniu i stosowaniu tych procedur oraz udzielaniu informacji i organizacji wymiany informacji. Spółka HIS, zgodnie z § 3 swojego statutu, prowadzi działalność wyłącznie w interesie publicznym, bez dążenia do osiągnięcia zysku.

8 — W rozumieniu § 99 GWB „[z]amówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane pomiędzy instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług oraz koncesje na roboty budowlane lub konkursy prowadzące do udzielenia zamówienia na usługi”.

9 — Z uwag przekazanych Trybunałowi wynika, że w niemieckim prawie administracyjnym „kontrola w zakresie celowości” ma silniejszy charakter niż kontrola dokonywana pod kątem zgodności z prawem, jako że rozciąga się także na celowość aktu i czynności administracyjnej.

10 — Artykuł 1 ust. 9 wskazanej dyrektywy.

17. TUHH, zamierzając nabyć komputerowy system zarządzania szkołą wyższą, przeprowadziła ocenę dwóch takich systemów, jednego opracowanego przez spółkę HIS i drugiego opracowanego przez spółkę Datenlotsen Informationssysteme GmbH (zwaną dalej „spółką Datenlotsen Informationssysteme”). Po porównaniu obu tych systemów komputerowych TUHH postanowiła zawrzeć w dniu 7 kwietnia 2011 r. ze spółką HIS umowę, której przedmiotem była instalacja opracowanego przez tę spółkę systemu; tym samym TUHH dokonała bezpośredniego udzielenia tego zamówienia z pominięciem zastosowania procedur udzielania zamówień na usługi przewidzianych przez dyrektywę 2004/18 w zakresie zamówień publicznych.

18. Spółka Datenlotsen Informationssysteme, uznawszy, że przyznanie przedmiotowego zamówienia spółce HIS bez wcześniejszego przeprowadzenia europejskiej procedury przetargowej było niezgodne z prawem, złożyła wniosek o dokonanie kontroli tej decyzji do Vergabekammer bei der Finanzbehörde (izby ds. zamówień publicznych przy organie skarbowym) miasta Hamburga, będącej organem sądowym pierwszej instancji właściwym w sprawach zamówień publicznych, która to izba uwzględniła ów wniosek. Organ ten uznał w szczególności, że wystąpiły warunki przewidziane przez orzecznictwo Trybunału do zamówienia „in house”, ponieważ pomiędzy TUHH i spółką HIS nie występuje relacja typu kontrolnego.

19. Spółka HIS i TUHH zaskarżyły przed sądem odsyłającym orzeczenie wydane przez organ sądowy pierwszej instancji.

20. Sąd odsyłający zauważa, że Trybunał nie miał jeszcze sposobności wyjaśnić, czy orzecznictwo, które przewiduje wyjątek w stosowaniu przepisów w dziedzinie procedur udzielania zamówień publicznych w przypadkach zamówień „in house”, może znaleźć zastosowanie do „horyzontalnego zamówienia in house”, takiego jak to, którego dotyczy postępowanie główne. Uważa on jednak, że sens i cel wyjątku dotyczącego zamówień „in house”, który został rozwinięty w orzecznictwie Trybunału, mogłyby pozwolić na włączenie takich transakcji w jego ramy, zwalniając instytucje zamawiające z obowiązku organizacji przetargów publicznych dla tego typu zamówień. Jednak zdaniem sądu odsyłającego w świetle okoliczności, że wedle orzecznictwa system wyjątków dotyczących zastosowania takich procedur musi być interpretowany ściśle, do Trybunału należy ustalenie, czy horyzontalne zamówienia in house mogą wejść w zakres zastosowania przedmiotowego wyjątku.

21. Sąd odsyłający uważa ponadto, że nie zachodzą przesłanki do zastosowania późniejszego wyjątku rozwiniętego w orzecznictwie Trybunału, dotyczącego współpracy pomiędzy jednostkami władzy publicznej, ponieważ, po pierwsze, spółka HIS została utworzona jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, podlegająca prawu prywatnemu, a po drugie, nie została ona bezpośrednio upoważniona do wykonywania misji publicznej.

22. Sąd odsyłający zwraca również uwagę, że zgodnie z właściwymi przepisami prawa szkoły wyższe, takie jak TUHH, posiadają szeroką autonomię w dziedzinach badań i nauczania oraz że wykonywanie tych autonomicznych kompetencji poddane jest tylko prostej kontroli pod względem zgodności z prawem. Jednakże sporna umowa będąca przedmiotem toczącego się przed tym sądem postępowania wchodzi w zakres sektora zamówień i dostaw, w którym właściwe organy posiadają uprawnienia kontrolne rozciągające się także na możliwość anulowania lub zmiany decyzji podjętych w tym zakresie przez uniwersytety. Sąd odsyłający zmierza zatem do ustalenia, czy przewidziany w wyroku w sprawie Teckal warunek „analogicznej kontroli”, który byłby spełniony w zakresie sektora zamówień i dostaw, nie musi jednak rozciągać się na cały obszar działalności wykonawcy.

23. W świetle powyższych rozważań sąd odsyłający postanowieniem z dnia 6 listopada 2012 r. uznał za konieczne zawieszenie toczącego się przed nim postępowania celem przedstawienia Trybunałowi następujących pytań prejudycjalnych:

„1) Czy pod pojęciem »zamówienia publicznego« w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 [...] należy rozumieć także umowę, w przypadku której zamawiający nie sprawuje wprawdzie nad wykonawcą kontroli analogicznej do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami, jednak zarówno zamawiający, jak i wykonawca są kontrolowani przez tę samą instytucję, która z kolei jest instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/18, zaś zamawiający i wykonawca wykonują zasadniczą część swojej działalności na rzecz wspólnej instytucji nadrzędnej (horyzontalne zamówienie typu in house)?

W razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej:

2) Czy kontrola taka jak nad własnymi służbami musi obejmować całą działalność wykonawcy, czy wystarczy, gdy ogranicza się ona do dziedziny zamówień publicznych?”.

III – Postępowanie przed Trybunałem

24. Postanowienie odsyłające wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 10 stycznia 2013 r. Pisemne uwagi złożyły TUHH, spółka HIS, spółka Datenlotsen Informationssysteme oraz rządy czeski, hiszpański, włoski i węgierski, jak również Komisja Europejska. W rozprawie, która miała miejsce w dniu 21 listopada 2013 r., wzięli udział TUHH, spółka HIS, spółka Datenlotsen Informationssysteme, rząd hiszpański oraz Komisja.

IV – Analiza prawna

A – W przedmiocie pytania pierwszego

25. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zamierza w istocie do ustalenia, czy zamówienie horyzontalne typu in house – czyli zawarcie umowy pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą, pomiędzy którymi nie istnieje żadna relacja typu kontrolnego, ale obydwa te podmioty podlegają analogicznej kontroli tej samej instytucji, która z kolei jest instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/18 i na rzecz której oba te podmioty realizują zasadniczą część swojej aktywności – jest zamówieniem publicznym w rozumieniu dyrektywy 2004/18 i musi zatem stanowić przedmiot procedur udzielania zamówień publicznych określonych w przedmiotowej dyrektywie.

26. Na wstępie należy przypomnieć, że zastosowanie dyrektywy 2004/18 do zamówienia publicznego jest uzależnione od warunku, że 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 wypadku zastosowanie znajdują podstawowe i ogólne zasady wyrażone w traktacie FUE¹¹. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, wartość spornej umowy oszacowana została na co najmniej 840 000 EUR i znacznie przekracza rzeczony próg¹², w związku z czym umowa będąca przedmiotem postępowania wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/18.

11 — 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 wyrażone w orzecznictwie Trybunału, mające służyć ocenie, czy uprzednie przeprowadzenie przetargu jest obowiązkowe, uwidaczniają się bowiem poprzez interpretację zarówno wskazanej dyrektywy, jak i rzeczonych norm i zasad traktatu FUE. Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 23, 24.

12 — Zobacz pkt 7 powyżej.

27. Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 odpłatna umowa zawarta na piśmie pomiędzy wykonawcą a instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku II A do tej dyrektywy, stanowi zamówienie publiczne¹³.

28. Zatem z informacji zawartych w aktach Trybunału wynika, po pierwsze, że sporna umowa, będąca w postępowaniu głównym przedmiotem bezpośredniego udzielonego zamówienia, została zawarta pomiędzy instytucją zamawiającą, czyli TUHH, a wykonawcą, czyli spółką HIS, a po drugie, że usługi będące przedmiotem spornej umowy w postępowaniu głównym mieszczą się w pojęciu „usług komputerowych i usług z nimi związanych”, które przewidziane jest w kategorii 7 załącznika II A do dyrektywy 2004/18.

29. W tym względzie należy zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem w odniesieniu do pojęcia zamówienia publicznego nie ma znaczenia, iż podmiot będący wykonawcą, jak ma to miejsce w przypadku spółki HIS zgodnie z § 3 jej statutu¹⁴, nie prowadzi działalności zmierzającej w pierwszej kolejności do osiągnięcia zysku¹⁵. Ponadto, co się tyczy odpłatnego charakteru przedmiotowej umowy, należy zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem umowa nie może zostać wyłączona z zasięgu pojęcia zamówienia publicznego tylko i wyłącznie na podstawie okoliczności, że wynagrodzenie w niej przewidziane jest ograniczone do zwrotu kosztów poniesionych w związku ze świadczeniem uzgodnionych usług¹⁶. Zatem nawet jeżeli umowa będąca przedmiotem postępowania głównego nie przewidywałaby zapłaty ceny rynkowej za usługi komputerowe świadczone przez spółkę HIS na rzecz TUHH, czego ustalenie należy ewentualnie do sądu odsyłającego, to nie stanowiłoby to decydującego elementu dla jej kwalifikacji jako zamówienia publicznego¹⁷.

30. W świetle powyższych rozważań oraz z zastrzeżeniem dokonania koniecznych ustaleń należących do właściwości sądu odsyłającego uważam więc, że sporna umowa będąca przedmiotem postępowania głównego posiada cechy zamówienia publicznego, które – jako takie – podlega co do zasady procedurom udzielania zamówień publicznych przewidzianym w dyrektywie 2004/18.

31. Jak podniesiono w pkt 4 i 5 powyżej, z orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że istnieją dwa typy zamówień publicznych, które nie wchodzą w zakres zastosowania prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych¹⁸ i w przypadku których instytucja zamawiająca zwolniona jest zatem z konieczności uruchamiania procedury przetargowej przewidzianej w dyrektywie 2004/18.

32. Chodzi w szczególności, po pierwsze, o zamówienia mieszczące się w wyjątku przewidzianym dla transakcji „in house”, a po drugie, o zamówienia mieszczące się w wyjątku przewidzianym dla umów, które ustanawiają współpracę pomiędzy jednostkami publicznymi. W zakresie, w jakim sąd odsyłający w postanowieniu odnosi się do obu wyżej wskazanych wyjątków rozwiniętych w orzecznictwie Trybunału, które to wyjątki stanowiły przedmiot dyskusji na rozprawie, uważam, że należy dokonać analizy obu tych wyjątków.

13 — Zobacz w tym względzie ww. wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 25.

14 — Zobacz pkt 16 powyżej.

15 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 CoNISMa, Zb.Orz. s. I-12129, pkt 30, 45; ww. wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 26.

16 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 29.

17 — W tym względzie zob. opinia rzecznika generalnego V. Trstenjak z dnia 23 maja 2012 r. w ww. sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 30–34.

18 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 31; ww. postanowienie w sprawie Consiglio Nazionale degli Ingegneri, pkt 40.

1. W przedmiocie zastosowania wyjątku „in house” do „horyzontalnych zamówień wewnętrznych”

33. Jak nadmieniono powyżej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pierwotnie zawartym w wyroku w sprawie Teckal¹⁹ instytucja zamawiająca jest zwolniona z konieczności przeprowadzania procedury przetargowej, w przypadku kiedy występują dwie kumulatywne okoliczności: po pierwsze, musi ona sprawować na wykonawcę „kontrolę analogiczną” do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, a po drugie, wykonawca musi wykonywać zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednej lub kilku instytucji zamawiających, które go kontrolują²⁰.

34. W odniesieniu do pierwszej ze wskazanych okoliczności należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „kontrola analogiczna” ma miejsce, kiedy rzeczony wykonawca podlega kontroli, na mocy której instytucja zamawiająca jest upoważniona do wywierania wpływu na decyzje podejmowane przez tego wykonawcę. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje takiego podmiotu. Innymi słowy, instytucja zamawiająca musi być upoważniona do wykonywania nad takim podmiotem kontroli strukturalnej i funkcjonalnej. Trybunał wymaga ponadto, aby kontrola ta była skuteczna²¹.

35. Zgodnie z orzecznictwem, w przypadku podmiotu należącego wspólnie do kilku organów władzy publicznej „kontrola analogiczna” może być sprawowana przez te podmioty łącznie, nie ma natomiast wymogu, aby kontrola ta realizowana była przez każdy z nich indywidualnie²².

36. Zatem w zakresie, w jakim jednym z kumulatywnych warunków zastosowania wyjątku rozwiniętego w orzecznictwie dla przyznania zamówienia in house jest istnienie relacji typu kontrolnego pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą, nieodzowne jest stwierdzenie, że wyjątek ten jako taki nie może znaleźć zastosowania w przypadkach horyzontalnych zamówień typu in house, które z definicji przewidują, że nie występuje w nich relacja typu kontrolnego pomiędzy wymienionymi podmiotami²³. Wynika z tego ponadto, że w obecnym stanie prawnym takie transakcje muszą co do zasady stanowić przedmiot zastosowania procedur przetargowych przewidzianych w dyrektywie 2004/18.

37. Sąd odsyłający jest jednak zdania, że sens i cel „wyjątku in house”, rozwiniętego w orzecznictwie Trybunału w odniesieniu do wertykalnych zamówień o charakterze wewnętrznym, mogłyby zezwolić na objęcie zakresem zastosowania tego wyjątku również horyzontalnych transakcji o charakterze wewnętrznym. Byłoby to jednak możliwe tylko poprzez rozszerzenie zastosowania wskazanego wyjątku również na transakcje, w których co prawda zarówno instytucja zamawiająca, jak i wykonawca są poddani kontroli analogicznej ze strony innego organu władzy publicznej, ale nie jest spełniony pierwszy z przewidzianych przez orzecznictwo warunków, jako że pomiędzy dwiema stronami umowy nie istnieje relacja typu kontrolnego. W tym względzie uważam, że konieczne jest poczynienie pewnych rozważań.

38. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że Trybunał wielokrotnie podkreślał, iż głównym celem przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest swoboda przepływu usług oraz otwarcie na konkurencję w jak największym możliwym stopniu we wszystkich państwach członkowskich²⁴. Osiągnięcie takiego celu pociąga za sobą zobowiązanie każdej instytucji zamawiającej do stosowania przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych, gdy tylko wystąpią przesłanki przez nie

19 — Wyżej wymieniony.

20 — Zobacz ww. w przypisie 4 orzecznictwo.

21 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawach połączonych Econord, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo.

22 — Ibidem, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.

23 — Zobacz pkt 2 i 25 powyżej.

24 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie CoNISMa, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo.

przewidziane, a w konsekwencji jakiegokolwiek uchylenie stosowania tego zobowiązania musi być interpretowane *ściśle*²⁵. Wynika z tego, że jakiegokolwiek rozszerzenie zakresu zastosowania wyjątku od stosowalności przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych musi być oceniane ze szczególną ostrożnością.

39. W drugiej kolejności należy jednak również przypomnieć, że Trybunał uznał, iż organ władzy publicznej będący instytucją zamawiającą ma możliwość wykonywania zadań leżących w interesie publicznym, należących do jego właściwości, za pomocą własnych środków administracyjnych, technicznych i innych, bez konieczności uciekania się do jednostek zewnętrznych, nienależących do jego służb²⁶.

40. W oparciu o takie właśnie założenie Trybunał uznał wyjątek od podporządkowania procedurom udzielania zamówień publicznych typu *in house*. W przypadku kiedy władza publiczna wypełnia bowiem swoje obowiązki należące do jej właściwości w interesie publicznym za pośrednictwem podmiotu wchodzącego w skład jej służb, nie mamy do czynienia z odpłatną umową zawartą z podmiotem prawnie odrębnym od organu władzy będącego instytucją zamawiającą, a zatem nie występują przesłanki stosowania przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych²⁷.

41. Z dokładnej analizy orzecznictwa²⁸ wynika zresztą, że źródło wyjątku odnoszącego się do zamówień *in house* stanowi właśnie okoliczność, iż w zakresie, w jakim wykonawca nie posiada marginesu autonomii, który pozwoliłby mu na uniemożliwienie instytucji zamawiającej wykonywania nad nim kontroli analogicznej do tej, jaką instytucja ta sprawuje nad własnymi służbami, pomiędzy tymi dwoma podmiotami nie może istnieć relacja umowna w ścisłym znaczeniu, jako że nie występuje „spotkanie dwóch autonomicznych woli, które reprezentują odrębne interesy prawne”²⁹.

42. Uważam zatem, że w przypadku kiedy horyzontalna transakcja *in house* o charakterze wewnętrznym wpisuje się w ramy wykonywania zadań w interesie publicznym ciążących na instytucji zamawiającej, która wypełnia te zadania za pośrednictwem dwóch podmiotów, nad którymi sprawuje kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, sens „wyjątku *in house*” rozwinięty w orzecznictwie może co do zasady znaleźć zastosowanie. W rzeczywistości zgodnie z orzecznictwem wymienionym w pkt 39 powyżej, jeżeli instytucja władzy publicznej wykorzystuje własne środki celem wykonywania należących do jej właściwości zadań w interesie publicznym, nie musi ona zostać zobowiązana do korzystania z podmiotów zewnętrznych nienależących do jej służb. Pozostaje to w mojej ocenie aktualne również w przypadku, kiedy takie własne środki składają się z dwóch podmiotów, nad którymi instytucja ta sprawuje kontrolę, zaś zawarcie umowy pomiędzy wspomnianymi podmiotami okazuje się konieczne. Zatem nawet w takim przypadku mogłyby, pod określonymi warunkami, nie wystąpić przesłanki zastosowania przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych.

43. Należy jednak przypomnieć, że jak wskazano w pkt 40 i 41 powyżej, podstawą, która uzasadnia zastosowanie wyjątku *in house*, jest okoliczność, że zawarcie umowy stanowiącej przedmiot postępowania nie było wynikiem wyrażenia autonomicznej woli przez podmioty będące stronami tej umowy, ale wynikiem wyrażenia jednej tylko woli. Zatem w tym względzie nieodzowne wydaje się stwierdzenie, że w przypadku horyzontalnego zamówienia o charakterze wewnętrznym relacja istniejąca pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą jest o wiele słabsza niż relacja istniejąca

25 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 44, 46; w sprawie Parking Brixen, pkt 63; wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 26.

26 — Zobacz w szczególności ww. wyroki: w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48; w sprawie Coditel Brabant, pkt 48; w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 45; w sprawie Sea, pkt 57.

27 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48.

28 — Zobacz w tym względzie analiza dotycząca orzecznictwa w opinii rzecznika generalnego P. Cruza Villalona z dnia 12 lipca 2012 r. w ww. sprawach połączonych Econord, pkt 38 i nast.

29 — Zobacz opinia rzecznika generalnego G. Cosmasa z dnia 1 lipca 1999 r. w ww. sprawie Teckal, pkt 64; ww. opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalona w sprawach połączonych Econord, pkt 43. Zobacz także łączna wykładnia pkt 49 i 50 ww. wyroku w sprawie Teckal.

w przypadku wertykalnego zamówienia „in house”. W istocie nie jest ona relacją o bezpośrednim charakterze kontrolnym, ale stanowi jedynie pośrednie powiązanie, którego znaczenie zależy od odpowiednich relacji istniejących pomiędzy dwoma podmiotami z jednostką władzy publicznej sprawującą nad nimi łącznie nadzór.

44. Jednak z tego punktu widzenia wydaje mi się, że warunek, iż umowa jest wyrazem jednej tylko woli, może być spełniony jedynie w przypadku, kiedy dwa podmioty, które ją zawierają, będą kontrolowane w sposób *wyłączny* przez tę samą instytucję władzy publicznej. Tylko w takim przypadku można bowiem w mojej ocenie utrzymywać, że zawarcie umowy było aktem wyrażenia jednej tylko woli organu władzy publicznej, który to organ aktem tym zamierza wypełnić ciężące na nim zadania w interesie publicznym poprzez wykorzystanie własnych środków. W rzeczywistości w przypadku zawarcia umowy pomiędzy podmiotem, nad którym kilka organów administracji wykonuje kontrolę łączną, oraz drugim kontrolowanym podmiotem (w drodze kontroli indywidualnej lub sprawowanej wspólnie z innymi organami władzy publicznej) przez jeden z organów sprawujących kontrolę nad pierwszym podmiotem, uznanie, że taki akt będzie wyrazem jednomyślnej woli, wydaje się trudne.

45. Z tego punktu widzenia uważam zatem, że wyjątek w zastosowaniu przepisów Unii do horyzontalnych zamówień o charakterze wewnętrznym może zostać uznany za dopuszczalny tylko wtedy, gdy instytucja, która sprawuje kontrolę analogiczną nad dwoma podmiotami, czyli nad instytucją zamawiającą i nad wykonawcą, nie tylko będzie tożsama, ale także będzie sprawować kontrolę analogiczną w sposób wyłączny nad dwoma podmiotami. Uważam więc, że należy wykluczyć możliwość rozszerzenia tego wyjątku „in house” na przypadki transakcji o charakterze horyzontalnym zawartych pomiędzy podmiotami, nad którymi organ administracji sprawuje kontrolę analogiczną, wedle definicji zawartej w orzecznictwie, w sposób łączny z innymi instytucjami zamawiającymi.

46. Takie restrykcyjne podejście do kontroli, którą musi koniecznie sprawować instytucja władzy publicznej nad dwoma podmiotami zawierającymi umowę o udzielenie zamówienia, aby umowa ta mogła stanowić wyjątek od przepisów Unii w przedmiocie horyzontalnych zamówień publicznych o charakterze wewnętrznym, wydaje mi się nie tylko pozostawać w zgodzie z sensem wyjątku in house oraz z wyrażoną przez Trybunał i powołaną w pkt 38 powyżej potrzebą interpretacji takiego wyjątku w sposób ścisły, ale również odpowiadać potrzebie – wyrażonej przez różne strony, które w niniejszej sprawie przedstawiły swoje uwagi – nierozszerzania ponad racjonalne limity odstępstw od regulacji prawnych w zakresie zamówień publicznych, co niesie ryzyko wyłączenia ważnych działów sektora ekonomicznego spod obowiązywania przepisów o zamówieniach publicznych oraz wymyka się celom otwarcia na konkurencję³⁰, do których, jak wskazano w tym samym pkt 38, przepisy te dążą³¹.

47. W odniesieniu do postępowania głównego z informacji znajdujących się w aktach Trybunału wynika, że miasto Hamburg jest ewentualnie zdolne do sprawowania nad spółką HIS jedynie kontroli analogicznej, wykonywanej łącznie z innymi krajami związkowymi oraz z Republiką Federalną Niemiec, co między innymi jest kwestionowane przez niektórych interwenientów³². Zatem przyznając nawet, że miasto Hamburg sprawuje w sposób wyłączny kontrolę analogiczną nad TUHH – czego ustalenie, również w oparciu o odpowiedź na drugie pytanie prejudycjalne przedstawione Trybunałowi przez sąd odsyłający, należałoby w każdym razie właśnie do tego sądu – wyjątek, o którym mowa w punktach poprzedzających, dotyczący horyzontalnych zamówień o charakterze wewnętrznym, nie mógłby jednak mieć zastosowania.

30 — Zobacz w tym względzie także ww. wyrok w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 58, 59.

31 — Należy na marginesie podnieść, że analogiczne rozwiązanie wydaje się tym, które przyjęte zostało w ostatniej wersji projektu dyrektywy Parlamentu i Rady w sprawie zamówień publicznych, który to projekt jest obecnie przedmiotem dyskusji w Radzie (dokument Rady nr 11745/13, zob. w szczególności art. 11 ust. 2 wymienionego projektu).

32 — W szczególności Komisja kwestionuje istnienie relacji natury kontrolnej pomiędzy miastem Hamburgiem i spółką HIS z powodu braku stałego przedstawiciela tego miasta w radzie nadzorczej owej spółki. W świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie prejudycjalne nie ma jednak potrzeby zajęcia stanowiska w tej materii.

48. Konkludując, z powyższych rozważań wynika, że – z zastrzeżeniem ustaleń należących do kompetencji sądu odsyłającego – umowa taka jak ta będąca przedmiotem postępowania głównego stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu dyrektywy 2004/18 w zakresie, w jakim stanowi ona zawartą pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą pisemną umowę, mającą za przedmiot świadczenie usług zgodnie z cytowaną dyrektywą. Jako taka podlega ona co do zasady procedurze udzielania zamówień przewidzianej w tej dyrektywie. Niezależnie od kwestii, czy pomiędzy miastem Hamburgiem z jednej strony a TUHH i spółką HIS z drugiej istnieją powiązania o charakterze „kontroli analogicznej”, takie zamówienie nie może korzystać z wyjątku w stosowaniu wskazanych procedur, w myśl orzeczenia w sprawie Teckal, jako że nie istnieje żaden związek o charakterze kontrolnym pomiędzy instytucją zamawiającą, czyli TUHH, a wykonawcą, czyli spółką HIS. Moim zdaniem taka umowa nie wchodzi nawet w zakres horyzontalnych zamówień o charakterze wewnętrznym, które mogą skorzystać z wyjątku w stosowaniu procedur dotyczących udzielania zamówień publicznych, jako że transakcja, której celem jest wykonanie zadań w interesie publicznym ze strony organu administracji kontrolującego dwa podmioty zawierające umowę, którą to możliwość wskazałem w pkt 44–46 powyżej, musi zostać w mojej ocenie ograniczona do przypadków, kiedy instytucja kontrolująca sprawuje kontrolę analogiczną na zasadzie wyłączności nad obiema stronami umowy, co oczywiście nie ma miejsca w toczącym się przed sądem odsyłającym postępowaniu.

2. W przedmiocie współpracy pomiędzy jednostkami publicznymi

49. Sąd odsyłający rozważa również możliwość, że zamówienie stanowiące przedmiot postępowania głównego mogłoby skorzystać z drugiego wyjątku, rozwiniętego w orzecznictwie, w stosowaniu procedur udzielania zamówień publicznych, czyli wyjątku, o którym wspomniano w pkt 5, przewidzianego dla przypadku współpracy pomiędzy jednostkami publicznymi.

50. Orzecznictwo uzależnia powstanie wskazanego wyjątku od istnienia pięciu kumulatywnych wymogów, z których spełnione muszą zostać wszystkie, aby przedmiotowa umowa mogła zostać wyłączona z zakresu zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych³³. Trybunał przewidział zatem, że z zakresu zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych mogą zostać wyłączone umowy ustanawiające, po pierwsze, współpracę pomiędzy jednostkami publicznymi, która, po drugie, zakłada zagwarantowanie realizacji przez te instytucje wspólnego im zadania polegającego na świadczeniu usług publicznych. Po trzecie, umowy takie mogą zostać zawarte wyłącznie pomiędzy jednostkami publicznymi, z wyłączeniem udziału w nich jednostek o charakterze prywatnym. Po czwarte, żaden prywatny wykonawca nie powinien znajdować się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do swoich konkurentów, i wreszcie, po piąte, nawiązanie współpracy pomiędzy jednostkami publicznymi powinno zostać określone jedynie względami i wymaganiami związanymi z dążeniem do osiągnięcia celów leżących w interesie publicznym³⁴.

51. Jednakże to do sądu odsyłającego należy poczynienie ustaleń koniecznych do stwierdzenia występowania, w konkretnym przypadku, wszystkich wskazanych kryteriów. Niemniej jednak Trybunał jest uprawniony do udzielenia sądowi odsyłającemu wszelkich wskazówek interpretacyjnych z zakresu prawa wspólnotowego, które mogą okazać się mu pomocne przy wydaniu orzeczenia³⁵.

52. W szczególności sąd odsyłający wyraża dwie wątpliwości w przedmiocie zastosowania wyjątku przewidzianego dla współpracy pomiędzy jednostkami publicznymi w niniejszej sprawie.

33 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. postanowienie w sprawie Consiglio Nazionale degli Ingegneri, pkt 45.

34 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 34, 35 i przytoczone tam orzecznictwo; ww. postanowienie w sprawie Consiglio Nazionale degli Ingegneri, pkt 43, 44.

35 — Wyrok z dnia 26 września 2013 r. w sprawie C-418/11 Texdata Software, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo.

53. Po pierwsze, sąd odsyłający wyklucza zastosowanie wskazanego wyjątku ze względu na charakter spółki HIS, będącej spółką z ograniczoną odpowiedzialnością prawa prywatnego. Ten pogląd sądu odsyłającego stawia pytanie o zakres podmiotowego stosowania wskazanego wyłączenia.

54. W tym względzie należy zauważyć, że w ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom – pierwszej sprawie, w której uznane zostało istnienie wskazanego wyjątku – Trybunał użył pojęcia „organów państwa”³⁶ celem wskazania podmiotów, które mogłyby wziąć udział we współpracy, chociaż porozumienie o współpracy w przedmiotowej sprawie zawarte zostało pomiędzy miastem Hamburgiem a czterema sąsiadującymi Landkreise³⁷. Użycie przez Trybunał tego pojęcia wskazywało, że rzeszone odstępnie nie było zarezerwowane wyłącznie dla współpracy pomiędzy jednostkami lokalnymi³⁸. Następnie w ww. wyroku w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. Trybunał użył pojęcia współpracy pomiędzy „jednostkami publicznymi”³⁹.

55. Niezależnie od kwestii terminologicznych sędzę jednak, że konieczne jest zastosowanie w tym względzie kryterium funkcjonalnego, nie zaś formalnego⁴⁰. Z tego punktu widzenia uważam, że prywatny charakter jednego z podmiotów, które uczestniczą we współpracy, nie stanowi sam w sobie przeszkody w stosowaniu przedmiotowego wyjątku w zakresie, w jakim zostanie wykazane, że pomimo posiadania takiego charakteru podmiot ten jest w rzeczywistości podmiotem publicznym⁴¹, co wydaje mi się mieć oczywiście miejsce w przypadku spółki o kapitale zakładowym należącym w całości do instytucji publicznych, takiej jak spółka HIS.

56. W mojej ocenie trzeci z warunków określonych w orzecznictwie i przytoczonych w pkt 50 powyżej nie narzuca bowiem jednostko, „które ustanawiają współpracę, aby posiadały one formalny charakter podmiotów prawa publicznego, ale stawia raczej wymóg całkowitego braku interesów prywatnych w ramach takich jednostek. W tym względzie można dodać, że udział interesów prywatnych musi zostać wyłączony podczas całego okresu obowiązywania umowy, której dotyczy postępowanie główne. Konsekwencją sytuacji, w której kapitał zakładowy wykonawcy będącego podmiotem prawa prywatnego zostałby otwarty na prywatnych udziałowców, byłoby bowiem udzielenie zamówienia publicznego spółce mieszanej, z pominięciem procedur przetargowych, co pozostawałoby w sprzeczności z celami, do których dąży prawo Unii”⁴².

36 — Zobacz pkt 34, 44, 45, 47 wskazanego wyroku.

37 — Landkreise, lub powiaty wiejskie, stanowią jednostki administracyjne w Niemczech, które grupują różne gminy zlokalizowane w tym samym regionie geograficznym.

38 — Zobacz ww. opinia rzecznika generalnego V. Trstenjak w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 69.

39 — Zobacz pkt 34, 35 wskazanego wyroku.

40 — Analogicznie zresztą do kryterium przyjętego przez Trybunał dla zdefiniowania pojęć instytucji zamawiającej i podmiotu prawa publicznego w oparciu o art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18. Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb.Orz. s. I-11173, pkt 37; z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Zb.Orz. s. I-2339, pkt 37.

41 — W tym względzie zauważam na marginesie, że wedle orzecznictwa posiadanie statusu podmiotu prawa prywatnego nie stanowi kryterium wystarczającego do wykluczenia kwalifikacji tego podmiotu jako podmiotu prawa publicznego, a więc także jako instytucji zamawiającej [zob. wyroki Trybunału: z dnia 15 maja 2003 r. w sprawie C-214/00 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-4667, pkt 55; z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-283/00 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-11697, pkt 74; wyroki te dotyczą dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54), która w art. 1 lit. b) zawierała definicję pojęcia „podmiotu prawa publicznego” tożsamą z tą, która zawarta jest w dyrektywie 2004/18]. Należy raczej, co należy do sądu odsyłającego, dokonać weryfikacji, czy w świetle odnośnego orzecznictwa taki podmiot spełnia trzy kumulatywne warunki przewidziane w art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18, czy też ich nie spełnia; nie ma natomiast w tym zakresie znaczenia forma prawna zainteresowanych podmiotów. Zobacz ww. wyrok z dnia 15 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 54.

42 — Zobacz analogicznie ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 30.

57. Po drugie, sąd odsyłający uważa, że drugi z warunków przewidzianych przez orzecznictwo, zgodnie z którym celem współpracy ma być zagwarantowanie realizacji wspólnej dla obu tych jednostek funkcji świadczenia usług publicznych, nie został spełniony w niniejszej sprawie, jako że – chociaż §§ 2 i 3 statutu spółki HIS przewidują, iż przedmiotem jej działalności jest świadczenie pomocy szkołom wyższym, a zatem wskazana jednostka dąży do osiągnięcia celów w interesie ogólnym – funkcja tej spółki nie mogłaby jednak zostać uznana za podobną do prawdziwej i właściwej misji polegającej na świadczeniu usług publicznych, która to misja zostałaby jej wyznaczona.

58. Nie zgadzam się z podejściem przyjętym – jak się wydaje – przez sąd odsyłający, zgodnie z którym aby zadanie świadczenia usług publicznych mogło zostać uznane za wspólne jednostkom publicznym uczestniczącym we współpracy, jest absolutnie konieczne, aby *wykonywanie* takiego zadania było zadaniem własnym każdej z nich.

59. W istocie, chociaż konieczne jest, aby współpraca nastawiona była na świadczenie *wspólnej* funkcji publicznej, i wobec tego wystarczy, aby prawny obowiązek wypełniania przedmiotowych funkcji publicznych ciążył tylko na jednej z zaangażowanych jednostek władzy publicznej, podczas gdy rola drugiej ogranicza się do samej pomocy w wypełnianiu rzeczony funkcji poprzez podjęcie się przy realizacji zamówienia funkcji, która do niej nie należy⁴³, uważam jednak, że może wystąpić współpraca nakierowana na zapewnienie wykonania wspólnej funkcji w świadczeniu usług publicznych nawet w przypadku istnienia *specyficznej komplementarności* pomiędzy funkcjami dotyczącymi usług publicznych świadczonymi przez zainteresowane jednostki publiczne, zaś współpraca dotyczyć będzie ściśle tych specyficznie się uzupełniających funkcji. Pojęcie komplementarności nie może jednak stanowić furtki do systemu wyjątków w zakresie współpracy w odniesieniu do działalności, które charakteryzują się jakimkolwiek powiązaniem. W mojej ocenie sama zwykła współpraca w odniesieniu do funkcji świadczenia usług publicznych nie jest bowiem wystarczająca. Jest nieodzowne, aby taka komplementarność miała charakter specyficzny, w takim sensie, że powinna dotyczyć, w odniesieniu do wszystkich zainteresowanych jednostek publicznych, ściśle tej funkcji, która stanowi przedmiot współpracy; wydaje mi się, że ma to na przykład miejsce w odniesieniu do funkcji nauczania i badań naukowych w postępowaniu głównym.

60. Z tego punktu widzenia z informacji znajdujących się w aktach wynika bowiem, że specyficzna funkcja wykonywana przez spółkę HIS, której kapitał w pełni należy do podmiotów prawa publicznego, polega na świadczeniu usług na rzecz publicznych szkół wyższych celem zapewnienia racjonalnego i ekonomicznie opłacalnego wykonywania ich misji w zakresie szkolnictwa wyższego. Wydaje mi się zatem, że taka funkcja pozostaje w mającym charakter specyficznej komplementarności związku z wykonywaną przez uniwersytety funkcją nauczania i prowadzenia badań naukowych, tak aby móc stworzyć – przy założeniu, że wszystkie inne warunki zostaną spełnione – współpracę mieszczącą się w ramach wyjątku określonego w orzecznictwie, a dotyczącego współpracy pomiędzy jednostkami publicznymi. W tym względzie dodam, że w mojej ocenie nie bez znaczenia dla przeprowadzonej analizy jest okoliczność, iż wypełnienie rzeczony funkcji stanowi wyraz woli niemieckiego ustawodawcy konstytucjonalnego, który w art. 91c ust. 1 konstytucji przewidział formy współpracy pomiędzy federacją i krajami związkowymi w zakresie tworzenia i korzystania z technicznych systemów informatycznych niezbędnych do wykonywania ich zadań.

61. Po dokonaniu analizy wątpliwości sądu odsyłającego należy ponadto zatrzymać się nad kwestią podniesioną przez Komisję. Rzeczona instytucja podczas rozprawy istotnie potwierdziła, że zastosowanie przedmiotowego wyjątku w niniejszej sprawie jest wyłączone, jako że współpraca pomiędzy jednostkami publicznymi dotycząca czynności wchodzących w zakres misji publicznej nie może być wykonywana w ramach umowy, która przewiduje świadczenie usług w zamian za wynagrodzenie.

43 — Zobacz podobnie ww. opinia rzecznika generalnego V. Trstenjak w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 75.

62. Odnosząc się do tej kwestii, na wstępie podnoszę, że Trybunał w ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom stwierdził już, iż prawo Unii nie narzuca w żaden sposób organom władzy publicznej wykorzystywania szczególnej formy prawnej dla zapewnienia wspólnego wykonywania ich misji publicznej⁴⁴. W tamtym przypadku zresztą współpraca pomiędzy miastem Hamburgiem a Landkreise przybrała właśnie formę umowną.

63. Należy jednak ponadto zauważyć, że we wskazanym wyroku Trybunał podkreślił, iż świadczenie odnośnych usług, czyli unieszkodliwianie odpadów, powodowało zapłatę ceny jednie na rzecz zarządcy zakładu składowania odpadów, będącego drugą stroną umowy z miastem Hamburgiem, podczas gdy właściwa współpraca wprowadzona w życie przez umowę pomiędzy zaangażowanymi organami, czyli usługi polegające na zapewnieniu czystości w mieście Hamburgu oraz w Landkreise, nie przewidywała operacji finansowych pomiędzy nimi⁴⁵.

64. Zastanawiam się więc, czy dla zastosowania przedmiotowego wyjątku w odniesieniu do porozumienia przewidującego współpracę jest konieczne, aby takie porozumienie nie zakładało operacji finansowych pomiędzy zainteresowanymi instytucjami publicznymi.

65. W tym względzie podnoszę jednak, że w ww. wyroku w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., w którym Trybunał odwołał się, w sposób bardziej szczegółowy i systematyczny, w oparciu o wcześniejszy ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, do pięciu kumulatywnych wymogów, które muszą być spełnione, aby przedmiotowe porozumienie mogło skorzystać z wyjątku w stosowaniu przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych, Trybunał nie odniósł się do żadnego kryterium tego rodzaju. Z okoliczności tej wywodzę, iż nie było zamiarem Trybunału, aby zupełny brak operacji finansowych pomiędzy współpracującymi jednostkami stał się kryterium koniecznym do zastosowania przedmiotowego wyjątku.

66. Za nieodłączny warunek wystąpienia takiego wyjątku uważam jednak to, że płatności przewidziane przez jednostkę za świadczenie jakiejś określonej usługi na rzecz innej jednostki w ramach łączącej je współpracy nie mogą odzwierciedlać cen rynkowych, ale muszą być zorientowane na koszty i opłaty faktycznie poniesione w celu świadczenia usługi, co budzi moje wątpliwości odnośnie do zgodności z takim wymaganiem ewentualnego wcześniejszego ustalenia przewidującego zapłatę w formie ryczałtu za koszty poniesione w związku ze świadczeniem usługi.

67. W każdym razie do właściwości sądu odsyłającego należeć będzie poczynienie koniecznych ustaleń w tym względzie, a także ustaleń dotyczących spełnienia wszystkich innych wymogów określonych w orzecznictwie, celem zastosowania wyjątku przewidzianego dla współpracy pomiędzy instytucjami publicznymi.

B – W przedmiocie pytania drugiego

68. W drugim pytaniu prejudycjalnym, przedstawionym Trybunałowi w razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej, sąd odsyłający stawia w istocie pytanie, czy kontrola analogiczna, wskazana w wyroku w sprawie Teckal, musi obejmować całą działalność wykonawcy, czy wystarczy, gdy ogranicza się ona do dziedziny zakupów.

69. Na wstępie podnoszę, że w świetle rozważań poczynionych w ramach analizy pierwszego pytania prejudycjalnego, w przypadku gdyby Trybunał miał podzielić wyrażony przeze mnie pogląd, udzielenie odpowiedzi na to pytanie nie byłoby konieczne, jako że zastosowanie wyjątku in house byłoby w każdym razie wyłączone w sprawie toczącej się przed sądem odsyłającym. Zatem jedynie dla porządku przedstawiam poniższe rozważania w zakresie drugiego pytania prejudycjalnego.

44 — Punkt 47 wskazanego wyroku.

45 — Ibidem, pkt 43.

70. W pkt 34 powyżej przypominałem zasadnicze cechy kontroli analogicznej, które nakreślone zostały w orzecznictwie. W pkt 39–41 powyżej przypominałem natomiast cel, jaki stoi u podstaw uznania wyjątku *in house*, który wyjaśnia także sens samego wymogu kontroli analogicznej.

71. Z rozważań tych, a w szczególności z konieczności, aby kontrola ta odbywała się na poziomach strukturalnym i funkcjonalnym, można w mojej ocenie wywnioskować, że co do zasady kontrola taka musi rozciągać się na całość działalności wykonawcy i nie może zostać ograniczona jedynie do segmentu zamówień. Jednostka „*in house*” musi bowiem w istocie działać jako organ administracji publicznej, zaś ta ostatnia musi wywierać determinujący wpływ na strategiczne cele i ważne decyzje podmiotu przez nią kontrolowanego⁴⁶.

72. Jednakże należy przypomnieć, że Trybunał wyjaśnił już, iż jeżeli orzecznictwo wymaga, aby kontrola sprawowana nad wykonawcą przez instytucję zamawiającą była analogiczna do tej, jaką instytucja ta sprawuje nad własnymi służbami, to jednak nie narzuca ono, aby kontrola sprawowana nad wykonawcą musiała być pod każdym względem identyczna z tą, jaka jest sprawowana nad jej służbami⁴⁷.

73. W tym względzie należy podnieść, że autonomia, z której korzystają uniwersytety w dziedzinie nauczania i badań naukowych, jest wyrazem wolności nauczania i prowadzenia badań, zasady wyrażonej nie tylko na poziomie konstytucyjnym w art. 5 ust. 3 konstytucji niemieckiej, ale także w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej, która w art. 13 stanowi, że badania naukowe są wolne, a wolność akademicka jest szanowana. Z tego punktu widzenia uważam zatem, że aby instytucje takie jak uniwersytety mogły korzystać z wyjątku *in house*, nie można wymagać, by podlegały one kontroli, która obejmowałaby również działalność dydaktyczną i badania, jako że autonomia uniwersytetów w stosunku do takich czynności jest wyrazem poszanowania wartości o charakterze konstytucyjnym, wspólnych systemom prawnym państw członkowskich oraz usankcjonowanych w karcie.

74. Zresztą można w tym względzie także podnieść, że Trybunał miał już okazję zajmować się w swoim orzecznictwie specyfiką uniwersytetów w odniesieniu do przepisów w dziedzinie zamówień publicznych⁴⁸.

75. Z powyższego wynika, że jeżeli Trybunał miałby uznać za konieczne udzielenie odpowiedzi także na drugie pytanie prejudycjalne przedstawione przez sąd odsyłający, odpowiedź w mojej ocenie powinna być taka, że kontrola analogiczna powinna obejmować całość działalności wykonawcy, z zastrzeżeniem właściwych uniwersytetom prerogatyw dotyczących nauczania oraz prowadzenia badań.

V – Wnioski

76. Na podstawie całości powyższych rozważań proponuję zatem, by na pierwsze pytanie prejudycjalne przedstawione przez Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

Umowa mająca za przedmiot świadczenie usług, w odniesieniu do których beneficjent tych usług, będący instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektywy 2004/18, nie sprawuje nad świadczącym je podmiotem kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, lecz zarówno beneficjent, jak i wykonawca poddani są kontroli przez tę samą instytucję, która może zostać zakwalifikowana jako instytucja zamawiająca w rozumieniu powołanej dyrektywy, zaś zarówno

46 — Zobacz orzecznictwo cytowane w przypisie 21 i ww. wyrok w sprawie *Sea*, pkt 65.

47 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie *Coditel Brabant*, pkt 46.

48 — Zobacz ww. wyroki: w sprawie *CoNISMa*, pkt 48, 49, 51; w sprawie *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, pkt 27.

beneficjent usług, jak i wykonawca usług realizują zasadniczą część swojej działalności na rzecz wspólnej instytucji nadrzędnej, stanowi zamówienie publiczne w zakresie, w jakim jest ona umową zawartą na piśmie pomiędzy instytucją zamawiającą korzystającą z usług a świadczącym te usługi wykonawcą, jeżeli przedmiotem rzeczony umowy jest takie świadczenie, które może zostać zakwalifikowane jako świadczenie usług w rozumieniu przytoczonej dyrektywy.

Umowa taka może skorzystać z wyjątku od stosowania procedur udzielenia zamówień publicznych przewidzianych w przepisach Unii w dziedzinie zamówień publicznych jedynie w przypadku, kiedy instytucja zamawiająca wykonuje kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i w sposób wyłączny, zarówno nad beneficjentem usług, jak i nad wykonawcą, zaś oba te podmioty realizują zasadniczą część swojej działalności na rzecz tej instytucji kontrolującej, lub też w przypadku, kiedy umowa taka spełnia wszelkie wymagania przewidziane dla zastosowania wyjątku odnoszącego się do współpracy pomiędzy jednostkami publicznymi.