



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 2 kwietnia 2020 r.¹

Sprawa C-3/19

Asmel società consortile a r.l.
przeciwko
A.N.A.C. – Autorità Nazionale Anticorruzione
przy udziale:
A.N.A.C.A.P. – Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi entrate

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

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Centralne jednostki zakupujące – Małe gminy – Ograniczenie do jedynie dwóch publicznych modeli organizacyjnych centralnych jednostek zakupujących – Zakaz udziału kapitału prywatnego – Zakres swobodnego uznania państw członkowskich – Terytorialne ograniczenie ich działań

1. Obowiązujące w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy prawo włoskie, zgodnie z jego wykładnią dokonaną przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy), dopuszcza, aby małe jednostki samorządu terytorialnego korzystały z centralnych jednostek zakupujących w celu zakupu robót budowlanych, towarów i usług, o ile występują one wyłącznie jako organizacje publiczne, takie jak konsorcja gmin lub związki gmin.

2. Sąd odsyłający ma wątpliwości co do zgodności tego środka z prawem Unii, ponieważ mógłby on ograniczyć korzystanie z centralnych jednostek zakupujących w sposób niezgodny z dyrektywą 2004/18/WE², mającą *ratione temporis* zastosowanie w czasie, do którego odnosi się pytanie prejudycjalne i z „zasadami swobodnego przepływu usług i maksymalnego otwarcia na konkurencję w dziedzinie zamówień publicznych”.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 2004/18

3. Zgodnie z motywem piętnastym tej dyrektywy:

„W niektórych państwach członkowskich opracowano pewne zcentralizowane techniki zakupów. Niektóre instytucje zamawiające odpowiadają za nabywanie lub udzielanie zamówień publicznych lub umów ramowych dla innych instytucji zamawiających. Z uwagi na duże wolumeny zakupów techniki te pomagają w zwiększeniu konkurencji i usprawnieniu procesu dokonywania zakupów publicznych.

¹ Język oryginału: hiszpański

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. 2004, L 134, s. 114).

Należy zatem przewidzieć w przepisach wspólnotową definicję centralnych jednostek zakupujących obsługujących instytucje zamawiające. Należy także zdefiniować warunki, na podstawie których można uznać, zgodnie z zasadami niedyskryminacji oraz równego traktowania, że instytucje zamawiające dokonujące zakupu robót budowlanych, dostaw i/lub usług za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej, postępują zgodnie z niniejszą dyrektywą”.

4. Motyw szesnasty wskazuje:

„Z uwagi na różne okoliczności występujące w państwach członkowskich, należy pozostawić im wybór, czy instytucje zamawiające mogą korzystać z umów ramowych, centralnych jednostek zakupujących, dynamicznych systemów zakupów, aukcji elektronicznych, czy też procedury dialogu konkurencyjnego, zdefiniowanych i uregulowanych niniejszą dyrektywą”.

5. Zgodnie z art. 1 („Definicje”):

„[...]

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;
- 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 państw, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Niewyczerpujące wykazy podmiotów lub kategorii podmiotów prawa publicznego spełniających kryteria wymienione w lit. a), b) i c) drugiego akapitu zostały wskazane w załączniku III. Państwa członkowskie okresowo powiadamiają Komisję o wszelkich zmianach w swoich wykazach.

10. »Centralna jednostka zakupująca« oznacza instytucję zamawiającą, która:

- nabywa dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających, lub
- udziela zamówień publicznych lub zawiera umowy ramowe na roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających.

[...]”.

6. Artykuł 11 („Zamówienia publiczne oraz umowy ramowe udzielane przez centralne jednostki zakupujące”) stanowi:

„1. Państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość zakupu przez instytucje zamawiające robót budowlanych, dostaw lub usług za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej.

2. Uznaje się, że instytucje zamawiające, które dokonują zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług od lub za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej w przypadkach określonych w art. 1 ust. 10, stosują się do niniejszej dyrektywy, o ile stosują się do niej centralne jednostki zakupujące”.

B. Prawo włoskie

1. *Testo unico degli enti locali (tekst jednolity w sprawie jednostek samorządu terytorialnego)*³

7. Zgodnie z art. 30 ust. 1:

„W celu wykonywania w sposób skoordynowany określonych zadań i usług jednostki samorządu terytorialnego mogą zawierać między sobą odpowiednie porozumienia”.

8. Artykuł 31 ust. 1 stanowi:

„Do celów wspólnego zarządzania co najmniej jedną usługą oraz wspólnego pełnienia funkcji, jednostki samorządu terytorialnego mogą utworzyć konsorcjum zgodnie z zasadami przewidzianymi dla przedsiębiorstw specjalnych, o których mowa w art. 114, w zakresie w jakim są z nimi zgodne. Inne podmioty publiczne mogą uczestniczyć w konsorcjum, o ile są do tego upoważnione zgodnie z przepisami regulującymi ich działania”.

9. Artykuł 32 ust. 1 stanowi:

„Związek gmin jest jednostką samorządu terytorialnego składającą się z dwóch lub więcej gmin, zazwyczaj sąsiadujących ze sobą, mających na celu łączne wykonywanie zadań i usług”.

2. *Codice dei contratti pubblici (kodeks zamówień publicznych)*⁴

10. W art. 3 ust. 25 określono jako instytucje zamawiające:

„Organy administracji państwowej, jednostki samorządu terytorialnego; inne podmioty publiczne nieposiadające charakteru gospodarczego, podmioty prawa publicznego; stowarzyszenia, związki i konsorcja, niezależnie od ich nazwy, utworzone przez te podmioty”.

11. Zgodnie z art. 3 ust. 34 centralna jednostka zakupująca oznacza:

„Instytucję zamawiającą, która

- nabywa dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających lub dla innych jednostek zamawiających, lub
- udziela zamówień publicznych lub zawiera umowy ramowe na roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających lub dla innych jednostek zamawiających”.

³ Dekret ustawodawczy nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r. (zwany dalej „T.U.E.L.”).

⁴ Dekret z mocą ustawy nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dalej zwany „CCP”).

12. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 33 ust 3a⁵:

„Gminy, których liczba ludności nie przekracza 5000 mieszkańców na terytorium każdej prowincji, udzielają obowiązkowo jednej centralnej jednostce zakupującej zamówienia na zakup robót budowlanych, dostaw i usług w ramach związków gmin, o których mowa w art. 32 tekstu jednolitego ujętego w dekrete ustawodawczym nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r., jeżeli takie istnieją lub poprzez zawarcie specjalnej umowy konsorcjum między samymi gminami i skorzystanie z usług właściwych urzędów”.

13. W rozumieniu zmienionej⁶ (w 2014 r.) treści tego samego art. 33 ust. 3a:

„Gminy, które nie są stolicą prowincji, nabywają roboty budowlane, towary i usługi w ramach związków gmin, o których mowa w art. 32 dekretu ustawodawczego nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r., jeżeli takie istnieją lub poprzez zawarcie specjalnej umowy konsorcjum między samymi gminami i skorzystanie z usług właściwych urzędów, lub poprzez skorzystanie z podmiotu grupującego gminy lub prowincji zgodnie z ustawą nr 56 z dnia 7 kwietnia 2014 r. Alternatywnie, same gminy będą mogły dokonywać zakupów poprzez elektroniczne narzędzia zakupu zarządzane przez Consip S.p.A. lub przez inną właściwą jednostkę grupującą gminy”.

II. Okoliczności faktyczne i pytania prejudycjalne

14. Asmel società consortile a.r.l. (zwana dalej „Asmel s.c.a.r.l”) jest spółką konsorcyjną z ograniczoną odpowiedzialnością utworzoną w dniu 23 stycznia 2013 r., w której kapitale mają udziały Consorcio Asmez (24%)⁷, prywatne stowarzyszenie Amel (25%)⁸ i gmina Caggiano (51%).

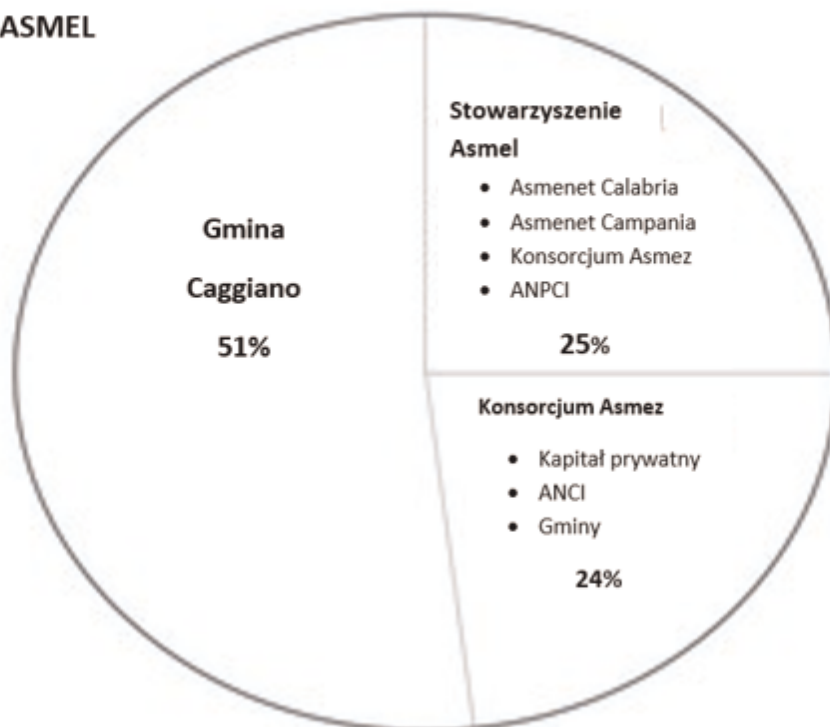
5 Wprowadzonym art. 23 ust. 4 dekretu z mocą ustawy nr 201 z dnia 6 grudnia 2011 r. zatwierdzonego ustawą nr 214 z dnia 22 grudnia 2011 r.

6 Artykuł 9 ust. 4 dekretu z mocą ustawy nr 66 z dnia 24 kwietnia 2014 r. zatwierdzonego ustawą nr 89 z dnia 23 czerwca 2014 r. Artykuł 33 ust. 3a CCP został następnie uchylony na mocy art. 217 dekretu ustawodawczego nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r.

7 Konsorcjum Asmez zostało utworzone w Neapolu przez prywatne firmy w dniu 25 marca 1994 r. Zaczęło prowadzić działalność z przyjęciem do grona wspólników Selene service s. r.l, która ma zawartą umowę z biurem w Kampanii Associazione Nazionale Comuni Italiani (krajowe stowarzyszenie gmin włoskich). Później do konsorcjum przystąpiły gminy w Basilicacie i Kalabrii.

8 Stowarzyszenie Asmel zostało utworzone w dniu 26 maja 2010 r. przez Asmenet Campania i Asmenet Calabria spółki konsorcyjne z ograniczoną odpowiedzialnością, a także przez Consorzio Asmez i Associazione Nazionale Piccoli Comuni Italiani (krajowe stowarzyszenie małych gmin włoskich).

SPÓŁKA ASMEL



15. Z biegiem lat Asmel s.c.a.r.l rozpoczęło działalność na rzecz jednostek samorządu terytorialnego jako centralna jednostka zakupująca⁹.

16. Powiązania Asmel s.c.a.r.l z gminami niebędącymi członkami, polegały na tym, że organy tych gmin podejmowały decyzje o podpisaniu umów, w których:

- z jednej strony powoływały się na wcześniejszą decyzję, na mocy której wyraziły zgodę na przystąpienie do stowarzyszenia Asmel i utworzenie konsorcjum w rozumieniu art. 33 ust. 3a CCP;
- z drugiej strony zlecały Asmel s.c.a.r.l przeprowadzanie postępowań przetargowych na platformie informatycznej¹⁰.

17. W związku z licznymi skargami Autorità Nazionale Anticorruzione (krajowy organ antykorupcyjny, zwany dalej „ANAC”) rozpoczął dochodzenie, w którym stwierdził, że Asmel s.c.a.r.l i konsorcjum Asmez nie stosowały się do modeli organizacyjnych dla centralnych jednostek zakupujących określonych w CCP

⁹ Zgodnie z postanowieniem odsyłającym Asmel zorganizowało konkretnie przetarg na zawarcie umów ramowych w celu powierzenia usługi rozliczania i kontroli gminnych podatków od nieruchomości, a także poboru należności podatkowych oraz sto pięćdziesiąt dwa internetowe postępowania przetargowe o różnym charakterze dla gmin powiązanych z Asmel s.c.a.r.l.

¹⁰ Wynagrodzenie za te usługi wynosiło 1,5% wartości umowy i wybrany oferent winien był je zapłacić od każdej umowy zawartej poprzez wskazaną platformę.

18. Zdaniem ANAC, Asmel s.c.a.r.l była podmiotem prawa prywatnego, w którego skład wchodziły z kolei inne stowarzyszenia. W związku z tym nie mogła ona być centralną jednostką zakupującą, ponieważ włoski system prawny wymaga działania w ramach procedur publicznych poprzez podmioty publiczne lub stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego, takich jak związki gmin i konsorcja gmin utworzone na mocy porozumień zawartych na podstawie art. 30 T.U.E.L. ANAC uściślił ponadto, że nawet gdyby korzystanie z podmiotów prywatnych było dopuszczone, powinny to być organy wewnętrzne, które prowadzą działalność ograniczoną do terytorium gmin założycielskich, podczas gdy w niniejszym przypadku nie istniały ani wymóg dotyczący podobnej kontroli, ani terytorialne ograniczenie prowadzonej działalności.

19. ANAC stwierdził, że spółka Asmel s.c.a.r.l prowadziła działalność nabywania towarów dla będących jej członkami jednostek samorządu terytorialnego, ale iż uczestniczyły one jedynie pośrednio w tej centralnej jednostce zakupującej. Wyjaśniał on, że jednostki samorządu terytorialnego początkowo przystąpiły do stowarzyszenia Asmel, a później na podstawie uchwały rady powierzyły funkcje w zakresie zakupów spółce Asmel s.c.a.r.l.

20. ANAC w drodze uchwały nr 32 z dnia 30 kwietnia 2015 r. wykluczył, by spółka Asmel s.c.a.r.l. mogła zostać uznana za podmiot prawa publicznego, zakazał jej prowadzenia działalności polegającej na pośrednictwie w zakresie zamówień publicznych i uznał przeprowadzone przez nią przetargi za niezgodne z prawem.

21. Spółka Asmel s.c.a.r.l zaskarżyła powyższą uchwałę ANAC do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum). W jej ocenie, nawet gdyby była podmiotem prawa powszechnego, miała osobowość prawną, spełniała wymogi interesu ogólnego, miała charakter nieprzemysłowy i niehandlowy, była finansowana przez będące jej członkami jednostki lokalnego samorządu terytorialnego oraz działała pod ich dominującym wpływem. W związku z powyższym, Asmel s.c.a.r.l twierdziła, że jest instytucją zamawiającą, która spełnia wymogi niezbędne dla uznania jej za „centralną jednostkę zakupującą”.

22. W wyroku nr 2339 z dnia 22 lutego 2016 r. sąd pierwszej instancji oddalił skargę Asmel s.c.a.r.l. Sąd ten wykluczył możliwość uznania Asmel s.c.a.r.l. za podmiot prawa publicznego ze względu na zasady jej finansowania i kontrolę zarządzania. Stwierdził on, że spółka Asmel s.c.a.r.l. nie dostosowała się do modeli organizacyjnych centralnych jednostek zakupujących nałożonych przez CCP i wskazał, że jej zakres działalności powinien ograniczać się do terytorium gmin założycielskich.

23. Asmel s.c.a.r.l wniosła odwołanie od wyroku sądu pierwszej instancji do Consiglio di Stato (rady stanu) podnosząc szereg zarzutów, z których dwa zostały uznane przez ten sąd za istotne w niniejszej sprawie:

- błędne uznanie, że model organizacyjny spółki konsorcyjnej jest niezgodny z przepisami CCP dotyczącymi centralnych jednostek zakupujących; i
- w CCP nie nałożono na te centralne jednostki zakupujące żadnego terytorialnego ograniczenia działalności.

24. Consiglio di Stato (rada stanu) twierdzi, że publiczne jednostki samorządu terytorialnego należą do instytucji zamawiających wymienionych w art. 3 ust. 25 CCP. Każda z tych jednostek może pełnić funkcję centralnej jednostki zakupującej (art. 3 ust. 34 CCP). Jednakże małe gminy muszą działać poprzez „określony model organizacyjny” (art. 33 ust. 3a CCP), który różni się od ogólnie przewidzianego dla innych organów administracji.

25. Zgodnie z tym „określonym modelem”, małe gminy¹¹ mogą zwrócić się do centralnych jednostek zakupujących działających jedynie w jednej z dwóch form: a) związków gmin wskazanych w art. 32 T.U.E.L. i b) konsorcjów jednostek samorządu terytorialnego wskazanych w art. 31 T.U.E.L.¹²

26. W opinii Consiglio di Stato (rady stanu) powyższy obowiązek spoczywający na małych gminach wydaje się jednak sprzeczny z możliwością korzystania z centralnych jednostek zakupujących bez ograniczania form współpracy.

27. Wskazuje również na dodatkowe ograniczenie w ustawodawstwie krajowym w odniesieniu do konsorcjów gmin, które to ograniczenie wyklucza udział podmiotów prywatnych¹³. Zdaniem Consiglio di Stato (rady stanu) wyłączenie to może być sprzeczne z przewidzianymi w prawie Unii Europejskiej zasadami swobodnego przepływu usług i maksymalnego otwarcia na konkurencję, ograniczając do wyliczonych wyczerpująco włoskich podmiotów publicznych świadczenie usług, które mogą zostać uznane za działalność przedsiębiorstwa i które z tego punktu widzenia mogłyby zostać lepiej wykonane w ramach systemu wolnej konkurencji na rynku wewnętrznym.

28. Ponadto Consiglio di Stato (rada stanu) wskazuje, że chociaż wewnętrzne ustawodawstwo nie określa obszaru działalności centralnych jednostek zakupujących, to wskazuje na połączenie między terenem gmin, które korzystają z centralnych jednostek zakupujących, a między ich obszarem działalności. Wspomniany obszar jest zatem ograniczony do terytorium gmin należących do związku gmin lub wchodzących w skład konsorcjum. Zdaniem Consiglio di Stato (rady stanu) takie wytyczenie granic jest również sprzeczne z zasadą swobodnego przepływu usług i zasadą maksymalnego otwarcia na konkurencję, ponieważ ustanawia ono obszary wyłączności dla działalności centralnych jednostek zakupujących.

29. W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu) zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy przepis krajowy, taki jak art. 33 ust. 3a [CCP], który ogranicza autonomię gmin w zakresie korzystania z centralnej jednostki zakupującej jedynie do dwóch modeli organizacyjnych, takich jak związek gmin, jeżeli już istnieje, lub konsorcjum gmin, które ma zostać utworzone, jest sprzeczny z prawem wspólnotowym?
- 2) W każdym razie, czy przepis krajowy, taki jak art. 33 ust. 3a [CCP] – który w związku z art. 3 ust. 25 dekretu ustawodawczego nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. z uwagi na model organizacyjny konsorcjum gmin wyłącza możliwość tworzenia podmiotów na podstawie prawa prywatnego, takich jak np. konsorcjum na podstawie prawa powszechnego także z udziałem podmiotów prywatnych – jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z zasadami swobodnego przepływu usług i maksymalnego otwarcia na konkurencję w zakresie zamówień publicznych na usługi?
- 3) Wreszcie, czy przepis krajowy taki jak art. 33 ust. 3a [CCP] – który, gdyby go interpretować w ten sposób, że zezwala konsorcjum gmin będących centralnymi jednostkami zakupującymi na prowadzenie działalności na terytorium odpowiadającym terytorium uczestniczących gmin traktowanemu jako całość, a tym samym co najwyżej w obrębie jednej prowincji, ogranicza zakres

11 Początkowo, zgodnie z pierwotnym sformulowaniem tego przepisu, gminy o liczbie mieszkańców poniżej 5000, a następnie zgodnie z wersją z 2014 r., wszystkie gminy niebędące stolicą prowincji.

12 Należy jednak dodać, jak zaznacza włoski rząd, że sporny przepis zezwala, od momentu jego zmiany w 2014 r., aby „alternatywnie, same gminy mogły dokonywać swoich zakupów poprzez instrumenty elektronicznego zakupu zarządzane przez Consip S.p.A. lub przez inną właściwą jednostkę grupującą gminy”. Do powyższych dwóch możliwości odsyłała uchwała ANAC z dnia 30 kwietnia 2015 r., w której podkreślano, że małe gminy mogły zwrócić się do centralnej jednostki zakupującej utworzonej na szczeblu kraju, w celu dokonywania zakupów od organów administracji publicznej (Consip) lub do innych „właściwych jednostek grupujących gminy”, między innymi, do centralnych jednostek zakupujących na szczeblu lokalnym.

13 Zgodnie z definicją „instytucji zamawiającej” wskazaną w art. 3 ust. 25 CCP, konsorcja, które mają taki charakter są tworzone jedynie między podmiotami publicznymi.

działania tych centralnych jednostek zakupujących – jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a szczególnie z zasadami swobodnego przepływu usług i maksymalnego otwarcia na konkurencję w zakresie zamówień publicznych na usługi?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

30. Postanowienie odsyłające wpłynęło do Trybunału Sprawiedliwości w dniu 3 stycznia 2019 r.

31. Pisemne uwagi złożyli spółka Asmel s.c.a.r.l, włoski rząd i Komisja Europejska, którzy stawili się na rozprawie w dniu 29 stycznia 2020 r.

IV. Ocena

A. Dopuszczalność pytań prejudycjalnych

32. Zarówno Komisja Europejska, jak i włoski rząd mają zastrzeżenia co do dopuszczalności pytań prejudycjalnych.

33. Zdaniem rządu włoskiego powyższe pytania są niedopuszczalne ze względu na ich hipotetyczny charakter. Twierdzi on, że niezależnie od tego jaka będzie odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości, nie pozwoli na uwzględnienie odwołania złożonego przed sądem odsyłającym, ponieważ Asmel s.c.a.r.l nie powierzono w drodze postępowania przetargowego wykonania żadnej usługi polegającej na dokonywaniu zakupów.

34. Powyższe zastrzeżenie nie może zostać uwzględnione, ponieważ do sądu odsyłającego należy ocena potrzeby zwrócenia się z wnioskiem o wydanie postanowienia w trybie prejudycjalnym celem rozstrzygnięcia sporu, w którym sąd ten powinien orzec i jedynie w przypadku, gdyby w sposób niebudzący wątpliwości (co tutaj nie ma miejsca) wykazano inaczej, Trybunał Sprawiedliwości mógłby odmówić odpowiedzi na pytanie prejudycjalne.

35. Owo zastrzeżenie rządu włoskiego dotyczy bardziej istoty sporu niż dopuszczalności samego odesłania. Rozstrzygnięcie co do tego, do jakiego rodzaju centralnych jednostek zakupujących, publicznych, czy też częściowo prywatnych, mogą zwrócić się małe gminy, nie jest problemem hipotetycznym, lecz rzeczywistym, którego rozstrzygnięcie wymaga porównania ograniczeń wprowadzonych przez ustawodawstwo włoskie z prawem Unii.

36. Komisja zapewnia, przede wszystkim, że przepis zastosowany przez ANAC, co do którego zgodności z prawem Unii ma wątpliwości Consiglio di Stato (rada stanu), *wydaje się* być uchylony, a w związku z tym przestały istnieć ewentualne szkody wyrządzone Asmel s.c.a.r.l, o których mowa w odesłaniu. Okoliczność ta mogłaby stanowić o następczej utracie przedmiotu sporu.

37. Uchylenie przepisu, na które powołuje się Komisja, dotyczy uchylenia w 2016 r. treści art. 33 ust. 3a CCP po jego zmianie w 2014 r. Do sądu krajowego należy w toku procesu *a quo* zweryfikować skutek uchylenia przepisu, ale z perspektywy, która ma znaczenie dla tej sprawy, nie można mówić o utracie przedmiotu sporu będącego przedmiotem odesłania prejudycjalnego, szczególnie jeśli spór powinien być rozstrzygany na podstawie ustawy obowiązującej w czasie, kiedy miały miejsce okoliczności faktyczne¹⁴.

¹⁴ Rząd włoski twierdził na rozprawie, że nowe uregulowanie dotyczące centralnych jednostek zakupujących (art. 37.4 dekretu ustawodawczego nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r.), które miało zastąpić uchylony art. 33 ust. 3a CCP, nie wejdzie w życie do dnia 31 grudnia 2020 r., co wskazano w art. 1 ustawy nr 55 z 2019 r. Na tej podstawie Komisja uznała przydatność odpowiedzi na pytanie prejudycjalne dla rozstrzygnięcia w przedmiocie sporu, pomimo przeprowadzenia reformy legislacyjnej w 2016 r.

38. Na zarzut niedopuszczalności, który podnosi Komisja w zakresie trzeciego pytania prejudycjalnego, odpowiem przeprowadzając jego analizę.

B. Uwagi wstępne

39. Consiglio di Stato (rada stanu) dąży w istocie do ustalenia, czy jest zgodny z prawem Unii *model organizacyjny*, który dopuszcza w przypadku małych jednostek samorządu terytorialnego korzystanie jedynie z centralnych jednostek zakupujących działających w dwóch formach (związki gmin i konsorcja gmin)¹⁵.

40. W postanowieniu odsyłającym wskazano na swobodne świadczenie usług (art. 56 TFUE) jako zasadę, którą ustawodawstwo włoskie podważa, i przytoczono jednocześnie wyraźnie przepisy dyrektywy 2004/18 dotyczące centralnych jednostek zakupujących.

41. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości powołuje się w dziedzinie zamówień publicznych na podstawowe swobody wskazane w TFUE, w przypadkach gdy dyrektywa regulująca te kwestie nie ma zastosowania. W tej sprawie dyrektywą regulującą *ratione temporis* udzielanie zamówień publicznych (a zatem system prawny centralnych jednostek zakupujących w prawie Unii) była dyrektywa 2004/18.

42. Co więcej, samo CCP przejmuje w art. 3 ust. 34 definicję centralnej jednostki zakupującej przewidzianą w art. 1 ust. 10 dyrektywy 2004/18, co wskazuje na to, że przepisy krajowe transponują tę dyrektywę do prawa krajowego.

43. Podzielam zatem stanowisko Komisji, zgodnie z którym odpowiedzi na pytania prejudycjalne należy udzielić w ramach dyrektywy 2004/18.

44. Nie ma wreszcie znaczenia, że postanowienie odsyłające nie określa wartości żadnego zamówienia publicznego zaskarżonego w postępowaniu głównym, aby ustalić, czy zamówienie to osiągnęło próg stosowania dyrektywy 2004/18. Opis formy działalności spółki Asmel S.c.a.r.l. daje podstawę, by domniemywać, że znajduje się ona powyżej minimalnego progu przewidzianego w art. 7 dyrektywy 2004/18¹⁶ i do tej działalności odnosi się ogólnie odesłanie prejudycjalne.

45. Nawet jeśli ostateczna odpowiedź, której udzielę na trzy pytania prejudycjalne jest jedna, uważam, że należy je przeanalizować osobno, zachowując kolejność zaproponowaną przez Consiglio di Stato (radę stanu).

C. W przedmiocie pytania pierwszego

46. Zdaniem sądu odsyłającego art. 33 ust. 3a CCP „ogranicza autonomię gmin w zakresie korzystania z centralnej jednostki zakupującej jedynie do dwóch modeli organizacyjnych, takich jak związek gmin, jeżeli już istnieje, lub konsorcjum gmin, które ma zostać utworzone”. Sąd odsyłający pyta, czy przepis ten jest sprzeczny z prawem Unii (bez dalszych szczegółów)¹⁷.

¹⁵ Postanowienie odsyłające opiera się na tym twierdzeniu. Zobacz jednakże sformułowanie rządu włoskiego o możliwości dokonywania zakupów przez małe gminy przez centralne jednostki zakupowe o charakterze krajowym lub lokalnym (zob. przypis 12).

¹⁶ W pkt 1.4 postanowienia odsyłającego, na który powołuje się Komisja w pkt 34 swoich uwag, wskazano, że spółka Asmel s.c.a.r.l prowadziła w imieniu różnych jednostek samorządu terytorialnego co najmniej sto pięćdziesiąt dwa postępowania przetargowe (zob. przypis 9 niniejszej opinii).

¹⁷ Zobacz przypis 12 dotyczący innych możliwości dostępnym gminom.

47. Większy lub mniejszy zakres autonomii jednostek samorządu terytorialnego w każdym państwie członkowskim, do którego odnosi się sąd *a quo*, zależy od ustawodawcy konstytucyjnego bądź ustawodawcy zwykłego tych państw, przy czym prawo Unii nie wprowadza w tym zakresie precyzyjnych zasad.

48. Skoncentruję się zatem na dyrektywie 2004/18, która wprowadziła w prawie Unii „centralne jednostki zakupujące”, jako odzwierciedlenie powszechnej praktyki stosowanej w niektórych państwach członkowskich zmierzającej do tego, aby organy administracji publicznej nabywały towary lub usługi w ramach tego scentralizowanego systemu¹⁸.

49. Chociaż dyrektywa 2014/24/UE¹⁹ nie ma zastosowania *ratione temporis*, opowiedziano się w niej za utrzymaniem tej techniki scentralizowanego systemu zakupów, a nawet zaostrzono jej przepisy w stosunku do poprzednio obowiązującej dyrektywy²⁰.

50. Zgodnie z definicją z art. 1 ust. 10 dyrektywy 2004/18, „centralna jednostka zakupująca» oznacza instytucję zamawiającą, która [...] nabywa dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających lub [...] udziela zamówień publicznych lub zawiera umowy ramowe na roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających”.

51. Zgodnie z art. 11 dyrektywy 2004/18, państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość, że instytucje zamawiające będą dokonywać „zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług od lub za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej”²¹.

52. Artykuł 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 określa, jakie podmioty są instytucjami zamawiającymi: „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego [co najmniej jednej takiej jednostki lub co najmniej jednego podmiotu prawa publicznego]”.

53. W systematyce dyrektywy 2004/18 nic nie stoi na przeszkodzie, aby w skład podmiotu prawa publicznego, na ściśle określonych warunkach, wchodziły podmioty prywatne. Zgodnie z art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 status podmiotu prawa publicznego przysługuje²², z jednej strony, w zależności od pewnych czynników, które dotyczą jego pochodzenia i osobowości prawnej, a z drugiej strony od jego zależności i kontroli ze strony państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego²³.

18 Motyw 15 dyrektywy 2004/18.

19 Motyw 59 dyrektywy 2014/24: „Na unijnych rynkach zamówień publicznych rodzi się silna tendencja do agregacji zapotrzebowania przez publicznych nabywców w celu uzyskania ekonomii skali, w tym niższych cen i kosztów transakcyjnych, oraz w celu poprawy i profesjonalizacji zarządzania zamówieniami”.

20 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

21 Zgodnie z angielską wersją przepisu „contracting authorities may purchase works, supplies and/or services *from or through* a central purchasing body” [„instytucje zamawiające mogą dokonywać zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług od lub za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej”] (zapis w oryginale bez kursywy). Zastosowanie tego dwojakiego stwierdzenia (*from or through*) [od lub za pośrednictwem] wskazuje na dwoistość kategorii i funkcji centralnych jednostek zakupujących i jest doprecyzowane w późniejszej dyrektywie 2014/24): powinny mieć one możliwość działania jako *hurtownicy*, kupując, przechowując i odsprzedając lub, po drugie, powinny mieć one możliwość działania jako pośrednicy, udzielając zamówień, obsługując dynamiczne systemy zakupów lub zawierając umowy ramowe, które zostaną wykorzystane przez instytucje zamawiające (zob. motyw 69 dyrektywy 2014/24).

22 Są to podmioty utworzone w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, i które posiadają osobowość prawną.

23 Są to podmioty „finansowane w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki[e], któr[ych] zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów, albo taki[e], w który[ch] ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego”.

54. Podmiot prywatny może zatem, co do zasady, wchodzić w skład podmiotu publicznego uznanego za instytucję zamawiającą, pod warunkiem że podmiot ten spełnia wyżej wymienione warunki²⁴.

55. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym małe jednostki samorządu terytorialnego powinny być utworzone w formie podmiotów publicznych, takich jak związki gmin lub konsorcja gmin, w celu tworzenia centralnych jednostek zakupujących o charakterze lokalnym. W skład tych centralnych jednostek zakupujących, do których mogą się zwracać małe jednostki samorządu terytorialnego w celu zakupu robót budowlanych, towarów i usług, nie mogą wchodzić podmioty prywatne.

56. Dyrektywa 2004/18, choć nakłada obowiązek, aby centralne jednostki zakupujące były instytucją zamawiającą, to nie wymaga od państw członkowskich, aby każdy podmiot prawa publicznego (z udziałem lub bez udziału podmiotów prywatnych) będący jednostką zamawiającą korzystał z ich pomocy.

57. Dyrektywa 2004/18 przyznaje państwom członkowskim dużą swobodę uznania w tym obszarze. Motyw 16 dyrektywy podkreśla, że: „z uwagi na różne okoliczności występujące w państwach członkowskich, należy pozostawić im wybór, czy instytucje zamawiające mogą korzystać z [...] centralnych jednostek zakupujących, [...], zdefiniowanych i uregulowanych niniejszą dyrektywą”.

58. Normatywne ujęcie tego motywu zostało ujęte w art. 11 ust. 1 dyrektywy 2004/18, na który wcześniej się powoływałem. Zgodnie z nim państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość skorzystania przez instytucje zamawiające (tutaj: jednostki samorządu terytorialnego) z centralnej jednostki zakupującej.

59. W mojej ocenie ta sama możliwość obejmuje wybór uregulowań najbardziej korzystnych dla interesów publicznych, ponieważ dyrektywa 2004/18 nie ustanawia szczegółowych zasad dopuszczania uczestnictwa podmiotów prywatnych w centralnych jednostkach zakupujących. Wystarczy zatem, jeżeli przepis prawa krajowego nie zniekształci istotnych wytycznych tej instytucji i będzie zawierał wymóg, aby centralne jednostki zakupujące działały stosując się do dyrektywy 2004/18 (art. 11 ust. 2 in fine).

60. Niedawno wydany wyrok w sprawie Irgita²⁵ zawiera wskazówki interpretacyjne mające zastosowanie również dla niniejszego odesłania prejudycjalnego. Mimo, że wyrok dotyczył innej sytuacji²⁶ w obszarze zamówień publicznych oraz przepisu (art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24) niezwiązanego z centralnymi jednostkami zakupującymi, podkreślono w nim, że wspomniany przepis nie pozbawia państw członkowskich „swobody przedkładania określonego sposobu świadczenia usług, wykonania robót budowlanych lub dostaw, ze szkodą dla innych sposobów”²⁷.

61. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku Irgita:

- Stwierdza, że „swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, w drodze którego instytucje zamawiające zaspokajają ich własne potrzeby, wynika także z motywu 5 dyrektywy 2014/24”²⁸.

24 W przypadku spółki Asmel s.c.a.r.l odmowa przyznania jej statusu podmiotu prawa publicznego wynikała ze sposobu jej finansowania oraz z faktu, że były w niej zrzeszone firmy i inne podmioty prywatne, nad których prowadzeniem lub zarządzaniem państwo, jednostki samorządu terytorialnego ani inne podmioty prawa publicznego nie mogą sprawować wymaganej przepisami kontroli. Do sądu odsyłającego należeć będzie potwierdzenie lub nie tej oceny dokonanej przez sąd.

25 Wyrok z dnia 3 października 2019 r. (C-285/18, EU:C:2019:829) (zwany dalej „wyrokiem Irgita”).

26 Sprawa ta była przedmiotem dyskusji o tym, czy krajowe ograniczenia wykraczały poza „[...]warunk[i], jakich musi przestrzegać instytucja zamawiająca przy udzielaniu zamówienia typu in-house”.

27 Wyrok Irgita, pkt 44.

28 Ibidem, pkt 45. Mimo że odwołania dotyczą dyrektywy 2014/24, która z racji *ratione temporis* nie ma zastosowania w tej sprawie, w tym samym pkt 45 wskazano, że motyw 5 „zawiera [...] ustalenia orzecznictwa Trybunału sprzed przyjęcia wspomnianej dyrektywy”. Zgodnie z motywem 5 „[ż]aden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecenia podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.

– Tytułem dodatkowego argumentu dyrektywy 2014/23/UE²⁹ w zakresie, w jakim podkreśla swobodę państw członkowskich w wyborze najlepszego sposobu zarządzania realizacją robót budowlanych lub świadczeniem usług³⁰. Na poparcie tego stanowiska powołuje się na art. 2 ust. 1 tej dyrektywy³¹.

62. Przyjmując zatem za podstawę tę swobodę wyboru państw członkowskich uważam, że dyrektywa 2004/18 nie stanowi przeszkody, aby jedno z nich skłaniało się ku temu, aby jego małe jednostki samorządu terytorialnego, jeżeli zamierzają skorzystać z własnej centralnej jednostki zakupującej, były zobowiązane do korzystania ze struktur współpracy, takich jak wyłącznie publiczne związki i konsorcja gmin.

63. Powtarzam, państwa członkowskie mają swobodę we wprowadzaniu formuł lub technik centralizacji zakupów publicznych (które mogą mieć zasięg krajowy, regionalny, prowincjonalny lub lokalny) w zależności od swych własnych interesów i okoliczności szczególnych w danym momencie³². Mogą one również, jak następnie potwierdza art. 37 ust. 1 dyrektywy 2014/24, „postanowić, że niektóre zamówienia będą realizowane za pośrednictwem centralnych jednostek zakupujących lub co najmniej jednej konkretnej centralnej jednostki zakupującej”.

64. Związki i konsorcja gmin są *modelami organizacyjnymi* jednostek samorządu terytorialnego i tak jak one mają charakter publiczny. Nie jest dziwne, że krajowa ustawa regulująca te *modele*, ustanowione w celu wspólnego zarządzania usługami lub wspólnego pełnienia funkcji publicznych, nie zakłada uczestnictwa w nich podmiotów prawa prywatnego lub przedsiębiorstw prywatnych.

65. Ustawodawca krajowy może wybrać zdecentralizowany system lokalnych zakupów publicznych (w którym każda gmina osobno dokonuje zakupu towarów, robót budowlanych lub usług) albo system scentralizowany lub grupujący gminy (tj. formułę zakupów wspólnych za pośrednictwem kilku gmin lub centralnych jednostek zakupujących, do których gminy się zwracają)³³.

66. W odniesieniu do drugiego systemu, podkreślam, że dyrektywa 2004/18 daje ustawodawcy krajowemu swobodę jego ustalenia. W ramach tej swobody mieści się, nawet jeśli nie jest to ujęte wprost w tamtej dyrektywie (i w dyrektywie 2014/24), możliwość obowiązkowego nałożenia tego systemu na niektóre instytucje zamawiające.

67. Nic nie stałoby na przeszkodzie, aby rozważyć udział podmiotów prawa prywatnego w centralnych jednostkach zakupujących. Nie rozumiem jednak, z jakiego powodu przeniesienie publicznego modelu organizacyjnego właściwego dla związków i konsorcjów gmin na centralne jednostki zakupujące utworzone w tych związkach lub konsorcjach, jako sposób nabywania przez odnośne gminy robót budowlanych, usług i dostaw, miałby być sprzeczny z dyrektywą 2004/18 lub z innymi przepisami prawa Unii.

29 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

30 Wyrok Irgita pkt 47.

31 „Niniejsza dyrektywa uznaje zasadę swobodnego administrowania przez krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej zgodnie z prawem krajowym i prawem unijnym. Organy władzy publicznej mają swobodę decydowania o tym, jak najlepiej zarządzać wykonaniem robót budowlanych lub świadczeniem usług, aby zapewnić w szczególności wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa i przystępności, równe traktowanie i propagowanie powszechnego dostępu oraz praw użytkowników w dziedzinie usług publicznych. Wspomniane organy władzy publicznej mogą wybrać, czy wykonują swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów, czy we współpracy z innymi organami, lub czy powierzają ich wykonanie wykonawcom”.

32 Włoski rząd, transponując część uchwały ANAC z dnia 30 kwietnia 2015 r. wskazuje, że kwestionowany przepis został wprowadzony aby zapobiec ryzyku infiltracji dokonywanej przez mafię (art. 13 ustawy 136/2010 „nadzwyczajny plan przeciw mafii”). Wcześniejszy dekret „Salva-Italia” (art. 23 ust. 4 dekretu z mocą ustawy nr 201, z dnia 6 grudnia 2011 r. zatwierdzonego ustawą nr 214, z dnia 22 grudnia 2011 r.) przy redagowaniu nowej wersji art. 33 ust. 3a CCP nałożył obowiązek centralizacji zakupów mniejszych gmin, aby stała się ona instrumentem kontroli wydatków.

33 Ograniczenia, które konstytucja każdego z państw członkowskich może nałożyć na władzę ustawodawczą w zakresie autonomii lokalnej jednostek samorządu terytorialnego (tj. ich zdolność do samoorganizacji) nie są związane z przedłożonymi pytaniami prejudycjalnymi.

68. Prawdą jest jednak, że swoboda ustawodawcy krajowego nie jest nieograniczona, jak zresztą wskazano w podobnym kontekście w wyroku Irgita, i wybór, którego dokona, nie może być sprzeczny z przepisami i zasadami TFUE ani z proklamowanymi w nim swobodami³⁴.

69. W tej kwestii, Consiglio di Stato (rada stanu) ogranicza się do stwierdzenia, że jako że „centralne jednostki zakupowe są przedsiębiorstwami, które oferują usługę zakupu towarów i dostaw na rzecz instytucji zamawiających”³⁵, ograniczenie nałożone przez włoskiego ustawodawcę mogłoby naruszyć swobodę świadczenia usług uznaną w art. 57 TFUE.

70. Fakt, że centralna jednostka zakupująca może być uznana za podmiot gospodarczy w stosunkach z osobami trzecimi³⁶, nie jest wystarczający, aby uzasadnić zastosowanie art. 56 i 57 TFUE, kiedy nie można rozgraniczyć tego pojęcia od pojęcia instytucji zamawiającej, a zgodnie z dyrektywą 2004/18, za instytucje zamawiające mogą zostać jedynie uznane „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego [co najmniej jednej takiej jednostki lub co najmniej jednego podmiotu prawa publicznego]”.

71. Zgadzam się zatem z włoskim rządem, który podnosi, że statut centralnych jednostek zakupujących posiadających na stałe funkcję instytucji zamawiających dla podmiotów administracji publicznej, może zostać zarezerwowany przez ustawodawcę krajowego dla podmiotów prawa publicznego³⁷.

72. Te centralne jednostki zakupujące nie konkurowały, na mocy dyrektywy 2004/18, na nieistniejącym *rynku usług centralnych jednostek zakupujących* z podmiotami prawa prywatnego, które świadczyłyby te same usługi na rzecz podmiotów publicznych. Jasne jest, że w odniesieniu do usług o charakterze jedynie pomocniczym, wspierającym działalność zakupową instytucji zamawiających przedsiębiorstwa lub podmioty prywatne mogą, w zamian za wynagrodzenie, zaoferować swą współpracę (na przykład w postaci doradztwa).

73. Sytuacja mogła ulec zmianie w następstwie przyjęcia dyrektywy 2014/24, której art. 37 ust. 4 zezwala na udzielenie „centralnej jednostce zakupującej zamówienia publicznego na usługi w zakresie realizacji scentralizowanych działań zakupowych”.

74. Okoliczność, że to udzielenie zamówienia może nastąpić „bez stosowania procedur przewidzianych w niniejszej dyrektywie”, jak wyraźnie wskazano w tym przepisie, mogłaby wyjaśnić, z jakiego powodu udzielenie zamówienia ma nastąpić na rzecz centralnych jednostek zakupujących o charakterze publicznym (w określonych przypadkach z ograniczonym udziałem podmiotów prywatnych i pod kontrolą publiczną). Innymi słowy oznacza to, że gdyby można było udzielić zamówienia na rzecz podmiotu prawa prywatnego, trudne jest do zrozumienia, żeby tej osobie udzielono zamówienia bez wcześniejszego wykorzystania procedur przewidzianych w dyrektywie 2014/24.

34 Wyrok Irgita, pkt 48: „Swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni dla wykonania robót budowlanych, nie może jednak być nieograniczona. Przeciwnie, należy z niej korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad traktatu FUE a w szczególności zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także [...] zasad[...] z nich wynikających, taki[ch] jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości”.

35 Punkt 10.3 postanowienia odsyłającego.

36 Taka sytuacja ma miejsce w przypadku Asmel s.c.a.r.l, której usługi są wynagradzane przez klientów.

37 Uwagi rządu włoskiego pkt 70 i kolejne.

75. Na podstawie tych przesłanek, uważam, że w sprawie wskazanej w postanowieniu odsyłającym nie ma możliwości bezpośredniego zastosowania art. 56 i 57 TFUE. Niezależnie od tego, że wszystkie elementy sporu ograniczają się do terytorium Włoch, bez widocznych połączeń transgranicznych³⁸, decydujące jest to, że wykładnia prawa Unii, którą należy traktować, jako przeważającą (dyrektywa 2004/18) nie wymaga, aby centralne jednostki zakupujące utworzone przez małe jednostki samorządu terytorialnego bezwarunkowo obejmowały podmioty prawa prywatnego.

76. Nie sądzę, aby przepis prawa włoskiego, oceniany z perspektywy prawa konkurencji³⁹ w dziedzinie zamówień publicznych, naruszał to prawo jako takie. Konkurencja, którą stara się chronić prawo Unii w tym obszarze, dotyczy przede wszystkim konkurencji między przedsiębiorstwami oferującymi instytucjom zamawiającym roboty budowlane, towary lub usługi. O ile te ostatnie (tutaj: centralne jednostki zakupujące utworzone w ramach związków i konsorcja gmin) działają zgodnie z procedurami przewidzianymi w dyrektywie 2004/18 celem zaopatrzenia się we wskazane dostawy, chroniona jest konkurencja między tymi podmiotami gospodarczymi.

77. Innymi słowy, obowiązkowy dostęp małych jednostek samorządu terytorialnego do ich własnych centralnych jednostek zakupujących (poprzez związki i konsorcja gmin) nie oznacza, że zamyka się konkurencyjny rynek i uniemożliwia zainteresowanym podmiotom gospodarczym oferowanie administracjom publicznym towarów, robót budowlanych lub usług im potrzebnych.

D. W przedmiocie pytania drugiego

78. Consiglio di Stato (rada stanu) zmierza do ustalenia, czy przepis prawa krajowego, który „wyklucza możliwość tworzenia podmiotów prawa prywatnego, takich jak, na przykład, konsorcjum prawa powszechnego z udziałem podmiotów prywatnych” jest sprzeczny z prawem Unii („w szczególności z zasadami swobodnego przepływu usług i maksymalnego otwarcia na konkurencję w dziedzinie zamówień publicznych na usługi”).

79. Na wstępie muszę zaznaczyć, że pomimo literalnego brzmienia drugie pytanie prejudycjalne nie dotyczy obowiązkowego charakteru zezwolenia przez konsorcja gmin na udział podmiotów prywatnych. Wątpliwość sądu odsyłającego wynikająca z pytania prejudycjalnego dotyczy raczej tego, czy zakaz tego udziału sektora prywatnego w centralnych jednostkach zakupujących w konsorcjach gmin jest zgodny z prawem Unii.

80. Interpretując pytanie sądu odsyłającego w ten sposób, odpowiedź na nie, w mojej ocenie, jest zawarta w odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne i w związku z tym nie należałoby dodawać nic więcej.

81. Komisja utrzymuje jednak⁴⁰, że uchwała ANAC, leżąca u podstaw sporu, wykracza poza to co jest właściwe i ma na celu bezwzględnie zabronić spółce Asmel s.c.a.r.l wykonywanie w jakichkolwiek okolicznościach działalności „podmiotu grupującego”, odmawiając jej statusu instytucji zamawiającej⁴¹.

38 W wyroku z dnia 15 listopada 2016 r., Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, pkt 47) przytoczono wcześniejsze orzecznictwo: „postanowienia traktatu FUE w dziedzinie [...], swobody świadczenia usług [...] nie mają zastosowania do sytuacji, której wszystkie elementy ograniczają się do jednego państwa członkowskiego”.

39 Z tej perspektywy ryzyko wypaczenia zasady konkurencji może wynikać raczej ze zgrupowania i scentralizowania zakupów które, jak wskazuje motyw 59 dyrektywy 2014/24, mogłyby spowodować „nadmierną koncentrację siły nabywczej i zmonopolizację”.

40 Punkty 60–63 uwag pisemnych.

41 Komisja uznaje, że wypowiedzenie się w przedmiocie kwestii, czy Asmel s.c.a.r.l jest podmiotem prawa publicznego, jest wyłączną kompetencją sądu krajowego. W tym celu należy ocenić, między innymi, czy władze publiczne mają w tej spółce dominujący wpływ. Asmel s.c.a.r.l. zgadza się z tym punktem wyjścia.

82. Zdaniem Komisji przepis prawa krajowego, taki jak ten rozpatrywany w niniejszej sprawie, który wyłącza podmioty utworzone w określonej formie prawnej, w których obecne są podmioty prawa prywatnego, jest zgodny z prawem Unii pod warunkiem, że dla uprawnień *innych*⁴² niż te, które są przedmiotem tego przepisu, podmioty te mogą być uznane za podmioty prawa publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18.

83. Komisja przedstawiła swoje stanowisko na rozprawie: po potwierdzeniu, że art. 11 ust. 1 dyrektywy 2004/18 jest zgodny z przepisem prawa krajowego, takim jak sporny, ograniczającym do dwóch modelei organizacyjne centralnych jednostek zakupujących, do których mogą się zwracać małe jednostki samorządu terytorialnego i wyjaśniła, że jej zastrzeżenie dotyczyło jedynie innych metod udzielania zamówień publicznych niż te, które wiążą się ze skorzystaniem z tych centralnych jednostek zakupujących.

84. Nie uważam ze swej strony, że Trybunał Sprawiedliwości powinien wypowiedzieć się w przedmiocie powyższej uwagi Komisji, ponieważ pytanie sądu odsyłającego ogranicza się do *szczególnych* uprawnień związków gmin i konsorcjów gmin do tworzenia stałych centralnych jednostek zakupujących, a nie do *innych* uprawnień. Kwestia, czy jednostki samorządu terytorialnego są samodzielnie uprawnione do zawierania umów w systemie zakupów niescentralizowanych, wykracza poza odesłanie prejudycjalne.

E. W przedmiocie pytania trzeciego

85. Consiglio di Stato (rada stanu) przyjmuje jako przesłankę wykładnię spornego przepisu prawa krajowego „w ten sposób, że zezwala on konsorcjum gmin będących centralnymi jednostkami zakupującymi na prowadzenie działalności na terytorium odpowiadającym terytorium uczestniczących gmin traktowanemu jako całość, a tym samym co najwyżej w obrębie jednej prowincji”.

86. W oparciu o taką wykładnię sąd *a quo* zmierza do ustalenia, czy te przepisy krajowe są sprzeczne z zasadami swobodnego przepływu usług i maksymalnego otwarcia na konkurencję w dziedzinie zamówień publicznych na usługi.

87. Zarówno włoski rząd, jak i Komisja, mają zastrzeżenia odnośnie do sposobu przedstawienia tych wątpliwości:

- Rząd włoski twierdzi, że nie są wyraźnie zrozumiałe kwestie, które podnosi sąd odsyłający, co uniemożliwia mu zajęcie stanowiska w tym zakresie. W jego ocenie, wspomniany sąd popiera sprzeczne ze sobą tezy, gdy z jednej strony⁴³, stwierdza, że przepis ten wprowadza „strefy wyłączności działania centralnych jednostek zakupujących działających na rzecz małych gmin” (co zdaniem rządu włoskiego wydaje się przysparzać korzyść dla konsorcjum gmin), a z drugiej strony twierdzi, że ograniczenie terytorialne jest niekorzystne dla centralnych jednostek zakupujących.
- Komisja uznaje, że pytanie jest hipotetyczne, ponieważ ograniczenie terytorialne jest korzystne, a nie szkodliwe dla centralnej jednostki zakupującej takiej jak Asmel s.c.a.r.l, jak że poszerza (a nie ogranicza) jej zasięg działalności, odmienny niż ten, który mają związki i konsorcja gmin.

88. W mojej ocenie to pytanie nie jest hipotetyczne. Problem podniesiony w pytaniu prejudycjalnym, poza jego dosłownym brzmieniem, dotyczy tego, czy ograniczenie terytorialne obszaru działalności określonych centralnych jednostek zamawiających, a mianowicie utworzonych przez związki i konsorcja gmin, jest sprzeczne z prawem Unii (czyli z już wyżej wskazanymi zasadami).

⁴² Kursywa jak w oryginale.

⁴³ Punkt 11.3 postanowienia odsyłającego.

89. Prawdą jest, że taka wątpliwość miałaby znaczenie dla rozstrzygnięcia potencjalnego przyszłego sporu związanego z utworzeniem konsorcjum (publicznego) gmin jako centralnej jednostki zakupującej, co jednak nie jest bezpośrednim przedmiotem sporu w postępowaniu głównym. Ograniczając przedmiot sporu do uchwały ANAC dotyczącej działalności spółki Asmel s.c.a.r.l jako centralnej jednostki zakupującej świadczącej usługi jakiegokolwiek gminie, bez ograniczeń geograficznych, podniesione przez Komisję zastrzeżenia mają pewne znaczenie.

90. Jednakże raz jeszcze podkreślę, że należy przyznać pierwszeństwo pytaniu prejudycjalnemu w formie, w jakiej zadaje je sąd *a quo*. Jeżeli uważa on, że niezbędna jest odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości w kwestii prawnej, która jego zdaniem wymaga wykładni przepisu prawa Unii, Trybunał Sprawiedliwości powinien tę wykładnię przedstawić, chyba że jest ona w sposób oczywisty bez znaczenia dla sporu w postępowaniu głównym, co tutaj nie ma miejsca.

91. Co do istoty nie dostrzegam w dyrektywie 2004/18 żadnego przepisu zobowiązującego państwa członkowskie do ustanowienia przepisów, które należy zastosować w celu określenia obszarów wpływu terytorialnego centralnych jednostek zakupujących utworzonych przez związki i konsorcja gmin.

92. Co więcej, wydaje mi się spójne z zamysłem tych form współpracy między jednostkami samorządu terytorialnego, że centralne jednostki zakupujące przez nie utworzone ograniczają działalność do swojego terytorium traktowanego jako całość. Z perspektywy gmin, dla których świadczą usługi centralne jednostki zakupujące, współpraca je łącząca może mieć skutki jedynie na ich własnym terytorium.

93. Ponownie, możliwe trudności związane z zatwierdzeniem tych form współpracy mogłyby wynikać z obowiązku poszanowania podstawowych swobód ustanowionych w traktatach. Jednak z powodów, które przedstawiłem w związku z pierwszym pytaniem prejudycjalnym, uważam, że nie został naruszony ani art. 56 TFUE, ani przepisy prawa konkurencji. W każdym razie z brzmienia postanowienia odsyłającego nie wynika jasno, z jakiego powodu jedna z tych swobód mogłaby zostać naruszona.

94. Dodam, że w odniesieniu do podmiotów, które oferują roboty budowlane, towary lub usługi na rzecz gmin poprzez utworzone przez nie centralne jednostki zakupujące, nic nie wskazuje, aby te roboty budowlane, usługi lub dostawy miały pochodzić od przedsiębiorstw z siedzibą na obszarze gmin będących ich członkami. Innymi słowy nie ma podstaw, aby uznać rynek za zamknięty dla przedsiębiorstw spoza tego terytorium, niezależnie od tego, czy są one włoskie, czy też mają siedzibę w innym państwie członkowskim.

V. Wnioski

95. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy) Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

„Prawo Unii, a w szczególności art. 11 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, nie stoi na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, na którego podstawie, zgodnie z wykładnią dokonaną przez sąd odsyłający, małe jednostki samorządu terytorialnego powinny nabywać roboty budowlane, towary i usługi poprzez centralne jednostki zakupujące utworzone zgodnie z dwoma określonymi modelami organizacyjnymi, takimi jak związek gmin lub konsorcjum gmin, których obszar działania ogranicza się do terytorium wspomnianych gmin traktowanemu jako całość”.