



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 12 maja 2022 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Gospodarowanie odpadami –
Udzielenie zamówienia „in house” – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuły 12 i 72 –
Brak spełniania przesłanek „kontroli podobnej” w następstwie połączenia przedsiębiorstw –
Możliwość dalszego świadczenia usług przez przedsiębiorcę będącego następcą prawnym

W sprawie C-719/20

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 18 listopada 2020 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 30 grudnia 2020 r., w postępowaniu:

Comune di Lerici

przeciwko

Provincia di La Spezia,

przy udziale:

IREN SpA,

ACAM Ambiente SpA,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: C. Lycourgos (sprawozdawca), prezes izby, S. Rodin, J.C. Bonichot, L.S. Rossi
i O. Spineanu-Matei, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu Comune di Lerici – A. Fantappiè i M. Clarich, avvocati,

* Język postępowania: włoski.

- w imieniu Provincia di La Spezia – P. Piciocchi, avvocato,
- w imieniu ACAM Ambiente SpA i IREN SpA – D. Anselmi, avvocatessa, i A. Lolli, avvocato,
- w imieniu rządu włoskiego – G. Palmieri, w charakterze pełnomocnika, którą wspierał S.L. Vitale, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu austriackiego – J. Schmoll, w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej – G. Wils, G. Gattinara i P. Ondrůšek, w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii, wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Comune di Lerici (gminą Lerici, Włochy) a Provincia di La Spezia (prowincją La Spezia, Włochy) w przedmiocie zatwierdzenia przez tę gminę planu przyznającego spółce ACAM Ambiente SpA zarządzanie usługami w zakresie gospodarowania odpadami tej gminy do 2028 r.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Artykuł 12 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„1. Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- b) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.

2. Ustęp 1 ma także zastosowanie w przypadku, gdy kontrolowana osoba będąca instytucją zamawiającą udziela zamówienia instytucji zamawiającej sprawującej nad nią kontrolę lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tę samą instytucję zamawiającą, pod warunkiem że w osobie prawnej, której udziela się zamówienia publicznego, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

3. Niemniej jednak instytucja zamawiająca, która nie sprawuje nad osobą prawa prywatnego lub publicznego kontroli w rozumieniu ust. 1, może udzielić zamówienia publicznego tej osobie prawnej bez zastosowania przepisów niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) instytucja zamawiająca, wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi, sprawuje kontrolę nad daną osobą prawną podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami;
- b) ponad 80% działalności tej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucje zamawiające sprawujące kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez te same instytucje zamawiające; oraz
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Do celów akapitu pierwszego lit. a) instytucje zamawiające sprawują wspólnie kontrolę nad daną osobą prawną, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- (i) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających. Poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające;
- (ii) wspomniane instytucje zamawiające są w stanie wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej; oraz
- (iii) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

4. Umowa zawarta wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz

c) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy.

5. Do celów ustalenia odsetka działalności, o którym mowa w ust. 1 akapit pierwszy lit. b), ust. 3 akapit pierwszy lit. b) i ust. 4 lit. c), uwzględnia się średni całkowity obrót – lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną osobę prawną lub instytucję zamawiającą – w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Jeżeli ze względu na datę utworzenia odnośnej osoby prawnej lub instytucji zamawiającej lub rozpoczęcia przez nie działalności lub ze względu na reorganizację ich działalności dane dotyczące obrotu – lub alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty – za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieprzydatne, wystarczające jest wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za pomocą prognoz handlowych”.

4 Zgodnie z art. 18 ust. 1 tej dyrektywy:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”.

5 Artykuł 67 ust. 4 wspomnianej dyrektywy stanowi:

„Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów”.

6 Artykuł 72 rzeczonyj dyrektywy głosi:

„1. Zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą w dowolnym z poniższych przypadków:

[...]

d) gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w wyniku:

[...]

(ii) sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania niniejszej dyrektywy; lub

[...]

4. Modyfikację umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej w okresie ich obowiązywania uznaje się za istotną w rozumieniu ust. 1 lit. e), jeżeli powoduje ona, że charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy. W każdym przypadku, bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2, modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

a) modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;

[...]”.

7 Artykuł 90 ust. 1 dyrektywy 2014/24 ma następujące brzmienie:

„Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r. Niezwłocznie przekazują one Komisji tekst tych przepisów”.

Prawo włoskie

8 Artykuł 1 ust. 611 i 612 legge n. 190 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015) [ustawy nr 190 w sprawie wytycznych dotyczących opracowania rocznego i wieloletniego budżetu państwa (ustawa o stabilności 2015)] z dnia 23 grudnia 2014 r. (GURI nr 300 z dnia 29 grudnia 2014 r. – dodatek zwyczajny nr 99, s. 1), przewiduje:

„611. Bez uszczerbku dla przepisów art. 3 ust. 27–29 ustawy nr 244 z dnia 24 grudnia 2007 r., ze zmianami, oraz art. 1 ust. 569 ustawy nr 147 z dnia 27 grudnia 2013 r., ze zmianami, w celu zapewnienia koordynacji finansów publicznych, ograniczenia wydatków, dobrej administracji oraz ochrony konkurencji i rynku, począwszy od dnia 1 stycznia 2015 r. regiony, prowincje Trydentu i Bolzano, władze lokalne, izby handlowe, przemysłowe, rzemieślnicze i rolnicze, uniwersytety i publiczne uczelnie wyższe oraz władze portowe rozpoczną proces racjonalizacji spółek i udziałów posiadanych bezpośrednio lub pośrednio w spółkach w celu zmniejszenia ich liczby do dnia 31 grudnia 2015 r., uwzględniając w szczególności następujące kryteria:

[...]

d) połączenie spółek świadczących lokalne usługi użyteczności publicznej o charakterze gospodarczym;

[...]

612. Przewodniczący regionów i prowincji autonomicznych Trydentu i Bolzano, przewodniczący prowincji, burmistrzowie i inne organy zarządzające administracją, o których mowa w ust. 611, we właściwych im dziedzinach kompetencji określają i zatwierdzają przed dniem 31 marca 2015 r. plan operacyjny racjonalizacji spółek oraz udziały posiadane bezpośrednio lub pośrednio w spółkach, zasady i terminy realizacji oraz szczegółową prezentację oszczędności, jakie należy poczynić. Plan ten, wraz ze szczególnym sprawozdaniem technicznym, jest przekazywany właściwej regionalnej izbie ds. kontroli trybunału obrachunkowego i publikowany na stronie internetowej odnośnego organu administracji. Przed dniem 31 marca 2016 r. organy wskazane w zdaniu pierwszym sporządzają sprawozdanie z uzyskanych wyników, które jest przekazywane właściwej regionalnej izbie ds. kontroli trybunału obrachunkowego i publikowane na stronie internetowej odnośnego organu administracji. Plan i sprawozdanie są objęte obowiązkiem publikacji na podstawie dekretu nr 33 z dnia 14 marca 2013 r.”.

- 9 Zgodnie z art. 3bis ust. 2bis decreto-legge n. 138 – Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo (dekret z mocą ustawy nr 138 ustanawiający inne pilne środki stabilizacji finansowej i rozwoju) z dnia 13 sierpnia 2011 r. (GURI nr 216 z dnia 16 września 2011 r., s. 89; zwany dalej „dekretem z mocą ustawy nr 138/2011”):

„Wykonawca, który wstąpił w prawa pierwotnego koncesjonariusza, tytułem ogólnym lub szczególnym, w wyniku transakcji pomiędzy spółkami przeprowadzonymi zgodnie z przejrzystymi procedurami, w tym połączeń lub przejęć, bez uszczerbku dla wcześniej ustalonych kryteriów jakościowych, kontynuuje zarządzanie usługami do momentu upływu przewidzianych terminów [...]”.

- 10 Artykuł 7 ust. 5 decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (dekret ustawodawczy nr 175 w sprawie tekstu jednolitego w dziedzinie spółek z udziałem publicznym) z dnia 19 sierpnia 2016 r. (GURI nr 210 z dnia 8 września 2016 r., s. 1) stanowi:

„Jeżeli akt założycielski wymaga udziału wspólników prywatnych, wyboru tych wspólników dokonuje się w drodze procedury udzielania zamówień publicznych, zgodnie z art. 5 ust. 9 dekretu ustawodawczego nr 50 z 2016 r.”.

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

- 11 W dniu 15 czerwca 2005 r. w drodze decyzji zakwalifikowanej wyraźnie jako „udzielenie zamówienia typu »in house«” gmina LERICI powierzyła spółce ACAM zarządzanie zintegrowanym cyklem gospodarowania odpadami w tej gminie do dnia 31 grudnia 2028 r., przy czym owo zarządzanie zostało powierzone jej spółce zależnej, ACAM Ambiente. W tym dniu ACAM była spółką akcyjną, której udziały zostały rozdzielone wyłącznie pomiędzy kilka gmin, w tym gminę LERICI.
- 12 W dniu 12 lipca 2013 r. spółka ACAM została zmuszona do zawarcia ze swoimi wierzycielami umowy w sprawie restrukturyzacji. W ramach tej umowy spółka ACAM poszukiwała, wśród innych spółek z udziałem publicznym zapewniających zarządzanie usługami publicznymi działającymi na rynku włoskim, odpowiedniej spółki w celu przeprowadzenia operacji

połączenia. W wyniku przetargu ogłoszonego w tym celu spółka ACAM postanowiła dokonać połączenia ze spółką IREN SpA, która prowadzi działalność na całym terytorium Włoch, znajduje się pod kontrolą publiczną oraz jest notowana na giełdzie.

- 13 Na podstawie szczególnej umowy inwestycyjnej zawartej w dniu 29 grudnia 2017 r. gminy będące akcjonariuszami spółki ACAM zbyły na rzecz spółki IREN akcje spółki ACAM i nabyły odpowiadającą im część akcji spółki IREN, udzielając przy tym zgody na podwyższenie kapitału rezerwowego. Za pośrednictwem spółek zależnych ACAM, które stały się tym samym spółkami zależnymi spółki IREN, ta ostatnia spółka nadal zarządzała usługami powierzonymi pierwotnie owym spółkom zależnym.
- 14 Gmina Lerici, po wyrażeniu w dniu 21 lutego 2017 r. zamiaru niezatwierdzania połączenia spółek ACAM i IREN, postanowiła w dniu 19 stycznia 2018 r. zaakceptować umowę inwestycyjną jedynie w odniesieniu do zbycia posiadanych przez nią akcji w spółce ACAM na rzecz spółki IREN i faktycznie zbyła je w dniu 11 kwietnia 2018 r.
- 15 Na mocy decyzji z dnia 6 sierpnia 2018 r. prowincja La Spezia, która posiada obecnie kompetencje do zarządzania usługami publicznymi w dziedzinie zintegrowanego gospodarowania odpadami miejskimi dla gmin należących do jej właściwości terytorialnej, do której należy gmina Lerici, zatwierdziła aktualizację planu obszaru dotyczącego zintegrowanego gospodarowania odpadami miejskimi prowincji, wyznaczając spółkę ACAM Ambiente jako podmiot zarządzający usługami na rzecz tej gminy do dnia 31 grudnia 2028 r. na podstawie udzielenia zamówienia typu „in house”.
- 16 Gmina Lerici wniosła skargę na tę decyzję, uznając, że przesłanki stosowania wyjątku „in house” nie były już spełnione. Wyrokiem 847/2019 Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (regionalny sąd administracyjny dla Ligurii, Włochy) oddalił tę skargę.
- 17 Gmina Lerici wniosła środek odwoławczy od tego wyroku do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy).
- 18 W pierwszej kolejności sąd ten podkreśla, że o ile gmina ta była uprawniona do powierzenia w 2005 r. spornej umowy spółce ACAM, o tyle uprawnienie to zostało następnie przeniesione na prowincję, którym obecnie powierzono świadczenie usług zintegrowanego gospodarowania odpadami miejskimi na rzecz wszystkich gmin w ramach ich właściwości miejscowej.
- 19 W drugiej kolejności sąd ten zauważa, że rozpatrywane w postępowaniu głównym połączenie zostało przeprowadzone na podstawie art. 1 ust. 611 i 612 ustawy nr 190 z dnia 23 grudnia 2014 r., której celem jest ograniczenie wydatków publicznych poprzez ograniczenie udziałów podmiotów publicznych w spółkach. Połączenie to było ponadto uzasadnione ze względu na fakt, że spółka ACAM zawarła umowę w sprawie restrukturyzacji długu. W takim przypadku art. 3bis ust. 2bis dekretu z mocą ustawy nr 138/2011 przewiduje kontynuację, aż do upływu wyznaczonych terminów, zarządzania usługami powierzonymi pierwotnemu wykonawcy przez następcę prawnego wykonawcy.
- 20 W trzeciej kolejności sąd odsyłający utrzymuje, że istnieją wątpliwości co do zgodności tego uregulowania z art. 12 dyrektywy 2014/24, dotyczącym wyjątku „in house” w ramach udzielania zamówień publicznych.

- 21 W istocie skutkiem przeprowadzonego w niniejszym przypadku połączenia było to, że usługa gospodarowania odpadami miejskimi gminy Lerici, która pierwotnie została powierzona, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, spółce ACAM – a bezsporne jest, że gmina ta sprawowała, wraz z innymi gminami, kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi w rozumieniu orzecznictwa Trybunału – jest obecnie powierzona spółce IREN, a za pośrednictwem spółki IREN – jej spółce zależnej ACAM Ambiente, przy czym gmina Lerici nie sprawowała takiej kontroli nad żadną z tych spółek. Nie tylko bowiem udziały w spółce IREN nabyte przez tę gminę były bardzo niewielkie, ale ponadto od chwili, gdy wspomniana gmina zbyła owe udziały, zniknął wszelki związek między ową gminą a spółką IREN.
- 22 Tymczasem prowincja La Spezia postanowiła bezpośrednio powierzyć usługę na rzecz gminy Lerici bez przeprowadzenia postępowania przetargowego. Należałoby zatem ustalić, czy takie bezpośrednie udzielenie zamówienia jest zgodne z przepisami prawa Unii dotyczącymi udzielania zamówień publicznych.
- 23 Zdaniem sądu odsyłającego należy w szczególności zbadać, czy w takim kontekście należy uwzględnić okoliczność, że decyzja spółki ACAM dotycząca połączenia ze spółką IREN została poprzedzona postępowaniem przetargowym.
- 24 W tym względzie sąd ten uważa, że nadrzędnym celem właściwych przepisów prawa Unii jest wspieranie konkurencji i że rezultat ten zostaje osiągnięty w kontekście udzielania zamówień na usługi publiczne, w sytuacji gdy kilka podmiotów konkuruje lub ma możliwość konkurowania o uzyskanie danego zamówienia, niezależnie od kwalifikacji prawnej instrumentu służącego osiągnięciu tego celu. W tych okolicznościach wspomniany sąd skłania się do uznania, że nie ma znaczenia, czy udzielenie zamówienia na daną usługę miało miejsce w drodze postępowania przetargowego dotyczącego konkretnie uzyskania zamówienia na tę usługę, czy też w drodze postępowania przetargowego mającego na celu nabycie akcji spółki, która świadczy te usługi, przy czym w obu przypadkach zagwarantowana jest konkurencja.
- 25 W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:
- „Czy art. 12 dyrektywy 2014/24 stoi na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które nakazuje dokonanie połączenia spółek świadczących lokalne usługi użyteczności publicznej o charakterze gospodarczym, w wyniku którego to połączenia wykonawca, który w następstwie zdarzeń korporacyjnych przeprowadzonych zgodnie z przejrzystymi procedurami, w tym fuzji lub przejęć, wstąpił w prawa pierwotnego koncesjonariusza, kontynuuje zarządzanie usługami aż do upływu wyznaczonych terminów, w przypadku gdy:
- a) pierwotny koncesjonariusz jest spółką, której udzielono zamówienia typu »in house« jako wykonawcy podlegającemu kontroli podobnej sprawowanej wspólnie z innymi podmiotami;
 - b) wykonawca będący następcą prawnym został wybrany w drodze przetargu publicznego;
 - c) w wyniku połączenia spółek wymogi dotyczące kontroli podobnej sprawowanej wspólnie z innymi podmiotami nie są już spełnione w odniesieniu do jednego z podmiotów władz lokalnych, które pierwotnie powierzyły wykonawcy daną usługę?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

W przedmiocie dopuszczalności pytania

- 26 Zgodnie z art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem każdy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zawiera „zwięzłe omówienie przedmiotu sporu oraz istotnych okoliczności faktycznych sprawy, jakie ustalił sąd odsyłający, lub co najmniej wskazanie okoliczności faktycznych, na jakich oparte są pytania”, „treść przepisów krajowych mogących mieć zastosowanie w sprawie oraz, w stosownym przypadku, wskazanie istotnego dla sprawy orzecznictwa sądów krajowych”, a także „omówienie powodów, dla których sąd odsyłający rozpatruje kwestię wykładni lub ważności określonych przepisów prawa Unii, jak również związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a uregulowaniami krajowymi, które znajdują zastosowanie w postępowaniu głównym”.
- 27 W niniejszej sprawie, wbrew temu, co twierdzi rząd austriacki, postanowienie odsyłające przedstawia stan faktyczny i prawny sporu w postępowaniu głównym w sposób wystarczający, aby spełnić wymogi art. 94 regulaminu postępowania.
- 28 I tak, po pierwsze, postanowienie odsyłające powtarza treść przepisów krajowych mających zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym. Po drugie, dokonany przez sąd odsyłający opis decyzji z dnia 15 czerwca 2005 r. i z dnia 6 sierpnia 2018 r. oraz przetargu ogłoszonego przez spółkę ACAM jest wystarczający dla zrozumienia powodów wyboru przepisów prawa Unii, o których wykładnię wnosi sąd odsyłający, jak również związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a uregulowaniami krajowymi, które znajdują zastosowanie w zawisłym przed nim sporze.
- 29 Wynika z tego, że pytanie przedłożone Trybunałowi jest dopuszczalne.

Co do istoty

- 30 Poprzez swoje pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub praktyce krajowej, zgodnie z którymi wykonywanie zamówienia publicznego, udzielonego początkowo bez przeprowadzenia postępowania przetargowego wewnętrznej jednostce organizacyjnej („in house”), nad którą instytucja zamawiająca sprawowała wspólnie z innymi podmiotami kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, jest automatycznie kontynuowane przez wykonawcę, który nabył ową jednostkę w wyniku postępowania przetargowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie sprawuje takiej kontroli nad tym wykonawcą.
- 31 Na wstępie, po pierwsze, z postanowienia odsyłającego wynika, że w 2005 r. gmina Lerici powierzyła do 2028 r. zarządzanie usługą w zakresie gospodarowania odpadami spółce ACAM, a zarządzanie operacyjne tą usługą powierzono jej spółce zależnej, ACAM Ambiente. W dniu udzielenia tego zamówienia kapitał spółki ACAM należał w całości do niektórych gmin, w tym do gminy Lerici.
- 32 Zdaniem sądu odsyłającego zamówienie udzielone w ten sposób spółce ACAM stanowiło zamówienie publiczne na usługi, a zamówienie to mogło zostać udzielone bez przeprowadzenia postępowania przetargowego w szczególności ze względu na to, że gmina Lerici sprawowała, wraz

z innymi gminami będącymi akcjonariuszami, wspólną z innymi podmiotami kontrolę nad spółką ACAM, podobną do tej, jaką w rozumieniu orzecznictwa Trybunału owe gminy sprawowały nad własnymi jednostkami organizacyjnymi (zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, pkt 50). Na pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć w oparciu o to założenie.

- 33 W tym względzie należy przypomnieć, że dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1), która obowiązywała przy zawieraniu umowy między gminą LERICI a spółką ACAM, nie nakładała na instytucję zamawiającą obowiązku organizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli sprawowała ona nad wykonawcą kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, a podmiot ten wykonywał zasadniczą część działalności wspólnie z instytucją zamawiającą lub instytucjami zamawiającymi. W przypadku udzielenia zamówienia typu „in house” domniemywa się bowiem, że instytucja zamawiająca korzysta z własnych środków, ponieważ nawet jeśli podmiot, któremu udzielono zamówienia, jest prawnie od niej odrębny, można go w praktyce utożsamić z jej wewnętrzną jednostką organizacyjną (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 49; a także z dnia 18 czerwca 2020 r., Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, pkt 66).
- 34 Ponadto w przypadku korzystania z podmiotu pozostającego w posiadaniu kilku organów władzy publicznej Trybunał orzekł, że „kontrola podobna” w rozumieniu poprzedniego punktu może być sprawowana łącznie przez owe organy (zob. podobnie wyroki: z dnia 13 listopada 2008 r., Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, pkt 50; z dnia 8 maja 2014 r., Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, pkt 27).
- 35 Po drugie, z postanowienia odsyłającego wynika również, że po zawarciu w 2013 r. ze swoimi wierzycielami umowy w sprawie restrukturyzacji spółka ACAM postanowiła ogłosić przetarg w celu wyłonienia wykonawcy, z którym miała się połączyć. Postępowanie to doprowadziło do wyboru spółki IREN, która nabyła wszystkie akcje spółki ACAM należące do gmin będących akcjonariuszami. Gminy te nabyły odpowiadającą im część akcji spółki IREN w ramach podwyższenia kapitału rezerwowego tej spółki, natomiast gmina LERICI postanowiła wyrazić zgodę na wspomnianą powyżej umowę jedynie w zakresie, w jakim wiązała się ona ze zbyciem jej akcji w spółce ACAM.
- 36 Zgodnie z art. 3bis ust. 2bis dekretu nr 138/2011 spółka ACAM Ambiente, obecnie należąca w całości do IREN, kontynuowała świadczenie usług w zakresie gospodarowania odpadami na rzecz gmin, które wcześniej były akcjonariuszami spółki ACAM, w tym gminy LERICI.
- 37 Po tych wstępnych wyjaśnieniach należy zauważyć, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało udzielone, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, spółce z kapitałem publicznym, zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 33 i 34 niniejszego wyroku, nabycie tej spółki przez innego wykonawcę w okresie obowiązywania tego zamówienia może stanowić zmianę podstawowego warunku zamówienia wymagającego przeprowadzenia przetargu (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 kwietnia 2006 r., ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237, pkt 30–32; a także z dnia 10 września 2009 r., Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 53).
- 38 Taka zmiana może bowiem prowadzić do tego, że podmiotu, któremu udzielono zamówienia, nie można już w praktyce utożsamić z wewnętrzną jednostką organizacyjną instytucji zamawiającej w rozumieniu pkt 34 niniejszego wyroku, a tym samym do tego, że wykonywanie odnośnego

zamówienia publicznego nie może być już kontynuowane bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, ponieważ nie można domniemywać, że owa instytucja zamawiająca korzysta z własnych środków.

- 39 W niniejszej sprawie, ponieważ nabycie spółki ACAM przez spółkę IREN nastąpiło w 2017 r., czyli po upływie terminu transpozycji przez państwa członkowskie dyrektywy 2014/24, określonego w jej art. 90 ust. 1, to w świetle przepisów tej ostatniej dyrektywy należy zbadać, czy taka zmiana wymagała przeprowadzenia postępowania przetargowego (zob. podobnie wyrok z dnia 2 września 2021 r., *Sisal i in.*, C-721/19 i C-722/19, EU:C:2021:672, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 40 W tym względzie, po pierwsze, art. 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy 2014/24 przewiduje, że zamówienie publiczne może zostać zmienione bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z wymogami tej dyrektywy, w przypadku gdy nowy wykonawca wstąpił w prawa pierwotnego wykonawcy, w szczególności w wyniku przejęcia pierwszego wykonawcy przez drugiego, pod warunkiem że spełnia on pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej oraz że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania tej dyrektywy.
- 41 Z brzmienia tego art. 72 ust. 1 wynika zatem, że jego zakres stosowania jest ograniczony do sytuacji, w której następcą pierwotnego wykonawcy kontynuuje wykonywanie zamówienia publicznego będącego przedmiotem pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnego z wymogami określonymi w dyrektywie 2014/24, wśród których znajduje się poszanowanie zasad niedyskryminacji, równości i skutecznej konkurencji pomiędzy wykonawcami, które zostały w szczególności przypomniane i skonkretyzowane w art. 18 ust. 1 i art. 67 ust. 4 tej dyrektywy.
- 42 Taka wykładnia znajduje potwierdzenie w art. 72 ust. 4, zgodnie z którym zmianę zamówienia uznaje się za istotną wówczas, gdy wprowadza ona warunki, które gdyby zostały włączone do pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, jak również w celu polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego dążą odnośne dyrektywy z korzyścią nie tylko dla wykonawców, lecz również dla instytucji zamawiających (wyrok z dnia 27 listopada 2019 r., *Tedeschi i Consorzio Stabile Istant Service*, C-402/18, EU:C:2019:1023, pkt 39).
- 43 W związku z tym zmiana wykonawcy, taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, nie może, wbrew temu, co twierdzi rząd austriacki, wchodzić w zakres stosowania art. 72 dyrektywy 2014/24, ponieważ zamówienie publiczne rozpatrywane w postępowaniu głównym zostało pierwotnie udzielone bez przeprowadzenia postępowania przetargowego wewnętrznej jednostce organizacyjnej („in house”).
- 44 Po drugie, należy zauważyć, że art. 12 ust. 1–3 dyrektywy 2014/24 przejmuje w szczególności zasady przypomniane w pkt 33 i 34 niniejszego wyroku, uściślając warunki, na jakich udzielanie zamówień typu „in house” nie jest objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.
- 45 W szczególności, zgodnie z art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24, zamówienie publiczne może zostać udzielone bez stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przewidzianych w tej dyrektywie, pod warunkiem że instytucja zamawiająca sprawuje nad wykonawcą wspólnie

z innymi instytucjami zamawiającymi kontrolę podobną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi jednostkami organizacyjnymi, że ponad 80% działalności tej instytucji zamawiającej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję i wreszcie że kapitał wykonawcy nie obejmuje bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na wykonawcę.

- 46 Ponadto z art. 12 ust. 3 akapit ostatni wynika, że istnienie wspólnej kontroli w rozumieniu tego przepisu zakłada w szczególności, że wszystkie instytucje zamawiające są reprezentowane w organach decyzyjnych kontrolowanego podmiotu i mogą wywierać wspólnie decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje tego podmiotu.
- 47 Tymczasem z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, po pierwsze, że w dniu wydania decyzji będącej przedmiotem skargi do sądu odsyłającego gmina Lerici nie posiadała żadnego udziału w kapitale spółki IREN, który zresztą w znacznym stopniu obejmuje udziały prywatne. Po drugie, nie wydaje się, aby była ona reprezentowana w organach decyzyjnych tej spółki ani by mogła wpływać, choćby wspólnie z innymi gminami będącymi właścicielami spółki ACAM, na strategiczne cele lub istotne decyzje spółki IREN.
- 48 Z powyższego wynika, że warunki przewidziane w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24, pozwalające uznać, iż udzielenie zamówienia publicznego nie jest objęte zakresem stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przewidzianych w tej dyrektywie, nie wydają się spełnione, czego zbadanie należy jednak do sądu odsyłającego.
- 49 Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wynika również, by spółka IREN utrzymywała z gminą Lerici stosunki takie, że mogą zostać uznane za spełnione warunki określone w art. 12 ust. 1 lub 2 tej dyrektywy, pozwalające zakwalifikować takie zamówienie jako „zamówienie typu »in house«”.
- 50 Z zastrzeżeniem ustaleń, jakich powinien dokonać sąd odsyłający, należy uznać, że dalsze wykonywanie przez IREN zamówienia publicznego w postępowaniu głównym winno być uznane za oparte na zmianie podstawowego warunku zamówienia wymagającej przeprowadzenia postępowania przetargowego, wobec czego dyrektywa 2014/24 zezwala spółce IREN na dalsze wykonywanie owego zamówienia dopiero po tym, jak zostanie ona wskazana jako wykonawca tego zamówienia, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnego z wymogami tej dyrektywy.
- 51 Okoliczność, że spółka IREN została wybrana przez spółkę ACAM, a zatem przez gminy posiadające tę spółkę, w wyniku publicznego postępowania przetargowego, nie zmienia takiego wniosku.
- 52 Wystarczy bowiem stwierdzić, że – jak podkreślono w pkt 47 niniejszego wyroku – w dniu wydania decyzji będącej przedmiotem skargi wniesionej do sądu odsyłającego gmina Lerici nie posiadała żadnego, nawet pośredniego udziału w spółce IREN.

- 53 W ramach wykonywania rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia publicznego spółki IREN nie można zatem utożsamiać ze spółką o kapitale mieszanym, której właścicielem jest jednocześnie instytucja zamawiająca, choćby pośrednio, oraz podmiot wybrany przez tę instytucję w ramach przejrzystej i otwartej na konkurencję procedury w rozumieniu wyroku z dnia 15 października 2009 r., Acoset (C-196/08, EU:C:2009:628).
- 54 W związku z tym, bez konieczności badania cech charakterystycznych postępowania przetargowego, w drodze którego IREN została wybrana, postępowanie to nie może w żadnym wypadku być uznane, w przypadku zamówienia publicznego rozpatrywanego w postępowaniu głównym, za postępowanie o udzielenie zamówienia zgodne z wymogami przewidzianymi w dyrektywie 2014/24, ponieważ spółka IREN była podmiotem niezwiązanym z gminą Leric i zarówno przed połączeniem ze spółką ACAM, jak i po tym, jak pozostałe gminy Leric nabyły udziały w jej kapitale.
- 55 W świetle powyższego należy stwierdzić, że dyrektywa 2014/24 stoi na przeszkodzie temu, by wykonywanie zamówienia publicznego będącego przedmiotem zamówienia typu „in house” było kontynuowane bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, jeżeli instytucja zamawiająca nie posiada już żadnego, nawet pośredniego udziału w podmiocie, któremu udzielono zamówienia, i nie ma już nad nim żadnej kontroli.
- 56 Należy jeszcze dodać, że taki wniosek należy sformułować nawet w sytuacji, gdy – jak mogłoby to sugerować postanowienie odsyłające – należałoby uznać, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie publiczne zostało ponownie udzielone przez prowincję La Spezia.
- 57 Z postanowienia odsyłającego wynika bowiem, że w dniu 6 sierpnia 2018 r. prowincja ta, która stała się uprawnioną do zarządzania usługami w zakresie gospodarowania odpadami w gminach należących do jej właściwości terytorialnej, zatwierdziła aktualizację planu obszaru dotyczącego zintegrowanego gospodarowania odpadami miejskimi prowincji w zakresie, w jakim powierzał on spółce ACAM Ambiente zarządzanie usługami w zakresie gospodarowania odpadami na rzecz gminy Leric i do 2028 r.
- 58 Tymczasem nawet przy założeniu, że decyzję z dnia 6 sierpnia 2018 r. należy postrzegać jako przyznającą zarządzanie taką usługą w zakresie gospodarowania odpadami spółce ACAM Ambiente, tj. spółce zależnej należącej w całości do spółki IREN, takie bezpośrednie udzielenie zamówienia nie spełnia jednak wymogów ustanowionych w dyrektywie 2014/24.
- 59 Po pierwsze, z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wynika bowiem, że prowincja La Spezia i spółka ACAM Ambiente znajdują się w jednej z sytuacji wymienionych w art. 12 tej dyrektywy. Należy w szczególności wskazać, że prowincja ta nie wydaje się posiadać jakiegokolwiek udziału w kapitale spółki IREN, a zatem w kapitale spółki ACAM Ambiente, ani posiadać jakichkolwiek uprawnień kontrolnych nad tymi podmiotami.
- 60 Wynika z tego, że – z zastrzeżeniem ustaleń, jakich powinien dokonać sąd odsyłający – art. 12 dyrektywy 2014/24 wydaje się nie móc uzasadniać udzielenia przez prowincję La Spezia spółce ACAM Ambiente zamówienia publicznego na usługi bez przeprowadzenia postępowania przetargowego.
- 61 Po drugie, w świetle informacji zawartych w aktach sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wydaje się również, by udzielenie takiego zamówienia mogło być utożsamiane z udzieleniem zamówienia publicznego spółce o kapitale mieszanym na warunkach przypomnianych w pkt 53

niniejszego wyroku. Wystarczy zatem przypomnieć, że jak podkreślono w pkt 59 niniejszego wyroku, wydaje się, że prowincja La Spezia nie posiada żadnego udziału w spółce IREN, a tym samym w spółce ACAM Ambiente.

- 62 Z całości powyższych rozważań wynika, że dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub praktyce krajowej, zgodnie z którymi wykonywanie zamówienia publicznego, udzielonego początkowo bez przeprowadzenia postępowania przetargowego wewnętrznej jednostce organizacyjnej („in house”), nad którą instytucja zamawiająca sprawowała wspólną kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, jest automatycznie kontynuowane przez wykonawcę, który nabył ową jednostkę organizacyjną w wyniku postępowania przetargowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie sprawuje takiej kontroli nad tym wykonawcą i nie posiada udziałów w kapitale tego wykonawcy.

W przedmiocie kosztów

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

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

Dyrektywę 2004/18/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub praktyce krajowej, zgodnie z którymi wykonywanie zamówienia publicznego, udzielonego początkowo bez przeprowadzenia postępowania przetargowego wewnętrznej jednostce organizacyjnej („in house”), nad którą instytucja zamawiająca sprawowała wspólną kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, jest automatycznie kontynuowane przez wykonawcę, który nabył ową jednostkę organizacyjną w wyniku postępowania przetargowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie sprawuje takiej kontroli nad tym wykonawcą i nie posiada udziałów w kapitale tego wykonawcy.

Podpisy